

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JULHO/SETEMBRO 1995 • BRASÍLIA • ANO 32 • Nº 127

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • nº 127

julho/setembro – 1995

*Editor:*

*João Batista Soares de Sousa, Diretor*

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

REVISÃO DE ORIGINALS

João Evangelista Belém e Theresa Catharina de Goes Campos

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA

Angelina Almeida, Dulce Machado e Kairala Filho

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.

Pídese 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 32 · nº 127 · julho/setembro · 1995

Josaphat Marinho	Direitos e garantias fundamentais 5
Arnoldo Wald	A introdução da Lex Mercatoria no Brasil e a criação de uma nova dogmática 13
Álvaro Lazzarini	Justiça Militar: por que sim e por que não? Competência 17
Edivaldo M. Boaventura	A Constituição e a educação brasileira 29
Paulo Lopo Saraiva	A função judicante do Poder Legislativo no Brasil 43
Sérgio Sérvulo da Cunha	Direito à moradia 49
Edilson Pereira Nobre Júnior	Dos efeitos da falência decretada no estrangeiro 55
Carlos Alberto da Costa Dias	Apropriação indébita em matéria tributária 63
Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho	A incidência da Cofins sobre o faturamento de empresas de incorporação de venda de imóveis 73
Otto Eduardo Vizeu Gil	A união estável e a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994 77
Teori Albino Zavascki	Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos 83
Maurício Kuehne	Revisão do decênio da Reforma Penal (1985-1995). Considerações sobre a "Execução Provisória da Sentença Penal" 97
José Augusto Delgado	A contribuição da Justiça Eleitoral para o aperfeiçoamento da democracia 109
Josiane Rose Petry Veronese	Uma leitura jurídica da prostituição infantil 119
Jorge Ulisses J. Fernandes	Contratação direta: dispensa de licitação com base no art. 24, inc. VIII, da Lei nº 8.666/93 127
Fábio Maria de-Mattia	Empresa agrária e estabelecimento agrário 135
Gladston Mamede	Neoliberalismo e desadministrativização 151
Flávio Sátiro Fernandes	Prestação de contas – instrumento de transparência da Administração 161

José Matias Pereira	<i>Regimes de concorrência e políticas de concorrência na América Latina: o caso do Mercosul</i> 169
Jete Jane Fiorati	<i>A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos</i> 177
Fabiana de Menezes Soares	<i>Contribuições sociais: a certidão positiva de débito com efeito de negativa em face do § 3º do art. 195 da Constituição Federal</i> 191
José Américo A. Costa	<i>Invalidação "ex officio" dos atos administrativos pelo juiz</i> 203
Amandino Teixeira Nunes Júnior	<i>A discricionariiedade administrativa e o controle judicial de seus limites</i> 207
Thadeu Andrade da Cunha	<i>O contrato com cláusula de risco para exploração de petróleo no Brasil</i> 223
Fredys Orlando Sorto	<i>A Corte Internacional de Justiça e o caso Estados Unidos - Nicarágua</i> 233
Luis Afonso Heck	<i>Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão. (Lei do Tribunal Constitucional Federal)</i> 241
Silvio Meira	<i>IX Congresso Latino-Americano de Direito Romano (Jalapa-México). Romanismo e indigenismo dos juristas latino-americanos</i> 259
Rogério Marinho Leite Chaves	<i>A Responsabilidade do Estado-Juiz</i> 267
José Pitas	<i>Da correção monetária dos débitos judiciais trabalhistas</i> 275

# Direitos e garantias fundamentais

JOSAPHAT MARINHO

*Tema: Direitos e garantias fundamentais. Da razoabilidade das leis delimitadoras de direitos. Limites da legislação reguladora.*

## 1. Delineamento do tema

Enumerar os direitos e garantias fundamentais e conceituá-los, individuando-os, é tarefa dispensável, numa assembléia de juristas, se o tema se reveste, como no caso, de caráter genérico. Para considerá-los em sua dimensão filosófica e real, assinale-se, de princípio, que direitos e garantias, sem revelação da especificidade de hoje, foram proclamados em documentos históricos diversos, afirmaram-se, entre conflitos, no mundo político e jurídico, incorporando-se à personalidade humana, nas suas diferentes projeções no meio social. Da Petição de Direitos, de 1628, na Inglaterra, à Declaração de Virgínia, de 1776, à Declaração francesa de 1789, à Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 1948, e à parte dogmática das Constituições, para invocar apenas os textos mais amplos, há uma extensa conquista de faculdades, resultante de longo processo dialético.

Os "direitos naturais, inalienáveis e sagrados", da Revolução Francesa, convertem-se nos direitos individuais, políticos e sociais, originários da própria sociedade, porém carregados de valores, que ultrapassam as regras políticas, variáveis na configuração diversificada dos Estados. Fortalece essa idéia a reafirmação de "fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres", constante do preâmbulo da Carta das Nações Unidas. Reflete o mesmo alto sentido a proclamação da Assembléia Geral ao definir a "Declaração Universal dos Direitos do Homem como

---

Josaphat Marinho é Senador, Advogado e Prof. da Universidade Federal da Bahia.

---

Exposição no XVI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, em São Paulo, em 22.5.95.

o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações”, e ao confiar na “adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional”, para fazê-la observada.

Houve, pois, mudança profunda na concepção dos direitos do homem: do jusnaturalismo ou naturalismo jurídico para o humanismo jurídico, na linguagem dos filósofos. Em termos sociológicos, poder-se-á dizer: da concepção individualista para a concepção social. Assim os direitos do homem e suas garantias adquiriram forma propriamente jurídica, relevante densidade política e social e eficácia crescente, sem ser plena. Não se trata de situação objetiva inalterável, mas de *status* evolutivo de firmeza demonstrada pela experiência quase universal. Conquanto manifestando inquietação diante da “realidade quotidiana”, Jean Morange reconheceu, em 1985, que “jamais, na história humana, a expressão *direitos do homem* obteve tamanho êxito”. E acentuou o professor de Limoges: “quaisquer que sejam as desilusões que possam suscitar, as liberdades públicas apresentam, ao menos, a superioridade de constituir uma realidade jurídica”<sup>1</sup>. Por não ser estática nem acabada, antes sempre mutável, essa realidade gera problemas constantes, a que imprimem extensão variável o poder racional do homem e a coexistência de interesses contrapostos.

## 2. Caracterização dos direitos fundamentais

A primeira questão consiste em indagar quais são e como se caracterizam os direitos fundamentais. O propósito não é de os quantificar, e sim de os qualificar, na sua generalidade. Não há número certo na enunciação dos direitos fundamentais, pois têm diversificado a esse respeito as Declarações históricas, bem como os textos das Constituições, atendendo a circunstâncias de tempo e de espaço. Declarações e Constituições individualistas, anteriores à Primeira Grande Guerra, não contemplavam, de regra, os direitos sociais e econômicos. A mudança na posição do Estado, de abstencionista para intervencionista, é que lhes proporcionou recepção no direito positivo, e como prestações que deviam ser asseguradas ao indivíduo. Singular, porém não divergente dessa tendência, tem sido o critério do constituinte francês. Em 1946, não incluiu na Constituição texto formal de declaração de direitos e garantias. No preâmbulo, reafirmou “solenemente os direitos e as liberdades do homem e do cidadão consa-

grados pela Declaração dos Direitos de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos nas leis da República”. Em desdobramento do preâmbulo, proclamou, “como particularmente necessários a nosso tempo, os princípios políticos, econômicos e sociais” concernentes à igualdade entre o homem e a mulher, ao direito de asilo, ao dever de trabalhar e ao direito ao emprego, à ação sindical, ao direito de greve, à participação do trabalhador, por seus delegados, na fixação coletiva das condições de trabalho e na gestão da empresa, à transformação em propriedade da coletividade de todo bem ou empresa, cuja exploração adquira os caracteres de um serviço público nacional ou de um monopólio de fato, e à proteção da família, da criança, do adulto, do idoso, inclusive quanto à instrução, à formação profissional e à cultura, conforme a situação apurada. Em 1958, também no preâmbulo, e de modo conciso, o legislador proclamou “solenemente sua adesão aos direitos do homem e aos princípios da soberania nacional, tais quais foram definidos na Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946”. A menção solene aos direitos do homem, abrangendo os oriundos da Revolução Francesa e os mais modernos, de índole social e econômica, não só lhes dá real configuração jurídica, como confere ao preâmbulo irrecusável valor de norma eficaz.

Adotada a técnica referencial, no estilo francês, ou a especificativa, da generalidade das Constituições, o resultado prático é um só – de relevo e amplitude dos direitos e garantias fundamentais, sem exclusão dos que, não declarados, sejam compatíveis com o sistema estabelecido. Desse modo se há de entender a diretriz dominante, diante de pactos constitucionais como o brasileiro (§ 2º, art. 5º), em que os direitos e garantias expressos não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios consagrados, ou de compromissos internacionais. Esses Estatutos básicos permitem compreensão renovadora de seus textos, sem alteração formal. Podem recolher, por interpretação, tendências inovadoras conciliáveis com seus sistemas. Treves examinou o problema em face do art. 2º da Constituição italiana, segundo o qual “a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem”, mesmo situado o indivíduo nas “formações sociais” em que prolonga sua personalidade. Indagando se o complexo dos direitos individuais tem feição “exemplificativa ou taxativa”, concluiu pela abrangên-

<sup>1</sup> MORANGE, Jean. *Droits de l'Homme et libertés publiques*, PUF, 1985, pp. 9 e 12.

cia dos “direitos eventualmente não declarados”, apesar de haver decisão judicial em contrário<sup>2</sup>.

Não se deve considerar, portanto, apenas a letra das Declarações ou das Constituições, para conceituar os direitos fundamentais, tendo como “critério o da fonte da sua atribuição”, consoante pareceu a Castro Mendes<sup>3</sup>. Ao contrário, com a evolução cultural e política, influências da sociedade incidem sobre as normas e lhes comunicam novos valores, modificativos dos direitos, como ocorreu com a equiparação dos filhos, ou com a admissão de igualdade entre o homem e a mulher na união conjugal, a que a Carta brasileira de 1988 deu relevo especial (art. 226, § 5º e art. 227, § 6º). Apura-se uma interação constante de fatos e normas. Se o legislador tarda de promover a adequação conveniente, a realidade supera o texto, inclusive por meio da exegese construtiva. O estado de necessidade social, aos poucos, determina a correção do direito escrito. O conteúdo dos textos preeminentes não escapa a esse processo de renovação. Bernard Schwartz salientou que a Declaração de Virgínia, “como direito vivo”, se encontra “em estado de fluidez”, e lembrou que “conceitos e princípios”, não há muito “considerados, indevidamente, radicais”, já foram admitidos no arcabouço das Constituições<sup>4</sup>. Sem dúvida, entram nessa categoria o princípio de igualdade dos filhos e o de garantia do meio ambiente adequado ou ecologicamente equilibrado (Const. Esp., art. 39, § 2º e art. 45; Portugal, art. 36, § 4º e art. 66, § 5º; Brasil, art. 227, § 6º, e art. 225). Há que ressaltar, igualmente, a extensão de direitos fundamentais a pessoas coletivas, como as organizações sindicais.

### 3. Questões incidentes

Dentro dessa expansão crescente, questões diversas seguem os contornos dos direitos reconhecidos. É importante indagar, a exemplo, se os direitos sociais participam da mesma natureza dos direitos individuais, para o efeito de

<sup>2</sup> TREVES, Giuseppino. *Principi di Diritto Pubblico*, 2ª ed., Unione - Tipografico - Editore Torinese, 1973, p. 329.

<sup>3</sup> CASTRO MENDES, João de. “Direitos, Liberdades e Garantias - Alguns aspectos gerais”, in *Estudos sobre a Constituição*, ob. col., 1ª v., Liv. Petrovov, Lisboa, 1977, p. 101.

<sup>4</sup> SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade*, trad. de A. B. Pinheiro de Lemos, Forense Universitária, 1979, p. 218.

considerá-los imunes à ação reformadora. A Constituição de 1988 não os colocou, nomeadamente, sob igual proteção (art. 60, § 4º, IV), porém os situou no mesmo Título - Dos Direitos e Garantias Fundamentais - e cumpre ver a destinação deles de resguardar a dignidade da pessoa humana. Se o caráter analítico da Carta vigente aconselha alguma ressalva, a tese, contudo, subsiste quanto à essência das provisões específicas. Relevante é considerar, também, a necessidade de correlacionar sempre liberdade e igualdade, por ser certo que, legitimamente, uma não se afirma sem o amparo da outra. Liberdade sem o suporte de igualdade é força insustentável, precária. Igualdade sem liberdade é instrumento criador de privilégios. Daí Etienne Balibar realçar a *identificação* dos dois valores, os quais reúne no termo - por ele mesmo dito “voluntariamente barroco” - *l'égaliberté*<sup>5</sup>.

O progresso científico e tecnológico, ampliando os conhecimentos e aptidões do homem, seus meios de ação, de domínio da natureza, fortalece e inova direitos. A especialização técnica ou científica avançada propicia oportunidades e vantagens excepcionais. Mas essa evolução também cria riscos, que ameaçam a fisionomia dos direitos humanos. Gérard Cohen - Jonathan, já em estudo de 1984, apontou a inseminação artificial, as práticas de fecundação *in vitro*, a intervenção cirúrgica modificativa de sexo, pelo quanto repercutem sobre a pessoa e seu corpo, como problemas delicados, que exigem “limites de aplicação”, “disciplina deontológica da pesquisa”. Arrolou, ainda, a pretensão do transexual de retificar “os atos da vida civil”<sup>6</sup>. Ao lado dessas questões, surgem outras, como a relativa à queda de aproveitamento da mão-de-obra em consequência da multiplicação e perfeição das máquinas, que substituem o homem. Na Espanha, todo o número de uma revista foi dedicado ao fenômeno, descortinando-se “a perspectiva do pesado desemprego estrutural”<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> BALIBAR, Etienne. *Les frontières de la démocratie*, Editions La Decouverte, Paris, 1992, p. 134.

<sup>6</sup> COHEN, Gérard Jonathan, “Progrès Scientifique et Technique et Droits de l'Homme” in *Droit et Libertés a la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Influences des données économiques et technologiques* - Études offertes a Claude Albert Colliar, Paris, Pédone, 1984, pp. 123-154.

<sup>7</sup> Revista *O Socialismo do Futuro - O futuro do trabalho* - Fundação Sistema, n. 6, 1993, inclusive trab. de Adam Schaff, p. 11.

Aos responsáveis pela formação e manutenção da ordem constitucional e jurídica geral cabe, pois, atentar nesses problemas, para que não sejam desfigurados, ou prejudicados na sua finalidade, direitos fundamentais. A normatividade estabelecida deve servir de medida aos processos de desenvolvimento científico e tecnológico, porque não há mudanças substanciais, na sociedade moderna, à margem de um postulado regulador da conduta.

#### 4. Delimitação de direitos

As limitações legais são um consectário lógico dos direitos admitidos. A bipolaridade poder-dever pressupõe lindes às faculdades e obrigações, para que o equilíbrio se mantenha nas relações necessárias ou criadas. Pode dizer-se que direitos e garantias são limitados pelo império da convivência. A técnica legislativa institui medidas e prevê formas destinadas a circunscrever as ações humanas, mas, em última análise, tais práticas se criam e se legitimam pelos vínculos irremovíveis da vida em comum. A multiplicidade de normas e de modos de contenção resulta, enfim, da capacidade do homem de produzir fatos, ou de sua necessidade de os disciplinar e reduzir ou ordenar seus efeitos.

Conquanto preeminentes na ordem jurídica e política, os direitos e garantias fundamentais não têm caráter nem valor absoluto. Superiores diante dos mecanismos de poder, do Estado ou dos indivíduos e de suas criações, estão sujeitos, na sua projeção e eficácia, aos limites naturais decorrentes do tecido social. Todo direito é relativo, por sua origem e sua finalidade social. A natureza fundamental de certos direitos não pode negar ou desfazer traço essencial das relações humanas, como o da coexistência regulada.

Em páginas de intensa clareza e objetividade, o Professor Gomes Canotilho, embora analisando o problema à base preponderante da Constituição de Portugal, fixa conceitos e diretrizes de alcance geral. Distinguindo os direitos fundamentais especificamente declarados nas Constituições e os "dispersos" no contexto básico, bem assim os de "natureza análoga" e os atribuídos "a pessoas coletivas e organizações", situa o homem como "ponto central da titularidade de direitos". Examina, porém, a delimitação dos direitos fundamentais sob vários ângulos, inclusive pelo confronto entre o homem e o cidadão de países diferentes e pela consideração dos textos em sua totalidade. Com assinalável prudência, admite uma "sistemática de limites". Sem aceitar, de plano, as "limita-

ções imanentes", realçou, como exemplo, a restrição à "greve total nos serviços de saúde, em salvaguarda do direito à vida"<sup>8</sup>, obviamente por ser direito de todos.

Visto o problema em face do regime constitucional brasileiro, não parece possível admitir a existência de direitos ilimitados. A Constituição de 1988, desde a proclamação do Estado Democrático de Direito ao enunciado de "princípios fundamentais", como a "cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político" (art. 1º), ou o "objetivo" de "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º), indica que não reconheceu ou instituiu direitos de valor indeterminado. Tanto menos se há de acolhê-los diante da declaração "dos direitos e deveres individuais e coletivos" (art. 5º), "dos direitos sociais" (arts. 6º e 11) e "dos direitos políticos" (art. 14). O complexo desses princípios e direitos tem como suportes essenciais a liberdade e a igualdade, que não protegerão a universalidade das pessoas se cada indivíduo e cada cidadão não estiverem submetidos a restrições, em benefício de todos. Essa inferência torna-se verdade palpante com o reconhecimento da igualdade de todos perante a lei, no art. 5º, e a instituição do sufrágio universal e do voto direto e secreto, com valor igual para todos, no art. 14. Envolvendo o indivíduo e o cidadão nesse mandamento amplo de igualdade, a Constituição faz presumir, necessariamente, que só é legítimo o direito que não afronte o de outrem, o que pressupõe limitação irremissível ao poder de cada titular. Essa certeza se robustece, especialmente, com o disposto no Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira, fundada para "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170). Numa sociedade de desiguais, social e economicamente, não se assegurará a todos existência digna, nem justiça ampla, se a ordem jurídica e política não vigiar as diferenciações, que dividem os homens em poderosos e fracos. A correção há de ser feita pelos órgãos do Estado, aos quais cabe restabelecer o equilíbrio de direitos, violado pela realidade condenável. Nesse processo corretivo de desigualdades, para restaurar o equilíbrio entre pessoas, o Estado, evidentemente, não deve ofender o núcleo do direito de ninguém, mas garantir a paridade reclamada pela Constituição, em favor da

<sup>8</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5ª ed., Liv. Almedina, Coimbra, 1991, pp. 529-639, esp., pp. 566-567, 615, 620-621.

paz social.

Do ângulo da igualdade, como de outro qualquer, a exegese da Constituição há de atentar no conjunto sistematizado, para não lhe ser infiel.

Será fraude à Constituição a lei que, a título de regulá-la, a deformar ou a subverter, ferindo-lhe o texto, ou o espírito, como terá igual sentido a emenda assim estruturada.

Sem afirmação linear ou dogmática, antes tendo em conta os contrastes reais, certo é que “o conceito mesmo de direito contém em si a perspectiva de uma limitação necessária das liberdades”, na penetrante observação de Alain Renaut e Lucas Sosoc<sup>9</sup>.

Nessa esteira de compatibilidade com o sistema, hão de ser vistas e definidas as garantias.

### 5. *Garantias fundamentais*

São as garantias gerais e específicas, em verdade, que servem de lastro à ordenação dos direitos contrapostos na sociedade. Muitas vezes confundidas com estes, é próprio diferenciá-los para lhes preservar a finalidade institucional. Se a Constituição mesma, como se tem notado, já é uma segurança de direitos, a classificação das garantias, com efeitos distintos, representa forma adequada de resguardar direitos de configuração variada. É justo ponderar, também, que há garantias na Constituição que não se confundem com os remédios, “medidas ou processos especiais” nela previstos, como bem assinala o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Segundo ele bem acentua, tais garantias “buscam prevenir, não corrigir”, a exemplo do que prescreve o art. 5º, inciso IV, da Constituição, que assegura a livre manifestação do pensamento e assim impede a censura, vedando, porém, o anonimato<sup>10</sup>. Entre outras provisões constitucionais de igual sentido, estão a que prescreve que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º XXXIX), e a que proíbe lei penal retroativa, “salvo para beneficiar o réu” (art. 5º XL). Todas visam impedir a afronta a direitos essenciais.

Há, porém, garantias procedimentais específicas, protetoras da eficácia dos direitos fundamentais, no domínio civil e no penal. Se não

<sup>9</sup> RENAUT, Alain e SOSOC, Lukas. *Philosophie du Droit* (Recherches Politiques), PUF, Paris, 1991, p. 121.

<sup>10</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 17ª ed., Saraiva, 1989, pp. 251-252.

cabe estudá-las amplamente, é imperioso ver que a Constituição de 1988 timbrou nessa proteção, mantendo o *habeas corpus*, o mandado de segurança e a ação popular, e criando o mandado de segurança coletivo, o *habeas data* e o mandado de injunção (art. 5º, incisos LXIX a LXXIII). Desses remédios, reveste-se de maior singularidade o mandado de injunção, instituído para suprir “a falta de norma regulamentadora” – dir-se-ia, tecnicamente, reguladora – “que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (inc. LXXI). Instituto novo no direito positivo nacional e adotado com tamanho propósito, o Supremo Tribunal o tem interpretado e aplicado cautelosamente, evitando emitir a norma reguladora que “falta”. Não a editou, ainda, provendo lacuna do Poder Legislativo, quando defere o mandado: ordinariamente, comunica o reconhecimento da demora, para a providência reclamada. Não é unânime esse entendimento na Corte. O Ministro Carlos Mário Velloso, divergente e vencido, sugere que se torne “expresso que o Tribunal, julgando procedente a injunção, elaborasse a norma para o caso concreto”. Esclarece, porém: “Segundo penso, a Constituição apenas explicitaria o que está implícito no inciso LXXI do art. 5º”<sup>11</sup>. Não desprezando a diretriz firmada, a Corte, contudo, tem alargado a interpretação do texto. Assim, no Mandado de Injunção nº 384-0, do Rio de Janeiro, militares da Aeronáutica “atingidos pela legislação excepcional do regime militar, e viúvas de militares em idêntica situação, pleitearam mandado de injunção” contra ato omissivo do Congresso Nacional, impeditivo de se beneficiarem “da reparação de natureza econômica prevista no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. Decidiu a Corte, por maioria de votos, em sessão plenária, sendo relator para o Acórdão o Ministro Celso de Mello, “julgar procedente, em parte, o pedido”, já renovação de outro. Consigna a ementa: “Com a persistência do estado de mora do Congresso Nacional, que, não obstante cientificado pelo STF, deixou de adimplir a obrigação de legislar que lhe foi imposta pelo art. 8º, § 3º, do ADCT/88, reconhece-se, desde logo, aos beneficiários dessa norma transitória a possibilidade de ajuizarem, com fundamento no direito comum, a pertinente ação de reparação

<sup>11</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva, *Temas de Direito Público*, Liv. Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1994, p. 116.

econômica"<sup>12</sup>. A diversidade de situação, decorrente do prolongamento da mora do Congresso, provocou ou justificou a ampliação de exegese da norma.

Desse modo, a variação de circunstâncias pode acarretar mudança na compreensão dos preceitos discutidos. Conseqüentemente legítima, em princípio, a mudança, apreciável em cada caso, dela podem advir, em relação a direitos e garantias, efeitos diferentes e controversos. Essa situação vincula-se à conceituação dos direitos e garantias fundamentais.

O relevo do fenômeno é tanto maior nos sistemas jurídicos, da índole do brasileiro, em que o princípio da declaração de inconstitucionalidade repousa em ação especial e direta (CF, art. 102, I, *a*, e art. 103), proponível, também, "por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional" (§ 2º, art. 103). Se o princípio de declaração da inconstitucionalidade opera, efetivamente, como uma garantia suprema, tem influência ponderável sobre a existência e a dimensão dos direitos, de todas as categorias. Direitos e garantias, portanto, desdobram-se em vasos comunicantes.

#### 6. Limites da legislação reguladora

Na interação constante dos direitos e garantias, e diante dos efeitos daí resultantes, é preciso vigilância sobre o conteúdo das leis que os regulam. Necessária a regulação, não deve ampliar ou restringir direitos, nem estabelecer procedimentos que proporcionem alterar-lhes o cerne. Regular direitos, constitucionalmente instituídos, não significa modificar-lhes a natureza ou a extensão, porém assegurar-lhes cumprimento, mediante normas que esclareçam, completem e tornem exequível o mandamento fundamental. Regular garantias, concernentes a direitos constitucionais, implica o poder de disciplinar a proteção deles e sua exequibilidade, *de definir o espaço natural de sua eficácia*. Garantias não podem conter regras ofensivas da índole ou da amplitude dos direitos.

Às vezes as Constituições estabelecem pressupostos à ação reguladora. A Constituição da Espanha estipula que a "função social" do direito de propriedade e de herança "delimitará" o conteúdo deles (art. 33, §§ 1 e 2). Também preceitua que "a lei regulará a organização e o controle parlamentar dos meios de comunicação social dependentes do Estado" respeitando o pluralismo da sociedade e das diversas

línguas da Espanha (art. 20, § 3). E ordena que só por lei, que deverá respeitar sempre seu conteúdo social, pode regular-se o exercício dos direitos e liberdades fundamentais (art. 53, I). A Constituição de Portugal, entre outras normas de teor semelhante, declara que "as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais" (art. 18, § 3). Extraindo desse dispositivo a idéia de inatingibilidade de "um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias", o Professor Gomes Canotilho<sup>13</sup> fixa um conceito básico para a limitação das leis reguladoras. Sem lhes diminuir a força legítima, traçalhes contorno coerente com o Estado de Direito, a que é inerente a noção de poder circunscrito, quanto a todas as manifestações de autoridade.

A Constituição brasileira contém poucas regras claras no sentido das que acabam de ser expostas. No art. 8º (I) prescreve que "a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente". Logo após o reconhecimento da "propriedade privada", ajunta-lhe a função social (art. 170, II e III). Ai estão duas normas que delimitam expressamente o procedimento do legislador ordinário. Todo o sistema da Constituição, entretanto, como já observado, conduz à limitação dos direitos, de sorte que tratamento igual se há de conferir, logicamente, às leis que os regulam.

#### 7. O homem e seus direitos e garantias

Saliente-se, em conclusão, que direitos e garantias terão sempre valor precário, se o homem, destinatário deles, não influir nas decisões coletivas. As leis não têm vida própria. O ser humano é que, em posição paralela ou contraposta ao Poder, *as revigora ou as enfraquece*, com sua vigilância e visão crítica.

Michel Virally raciocina que o Direito seria inconcebível como ciência, se já não existisse como "realidade social"<sup>14</sup>. Embora entre a norma ou a teoria e a realidade social haja influência recíproca, é exato que os princípios, doutrinários ou revestidos de positividade, têm maior

<sup>13</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, ob. e ed. cit., p. 630.

<sup>14</sup> VIRALLY, Michel. "Notes sur la validité du droit et son fondement", in *Recueil d'Etudes en hommage a Charles Eisenmann*, Editions Cujà, Paris, 1975, p. 453.

<sup>12</sup> Acórdão no MJ nº 384-0, Rio de Janeiro, de 5 de agosto de 1993.

aceitação, e em consequência mais vigor, na medida em que correspondem a uma reivindicação geral, ou se harmonizam com o espírito coletivo. Se, por vezes, a lei opõe-se à ordem dominante, ou exerce papel marcadamente educativo, é porque já expressou o pensamento comum de mudança. De qualquer modo, a participação do indivíduo é essencial para imprimir eficácia espontânea às normas criadas, reduzir a resistência de grupos descontentes, ou debilitar a lei injusta, ou inadequada.

A presença vigilante do indivíduo é tanto mais indispensável porque os direitos do homem, embora continuamente invocados e louvados, nem sempre são respeitados. Ao contrário, há desrespeitos freqüentes, na ordem interna dos Estados e no domínio internacional, como ainda agora ocorre, sobretudo na Europa.

Enfim: a vigilância da pessoa humana fortalece ou abate o instrumento normativo. É garantia e medida permanente dos direitos e garantias formulados.

# A Introdução da Lex Mercatoria no Brasil e a criação de uma nova dogmática

ARNOLDO WALD

*"A luta pelo direito, isto é, a luta por um nível mais alto de justiça nas relações entre os homens, e pela substituição progressiva da violência pelo comando universal da razão, não é a mesma em todas as épocas. O que ontem constituía aspiração pode ser hoje conquista tranqüila, e o que ontem parecia terreno ganho pode ser novamente hoje área litigiosa, em cuja defesa nos temos de empenhar.*

*A linha de combate – o 'front' – da luta pelo direito é historicamente móvel e é para ele que se deve transportar o espírito dos juristas em vez de contentar-se com as tarefas de mera manipulação técnica processadas na retaguarda".*

San Tiago Dantas

1. Coube ao Professor Irineu Strenger ser o pioneiro na introdução do estudo da *Lex Mercatoria*, no Brasil, matéria que estudou e desenvolveu, inclusive, em brilhante curso que proferiu na Academia de Direito Internacional. Em toda a sua vida universitária e profissional, desde a década de 1960, manifestou-se o seu interesse notório, pelos contratos internacionais do comércio, pela teoria da autonomia da vontade e pela cooperação na solução dos litígios entre empresas de países distintos, constituindo tais questões uma de suas maiores preocupações.<sup>1</sup> Ao examinar os problemas jurídicos, que decorriam da crescente globalização da economia, sempre conjugou e complementou o Professor Irineu Strenger a análise acadê-

<sup>1</sup> STRENGER, Irineu. "Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado", São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1968; "Teoria Geral do Direito Internacional Privado", São Paulo, BUSHATSKY, José, 1973; *Curso de Direito Internacional Privado*, Rio Forense, 1978; "Contratos Internacionais de Comércio", 2ª ed., São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1992 e "La Notion de Lex Mercatoria en Droit du Commerce International". *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 227, 1991, II.

Arnoldo Wald é Advogado no Rio de Janeiro e Professor Catedrático de Direito Civil na UERJ.

O presente artigo integra estudo do autor em homenagem ao Professor Irineu Strenger.

mica com a visão pragmática. Impregnado pela Filosofia do Direito, que também lecionou, não se trancou, todavia, na torre de marfim dos intelectuais que, tão-somente, sonhavam com a existência de *Um Mundo Só*, ao qual aludira Wendell Wilkie, logo após a Segunda Guerra Mundial. Tratou de construir e aplicar à realidade os princípios da *Lex Mercatoria* sempre com coragem e criatividade, trazendo uma contribuição relevante, já hoje reconhecida por todos, no plano nacional e internacional.

2. Com o seu conhecimento dos livros e da vida e a sua inteligência percuciente, explicou o Professor Irineu Strenger que não devíamos ter medo da *Lex Mercatoria* pois não fora concebida contra os interesses dos países em desenvolvimento. Ao contrário, era preciso que os juristas brasileiros participassem na construção do novo Direito Internacional do Comércio, enfatizando e defendendo os legítimos interesses do nosso País e de outros em condições econômicas análogas, sem que houvesse receio na adoção do que se veio a considerar a verdadeira "*common law* internacional dos contratos", baseada em princípios gerais representando a *communis opinio* dos juristas, no campo internacional, e dos quais devem brotar as soluções dos casos concretos. Quer se veja, na *Lex Mercatoria*, um novo Direito Pretoriano Internacional, baseado nas decisões já proferidas, quer se prefira considerá-lo como uma ordem jurídica, já constituída, que se impõe ao árbitro, especialmente no caso de lacunas ou conflitos de leis, é imperativo reconhecer-se, de qualquer modo, a existência de um Direito material da arbitragem e dos contratos internacionais cuja construção deflui da dogmática jurídica.

3. Efetivamente, sempre se entendeu que o trabalho mais nobre do jurista consiste em construir o Direito, seja pela interpretação atualizada de textos antigos, como aconteceu em relação às jurisprudência e doutrina francesas, que mantiveram, por quase dois séculos, em vigor o Código Napoleão, chegando a novas soluções "par le Code, au delà du Code", seja nos casos de omissões e lacunas, encontrando, nos princípios gerais, as soluções para situações e conflitos decorrentes da moderna tecnologia, ainda ignorados e não previstos pelo legislador. Assim, a doutrina considerou que os princípios gerais permitiam o uso da analogia e, por outro lado, a elaboração de soluções na ausência de textos legislativos adequados, sendo a construção dogmática a função mais nobre e complexa do jurista.

4. Neste sentido, escreve San Tiago Dantas que "a obra fundamental reservada ao pensamento jurídico dos nossos dias é pois a renovação da antiga Dogmática".<sup>2</sup>

5. Na nossa visão, os princípios gerais do Direito não constituem uma fonte autônoma de Direito, no plano interno, pois representam uma explicitação e uma concretização de determinações contidas no sistema de normas legais e a aplicação de conceitos inclusos nas mesmas, que o intérprete põe em evidência, mediante um trabalho que abrange inicialmente a indução (para definir os princípios) e, em seguida, a dedução (para aplicação ao caso concreto).<sup>3</sup>

6. Ao contrário, no plano internacional, os princípios gerais são definidos com maior liberdade do intérprete, que vai procurar o consenso entre as posições das várias legislações e pode, num determinado momento, ter que fazer prevalecer a tese adotada pelo sistema de um país, excluindo o entendimento consagrado em outro. Há, assim, uma maior liberdade de valoração na *Lex Mercatoria* do que no Direito nacional, justificando que, no trabalho de indução, sejam tomados em consideração todos os sistemas jurídicos, exigindo-se, para tanto, a contribuição específica dos juristas dos países em desenvolvimento, para que possam defender as suas concepções, nos planos jurídico, econômico, moral e cultural, mobilizando-se, para tanto, a fim de evitar que sejam excluídos da construção do sistema jurídico internacional do comércio, em virtude de omissão, que somente a si próprios poderão atribuir. É neste sentido que a lição do Professor Irineu Strenger foi – e está sendo – impregnada de modernidade, ao enfrentar o mundo atual, como ele é, trazendo a sua lição de jurista brasileiro que não se considera, todavia, cingido, no plano internacional, ao conhecimento do direito pátrio, sendo, ao contrário, um excelente comparatista, condição necessária para ser, nos dias de hoje, um bom internacionalista.

7. Ao aposentar-se na Faculdade de Direito da USP, pôde o Professor Irineu Strenger fazer suas as palavras de René David que, concluindo o seu livro sobre *A Arbitragem no Comércio Internacional*, disse ter-se afastado, ao optar pelo estudo do Direito Comparado, dos

<sup>2</sup> DANTAS, San Tiago. "Nova Dogmática Jurídica", in Revista Forense nº 98, fascículo 400, p. 293.

<sup>3</sup> WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Introdução e Parte Geral*, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, nº 24, pp. 66 e ss.

seus colegas que se dedicaram exclusivamente à exegese das leis e da jurisprudência do seu país, fazendo um trabalho que certamente é útil. Mas, acrescentava o eminente professor francês, que o jurista não deve considerar as leis e as decisões jurisprudenciais como fetiches, pois a sua missão consiste em contribuir de modo constante no aprimoramento do Direito, que está sempre ameaçado de esclerose, e que, especialmente em nossa época, exige imperiosamente ser renovado".<sup>4</sup> Na realidade, ao lado do Direito Positivo, o Direito Comparado e a *Lex Mercatoria* são instrumentos tanto das soluções práticas dos conflitos, que surgem no comércio internacional, como de uma tomada de consciência das legislações e culturas estrangeiras, que permitem assegurar uma ordem internacional mais justa e uma melhor ordem jurídica social no plano interno, concluiu René David.<sup>5</sup> Trata-se de uma linguagem, de uma concepção de vida, de uma visão do mundo e da função do jurista, que não quer, nem admite, trair a sua vocação, participando da verdadeira elite que renova o mundo atual. É o momento em que o comparatista e o filósofo do direito se reencontram em René David, como, hoje, vieram a se reencontrar o Professor de Filosofia do Direito e o do Direito Internacional Privado em Irineu Strenger, em cujas lições se sente a presença do mestre do Direito Internacional não só no campo do comércio exterior, mas também do Direito Internacional do desenvolvimento. E, se defendemos, há um quarto de século, a existência do Direito do desenvolvimento, não há dúvida que o mesmo deve existir – e já hoje tem a sua existência reconhecida tanto no plano interno, como internacional.<sup>6</sup>

8. Ocorre, todavia, que, para muitos dos nossos juristas e para os meios jurídicos nacionais em geral, a *Lex Mercatoria* parece, algumas vezes, ser uma expressão esotérica, que nenhuma relação tem com os negócios realizados no Brasil, não obstante o expressivo crescimento que tiveram, nos últimos anos, as nossas exportações, abrindo-se, agora, mais am-

plamente, o mercado para as importações e havendo fundada esperança de um maior número de investimentos estrangeiros em nosso país e de *joint ventures*, entre empresas brasileiras e estrangeiras, para atuar tanto no plano interno, como no exterior, matéria que foi, aliás, objeto de excelente estudo de Luiz Olavo Baptista.<sup>7</sup>

9. Assim sendo, diante de um cenário no qual o próprio BNDES reconhece que o Brasil só poderá progredir mediante a sua maior integração na economia internacional e o recebimento de importante fluxo de capital externo<sup>8</sup>, entendemos ser oportuno um mais amplo estudo da *Lex Mercatoria* e do Direito Comparado.

10. Podemos, pois, concluir que a evolução do mundo nos obriga a uma crescente abertura das nossas fronteiras e a uma progressiva integração na economia mundial, sob pena de sacrificar o país e de assistir ao que alguns sociólogos e economistas chegaram a denominar a nossa "africanização", evocando a situação de um continente que, cada vez mais, se empobrece e se apresenta, aparentemente, sem solução a curto e médio prazo.

11. A integração econômica do Brasil no continente americano é no mundo significa uma verdadeira revolução cultural, em relação ao nosso Direito, exigindo uma nova formação dos juristas, que não mais se podem contentar em conhecer, tão-somente, o direito nacional.

12. A *Lex Mercatoria* tornou-se um instrumento jurídico importante para os povos que pretendem participar ativamente da evolução econômica mundial, sendo preciso conhecê-la e acompanhar a sua evolução, não havendo razão para ter medo do novo Direito do Comércio Internacional, que relembra o Direito Pretoriano e o próprio *ius gentium* de uma fase da evolução do Direito Romano. Trata-se, aliás, menos de um corpo de lei, decisões e doutrina do que da introdução de um novo espírito na construção e interpretação do direito.

13. Por outro lado, não basta conhecer a *Lex Mercatoria*, é preciso verificar os limites de sua aplicação e a sua combinação com as normas do Direito brasileiro, para poder defender os interesses das empresas do nosso país e

<sup>4</sup> DAVID, René. *L'arbitrage dans le Commerce International*, Paris, Econômica, 1982, nº 455, p. 573.

<sup>5</sup> Obra e loc., citados na nota anterior.

<sup>6</sup> WALD, Arnoldo. *O Direito do Desenvolvimento*, in *Revista dos Tribunais*, v. 383, pp. 7 a 18; FLEUER, Guy e CASSAN, Hervé. *Droit International du Développement*, Paris, Dalloz, 1985 e FLORY, Maurice. *Droit International du Sous – Développement*, Paris, Presses Universitaires de France, 1977.

<sup>7</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo et DURAND-BARTHEZ, Pascale. *Les Associations D'entreprises (joint ventures) dans le Commerce International*, Paris, Feduci-L.G.D.J., 1986.

<sup>8</sup> BNDES, *Síntese dos Cenários para a Economia Brasileira, 1987-2000*, Ed. do Departamento de Planejamento.

saber quais as posições que serão adotadas pelos tribunais arbitrais nos conflitos de interesse que poderão surgir.

14. A atitude dos juristas brasileiros em relação à *Lex Mercatoria* não deve ser a de simples espectadores, acompanhando passivamente a sua evolução, mas sim de verdadeiros participantes de sua construção, tendo um papel ativo, no plano profissional e doutrinário e, na dinâmica da elaboração desse novo Direito, que se inspira nos princípios gerais do sistema jurídico dos países do Ocidente, ao qual pertencemos, pela nossa cultura, pela nossa formação e pelos nossos ideais democráticos, liberais e inspirados na Justiça, sob todos os seus aspectos, seja ela comutativa ou distributiva.

15. Como bem salientou o Professor Irineu Strenger, “a arbitragem é, pois, juntamente com

a produção contratual, a grande fonte de dados e elementos, aos quais se acrescentam outros decorrentes da prática, que permitem a formação e o aperfeiçoamento da *Lex Mercatoria* como sistema autônomo”.

16. E conclui, “que o desenvolvimento internacional teve como consequência o abandono da concepção estritamente estatal do Direito, que prevaleceu no século XIX e que, hoje, não passa de uma lembrança histórica”.

17. Criou-se, assim, ainda nas palavras do Professor Irineu Strenger, um verdadeiro “Direito Especial” que “consolidou as práticas de comércio internacional” e que “partindo dos seus próprios sistemas e sob a pressão da imperiosa necessidade dos fatos, atingira o seu objetivo final”, transformando-se numa ordem jurídica perfeita e acabada”.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Ob. e loc. citados nas notas anteriores, pp. 218 e 350.

# Justiça Militar: por que sim e por que não? Competência

ÁLVARO LAZZARINI

## SUMÁRIO

1. O tema e a ideologia. 2. Justiça Militar estadual, órgão do Poder Judiciário estadual. 3. Razão da existência da Justiça Militar estadual. 4. Competência criminal militar estadual. 5. Competência disciplinar militar estadual. 6. Necessidade de alteração da redação do art. 125, parágrafo 4º, da Constituição de 1988 e de adequação do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar à Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar. 7. Conclusão.

### 1. O tema e a ideologia

O tema proposto faz-me lembrar Michael S. Voslensky, no seu livro *A Nomenklatura (Como Vivem as Classes Privilegiadas na União Soviética)*<sup>1</sup>, quando afirma que Lenin queria a revolução para levar à classe operária o *socialismo científico*, ou seja, o marxismo transformado em dogma intocável. Para a tomada do poder, "O golpe era possível: bastava manipular a noção de 'interesse de classe'; como já frisamos no início desta obra – continua Voslensky –, os interesses de classe são subjetivos e podem ser falsificados ou sugeridos pela propaganda".<sup>2</sup>

Para tanto, Lenin idealizou o *recebimento exterior* leninista, ou seja, "Intelectuais aparecem de repente entre operários, acabam de transformar o marxismo em dogma intocável, e declaram aos trabalhadores: 'O ponto de vista de vocês não é o ponto de vista de sua classe. Nós, intelectuais, vamos ensinar-lhes em que consistem os seus interesses de classe.' Qual é o ponto de vista do operário? Ele quer um salá-

Álvaro Lazzarini é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Professor e Coordenador de Direito Administrativo na Escola Paulista da Magistratura e na Academia de Polícia Militar do Barro Branco, Sócio Colaborador do Instituto dos Advogados de São Paulo e Membro da *International Association of Chiefs of Police* (EUA).

Exposição no III Painel sobre o tema, no ENCONTRO BRASILEIRO SOBRE JUSTIÇA MILITAR, do qual participam, como debatedores o Senador Maurício Correa, Deputado Federal Hélio Bicudo, Deputado Estadual (RS) Flávio Koutzii, Promotor de Justiça (RS) Paulo Ricardo Tonet Camargo, Procurador Militar (DF) Carlos Frederico Oliveira Pereira e Jornalista (SP) Caco Barcelos. Dia 6 de maio de 1994, Auditório do Foro Central de Porto Alegre (RS), a convite da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul.

<sup>1</sup> VOULENSKY, Michael S. *A Nomenklatura*, tradução da edição alemã por Edgard de Brito Chaves Júnior, 2ª ed., Editora Record, Rio de Janeiro, p. 44.

<sup>2</sup> VOULENSKY, Michael S. Ob. cit., p.46.

rio mais elevado e melhores condições de trabalho. Para isto está pronto a lutar e a se aliar a outros operários. ... No interesse de quem quem (os intelectuais) tomar o poder? No interesse deles ou no dos trabalhadores? Naturalmente, prometem aos trabalhadores acabar com os salários de miséria, e só tomar o poder no interesse da classe operária, prometem leite e mel em abundância. Mas, se o operário está advertido, vai compreender que leite e mel – no caso em que haja abundância deles – não serão jamais para ele, e que os intelectuais não trabalham no interesse dos trabalhadores, muito pelo contrário. ... Lenin sabia-o muito bem, e em *O que Fazer?* menciona a utilização da classe operária como *tropa de choque* para a tomada do poder em proveito de uma outra camada social”.<sup>3</sup>

Na luta pelo poder é preciso minar a moral, os alicerces enfim, daqueles que essa *tropa de choque*, como *massa de manobra*, terão de enfrentar para os inconfessáveis desejos de quem manipula a classe operária.

Para tanto pregam, agora também pela mídia, que “O Estado dispõe, contra a classe operária, tanto de meios de *coerção brutal*, como de *escravidão moral*, meios que constituem os órgãos mais importantes do Estado capitalista. Entre os meios de *coerção brutal*, é preciso notar, em primeiro lugar, o *exército*, a *polícia civil e militar*, as *prisões* e os *tribunais*”, conforme ensina Bukharin, em seu clássico *ABC do comunismo*.<sup>4</sup>

Bukharin, no que interessa ao tema em exame, a propósito da *Polícia Militar*, quando da obra enfocada e que data de 1928 a tradução da edição em línguas estrangeiras de Moscou, discursou algo que no Brasil de hoje ainda se ouve, ou seja, “O Estado capitalista além do seu exército regular, possui ainda um *corpo de vadios exercitados* e tropas especialmente instruídas para a luta contra os operários”, certo que em relação à *Justiça* pregou que “A *Justiça*, no Estado burguês, é um meio de defesa para a burguesia; antes de tudo, ela condena os que se atrevem a atentar contra a propriedade capitalista ou contra o regime capitalista. ... As autoridades judiciárias procedem com o mesmo rigor dos carrascos do Estado burguês.

O fio da sua espada é dirigido contra os

pobres, e não contra os ricos. Tais são as instituições do Estado capitalista que têm a incumbência da repressão direta e brutal da classe operária”, conclui Bukharin.<sup>5</sup>

Esse o discurso que, feitas as adaptações para a realidade brasileira, ouve-se de uma mínima parcela de intelectuais nossos contra a Polícia Militar e Corpos de Bombeiros Militares, em especial contra aquela, bem como contra a Justiça Militar estadual, apresentando a Polícia Militar como a polícia que mata e a sua Justiça Militar como órgão integrante da Polícia Militar e, assim, corporativista.

Embora publicado na revista *Catolicismo*, que me pareceu ligada a ala conservadora da Igreja Católica, o artigo *Dois vizinhos, dois quintais e dois juizes*, de autoria de Leo Daniele, jurista paulista e que cuida dos conceitos estridentes, desintegradores e destrutivos do *direito alternativo*, que colidem com a doutrina social católica, observa que a *comunidade atuante* (leia-se: *a esquerda*), para acabar com a *dominação* começou uma ação, buscando aticar a luta de classes e, assim, derrubando a classe alta e a burguesia, para instalar, inicialmente, a ditadura do proletariado, sem Lei e sem Direito, sendo que, depois, da queda do Muro de Berlim, houve a necessidade de algumas adaptações táticas, dando-se, assim, prioridade hoje à luta em torno do Direito à qual antes a esquerda conferia pouca importância, mas agora sustenta que deve ser desprestigiado e *dessacralizado* até sua exaustão completa.<sup>6</sup>

Já o afirmo ao defender-me de *representação* contra mim dirigida pelo nobre Deputado Federal Hélio Bicudo, do Partido dos Trabalhadores (SP) por ter escrito trabalho monográfico sobre *A Justiça Militar estadual*, que não tomava tal *representação* como *patrulhamento ideológico*, pois, sempre fui avesso a ideologia, seja de *direita*, seja de *esquerda* ou de *centro*, seja o que for. Meu magistério e minha judicatura não ficariam equidistantes, minha consciência de homem público com mais de quaren-

<sup>3</sup> BUKHARIN, N. Ob. cit., p. 22.

<sup>4</sup> DANIELE, Leo. *Dois vizinhos, dois quintais e dois juizes*, artigo publicado na revista *Catolicismo*, Editora Padre Belchior Ltda., São Paulo, nº 514, out./1993, Ano XLIII, pp. 6-10.

<sup>5</sup> LAZZARINI, Álvaro. “A Justiça Militar Estadual”, *Revista Forense*, 1993, v. 324, pp. 283-286; *Revista de Processo*, 1993, v. 70, pp. 14-18; *Revista “O Alferes”*, Polícia Militar de Minas Gerais, 1993, nº 37, pp. 31-38.

<sup>3</sup> VOSLENSKY, Michael S. Ob. cit., p. 46.

<sup>4</sup> BUKHARIN, N. *ABC do Comunismo*, Tradução da Edição em Línguas Estrangeiras de Moscou, 1928, Coleção Bases 30 (Teoria), Global Editora, São Paulo, 1ª ed., 1980, p. 21.

ta anos de serviço público não ficaria tranqüila se a minha palavra, o meu discurso, o meu escrito não fossem norteados pela liberdade de pensamento, longe das peias ideológicas, pena de desacreditar-me perante mim mesmo.

Tenho insistido, bem por isso, que na temática da *segurança pública*, que se insere no *Sistema da Justiça Criminal*, não é demais enfatizar que, pela sua importância, ela não pode ficar ao sabor de sentimentos menores, de argumentos emocionais, mas deve ser pensada com a máxima racionalidade, porque, Polícia e Justiça Criminal, setores da *atividade jurídica do Estado de Direito*, devem ter os seus problemas solucionados à luz das Ciências do Direito e da Administração Pública, pois, o conhecimento científico, abrangente de experiências diversas e sedimentado pelo tempo, representa caminho seguro na tomada de posições.<sup>8</sup> Tenho alertado, também, que não se deve misturar ressentimentos contra as instituições policiais militares, por fatos do passado recente, com a problemática de segurança pública, conforme descreve o Professor Ney Prado, na obra *Os Notáveis Erros dos Notáveis*.<sup>9</sup> Pela importância a *segurança pública* não pode ficar ao sabor de sentimentos menores, de argumentos emocionais, mas deve ser pensada com a máxima racionalidade.<sup>10</sup>

## 2. Justiça Militar estadual, órgão do Poder Judiciário estadual

Órgão do Poder Judiciário, a Justiça Militar estadual está prevista no art. 125, parágrafo 4º, da Constituição de 1988, a exemplo do que ocorreu com a Constituição de 1967/1969 (art. 144, parágrafo 1º, letra d) e na liberal Constituição de 1946 (art. 124, inciso XII).

A Justiça Militar estadual, em outras palavras, é *órgão jurisdicional* do Poder Judiciário estadual e não *órgão corporativo* das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, embora os policiais militares e bombeiros militares

por ela sejam julgados pelos crimes militares, como definidos em lei.

A Justiça Militar estadual existe em todos os Estados da Federação e no Distrito Federal, certo que ela tem *dois graus de jurisdição*, estando no *primeiro grau* as Auditorias Militares, presididas por Juiz Togado, enquanto no *segundo grau* só há três Tribunais de Justiça Militar instalados no Brasil, ou seja, os dos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo. A criação de Tribunal de Justiça Militar, atualmente, está condicionada à existência de um efetivo mínimo de vinte mil (20.000) integrantes da Polícia Militar da unidade federada (art. 125, parágrafo 3º, da Constituição de 1988), razão pela qual, nos demais Estados, o *órgão de segundo grau de jurisdição* é o próprio Tribunal de Justiça.

Na quase totalidade dos Estados e no Distrito Federal, portanto, quem julga os recursos contra as decisões das Auditorias Militares são Desembargadores dos respectivos Tribunais de Justiça e não Juizes de Tribunal de Justiça Militar estadual.

O Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo foi organizado pela Lei estadual nº 2.856, de 1937, tendo, pois, mais de cinquenta anos de existência, precedendo, até mesmo, a criação dos Tribunais de Alçada do Estado, hoje em número de três (Primeiro, Segundo Tribunais de Alçada Civil e Tribunal de Alçada Criminal), o pioneiro deles pela Lei paulista nº 1.162, de 1951. Em São Paulo, tenho presente, a Constituição de 1989 prevê a competência da Justiça Militar nos seus artigos 80 a 82, estipulando que os juizes do Tribunal de Justiça Militar e os juizes auditores gozam dos mesmos direitos, vantagens e vencimentos, sujeitando-se às mesmas proibições dos juizes dos Tribunais de Alçada e dos juizes de Direito, respectivamente (art. 82).

No Estado de São Paulo, ainda como exemplo, são seis as Auditorias, pois a Lei Complementar nº 705, de 4 de janeiro de 1993, referente à reestruturação da Justiça Militar, por iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado, criou a Quinta e Sexta Auditorias e 7 (sete) cargos, sendo 1 (um) de Juiz Auditor e 6 (seis) de Juiz Auditor Substituto, com instituição de carreira nos mesmos moldes da estrutura da Justiça Comum. O Desembargador Lair Loureiro, Presidente da Comissão de Organização Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no seu voto para o preenchimento dos cargos de Juiz

<sup>8</sup> LAZZARINI, Álvaro. "A Segurança Pública e o Aperfeiçoamento da Polícia no Brasil", *Revista Forense*, 1991, v. 316, pp. 3-34; *Revista de Direito Administrativo*, v. 184, pp. 25-85; *Revista "O Alferes"*, Polícia Militar de Minas Gerais, Separata do nº 34, 1992, oitenta páginas.

<sup>9</sup> PRADO, Ney. *Os Notáveis Erros dos Notáveis da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais*, Forense, Rio de Janeiro, 1987, pp. 26-28.

<sup>10</sup> LAZZARINI, Álvaro. *A Segurança Pública e o Aperfeiçoamento da Polícia no Brasil*, publicações citadas.

Auditor Substituto, já concursados, asseverou o interesse público, acrescentando que foram reclamadas medidas nesse sentido até pela imprensa, junto ao Poder Judiciário, para o necessário aparelhamento da Justiça Militar no julgamento de atos dos policiais militares, destacando, como uma de suas causas, a morosidade na solução dos processos e a existência do número de Juizes inferior ao necessário no Quadro da Magistratura, além de 16.000 (dezesesseis mil) processos existentes.<sup>11</sup>

Esse o voto, apreciado e aprovado pela Comissão de Organização Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme consta dos autos de Processo Administrativo nº 207/93 (DEMA 1.3 – OF. COJ-318/20.12.93).

Ledo, portanto, o engano daqueles que insistem ser a Justiça Militar estadual órgão corporativista da Polícia Militar.

Como se verifica, a Justiça Militar estadual é órgão do Poder Judiciário de cada Estado e do Distrito Federal.

No Distrito Federal, aliás, a instalação de sua Auditoria Militar ocorreu em 26 de agosto de 1992, porque, anteriormente, os policiais militares e bombeiros militares do Distrito Federal eram julgados pela Justiça Militar Federal, também, órgão do Poder Judiciário cuja competência, porém, está mais voltada ao processo e julgamento dos servidores públicos militares federais, ou seja, no processo e julgamento dos crimes militares definidos em lei e praticados pelos integrantes das Forças Armadas, a teor do art. 124 da Constituição de 1988.<sup>12</sup>

Anoto, outrossim, que a Justiça Militar estadual não está vinculada aos Tribunais e Juizes Militares da União, ou seja, ao Superior Tribunal Militar ou aos Tribunais e Juizes Militares instituídos por lei (art. 122 da Constituição de 1988).

Não é, portanto, sem razão que, em 11 de setembro de 1993, "A Magistratura brasileira, reunida em Congresso Nacional na cidade de Vitória (ES), através de sua entidade de classe – Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) –, ten-

do em vista as recentes e insistentes manifestações veiculadas pela imprensa, atribuindo à Justiça Militar decisões corporativistas, omissões e conivências que estimulariam o incremento da violência de componentes das instituições fardadas, e considerando que tais manifestações, atingindo a honra e a dignidade dos juizes que militam naquele ramo especializado da Justiça brasileira atingem, na realidade, a todo o Poder Judiciário, vem a público manifestar seu repúdio às aludidas insinuações, bem como sua integral confiança nos julgados daqueles Magistrados".<sup>13</sup>

### 3. Razão da existência da Justiça Militar estadual

Repito o que anteriormente enfatizei: *segurança pública*, aspecto da *ordem pública*, tem o seu sistema inserido no amplo Sistema da Justiça Criminal, uma vez que o monopólio da jurisdição criminal no Brasil é exercido pelo Poder Judiciário, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988. Daí reiterar que pela sua importância, a segurança não pode ficar ao sabor de sentimentos menores, de argumentos emocionais, mas deve ser pensada com a máxima racionalidade, porque, Polícia e Justiça Criminal são setores da atividade jurídica do Estado e devem, bem por isso, ter os seus problemas solucionados à luz da ciência do Direito e da ciência da Administração. O conhecimento científico, abrangente de experiências diversas e sedimentado pelo tempo, representa caminho seguro na tomada de posições. Não se deve misturar, assim ressentimentos contra as instituições policiais militares, por fatos do passado recente, com a problemática da segurança pública, como anteriormente transcrevi a observação de Ney Prado.

Eduardo Assumpção, em exposição de 25 de novembro de 1992, na Câmara dos Deputados, perante a Comissão Especial designada para dar parecer ao Projeto de Emenda Constitucional nº 46/91, do nobre Deputado Hélio Bicudo, do Partido dos Trabalhadores (SP), bem salientou que as Polícias Militares "nada têm a ver com o Movimento de 1964 e nem com a chamada repressão política, da qual os proceres, reconhecidamente não foram policiais militares. Da mesma forma, nos tristemente famosos esquadrões da morte, que atuaram no Bra-

<sup>11</sup> LOUREIRO, Lair. Voto nº 13.570, Processo Administrativo cit., Interessado Tribunal de Justiça Militar de São Paulo.

<sup>12</sup> ALMEIDA ABREU, Luiz Cláudio de. "Discurso de Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal", *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, set./dez. 1992, v. 40, pp. 378-383.

<sup>13</sup> XAVIER NETO, Francisco de Paula. "Nota oficial de 11 de setembro de 1993 da Associação dos Magistrados Brasileiros", *Jornal do Magistrado*, Ano IV, out./93, nº 17, p. 11

sil, não predominavam os policiais militares. A propósito, a história nos revela que entre as maiores crueldades conhecidas pela humanidade está a atuação dos terríveis *comissários bolcheviques*, que eram na maioria civil, e em nome do Partido faziam valer os seus poderes de vida ou de morte, ao menor sinal de oposição. Portanto – conclui Eduardo Assumpção –, está claro que não é a condição de civil ou de militar, que dita o senso de justiça dos homens. A investidura militar da nossa Polícia também não vem da atual denominação, aliás, sucessora de várias outras, mas é herança dos corpos militares de polícia da nação portuguesa, especialmente, da Guarda Real de Polícia, que por sua vez, espelhou-se nos demais países europeus. Podemos afirmar, com conhecimento de causa, que não há no mundo corporação uniformizada, cuidando da ordem pública, que não seja militar ou paramilitar, como queiram”<sup>14</sup>

Esdras Dantas de Souza, em seu discurso de Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal, na instalação da Auditoria Militar do Distrito Federal, em 26 de agosto de 1992, teve oportunidade de salientar o alto significado daquele ato, porque, “Sem disciplina, a cadeia de comando é fracionada e a instituição militar se desagrega. É por isso que, enquanto na vida civil a indisciplina em regra é tratada como mera irregularidade, na vida militar é crime. Temos então que admitir: no que diz respeito ao comportamento profissional, se exige do militar mais do que usualmente se exige do cidadão comum. São essas peculiaridades, inerentes, sobretudo, à disciplina militar, e não meros privilégios corporativistas, que ensejam a criação de uma Justiça Militar. É curial – prossegue o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal – que as suas Cortes sejam integradas também por militares. Ninguém melhor que os próprios militares para avaliar subjetivamente a conduta humana no seio da caserna”<sup>15</sup>

#### Na Revisão Constitucional ora em andamen-

<sup>14</sup> ASSUMPÇÃO, Eduardo. *Exposição à Comissão Especial da Câmara dos Deputados designada para emitir parecer sobre o Projeto de Emenda Constitucional nº 46/91*. Não consta sua publicação

<sup>15</sup> DANTAS DE SOUZA, Esdras. *Discurso, como Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal, na instalação da Auditoria Militar do Distrito Federal, Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, set./dez. 1992, v. 40, pp. 384-386.*

to no Congresso Nacional, porém, no que diz respeito ao capítulo Da Segurança Pública, pairam ameaças de alguns setores político-ideológicos sobre as Polícias Militares, com reflexos nos Corpos de Bombeiros Militares e, ainda, no órgão do Poder Judiciário de que trata, ou seja, a Justiça Militar estadual.

A vingar a tese que tais ideólogos defendem, com a nitida pretensão de abocanhar o poder no melhor estilo revolucionário a que aludem Voslensky, Bukharin e Daniele retrocitados no infra nº 1 desta exposição, não tenho a menor dúvida do enfraquecimento, senão destruição, destes eficientes e eficazes instrumentos de defesa da cidadania que são as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, diante da realidade brasileira. Ao certo serão substituídas as Polícias Militares pelos *Comissários, no estilo dos comissários bolcheviques*.

Minha posição está bem definida em escritos, discursos, palestras, conferências e em debates em órgãos de comunicação social, em São Paulo, em outros Estados e no Distrito Federal.

Daí eu não poder concordar com alguns intelectuais brasileiros que apareceram de repente no meio operário, defendendo a tese de que o policial militar deve perder o seu *status* de militar de polícia, a não mais justificar a existência da Justiça Militar estadual, e, agora, como *servidor público civil*, possa *sindicalizar-se*, tornando toda a Polícia estadual – a Polícia Civil do Estado de São Paulo já o é, a exemplo do que ocorre com a Polícia Federal<sup>16</sup> – uma verdadeira *massa de manobra* para inconfessáveis objetivos ideológicos – partidários, perigosamente, como se pode sentir, para o Estado, para o seu povo, para cada cidadão brasileiro, para o *estrangeiro que aqui vive* ou tenham interesses legítimos. Deixar-se-á de ter a proteção de uma organização policial que tem como ponto de honra ser estável, eficaz e organizada, como o são as Polícias Militares brasileiras.

<sup>16</sup> SIPESP – Sindicato dos Investigadores de Polícia do Estado de São Paulo (filiação à CUT), Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, Sindicato dos Agentes da Polícia Federal. Quanto a este último, diante da greve da Polícia Federal, por exemplo, as manchetes dos principais órgãos de imprensa são: “Balbúrdia federal” (*Folha de S. Paulo*, 26.3.94, opinião p. 2), “Greve da PF pára serviços em SP” (*Folha de S. Paulo*, 9.4.94, São Paulo, p. 2), “O absurdo garantido por lei” (*Jornal da Tarde*, 27.4.94, 1º cad., p. 4), “Chamar o Ladrão?” e “Greve: Polícia Federal volta a expedir passaportes” (*O Estado de S. Paulo*, 30.4.1994, pp. A-3 e C-5).

Não há, assim, fundamento científico para que tal ocorra, certo que o aumento do nível de eficiência policial, como instrumento de defesa da cidadania, exige que não se despreze a hierarquia e a disciplina militares, úteis que são na condução e execução dos atos de polícia.

Para que bem possa ser o instrumento de defesa da cidadania, entendo que não deve ser esquecido que o policial militar deve ter prerrogativas, que não são privilégios pessoais e sim mecanismo eficiente e eficaz para que bem possa exercer a sua grave atividade pública de polícia.

Dentre as prerrogativas está a de ser julgada em seus crimes funcionais pela Justiça Militar estadual, não se podendo imputar a esta, em sua consciência, e em especial à do Estado de São Paulo, o aumento ou diminuição de mortes nos confrontos da Polícia Militar com marginais, tenham eles passagem ou não pela Justiça Criminal comum, sejam primários ou não, tecnicamente.

Os confrontos, ao certo, não são procurados e nem podem ser evitados pela Polícia Militar, a menos que esta não cumpra o seu múnus estatal de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, como previsto no art. 144, parágrafo 5º, da Constituição de 1988. Não é legítimo pretender-se, por imoral que é a pretensão, que em tais confrontos, para justificar morte de marginal, deva haver, também, baixa policial militar. O policial militar, bem por isso, recebe preparo jurídico, psicológico e técnico-policial para defender-se e ao cidadão, ao povo em geral, no estrito cumprimento do dever legal, embora em muitas vezes ele venha a sucumbir diante da violência do marginal. O cidadão brasileiro deve ter em conta que o denominado tributo de sangue, de que já falavam os romanos, só incide sobre os militares, em especial os policiais militares, que doam, diuturnamente, o seu sangue, as suas vidas em defesa dos cidadãos a que servem, em razão de suas atribuições de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública.

Lembro, mais uma vez, que o militar de polícia representa um segmento diferenciado do serviço público, não sendo um servidor público comum, pois, insisto, exerce o seu múnus estatal mesmo com o sacrifício da própria vida, o que não se exige de nenhum outro cidadão a quem, em verdade, defende. Há, pois, desigualdade jurídica entre um e outro, que não se pode negar, apesar dos sofismas que alguns poucos

setores da intelectualidade, que aparecem aos operários, pregam.

Em *O Poder do Mito*, Joseph Campbell, entrevistado por Bill Moyers, afirma que, em relação ao mito e o mundo moderno, aquele que se alista como militar e veste um uniforme, ao certo, desiste de sua vida pessoal e aceita uma forma socialmente determinada de vida, a serviço da sociedade de que é membro. Finaliza com estas palavras: "Eis por que me parece obsceno julgar pessoas em termos da lei civil, por atos que elas praticam em tempo de guerra. Elas não estavam agindo como indivíduos mas como agentes de algo acima delas, a que se haviam consagrado inteiramente. Julgá-las como se fossem seres humanos comuns é totalmente impróprio", concluiu Joseph Campbell.<sup>17</sup> Venho, aliás, sustentando que, também por isso, a lei deverá apenar com maior rigor aquele que cause violência contra o policial militar na sua atividade ou em razão dela, vale dizer quando a vítima é o policial militar.<sup>18</sup>

Essas as razões que me levam a sustentar a existência da Justiça Militar estadual. Outras, ao certo, existem, mas que não são aqui tratadas dado o tempo desta exposição ser reduzido.

#### 4. Competência criminal militar estadual

Enquanto que a Justiça Militar Federal processa e julga os crimes militares definidos em lei e de que são acusados militares ou civis, a Justiça Militar estadual só processa e julga os mesmos crimes militares definidos em lei, mas só nos que sejam acusados policiais militares ou bombeiros militares, tudo a teor dos artigos 124 e 125, parágrafo 4º, da Constituição de 1988.

Em outras palavras, a Justiça Militar estadual, sem embargo de respeitáveis opiniões em contrário, não pode processar e julgar civil e, ao certo, não os processa e nem os julga.

Na Justiça Militar estadual oficia o Ministério Público Estadual, ou seja, atuam Promotores de Justiça e Procuradores de Justiça, os

<sup>17</sup> CAMPBELL, Joseph e MOYERS, Bill. *O Poder do Mito*. Organizado por Betty Sue Flowers, tradução de Carlos Felipe Moisés, Associação Palas Athena, Editora Palas Athena, São Paulo, 1ª ed., 1990, 5ª reimpressão, jan. 1993, pp. 12-13.

<sup>18</sup> LAZZARINI, Álvaro. *Revisão Constitucional e as Justiças Militares Estaduais*, intervenção como debatedor na 3ª Conferência sobre o tema, no III Congresso das Justiças Militares Estaduais, Belo Horizonte - MG, em 18.6.1993, 13 páginas, monografia em fase de publicação. *Idem* no artigo "Violência. O Policial como vítima", *Folha de S. Paulo*, sábado, 26.2.1994, Cotidiano, p. 2.

quais não raras vezes, também acompanham os inquéritos policiais militares, desde que designados pelo Procurador-Geral de Justiça.

Denunciado o policial militar, se ocorrer a sua absolvição e com ela não concordar, o Promotor de Justiça tem legitimidade para recorrer ao Tribunal de Justiça Militar, nos três Estados que os têm, ou ao Tribunal de Justiça do Estado ou do Distrito Federal, nas demais hipóteses. Se mantida a sentença absolutória, ao Procurador de Justiça caberá recorrer ao Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, que é a mesma Corte que julga recursos oriundos da Justiça Criminal Comum, podendo, até mesmo, haver eventual recurso ao Supremo Tribunal Federal, que é a Corte Constitucional do Brasil.

A decisão final, em outras palavras, não se cinge ao Tribunal de Justiça Militar estadual, órgão de segundo grau de jurisdição do Poder Judiciário Estadual, e sim ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, órgãos esses do Poder Judiciário e que não são, evidentemente, da denominada Justiça Castrense estadual.

Cumpra, no entanto, deixar bem certo que os crimes de *abuso de autoridade* praticados por policiais militares não são da competência da Justiça Militar estadual. Tais crimes estão definidos na Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965 e, dentre eles, são encontrados os de *atentado à liberdade de locomoção* ou, então, de *atentado à incolumidade física do indivíduo* (art. 3º, letras a e i, da citada Lei de Abuso de Autoridade).

A competência em relação a tais crimes é da Justiça Criminal Comum. No Estado de São Paulo, em primeiro grau, o processo e julgamento desses crimes de abuso de autoridade compete ao Juiz Criminal do lugar do fato; em segundo grau, ao Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo compete o julgamento dos recursos contra as decisões de primeiro grau de jurisdição criminal.

Além dessa hipótese, há também a modificação da competência da Justiça Militar estadual quando, por exemplo, o policial militar passa a exercer mandato eletivo cujo cargo tenha prerrogativa de foro, como é o caso de deputado estadual. Na monografia *A Justiça Militar Estadual* isso abordei em relação ao Capitão PM Roberval Conte Lopes Lima, o Capitão PM Conte Lopes, aos quais atribuem-se mortes em confrontos com marginais. Diplomado deputado estadual os processos penais militares fo-

ram remetidos ao egrégio órgão especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, integrado pelos 25 (vinte e cinco) Desembargadores de maior antiguidade no Tribunal, que o absolveram pelo reconhecimento de legítima defesa e/ou estrito cumprimento do dever legal.<sup>19</sup>

No Presídio Militar "Romão Gomes", a população carcerária, no dia 26 de abril de 1994, era de 211 (duzentos e onze) presos, sendo 158 (cento e cinquenta e oito) em regime fechado, 41 (quarenta e um) no regime semi-aberto e 12 (doze) no regime aberto (Casa do Albergado). Nessa população carcerária, estão computados 73 (setenta e três) presos por homicídio, 66 (sessenta e seis) presos por roubo, 12 (doze) presos por latrocínio e 15 (quinze) presos por estupro ou atentado violento ao pudor, que são os delitos mais frequentes, segundo dados colhidos junto ao MM. Juiz Auditor Corregedor Permanente da Polícia Judiciária Militar e do Presídio Militar. Os dados são de presos da Justiça Comum e da Justiça Militar estadual.

#### 5. Competência disciplinar militar estadual

Poucos foram os que se aperceberam que a Constituição de 1988, no seu artigo 125, parágrafo 4º, inovou, e muito, a respeito da *perda da graduação das praças* das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares o que só pode ocorrer, atualmente, por decisão transitada em julgado do Tribunal competente, ou seja, Tribunal de Justiça Militar ou Tribunal de Justiça nos Estados e Distrito Federal que não os tenha.

As autoridades policiais militares competentes, de regra o respectivo Comandante Geral, não tem mais o poder sancionador do Poder Disciplinar para aplicar pena expulsória ou o rótulo que se dê para a perda da graduação da praça de polícia militar ou de bombeiro militar.

A norma do art. 42, parágrafo 9º, da Constituição de 1988, que prevê lei para dispor sobre a *estabilidade* do servidor militar, está restrita aos servidores militares federais, pois, em relação aos servidores militares estaduais e, no caso as praças estaduais, a norma do art. 125, parágrafo 4º, da mesma Constituição de 1988 prevê a *vitaliciedade* e não a *estabilidade*, que são institutos jurídicos bem diversos.

Em recente julgamento datado de 22 de março de 1993, na Apelação Cível nº 202.087-4/2, da Comarca de São Paulo, a Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

<sup>19</sup> LAZZARINI, Álvaro. *A Justiça Militar Estadual*.

anulou ato demissório de praça por tomado pelo Comandante Geral da Polícia Militar do Estado, quando, por força da norma constitucional vigente (art. 125, parágrafo 4º), a competência administrativa disciplinar para o ato é do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo.

O acórdão, a propósito da *vitaliciedade*, examinou as lições de José Cretella Júnior, Manoel Gonçalves Ferreira Filho para entender que a hipótese do art. 125, parágrafo 4º, da Constituição de 1988, juridicamente, é de *vitaliciedade* das praças servidores públicos militares estaduais, afirmando, então, *verbis*:

“A hipótese contemplada no artigo 125, parágrafo 4º, da Constituição da República e ora em exame, assim, indubitavelmente, é de *vitaliciedade* dos oficiais e praças, que só perderão os respectivos cargos (postos e graduações) por *decisão do Tribunal competente*. A história da Constituinte de 1988 isso deixa bem certo, bastando examinar os seus anais, nos quais a *vitaliciedade* das praças de Polícia Militar e Bombeiro Militar foi inserida no Projeto de Constituição (B) pela Emenda nº 2P01407-1, de 13 de janeiro de 1988, do deputado constituinte Paulo Ramos, Major da Reserva da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, sob fundamento de que ‘Não é justa a diferenciação de tratamento entre integrantes da mesma corporação, que devem estar submetidos ao mesmo regime jurídico. A inclusão feita tem por fim dar a todos os policiais militares e bombeiros militares tratamento igualitário, como forma de harmonizar a situação dos integrantes das corporações encarregadas da segurança pública’ (cf. Emendas oferecidas ao Plenário ao Projeto de Constituição – A, v. II, janeiro de 1988). O artigo 125, parágrafo 4º, ora em exame, aliás, foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 121.533-0, de Minas Gerais, julgado em 26 de abril de 1990, sendo relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence. A *ementa* foi publicada em *O Alferes* (v. 9, nº 28, jan/mar/1991, p. 62), sendo que o número correto do recurso é o acima indicado (RE 121.533-0) e não o que constou de tal publicação (RE 121.553-MG). O inteiro teor do venerando acórdão é encontrado na *Revista Trimestral*

*de Jurisprudência*, Brasília, setembro de 1990, v. 133, pp. 1.342–1.347, lendo-se, no douto voto vencedor do eminente Ministro Paulo Brossard que ‘faz algum tempo de Norte a Sul assoalhava-se a necessidade de suprimir a *vitaliciedade* de cátedra, que, parece, era fonte de malefícios irreparáveis para a Nação’, acrescentando, ao depois, que ‘abolida a *vitaliciedade* de cátedra foram criadas outras *vitaliciedades*, talvez mais *conspíquas e necessárias*’, numa clara alusão à do 3º Sargento PM Edgar Alves de Oliveira, da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. Daí o eminente Ministro Moreira Alves, no seu voto vencedor, ter afirmado que ‘embora o texto constitucional seja de difícil explicação como decorre da observação feita pelo eminente Ministro Paulo Brossard, temos de aplicar o princípio da *vitaliciedade* e considerar que o texto constitucional federal é de aplicação imediata’. A perda da graduação, assim, não pode ser decretada por juiz de primeiro grau e sim por tribunal competente, seja Tribunal de Justiça Militar, nos Estados que os têm, seja o Tribunal de Justiça nos demais Estados ou Distrito Federal. A *vitaliciedade* está, pois, confirmada pelo Excelso Pretório, que é o órgão competente para o julgamento de causas que envolvem matéria constitucional. Bem por isso não pode a Administração Policial Militar aplicar pena *expulsiva*, tenha o nome que tenha (*expulsão*, *demissão*, etc.), para oficiais e praças, porque, repete-se, a perda do respectivo posto ou graduação não mais é da competência de autoridade administrativa e sim do Tribunal competente por força do artigo 125, parágrafo 4º, da Constituição da República. Em outras palavras, não há mais, depois do julgamento do Excelso Pretório, razão para a Polícia Militar brasileira insistir na *demissão de praças por mero ato administrativo*.... Lembre-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi tomada em Sessão Plenária e afirmou a *vitaliciedade* das praças em caso originário do Estado de Minas Gerais”.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Acórdão unânime da Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 22 de março de 1994, na Apelação Cível nº 202.087-1/2, de São Paulo, Relator Desembargador Álvaro

Portanto, frente ao art. 125, parágrafo 4º, da Constituição de 1988, que encerra o *princípio da vitaliciedade das praças* das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares e não o da *estabilidade*, sendo norma de aplicação imediata, a perda de graduação das praças não mais pode ser decretada por ato do Comandante-Geral e nem por decisão de qualquer outra autoridade administrativa ou judiciária de primeiro grau de jurisdição, comum ou militar, pois, só é competente para decretá-la o tribunal competente, seja o Tribunal de Justiça Militar, nos Estados que os têm, ou o Tribunal de Justiça nos demais Estados e no Distrito Federal.

6. *Necessidade de alteração da redação do art. 125, parágrafo 4º, da Constituição de 1988 e de adequação do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar à Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar*

Venho defendendo a necessidade de alteração da redação da norma constante do art. 125, parágrafo 4º, da Constituição de 1988, tendo escrito a respeito no trabalho *Revisão Constitucional e as Justiças Militares Estaduais*, que apresentei no III Congresso das Justiças Militares Estaduais, no dia 18 de junho de 1993, em Belo Horizonte (MG), trabalho esse debatido com o Senador (MG) Ronan Tito, Deputado Federal (RS) Nelson Jobin e Deputado Federal (RR) João Fagundes.

Lembrei, na oportunidade, que o art. 125, parágrafo 4º, está assim redigido:

“Art. 125 – .....

§ 4º – Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”.

Sugeri, então, a seguinte redação:

“Art. 125 – .....

§ 4º – Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças *estáveis*”.

É que na redação atual basta assentar praça

para que o servidor público militar estadual, isto é, o policial e o bombeiro militar (art. 42 da Constituição de 1988), tenha o que conceitualmente se denomina *vitaliciedade*, pois, só perderá a graduação a praça se assim o decidir o tribunal competente, como exposto no infra nº 5.

Posteriormente, em missiva que encaminhei ao Conselho Editorial da Revista *O Alferes* e datada de 13 de novembro de 1993, evolui para uma segunda alternativa, sugerindo que, ao invés de acrescentar-se a palavra *estáveis*, seja acrescentado ao final do parágrafo 4º do art. 125 a locução *com mais de dez anos de serviço*, com o que a redação ficará tecnicamente adequada ao *princípio da vitaliciedade* e assim:

“Art. 125 – .....

§ 4º – Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças com mais de dez anos de serviço”.

Evidenciei, na oportunidade, que não se pode tirar por completo a prerrogativa das praças de Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar, até mesmo pela gravidade das funções públicas que exercem. Reconheci, porém, que se deve fixar parâmetros para tal *vitaliciedade*, de modo a contemplar, também, o *interesse público referente à hierarquia e à disciplina*. O período de amadurecimento e demonstração das qualidades de uma praça de polícia ou de bombeiro tem sido considerado, em grande parte das unidades federadas, como de 10 (dez) anos, aliás conforme previsão do art. 14, parágrafo 8º, da Constituição de 1988, que, ao cuidar da elegibilidade do militar alistável, dispõe que “se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade”.

No que se refere ao Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar, penso bastar a atualização dos mesmos, compatibilizando-os, também, com as atividades próprias dos militares de polícia e bombeiros militares, uma vez que a atividade-fim desses servidores públicos militares estaduais não se confundem, em nada, com as dos servidores públicos militares federais e nem as respectivas Justiças Militares se confundem.

A Polícia Militar do Estado de São Paulo, por exemplo, não vê sentido em ser considerada *crime militar* quando o policial militar prati-

ca o ato ilegal com arma da corporação, mas em situação de toda estranha à atividade policial militar, hipótese que continua contemplada no artigo 9º, inciso II, letra f, do Código Penal Militar.

Quanto aos crimes dolosos contra a vida, igualmente, o Código de Processo Penal Militar deve adequar-se ao art. 5º, inciso XXXVIII, letras a a d, da Constituição de 1988, uma vez que essa é a tendência da jurisprudência. A Constituição de 1988, com efeito, em tal norma não distingue entre civis e militares, quando reconhece a instituição do júri, com competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, inexistindo, de outra parte, qualquer norma constitucional que tenha ressalvado os crimes dolosos contra a vida, e que são da competência do júri, quando praticados por militares ou qualquer outra autoridade, que tenha prerrogativa de foro.

Penso, bem por isso, que o Código de Processo Penal Militar deve ter aperfeiçoado o seu texto vigente, no que diz respeito à competência da Justiça Militar, federal ou estadual, prevendo, onde couber, o *desaforamento para o júri* dos homicídios dolosos contra civil. Com essa previsão, ao certo, evitar-se-ão futuros e prováveis conflitos de competência entre as Justiças Comum e Militar, e conflitos de atribuições entre as autoridades de polícia judiciária, comum e militar.

Essas, em linhas gerais, as alterações necessárias para adequar a Constituição de 1988 e os referidos Códigos à realidade atual do Brasil no ponto que se refere ao Sistema Criminal.

#### 7. Conclusão

*Justiça Militar: por que sim e por que não? Competência.*

Examinei só a Justiça Militar estadual e, em relação a ela, à indagação respondo *afirmativamente*, respondo *SIM*, favoravelmente, portanto, à Justiça Militar estadual.

Não se pode imputar à Justiça Militar estadual, em especial à de São Paulo, o aumento ou não do número de mortos, nos confrontos da Polícia Militar com marginais, eles tenham ou não passagem pela Justiça, sejam ou não tecnicamente primários.

Os confrontos, em especial em uma megacidade como a de São Paulo, sejamos realistas, não são procurados e nem podem ser evitados pela Polícia Militar, a menos que o seja em detrimento da segurança do povo, não cumpra o seu múnus estatal de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, como previsto no

art. 144, parágrafo 5º, da Constituição de 1988.

Nesses confrontos não é legítimo pretender-se que, para justificar-se a morte de marginal, também deva haver baixa policial militar. Este recebe preparo para defender-se e ao povo, no estrito cumprimento do dever legal.

A Justiça Militar estadual vem cumprindo o seu múnus estatal de *órgão jurisdicional* do Poder Judiciário. Ela processa e julga os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, condenando-os ou absolvendo-os, conforme as provas produzidas, *nos autos*, pelo Ministério Público estadual e pelo advogado de defesa, no que não destoam os seus julgados daqueles que possam ser realizados pela Justiça comum, aliás, conforme a Magistratura Brasileira, reunida em Congresso Nacional na cidade de Vitória (ES) em setembro de 1993, o reconheceu na infra-transcrita *Nota oficial de repúdio* às insinuações que contra a Justiça Militar estadual vêm sendo feitas.

Não compete à Justiça Militar estadual o processo e julgamento dos crimes por abuso de autoridade, previstos na Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. A competência é da Justiça Criminal Comum e, no Estado de São Paulo, o órgão recursal de segundo grau de jurisdição é o seu Tribunal de Alçada Criminal.

Compete ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e patente dos oficiais de Polícia Militar e oficiais bombeiros militares, bem como da graduação das praças dessas instituições. A estas como àquelas a Constituição de 1988, no seu art. 125, parágrafo 4º, outorgou a *prerrogativa da vitaliciedade*, a exemplo do que ocorre com magistrados e membros do Ministério Público, o que implica em reconhecer a incompetência de autoridades do Poder Executivo para aplicação aos servidores públicos militares estaduais de penas disciplinares expulivas.

A lei deverá apenar com maior rigor aquele que cause violência contra o policial militar na sua atividade ou em razão dela.

O art. 125, parágrafo 4º, da Constituição de 1988 deveria ter incluído na sua redação atual a locução: "com mais de dez anos de serviço", após a locução: "da graduação das praças", com o que o final do parágrafo ficará: "...da graduação das praças com mais de dez anos de serviço".

Há imediata necessidade de adequar o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar à Constituição de 1988, art. 5º, inciso

XXXVIII, no que diz respeito aos homicídios dolosos contra civis, prevendo-se, assim, que à Justiça Militar estadual caberá *desaforar* para o júri tais crimes.

Deve ser repensado pelo legislador infra-constitucional o ser crime militar o fato do militar usar, em atos ilegais, arma da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros Militar, hipótese do art. 9º, inciso II, letra f, do Código Penal Militar.

Há premente necessidade de adequar referida legislação penal militar à realidade das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, pois as suas atividades são bem diversas das atividades das Forças Armadas voltadas para operações bélicas e não as de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública e, ainda, de defesa civil.

Consigno que, nesta exposição, não me animou nenhum interesse ideológico, com raízes no leninismo ou qualquer outro ideólogo de esquerda, de direita, de centro ou o que for. Estou e estarei sempre equidistante de tudo isso e não tenho nenhum ressentimento por fatos do passado recente.

Não posso silenciar ante equívocos a res-

peito da temática aqui examinada, o que trairia a minha consciência de estudioso, por mais de quarenta anos, da *ordem pública* e seu aspecto *segurança pública*, reconfortado, agora, pela inabalável posição da Magistratura Brasileira ao vir a público para manifestar, formalmente, o seu *repúdio* às graves insinuações contra a Justiça Militar e reiterar a integral confiança nos julgados dos Magistrados com jurisdição criminal militar.

Entendo que a razão está com Jorge Amado, que, em entrevista para a *Revista da Folha*<sup>21</sup>, afirmou: "Sou um homem muito mais livre do que quando eu era jovem e ainda pensava que a posição ideológica era um avanço. Os comunistas são em geral, muito preconceituosos. Hoje, acho que a ideologia é a desgraça de nossa época".

Deixemos de lado experiências ideológicas ou partidárias. Pensemos, antes de tudo, no nosso Brasil, tornando-o grande para as futuras gerações, tornando realidade o que a nossa bandeira, que deve tremular em todo o Brasil soberanamente, exige: *Ordem e Progresso*.

---

<sup>21</sup> AMADO, Jorge. Entrevista para a *Revista da Folha*, encartada na edição de domingo, dia 24.4.1994 da *Folha de São Paulo*.

# A Constituição e a educação brasileira

EDIVALDO M. BOAVENTURA

## SUMÁRIO

*1. Introdução – educação e os direitos sociais. 1.1. A educação na vida constitucional brasileira. 1.2. O lugar da educação na Constituição da República de 1988. 1.3. A educação, os direitos sociais e a ordem social. 2. O regime jurídico da educação. 2.1. A educação escolar, seus objetivos e princípios. 2.2. Educação, direito de todos. 2.3. Princípios da educação escolar. 2.4. Educação, dever do Estado. 2.5. Direito público subjetivo. 2.6. Autonomia universitária. 2.7. Dimensões da autonomia. 2.8. A liberdade de ensino. 2.9. Escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas. 2.10. Indicações para o currículo. 2.11. Os sistemas de ensino e o Município. 2.12. Planejamento e financiamento da educação. 3. A educação no Ordenamento Constitucional. 3.1. Competências em educação. 3.2. Educação no conjunto da Constituição de 1988. 3.3. Diretrizes e bases da educação nacional. 4. Conclusão – educação e garantias constitucionais.*

### *1. Introdução – educação e os direitos sociais*

O objetivo deste trabalho é mostrar como se encontra a educação na Constituição Federal de 1988. A Constituição, como lei maior que organiza o Estado, rege toda a vida social, política e jurídica do País e inclui também o processo educativo. A educação está ordenadamente prevista em capítulo específico (Capítulo III – Da Educação, da Cultura e do Desporto, do Título VIII – Da Ordem Social). Há, porém, muitos outros dispositivos no corpo do texto constitucional que se referem à educação. Além dessas referências expressas, é preciso que se leve em consideração a proteção das garantias fundamentais que podem ser acionadas em defesa dos direitos educacionais do aluno, professor, família, Estado e da própria escola.

Edivaldo M. Boaventura é *Master e Ph.D.* em *Educational Administration*, Doutor em Direito, Professor Titular da Universidade Federal da Bahia, Vice-Presidente do Conselho Estadual de Educação da Bahia, membro da Academia Brasileira de Educação, ex-Juiz do Trabalho e Procurador Autárquico.

Assim, estes comentários à educação na Constituição pretendem: contextualizar a educação como integrante da ordem social; mostrar o regime jurídico da educação; identificar outros dispositivos que regulam a educação e que se encontram dispersos no corpo do texto fundamental; e enfatizar a educação como um direito a ser protegido pelas garantias constitucionais a exemplo do mandado de segurança.

### 1.1. *A educação na vida constitucional brasileira*

A educação está presente em todas as Constituições brasileiras, desde a primeira, a imperial, outorgada por Dom Pedro I, em 1824, até a última, promulgada em 5 de outubro de 1988. A configuração da educação, durante quase dois séculos, pode ser encarada historicamente, na evolução constitucional. Durante todo esse período, a vida política foi se aperfeiçoando com a promulgação das várias constituições. Avanços e retrocessos se percebem nas constituintes e nos textos por elas produzidos (Rama, 1987).

A gratuidade da educação primária apon-tou inusitadamente naquela Carta outorgada pelo Imperador. Passando pela Constituição de 1891, republicana e federativa, a educação veio a receber maior atenção dos constituintes de 1934, com todo um capítulo a ela destinado, onde se nota a influência do movimento dos pioneiros da Escola Nova, à frente Fernando de Azevedo e Anísio Teixeira. No Estado Novo, a Constituição de 1937 atribuiu à família responsabilidades maiores na educação. Já a liberal Constituição de 1946, consolidando a volta à democracia, enfatizou os sistemas de ensino como modeladores da descentralização. A Carta de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 reservaram igualmente um capítulo inteiro à educação (Di Dio, 1982). Chega-se à detalhista e conflitante Carta Magna de 1988, com bem mais aberturas para os direitos educacionais, indo da creche e do ensino infantil até a “promoção humanística, científica e tecnológica do País”. Essa é uma perspectiva histórica, contudo o presente artigo objetiva analisar a educação em todo o texto constitucional vigente (Boaventura, 1992).

### 1.2. *O lugar da educação na Constituição*

A Constituição Federal de 1988 (como é comumente chamada), como manifestação do direito escrito e do constitucionalismo das últimas décadas, procurou abordar quase todos os assuntos. No que concerne à educação, por exemplo:

- 1) incorporou a criança de zero a seis anos;
- 2) privilegiou a creche, o ensino infantil e o fundamental;
- 3) estabeleceu a progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade do ensino médio;
- 4) constitucionalizou a autonomia universitária;
- 5) estabeleceu a erradicação do analfabetismo e a universalização do ensino fundamental;
- 6) garantiu o ensino noturno regular;
- 7) programou a assistência ao educando, prevendo material didático-escolar, transporte, alimentação e saúde;
- 8) definiu o acesso ao ensino obrigatório como um direito público subjetivo;
- 9) fixou conteúdos mínimos para o ensino fundamental;
- 10) ressaltou a língua portuguesa e as línguas maternas dos indígenas;
- 11) prescreveu os objetivos do Plano Nacional de Educação;
- 12) definiu o Município como sistema de ensino;
- 13) promoveu a educação ambiental pelos níveis de ensino e pela conscientização pública;
- 14) previu recursos financeiros em percentuais por entes políticos constitucionais e muitas outras prescrições.

Esses e outros dispositivos são ordenados didaticamente, começando pelo grupo normativo Da Educação, da Cultura e do Desporto – constitutivo da ordem social – e seguido das disposições esparsas encontradas no texto da Constituição.

### 1.3. *A educação, os direitos sociais e a ordem social*

A Constituição enumerou os *direitos sociais* logo no início (art. 6º) e os detalhou no final do texto, no Título VIII – Da Ordem Social. Ao enunciar-los, iniciou pela educação:

“Art. 6º – 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”.

Para José Afonso da Silva (1992, p. 258),

“os direitos sociais, como compreensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.

Esta rubrica compreende os direitos sociais relativos ao trabalhador, à seguridade, à cultura, ao desporto, à família, criança, adolescente e idoso, ao meio ambiente e aos índios. Enumerados no art. 6º, são desenvolvidos no título Da Ordem Social. Os direitos sociais são, assim, conteúdo dessa ordem – “na forma da Constituição” – onde são tratados os mecanismos e aspectos organizacionais. Ordem social que tem por base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193). Na realidade, ela é ampla, incluindo temas que, anteriormente, estavam ausentes da Constituição e eram tratados, de forma tímida, pela legislação ordinária. Socialmente, todos têm direito à educação a ser prestada pelo Estado, que para tanto deve organizar os serviços educativos, oferecidos de acordo com o estabelecido pelos princípios e pelas normas da Constituição.

#### *Avanço econômico e atraso social*

Como é notório, o Brasil se adiantou na economia industrial, sendo, como dizem ser, a oitava do mundo ocidental. Mas atrasou-se consideravelmente no bem-estar social, especialmente em saúde e educação. De certo modo, a pregação européia pela educação pública, universal e obrigatória, de cem anos atrás, é absolutamente atual para o Brasil nesse final do século XX.

Em uma estratégia para superar os obstáculos ao desenvolvimento social, a educação há de ser incluída dentre os componentes dos níveis de bem-estar, como procedeu a atual Constituição.

Entenda-se por nível de bem-estar o atendimento de necessidades relativas à sobrevivência e à forma de vida tida por boa, no contexto de uma sociedade. O atraso brasileiro em educação, saúde, habitação, alimentação, saneamento básico é alarmante. Ilustra bem a carência a frase de Octavio Paz, escritor mexicano: “O Brasil e o México são os campeões das desigualdades sociais”.

#### *Saúde e nutrição*

Um dos componentes do bem-estar é a saúde, direito fundamental do homem. Para a Organização Mundial da Saúde, é o estado de completo bem-estar físico, mental e social do homem e não apenas a ausência de afecções e doenças. Acompanha a saúde, a nutrição, entendida como complexo processo que vai da produção de alimentos até a absorção de nutrientes, qualitativa e quantitativamente indispensáveis à vida.

*Trabalho, habitação e saneamento básico*  
Soma-se à educação e à saúde, o trabalho.

Seja pelo que representa em termos de realização pessoal, seja como condição de sobrevivência. E, ao lado do trabalho, a habitação e a moradia, que tanto condicionam a vida de família, segurança e proteção. A necessidade de habitação justifica-se como condição indispensável à vida. Em conexão com a moradia, o saneamento básico representa o controle dos efeitos deletérios sobre o bem-estar físico e mental do homem.

#### *Seguridade social*

Acrescem à educação, saúde e trabalho os componentes da seguridade social, isto é, um conjunto de medidas, providências, normas e leis que visam proporcionar ao corpo social e a cada indivíduo o maior grau possível de garantia, sob os aspectos econômico, social, cultural, moral e recreativo. Na seguridade social, primeiramente temos a considerar a segurança individual e comunitária, que cada vez mais se aproxima da segurança coletiva.

Em sistema de mutualidade e conforme as regras atuariais, a previdência social é o símbolo distintivo do estado moderno do bem-estar. Já a assistência social é mais difusa do que a previdência, sempre presente por iniciativa particular, pública, confessional ou leiga. A seguridade social, sob as mais diferentes modalidades, assume o caráter de distribuição de rendas.

Inclui-se ainda na concepção de seguridade social o *lazer*, entendido como ocupação do tempo, tempo que pode ser compreendido em cinco categorias – sono, trabalho, família, cuidados pessoais e tempo livre. Lazer é o uso desse tempo livre e recreativo que vem aumentando cada vez mais com a redução da jornada de trabalho.

A ordem social, onde se engasta a educação, definiu cada um desses níveis – seguridade social, saúde, previdência social e assistência social. A educação seguem-se a cultura, o desporto, ciência e tecnologia, meio ambiente e outros, como a leitura do Título VIII poderá demonstrar.

A educação é muito importante nesse conjunto, não-somente como capacitação para viver e agir, mas também pelo significado capaz de valorizá-la. Na escala dos níveis mais altos de conhecimento, a educação se aproxima do domínio científico e tecnológico.

#### *Educação, cultura e desporto*

A educação sistematicamente concebida como processo formal de ensino, pela via

escolar, tem como objetivos gerais (art. 205):

- 1) pleno desenvolvimento da pessoa;
- 2) preparo para o exercício da cidadania; e
- 3) qualificação para o trabalho.

Na síntese clássica, como preleciona Raymond Poignant, é preciso formar o homem, o cidadão e o produtor de bens e serviços. Na sistemática adotada para a ordem social, tanto a cultura como o desporto acompanham a educação. O Estado garante o pleno exercício dos direitos culturais (art. 215) e fomenta as práticas desportivas formais e informais (art. 217).

Além do regime jurídico da educação escolar, que predomina e domina o capítulo específico, há muitas outras situações expressas na Constituição. Todo o texto constitucional está pontilhado de dispositivos concernentes ao ensino.

Caracteriza-se uma segunda modalidade de preceitos constitucionais sobre a educação em vários, diversos e dispersos, dispositivos encontrados ao longo da Constituição. Diferentemente do regime jurídico instalado no capítulo específico (Capítulo III – Da Educação, da Cultura e do Desporto, Título VIII – Da Ordem Social), que se ocupa da educação formal, regular ou escolar, os demais comandos privilegiam as competências sumamente importantes em um Estado Federal, como o Brasil, e outros aspectos educacionais.

Do ponto de vista educacional, parece que o legislador de 1988 quando quis cometer atribuições à educação não-formal colocou-as de fora do regime escolar normatizado no referido capítulo. A ilustração mais evidente é a da educação ambiental, prevista de uma maneira flexível tanto por níveis de ensino (via escola), como pela conscientização pública – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente (art. 225, VI). Fugiu-se assim aos ditames regulares do regime da escola pública estatuído no capítulo específico. Do mesmo modo, a previsão da mobilização para eliminar o analfabetismo e a universalização da escola fundamental, no prazo de dez anos a contar da promulgação da Constituição, aparecem no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 60). Limitar a educação ao regime jurídico escolar apenas, seria muito pouco. A escolarização é um tipo especial de educação, mas não é o único.

Em suma, a atenção com a regulamentação das diretrizes e bases não deve implicar tão-

somente no exame do capítulo que definiu o regime jurídico, privilegiando a escola pública. Esse é um dos *locus* da educação na Constituição, talvez o mais importante, mas não o único pelo que foi exposto preliminarmente. A análise do processo educacional deve incluir, jurídica e pedagogicamente, todos os dispositivos que afetam direta e indiretamente o ensino na Carta Magna.

## 2. O regime jurídico da educação

Privilegiando a análise das normas que regem a educação, a sistemática do capítulo específico destaca: a educação escolar, seus objetivos e princípios; autonomia universitária; a liberdade de ensino; indicações para o currículo; os sistemas de ensino e o Município; planejamento e financiamento da educação.

### 2.1. A educação escolar, seus objetivos e princípios

Ao estudar a educação na Constituição Federal de 1988, José Augusto Peres (1988, pp. 2-3) observa com muita propriedade que “apesar do emprego de um vocábulo da maior significância como é *educação*, o texto constitucional se preocupou exclusivamente, ou quase, com a educação escolarizada”. Para comprovar a afirmação examine-se o vocábulo “ensino” e o conteúdo dos incisos que deixam tudo muito claro. A restrição à educação escolarizada, talvez possa ser explicada, segundo o professor paraibano, por quatro razões:

- dificuldade de abordagem satisfatória da educação *lato sensu*;
- preocupação imediata com a escola, instituição mais tangível e mais reclamada;
- intangibilidade de muitos aspectos em que se desdobra a educação, *mormente* a informal; e
- “maior importância social, política e econômica da instituição escolar e dos serviços por ela prestados”.

A leitura atenta dos dispositivos específicos sobre educação comprova empiricamente a assertiva de Peres.

A constatação do educador é evidenciada pelo jurista José Afonso da Silva (1992, pp. 712-713), ao afirmar que os objetivos atribuídos ao sistema educacional serão conseguidos pela educação normal:

“A consecução dos objetivos da educação consoante o art. 205 – pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho – só se realizará

num sistema educacional democrático, em que a organização da educação formal (via escola) concretize o direito ao ensino, informado por princípios com eles coerentes (...)"

Interpretando o sentido global das normas educacionais distribuídas ordenadamente em capítulo, Silva salienta a coerência do regime jurídico da educação pública:

"A preferência constitucional pelo ensino público importa em que o poder público organize os sistemas de ensino de modo a cumprir o respectivo dever com a educação, mediante prestações estatais que garantam, no mínimo: ensino fundamental, obrigatório e gratuito (...)"

## 2.2. Educação, direito de todos

A educação é direito de todos, dever do Estado e da família. De um lado, temos a pessoa humana portadora do direito à educação e, do outro, a obrigação estatal de prestá-la. Em favor do indivíduo há um direito subjetivo, em relação ao Estado, um dever jurídico a cumprir.

O ensino, preferencialmente público, conforme o capítulo de educação, seguirá os princípios formadores, garantidos pelo Estado e de acordo com os sistemas organizados pela União, Estados e Municípios, financiado pela receita proveniente de impostos, pelos repasses, e pelas contribuições sociais com destaque pela sua importância a contribuição social do salário-educação.

O art. 205 define a educação e seus objetivos. Forma-se uma concepção ampla de educação, como direito de todos e dever do Estado, para depois, nos artigos subsequentes restringir tão-somente à educação escolarizada.

"Capítulo III (Título VIII)

Da Educação, da Cultura e do Desporto

Seção I

Da Educação

Art. 205 – A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206 – O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II – liberdade de aprender, ensinar,

pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V – valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União;

VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII – garantia de padrão de qualidade."

## 2.3. Princípios da educação escolar

1) *Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola* – O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo e o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente (art. 208, inciso VII, §§ 1º e 2º).

2) *Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber* – Ressalte-se a função de investigação que diz respeito diretamente à universidade, esse enunciado tem incidência especial na instituição acadêmica.

3) *Pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino* – Democraticamente, a Constituição firma a pluralidade de concepções e determina a coexistência entre a escola pública e privada, que é uma das controvérsias permanentes da educação brasileira, ao lado da centralização *versus* descentralização, qualidade *versus* quantidade e terminalidade *versus* continuidade.

4) *Gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais* – Com essa diretriz, terminou a discussão acerca do ensino superior pago em universidade pública; o princípio não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação da Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos, segundo o art. 242.

5) *Valorização dos profissionais do ensino, garantido na forma da lei, plano de car-*

reira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União – Além das disposições que valorizam e disciplinam a carreira do magistério superior, para fins de vencimentos, autarquia e fundação ficam definitivamente equiparadas. O princípio se aplica ao magistério em geral.

6) *Gestão democrática do ensino público, na forma da lei* – Dispositivo que direciona não somente a eleição para escolas, faculdades e institutos, diretorias, chefias e reitorias, mas também, inspira o processo de democratização no acesso e no processo de ensino; por ele, pais, professores, alunos, servidores e setores outros da comunidade vêm a colaborar participativamente, com a escola.

7) *Garantia do padrão de qualidade* – Qualidade não somente interna, aferida pelos processos de avaliação, como também pela qualidade externa pela qual o ensino corresponde aos padrões e necessidades da comunidade.

Intermediando os princípios da educação escolar e as garantias, encontra-se a autonomia universitária (art. 209). A novidade é a sua elevada presença na Constituição.

#### 2.4. Educação, dever do Estado

Aos princípios que garantem os direitos dos indivíduos – jovens, adolescentes e adultos – há a correspondente obrigação do Estado, como sujeito passivo da prestação educacional, com deveres a cumprir.

“Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII – atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º – O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º – O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º – Compete ao poder público reencensar os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.”

Dentre as garantias: 1) ensino fundamental, obrigatório; 2) extensão do ensino obrigatório e gratuito, progressivamente, ao ensino médio; 3) atendimento aos portadores de deficiências; 4) atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; 5) acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística; 6) oferta do ensino noturno regular; 7) atendimento ao educando no ensino fundamental através de material escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde – o legislador colocou o acesso ao ensino obrigatório como direito público subjetivo.

#### 2.5. Direito público subjetivo

Se a autonomia universitária foi o princípio de maior relevância, do ponto de vista da educação superior, na Constituição, todavia, o constituinte de 1988 foi mais além, quando concebeu o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como um direito público subjetivo. Eis o ponto alto da orografia constitucional da educação. A lei maior recepcionou longa discussão da doutrina brasileira, tendo à frente Pontes de Miranda (1963), Ester de Figueiredo Ferraz (1969), Lourival Vilanova (1982/1983), e outros que têm lutado para a efetivação não somente do direito à educação, como também do Direito da Educação, como uma disciplina jurídica que não se confunde com uma simples e descritiva Legislação do Ensino. A educação é um direito social por excelência, ao lado da saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, à infância e assistência aos desamparados, de acordo com a enumeração da Constituição (art. 6º), como foi visto.

A educação, porém, só poderá ser considerada como um direito de todos, se houver escolas para todos. Se há um direito público subjetivo

vo à educação, isso quer dizer que o particular tem a faculdade de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional pelos poderes públicos. O seu não-oferecimento importa responsabilidade da autoridade competente, acionando-se o mandado de injunção (art. 208, §§ 1º e 2º). A Constituição poderá fazer muito pela educação no sentido de sua promoção, colocando em prática os meios jurídicos para efetivá-la como um direito público subjetivo. Esse direito à educação, disciplinado na Constituição, tem o seu referencial maior na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. XXVI.

#### 2.6. *Autonomia universitária*

No que tange à universidade, a Constituição elevou a autonomia, cerne da vida acadêmica desde os tempos medievais, à suprema condição da principal disposição acerca da educação superior. É o carro-chefe da universidade, na Constituição Federal de 1988. Há, porém, outras referências, vinculações, extensões e obrigações.

Tomando a universidade e as disposições sobre a educação superior, na Constituição, é possível encarar-se principalmente a autonomia universitária na plenitude constitucional, ombreado-se com outros princípios da educação.

A autonomia universitária foi objeto de parecer do Conselho Federal de Educação, no primeiro ano do seu funcionamento. Examinando a "Amplitude e limites da autonomia universitária", Newton Sucupira (1962) afirma:

"A idéia de autonomia universitária, como poder de autodeterminar-se, de dirigir suas atividades e seus destinos, está ligada à universidade desde as suas remotas origens e tem-se mantido, ao longo de sua história, até os nossos dias, como uma exigência permanente que emana da própria natureza da instituição universitária. No seu processo de formação, a universidade surge como vontade de liberdade. A gênese da universidade medieval pode ser caracterizada como uma luta, por vezes dramática, para afirmar sua autonomia."

Na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Superior, de 1968, Lei nº 5.540, de 28 de novembro, o artigo 3º confirmou o mesmo princípio:

"Art. 3º – As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa

e extensão."

A inovação mais significativa acerca da universidade brasileira na Constituição de 1988 está justamente na constitucionalização da autonomia universitária, princípio já consagrado anteriormente na legislação ordinária, conforme vimos. A forma adotada não diverge muito das redações anteriores:

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

O constituinte de 1988 associou ao princípio da autonomia universitária a indissociabilidade das funções da educação superior – ensino, pesquisa e extensão – completando dessa maneira o disposto no art. 207 na Carta vigente (Ramos, 1988; Prado, 1981; Tácito, 1988).

A constitucionalização do princípio atende precipuamente à natureza da liberdade acadêmica. O que se encontra no cerne do princípio é a liberdade de ensinar, de investigar ou, no dizer da própria Carta, "liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber" (art. 206, II).

#### 2.7. *Dimensões da autonomia*

A autonomia é vista, na Constituição, pelas suas dimensões didático-científica, administrativa, financeira e patrimonial.

A autonomia didático-científica, que é a principal, confere à universidade o direito à liberdade de ensinar e pesquisar, de falar e de comunicar o pensamento. A expressão transforma a universidade no *locus*, no lugar social privilegiado da liberdade e é, em torno dela, que se desenvolvem as demais dimensões. A autonomia administrativa é um instrumento para o exercício da autonomia científica, de igual modo, a financeira e patrimonial guarnecem e possibilitam o pleno exercício da liberdade acadêmica.

Uma dimensão da autonomia universitária que não pode ser esquecida é que ela não tem o caráter de uma liberdade total. Autonomia não é soberania. A liberdade acadêmica não é uma faculdade incondicionada sem norma e sem limite. Ora, sendo a universidade uma instituição que pertence à sociedade e está vinculada aos organismos que a mantêm, está sujeita a certas limitações em sua liberdade de ação e de funcionamento em razão mesmo dos objetivos que executa. Dessa forma, embora admitindo-se a autonomia, como condição da garantia da liberdade acadêmica, não se pode deixar de aceitar,

por um lado, uma certa presença do Estado por intermédio dos seus órgãos de controle, como no caso do Brasil, os Tribunais de Contas. Essa supervisão do Estado, atuando principalmente do lado dos gastos realizados, não deve se transformar em dirigismo das atividades universitárias, que tornaria inócuo o princípio da autonomia. A liberdade atribuída à universidade deve ser combinada com a obrigação de prestar contas dos recursos recebidos (Boaventura, 1990).

Em suma, a atribuição de foros constitucionais à autonomia universitária merece todos os aplausos, na medida em que deixa esse procedimento a salvo do alcance da legislação ordinária e da ação administrativa do Executivo.

#### 2.8. A liberdade de ensino

É interessante observar, na vida constitucional brasileira, não somente as inovações, que, na realidade, são poucas, mas também o aperfeiçoamento de certas situações. Outras vezes, há quando muito o deslocamento, ampliação e redução de matéria. No que concerne à educação, começa em 1824, com a gratuidade da instrução primária e com o ensino das ciências e belas-artes, para crescer socialmente por influência da Constituição de Weimar (Alemanha) em 1934.

Dessa forma, ocorreu com a iniciativa privada na educação, relacionada com a liberdade de ensino. O constituinte de 1988 a manteve vinculada à observação das normas, privilegiando o instituto da autorização de funcionamento e exigindo avaliação de qualidade pelo poder público. A tão discutida avaliação encontrou uma porta de entrada na Constituição pela iniciativa privada. Assim, o ensino é livre à iniciativa privada atendidas as seguintes condições:

- a) autorização de funcionamento pelo poder público;
- b) cumprimento das normas gerais da educação nacional;
- c) avaliação de qualidade, isto é, o exercício da fiscalização, pelos institutos da inspeção ou da supervisão, pelo poder público delegante.

Na sistemática do capítulo referente à educação, ela é pública, mas não impediu que os particulares exerçam-na, dentro das condições estabelecidas pela própria Constituição. O ensino público e privado é uma controvérsia permanente na educação brasileira, conforme foi assinalado.

“Art. 209 – O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

- I – cumprimento das normas gerais

da educação nacional;

II – autorização e avaliação de qualidade pelo poder público.”

#### 2.9. Escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas

A presença da iniciativa privada no ensino deve ser aproximada da situação das escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas, que poderão ser aquinhoadas com recursos públicos desde que comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação, além de destinarem seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao poder público, no caso de encerramento de suas atividades.

Esses três tipos de escolas são figuras novas, pois, o constituinte não poderia ter ignorado o esforço de entidades como a Campanha de Escolas da Comunidade (CNEC), das igrejas cristãs e das fundações privadas como as escolas do Bradesco. A outra alternativa indireta de atendimento à escola não-oficial é pela bolsa de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade de residência do educando, ficando o poder público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

“Art. 213 – Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I – comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao poder público, no caso de encerramento de suas atividades.

§ 1º – Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o poder público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

§ 2º – As atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do poder público.”

#### 2.10. *Indicações para o currículo*

Há quatro indicações expressas na Constituição sobre o currículo:

- conteúdos mínimos para o ensino fundamental;
- ensino religioso de matrícula facultativa;
- ensino da língua portuguesa e de línguas maternas; e
- ensino da disciplina História do Brasil.

No disciplinamento do currículo, sempre houve certa tentativa de fixá-lo na Constituição. A tentação latina de tudo colocar na Lei Maior quase que nos leva a 1937. Na Constituição do Estado Novo, a famosa polaca, entraram não somente a Educação Física, como o Ensino Cívico e até os Trabalhos Manuais.

*Conteúdos mínimos para o ensino fundamental*

O constituinte de 1988 preferiu a forma de fixação “dos conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais” (art. 201). No particular é reconhecida a dificuldade brasileira de se definir sociologicamente os valores, talvez o espírito de conciliação seja um deles. Algum esforço tem sido feito para a conceituação do caráter nacional.

O Brasil tem uma longa tradição de rigidez curricular. É considerado comparativamente um dos países mais empedernidos em matéria de currículo. Rigidez curricular que favorece a centralização do ensino.

A Constituição apenas repetiu o jargão por todos os títulos condenável de “fixação do currículo”:

“Art. 210 – Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos nacionais e regionais.

§ 1º – O ensino religioso de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

§ 2º – O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.”

#### *Ensino religioso de matrícula facultativa*

Além dos conteúdos mínimos fixados, dois outros componentes curriculares têm tradicionalmente constado das constituições – Ensino Religioso e Língua Portuguesa.

Quanto ao primeiro, passamos do ensino leigo absoluto, expressamente dito e escrito na Constituição positivista de 1891, para a forma do Ensino Religioso de matrícula facultativa a partir de 1934. O dispositivo é em tudo semelhante ao da Constituição de 1967-1969.

#### *Língua Portuguesa e línguas maternas dos indígenas*

O constituinte de 1988 parece ter encontrado a expressão correta: “O ensino regular será ministrado na língua portuguesa ...”. Antes usávamos “idioma pátrio”, “língua nacional”, obrigatório tão-somente para o ensino primário. A Constituição fala em ensino regular. Assegurada às comunidades indígenas a “utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”, isto é, outros que não os da educação formal. É uma inovação com respeito às línguas nativas dos indígenas.

#### *O ensino da disciplina História do Brasil*

Além das matérias a serem fixadas em conteúdos mínimos, do Ensino Religioso e da Língua Portuguesa, a Carta também estabeleceu que o ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.

“Art. 242, § 1º – O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.”

#### 2.11. *Os sistemas de ensino e o Município*

Dentre os aspectos inovadores, destacam-se dois, pela importância estrutural e jurídica: o Município como sistema de ensino e o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo.

A obrigação estatal com a educação, nos termos da Constituição, compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Cada qual com o seu respectivo sistema de ensino em regime de colaboração.

Somente a União e os Estados eram considerados como sistemas de educação. O Município tinha quando muito sistema tão-somente do ponto de vista administrativo, não podendo estabelecer normas pedagógicas. Quando tivesse conselho municipal de educação, poderia, por delegação do conselho estadual, exercer

certas funções educacionais. Situação que ainda persiste até a regulamentação do dispositivo. O art. 211 foi claro ao estabelecer que: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino". E mais, determinou que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e pré-escolar. O reforço na definição dos três sistemas se encontra adiante: "Para efeito do cumprimento do disposto no *caput* deste artigo [212], serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213".

"Art. 211 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º – A União organizará e financiará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, e prestará assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória.

§ 2º – Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e pré-escolar."

Aliás, o regime de aplicação de recursos já é muito anterior à emenda João Calmon. Com o dispositivo, a vinculação ficou integrada aumentando-se o percentual. Dessa forma, para a manutenção e desenvolvimento do ensino, a União aplicará, anualmente, nunca menos de 18%, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, inclusive a proveniente de transferências.

Dando autonomia ao Município do ponto de vista educacional, vinculando o percentual da arrecadação e estabelecendo outras medidas, a Constituição possibilita a municipalização da administração do ensino. Uma das consequências será a criação do conselho municipal, pois, só há sistema de normas pedagógicas com colegiado competente para estabelecê-las.

## 2.12. Planejamento e financiamento da educação

No regime que a Constituição estabeleceu para a educação, compreende: a definição de objetivos e princípios, dos deveres e responsabilidades do Estado, das condições de funcionamento para a escola particular, dos componentes curriculares e a atuação dos sistemas de

ensino com recursos previstos e planejados. O planejamento e financiamento da educação ocupam com certa riqueza de detalhes boa parte do regime jurídico da educação. A Constituição indica as fontes de recursos: a) receitas provenientes de impostos, com os respectivos percentuais; b) repasses e transferências e c) contribuições sociais, sobressaindo a contribuição do salário-educação.

"Art. 212 – A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1º – A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º – Para efeito do cumprimento do disposto no *caput* deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

§ 3º – A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do Plano Nacional de Educação.

§ 4º – Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

§ 5º – O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação recolhida, na forma da lei, pelas empresas, que dela poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes."

No que se refere ao Plano Nacional de Educação, como aliás na destinação de percentuais de receitas de recursos à educação, houve uma volta à Constituição de 1934. Com o seu curto período de vigência, o estabelecimento do Plano Nacional de Educação retornou com ênfase

na lei de diretrizes e bases de 1961, sendo elaborado e executado ainda na década de 60, com alguns resultados.

“Art. 214 – A lei estabelecerá o Plano Nacional de Educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do poder público que conduzam à:

- I – erradicação do analfabetismo;
- II – universalização do atendimento escolar;
- III – melhoria da qualidade do ensino;
- IV – formação para o trabalho;
- V – promoção humanística, científica e tecnológica do País.”

Complementa-se a leitura deste art. 214, fundamental para a compreensão dos objetivos do Plano Nacional de Educação, comparando-o com o disposto no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Assim, a Constituição prevê a organização dos sistemas e protege as partes envolvidas no processo ensino-aprendizagem, reconhecendo a educação como um direito público subjetivo. E mais, estabelece a base para a política da educação.

Concluindo os comentários ao Capítulo III – Da Educação (...) pertencente ao Título VIII – Da Ordem Social, é preciso que seja reforçada a afirmativa de que a matéria educacional não se esgota nessas normas específicas que acabamos de ler. Há muitos outros dispositivos que recepcionam a educação e que são da maior importância para o conhecimento e defesa dos direitos educacionais e que devem ser destacados do corpo da Carta de 1988. É o objeto da parte seguinte.

### 3. A educação no ordenamento constitucional

Visto o regime jurídico da educação, no contexto da Ordem Social, é possível e necessário se identificar outras disposições que regulam a educação no corpo da Lei Fundamental e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Essas outras normas podem ser agrupadas nos seguintes itens: competências em educação; educação no conjunto da Constituição; e Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBs.

#### 3.1. Competências em educação

Normalmente, quando se examina a educação no texto constitucional, a análise se limita às prescrições do capítulo específico destina-

do à educação. Há, porém, uma série de situações, referências, previsão de competências e prescrições que se ligam à educação e que devem ser identificadas. Da pesquisa legal realizada no texto da Constituição vigente foi possível encontrar mais de vinte dispositivos que expressamente se referem à educação. Pelo caráter prático, vamos iniciar pelas competências.

1<sup>º</sup>) *Competência de estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional* – É a maior competência da União sobre a educação. É uma competência legislativa privativa, que foi anunciada pela primeira vez na Constituição de 1934, mas que só veio a se efetivar em 1961, no regime da Constituição de 1946. É uma competência privativa e não exclusiva, logo, admite delegação. O artigo 22 as enumera e dentre as muitas prevê a de legislar sobre “Diretrizes e Bases da Educação Nacional” (art. 22, inciso XXIV).

2<sup>º</sup>) *Proporcionar meios de acesso à educação* – É competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “proporcionar meios de acesso à cultura, à educação e à ciência” (art. 23, inciso V). Trata-se de uma competência comum, cumulativa ou paralela, como quer Silva (Silva, 1992, p. 419).

3<sup>º</sup>) *Competência concorrente para legislar sobre educação* – Cabe à União, como também aos Estados e ao Distrito Federal, legislar “sobre educação, cultura e desporto” (art. 24, inciso IX). Não incluiu os Municípios, que poderão legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, inciso I).

4<sup>º</sup>) *Educação para a segurança do trânsito* – Competência comum para estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito (art. 23, inciso XIII).

Enfim, a competência da União de legislar sobre normas gerais – e as diretrizes e bases são normas gerais – não exclui a competência legislativa suplementar dos Estados (art. 24, § 2<sup>º</sup>). Pois bem, a repartição das competências, que é um problema típico dos estados federais como o Brasil, não se encontra no capítulo específico da educação.

#### 3.2. Educação no conjunto da Constituição

Afora o problema das competências, se encontram no texto constitucional muitas outras referências à educação.

1) *Educação direito social* – Ao definir os direitos sociais, a Constituição inicia pela educação: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social ...” (art. 6<sup>º</sup>, *caput*).

2) *Educação ambiental* – Promoção da edu-

cação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente (art. 225, § 1º, inciso VI).

3) *Eliminação do analfabetismo e universalização do ensino fundamental nos dez primeiros anos da promulgação da Constituição* – Para tanto o poder público desenvolverá esforços com a mobilização de todos os setores organizados da sociedade e com aplicação de, pelo menos, cinquenta por cento dos recursos a que se refere o art. 212 da Constituição (ADCT, art. 60, *caput*, combinado com o art. 214 da Constituição).

4) *Universidades públicas* – Em igual prazo, as universidades públicas descentralizarão suas atividades, de modo a estender suas unidades de ensino superior às cidades de maior densidade populacional (Disposições Transitórias, art. 60, parágrafo único).

5) *Recebimento de recursos públicos pelas escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas*, bem como as fundações de ensino e pesquisa cuja criação tenha sido autorizada por lei e que preencham os requisitos dos incisos I e II do art. 213 e que, nos últimos três anos, tenham recebido recursos públicos, poderão continuar a perceber salvo disposição legal em contrário (Disposições Transitórias, art. 61, *caput*).

6) *Colégio Pedro II*, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal (art. 242, § 2º), isto é, no sistema federal de educação.

7) *O ensino da História do Brasil* levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro (art. 242, § 1º).

8) *Assistência educacional ao ex-combatente* – Assistência médica, hospitalar e educacional gratuita, ao ex-combatente e extensiva aos dependentes (Disposições Transitórias, art. 53, IV).

9) *Imunidade tributária às instituições educacionais* e de assistência social sem fins lucrativos (art. 150, VI).

10) *Programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental* – Compete aos Municípios manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental (art. 30, VI).

11) *Creches e pré-escolas* – É reconhecido ao trabalhador urbano e rural o direito à assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas (art. 7º, XXV, combinado com o

art. 208, IV).

12) *Serviço Nacional de Aprendizagem Rural* – Criação por lei do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – SENAR (Disposições Transitórias, art. 62).

13) *Acesso do trabalhador adolescente à escola* – Garantia do acesso do trabalhador adolescente à escola (art. 227, § 3º, III).

14) *Exceção para as instituições educacionais estaduais e municipais* – Não são aplicadas às instituições educacionais criadas por lei estadual e municipal e existentes na data da promulgação da Constituição o princípio exarado no art. 206, inciso IV, de gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (art. 242, *caput*).

15) *Intervenção do Estado nos seus Municípios* quando não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 35, III).

16) *Dever da família, da sociedade e do Estado* assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação (...) (art. 227, *caput*).

17) *Educação no salário mínimo* – Como um dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação (...) (art. 7º, IV).

### 3.3. Diretrizes e bases da educação nacional

Dentre as prescrições que tratam da educação fora do seu capítulo sistemático se destaca a competência da União para legislar sobre as diretrizes e bases, conforme o art. 22, inciso XXIV.

#### *Antecedentes na Constituição de 1934*

O ciclo das diretrizes da educação nacional se inicia com a Constituição de 1934, revigora-se em 1946, diversifica-se em 1967 e se renova na Carta de 1988.

A previsão do princípio constitucional das diretrizes da educação nacional aparece na Constituição Federal de 1934. Pelo seu curto período de vida, de 1934 a 1937, não houve tempo para ser regulamentado. Fernando de Azevedo (1964) ao tratar da renovação e unificação do sistema educativo, na sua obra clássica, *A cultura brasileira*, considera que a Carta de 1934 criou medidas que poderiam ter assegurado uma política nacional de educação. E desde aquele momento atribuiu à União a competência privativa para traçar as diretrizes e bases da educação nacional (cap. I, art. 5º, XIV), bem as-

sim, fixar o Plano Nacional de Educação.

Ao Estado-Membro caberia organizar e manter o seu sistema de educação, respeitando as diretrizes traçadas pelo governo da União. Para tanto, previu também a criação do Conselho Nacional e dos Conselhos Estaduais de Educação, perfeitamente dentro do espírito e da letra corporativista. A propósito, a Constituição baiana de 1935 arrolou o Conselho de Educação e Cultura dentre os chamados Conselhos de Assistência Social, de Ordem Econômica e dos Negócios Municipais. Além disso, determinava a Constituição de 1934 que a aplicação dos recursos não fosse nunca menor de 10% da parte dos Municípios e nunca menor de 20% da parte dos Estados, da renda resultante dos impostos, para manter e desenvolver os sistemas educativos.

Na Constituição seguinte, outorgada por Vargas, em 1937, os mesmos preceitos educacionais foram mantidos e alcançaram ênfase as formulações com o ensino secundário de caráter profissional, entrando o Ministério do Trabalho juntamente com o Ministério da Educação na definição dos programas de aprendizagem. É na vigência da Constituição de 1937 que as empresas com mais de 500 empregados passaram a manter cursos de aperfeiçoamento profissional para adultos e menores.

#### *A regulamentação das diretrizes e bases*

O dispositivo voltou no texto da Constituição Federal de 1946 dentro do somatório das competências da União. Enunciado na Constituição Federal de 1934, como vimos, será, contudo, na Constituição liberal de 1946 que o princípio das diretrizes e bases será regulamentado.

Enfim, no regime da Constituição Federal de 18 de setembro de 1946, a Lei nº 4.024/61 foi a única regulamentação das diretrizes e bases. Todavia, trata-se não da única mas da primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. As demais viriam, como de fato vieram, na vigência da Constituição de 1967/69: Lei nº 5.540/68, sobre o ensino superior; Lei nº 5.692/61, da reforma do ensino de 1º e 2º graus; e Lei nº 7.044/82 (Maia e Renan, 1983).

A primeira regulamentação surgiu através de uma lei geral, diga-se de passagem, da primeira lei geral que teve a educação brasileira, na observação de William Harrell (1968). Lei que abrangeu todo o universo educacional, todos os níveis, do então primário ao superior, da administração à política educacional, lei definidora de filosofia da educação, cujos artigos sobre

os sistemas de educação perduram até hoje, sustentando a descentralização e a autonomia da educação pelos Estados-Membros. Lei que resultou de compromissos com facções ideológicas no Congresso Nacional. Apesar de não ter inovado em matéria de educação superior, é certamente um dos momentos mais significativos da nossa história legislativa da educação (Brasil, 1983, 1º vol.).

#### *4. Conclusão – educação e garantias constitucionais*

Tanto o regime jurídico da educação (objeto do Capítulo III, do Título VIII) como a educação na ordenação constitucional e nas disposições transitórias são, antes de tudo, dispositivos expressos que tratam da educação ou dos direitos educacionais reconhecidos pela Lei Maior de 1988.

Além dessas prescrições, existem outras que não se referem expressamente à educação, nem ao ensino, nem tampouco à universidade, no entanto, têm importância fundamental para o reconhecimento e para a proteção dos direitos do aluno, do professor, do servidor, da família e da escola. São os Direitos e Garantias Fundamentais, do Título II, especialmente acionados, judiciariamente, influem decisivamente no processo ensino-aprendizagem.

Dentro dessa ordem de garantias das partes presentes no processo educacional, sobressai o uso do mandado de segurança. É um remédio jurídico de largo emprego na área escolar, educativa e acadêmica, especialmente no magistério, protegendo o estudante, o professor, o servidor, a escola e a universidade. A propósito, é preciso que se investigue mais a fundo a utilização desta garantia na composição dos conflitos educacionais.

O mandado de segurança, contudo, já tem emprego tradicional na educação. A Constituição inovou quando contemplou o mandado de injunção, que poderá ter um papel relevante na efetivação da educação como direito público subjetivo. É o caso em que não havendo oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou a sua oferta irregular, pode importar responsabilidade da autoridade competente, conforme vimos anteriormente (art. 208, § 2º).

O mandado de injunção, historicamente, foi empregado para o reconhecimento da igual oportunidade de educação por razões raciais, ainda nos Estados Unidos, no famoso caso *Brown versus Board of Education of Topeka*, em 1954 (Silva, 1992, p. 392). Usa-se para:

“fazer com que a norma constitucio-

nal seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação e exatamente por que não foi regulamentada" (Silva, 1992, pp. 393-394).

Mandado de segurança, mandado de injunção e *habeas data* para serem obtidas, por exemplo, informações relativas a registros secretos ou reservados na "caixa negra dos vestibulares".

Há situações outras não de garantias que promovam ações, mas de reconhecimento de direitos e deveres individuais e coletivos que a Constituição prescreve e que se relacionam estreitamente com a educação. É bem uma ilustração a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, prevista no inciso IX do art. 5º. Lembre-se que o direito adjetivo (e substantivo) do *Due process of law* está recepcionado pela Lei Fundamental (art. 5º, LJV).

Pelo emprego das garantias fundamentais, cada vez mais aumenta a presença do Poder Judiciário na área educacional, no reconhecimento, na defesa, na proteção e na efetivação de muitos direitos educacionais.

Resumindo, há pelo visto, inúmeras situações que tratam direta e indiretamente do processo educacional na Constituição de 1988. A educação consta de vários dispositivos. Na perspectiva da proteção dos direitos educacionais, as garantias fundamentais são acionadas em razão da educação. São, portanto, diversas posições da educação na Carta de 1988.

### Bibliografia

- AZEVEDO, Fernando. *A cultura brasileira*. 4ª ed., São Paulo, Melhoramentos, 1963.
- BOAVENTURA, Edivaldo M. "A constitucionalização da autonomia universitária." *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 27, v. 108, pp. 297-308, out./dez. 1990.
- "A educação na Constituição de 1988". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 29, v. 116, pp. 275-286, out./dez. 1992.
- BRASIL. Leis, decretos etc. *Ordenação em texto único das Leis de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e legislação conexa*. Brasília, Conselho Federal de Educação, INEP, Comissão de Educação e Cultura da Câmara dos Deputados, 1983, 1 v.
- BRASIL. Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Centro Gráfico, 1988.
- DI DIO, Renato A. T. *Contribuição à sistematização do direito educacional*. Taubaté, Imprensa Universitária, 1982.
- FERRAZ, Esther de Figueiredo. *Alternativas da educação*. Rio de Janeiro, J. Olympio, 1969.
- HARRELL, William A. *Educational Reform in Brazil: the Law of 1961*. Washington, Government Printing Office, 1968.
- MAIA, Ricamar P. de B. Fernandes & RENAN, Iale. *Sistema educacional brasileiro: legislação e estrutura*. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 1983.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, tomo VI, 1963.
- PERES, José Augusto. *A educação na Constituição de 88*. Comentários. João Pessoa, 1988.
- PRADO, Fábio. "A autonomia das universidades estaduais e a competência para baixar seu estatuto e regimento." *Vox Legis*, v. 147/65, 1981. Apud RAMOS, Saulo. Parecer nº SR-78, de 15.12.88. Consultoria Geral da República, *DOU* 16.12.88.
- RAMA, Leslie M. J. da Silva. *Legislação do Ensino: uma introdução ao seu estudo*. São Paulo: EPU, 1987.
- RAMOS, Saulo. Parecer nº SR-78. *Boletim de Direito Educacional*, Belo Horizonte, 2 (12): 41-46, dez., 1988.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8ª ed. rev., São Paulo, Malheiros Editores, 1992.
- SUCUPIRA, Newton. *Amplitude e limites da autonomia universitária*. Documenta, Rio de Janeiro, 4:46-54, jun., 1962.
- TÁCITO, Caio. Parecer. Apud RAMOS, Saulo. Parecer nº SR-78. *Boletim de Direito Educacional*, Belo Horizonte, 2 (12):45, dez., 1988.
- VILANOVA, Lourival. "O direito educacional como possível ramo da Ciência Jurídica." *Mensagem; Revista do Conselho de Educação do Ceará*, Fortaleza, 8:75-62, 1982/83.

# A função judicante do Poder Legislativo, no Brasil

PAULO LOPO SARAIVA

## SUMÁRIO

*1. Considerações preambulares. 2. A Origem das CPIs - esboço histórico. 3. As CPIs no Brasil. 4. A queda de um dogma ou a relativização da doutrina do três Poderes do Estado. 5. O Poder Legislativo exerce a função judicante. 6. Conclusão.*

### *1. Considerações preambulares*

A declaração de impedimento do ex-Presidente Collor de Melo e sua inabilitação para o exercício de função pública, por oito anos, bem assim o processo e, conseqüentemente a condenação dos "anões" da CPI do Orçamento, vieram roborar uma nova competência do Poder Legislativo, no campo da judicção.

De efeito, as Casas congressuais brasileiras passaram a exercer uma função judicante, própria do Poder Judiciário, em todos os países do mundo, com relevância dos países europeus.

Essa verdadeira contemporaneidade ou relativização das clássicas funções do Estado, preconizadas por Montesquieu, merece uma análise aprofundada, haja vista a sua atualidade e conseqüências.

Neste estudo, abordaremos a origem e importância das CPIs, como ainda a evolução histórica das funções estatais e o novo contexto em que elas se realizam.

### *2. A origem das CPIs - esboço histórico*

As Comissões Parlamentares de Inquérito deitam suas raízes históricas na Inglaterra e, ao depois, nos Estados Unidos da América.

Para cumprir sua missão constitucional, cabia ao Parlamento fiscalizar as atividades dos outros poderes do Estado. Era o que se passou a chamar de vigilância do Legislativo.

Paulo Lopo Saraiva tem Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra (fev./94). É Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP (1982). É Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP (1981). É Mestre em Ciências Políticas Sociais pela Universidade Técnica de Lisboa (1975). É Conselheiro Federal da OAB e Coordenador da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB, desde 1991. É sócio fundador do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional - IBDC. Palestra proferida, no XV Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, 26.5.94

William Pitt, afirmou, na Câmara dos Comuns, em 1742:

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

Segundo a lição de Wilson Accioli, “traçava, nessa época, o grande parlamentar inglês um esboço do que concebia como verdadeiro papel do Legislativo: o de investigar e prover para que a administração pública bem desenvolvesse suas atividades”.

Anota, ainda, Accioli que, no seu limiar, as Comissões de Inquérito não possuíam apenas uma natureza punitiva, mas também construtiva.

Na definição de Accioli, “as Comissões Parlamentares de Inquérito têm por objetivo não só a missão de apurar irregularidades que lhes venham ao conhecimento, para, através do processo que lhes é autorizado pela Constituição e pelo Regimento Interno e por leis especiais, apurar a responsabilidade de seus autores, como também investigar certos fatos com intuito especial de, por intermédio de projeto, aprimorar a legislação sobre o assunto investigado”.

Nos Estados Unidos da América, acentuouse o poder, extensivo de investigação parlamentar, numa reiteração da tradição inglesa. A Corte Suprema norte-americana tem mantido o mesmo entendimento preconizado pelos ingleses, manifestando numa de suas decisões:

“O poder de investigar tem sido usado pelo Congresso através de toda nossa história — em todo o âmbito dos interesses nacionais, em relação aos quais o Congresso pode legislar ou proceder a uma investigação de que não seja apenas para legislar.”

### 3. As CPIs no Brasil

Entre nós, as Comissões Parlamentares de Inquérito surgem com a Constituição do Império.

Na exegese de Pimenta Bueno, o primeiro e melhor intérprete da Constituição de 1824, “o direito de que tratamos (direito de fiscalização) pode também ser exercido por meio de comissões, ou inquéritos, que penetrem nos detalhes da gestão administrativa, mormente quanto à administração financeira”.

A Constituição Republicana de 1891 não

tratou da matéria. O Regimento Interno do Senado, todavia, em 1903, determinava a criação de CPIs.

Todas as demais Constituições brasileiras consagraram o instituto da CPI.

A Constituição de 1988, no seu art. 58 e parágrafos, normatiza a instalação e funcionamento das CPIs e especifica a natureza jurídica dessas Comissões.

É o que se pode inferir do art. 58, parágrafo 3º, *verbis*:

“§ 3º — As Comissões Parlamentares de Inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

O Regimento Interno das Casas congressuais delimita o *modus faciende* dessas comissões, regulando a publicidade e sigilo do seu funcionamento, os poderes investigatórios, dentre os quais, a quebra de sigilo bancário, a situação jurídica dos indiciados e testemunhas, a convocação de autoridades públicas, as diligências, as requisições, informações e documentos a serem examinados pela CPI.

Os trabalhos da CPI materializam-se por meio de um relatório e concluem-se por projeto de resolução (art. 5º da Lei nº 1.579/52).

O sistema das Comissões Parlamentares de Inquérito é simétrico, de vez que elas podem ser instaladas nos quatro níveis federativos: União, Estado-Membro, Distrito Federal e Município.

### 4. A queda de um dogma ou a relativização da doutrina dos Três Poderes do Estado

Os doutrinadores europeus costumam a entender como, no Brasil, o Poder Legislativo exerce a função judicante, diversa da função jurisdicional. Para eles, sobretudo, os portugueses, espanhóis e italianos, a função de julgar restringe-se à competência do Poder Judiciário.

É o que ocorre, atualmente, na Itália, com a campanha das “mãos limpas”.

Mas o mestre Paulo Bonavides, com sapiência, já advertia, na sua clássica obra *Do Estado Liberal ao Estado Social*, Ed. Del Rey, 5ª ed., p. 53,

“esse princípio, que nas origens de sua formulação foi, talvez, o mais sedutor, magnetizando os construtores da liberdade contemporânea de inspiração e paradigma a todos os textos de lei fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política, já não oferece em nossos dias o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental”.

E continua o professor cearense:

“É possível ir mais longe e, em abono da teoria de Montesquieu, afirmar que o princípio evoluiu, no campo do constitucionalismo, de aplicação empírica e de interpretação assinaladamente restrita, para conceituação aprimorada, em que os poderes, como aspectos diversos da soberania, se manifestam em ângulos distintos, abandonando-se daí expressões impróprias e antiquadas, quais sejam *separação e divisão*, substituídas por outras mais corretas, a saber: *distinção, coordenação e colaboração*.” (op. cit., p. 62).

José Alfredo de Oliveira Baracho, comentando Duguit, ressalta que a expressão *separação de poderes* jamais foi utilizada por Montesquieu, nem compreendeu este que os órgãos exercentes das três funções do Estado representariam o soberano, investidos todos de parte da soberania.

A Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, que se firma na existência de supedâneos ou degraus (Stufenbau) da ordem jurídica, estatui uma dicotomia entre legislação (*legis latio*) e execução (*legis executio*).

Na miragem Kelseniana, a separação de poderes informa um princípio de organização política, com o funcionamento de funções coordenativas.

Ele critica a tripartição das funções do Estado. Admite só duas: a de criação e a de aplicação da lei.

Aliás, Jonh Locke já dissera:

“O poder supremo é o Legislativo. O essencial é fazer leis, e as leis não podem prejudicar a propriedade.”

Quando a nação exige a reparação de sua

honra, os poderes constituídos obrigam-se a efetivar esse *desideratum*.

Por pensar assim, preleciona Fabio Konder Comparato:

“O governo não foi nunca, em época alguma, simples árbitro das contendas particulares. Sempre e em todos os lugares, ao contrário, os poderes públicos assumiram funções ativas, tomaram a iniciativa de atuar em vários campos, em outras palavras, exerceram políticas” (Para Viver a Democracia, Ed. Brasiliense, 1989, SP, p. 150).

As atividades públicas contemporâneas têm imposto uma convergência na realização das funções estatais.

O suposto cartesianismo da clássica teoria dos Três Poderes, de há muito, perdeu sua pureza, adaptando-se aos novos esquemas jurídico-políticos, como afirmação da própria dinâmica social.

Neste sentido, vale citar a manifestação de Willis S. Guerra Filho, no seu artigo sobre “Poderes do Estado e Tutela Jurisdicional”. 1. Relativação da Doutrina dos Três Poderes do Estado, assim grafada:

“A ideologia do Estado Liberal de Direito, como é sabido, está definitivamente superada, nos dias que correm, pois não se revelou, de forma alguma, incompatível com a autocracia e o despotismo, seja ele de natureza econômica, como ocorria nos EUA antes do advento do *Welfare State*, ou propriamente política, como na Alemanha nazista. Na exploração de Raimundo Faoro “O Estado de Direito separa o poder da força, qualificando o primeiro juridicamente, mas sem alcançar, se entregue a si mesmo, a autoridade legítima. (...)”

E adita o professor do Ceará:

“Trata-se, portanto, de uma noção essencialmente ideológica, sem qualquer fundamento científico, podendo ser preservada apenas com finalidades didáticas, quando assim for necessário, ou ainda, como um princípio de divisão do trabalho, na organização das sociedades, podendo as três funções ser entendidas como momentos distintos de um mesmo processo de tutela normativa com que está comprometido o Estado”. (Rev. Fac. Dir. Fortaleza, 31/2-32/1 e 2 jan./dez., 1990/91.)

Um exame da Constituição Federal aponta que as funções não se exercem com exclusividade. Tanto assim, que o art. 52, I e II, confere competência privativa ao Senado Federal para julgar, nos crimes de responsabilidade, o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, bem assim os Ministros de Estado e os do Supremo Tribunal Federal; pelo art. 62, atribui competência ao Chefe do Executivo para editar as medidas provisórias; pelo art. 93 outorga ao Poder Judiciário a iniciativa de lei sobre o Estatuto da Magistratura.

A Constituição, portanto, desatipifica as funções estatais, numa demonstração inequívoca de que elas funcionam, muito mais pelo princípio da convergência que pelo princípio da exclusividade.

Oportuno e conveniente, para o exame que estamos a realizar, o pensamento de Michel Temer sobre a tipicidade e atipicidade das funções do Estado.

Anota o mestre paulista:

“Cada órgão exerce, preponderantemente, uma função e, secundariamente, as duas outras. Da preponderância advém a tipicidade da função; da secundariedade, a atipicidade.” (*Elementos de Direito Constitucional*, Rev. Trib. 52 ed., p. 118).

Da análise feita, pode-se deduzir que as funções típicas do Legislativo, Executivo e Judiciário são, pelo critério da preponderância, legislar, executar e julgar.

No entanto, no terreno da secundariedade, o Legislativo julga e administra; o Executivo julga e legisla; e o Judiciário, legisla e administra.

##### 5. O Poder Legislativo exerce a função judicante

Como ficou demonstrado, o Poder Legislativo detém uma função judicante, diversa da função jurisdicional.

A função judicante é insita a todos os poderes. O ato de julgar é próprio da natureza humana. É o juízo natural.

No campo da *jurisdictio*, todavia, esta função é atribuída pela Constituição a um poder próprio, o Poder Judiciário.

Mas de modo amplo e abrangente, compete ao Poder Legislativo julgar os crimes de natureza política.

E, no Brasil, assim foi feito.

O Congresso julgou e condenou um ex-Pre-

sidente da República e tem julgado e condenado parlamentares federais.

Mas os julgamentos têm apresentado algumas peculiaridades, até mesmo pelo seu pioneirismo.

O primeiro ponto obscuro que surgiu, ainda no impedimento do ex-Presidente da República, assim foi posto: a renúncia ao mandato, em qualquer fase do processo, extingue o julgamento?

Acerca da matéria controversa, oferecemos parecer, à época, por solicitação do Dr. Marcelo Lavanère Machado, ex-Presidente do Conselho Federal da OAB, *verbis*:

“I - *Posicionamento inicial da questão*

O Dr. Marcelo Lavanère Machado, Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, indaga-nos se é constitucional o Senado Federal continuar a sessão de julgamento do Presidente da República, caso ele apresente carta de renúncia.

A dúvida do ilustre e combativo Presidente do Conselho Federal da OAB é de fácil resposta.

Desde o início do processo de responsabilidade do Presidente da República, oferecemos parecer, no sentido de que a *sacra indignatio* do povo brasileiro contra a quadrilha de malfetores que se montou no Poder Executivo deveria motivar e energizar o Congresso Nacional para que este produzisse soluções rápidas e seguras, longe da procrastinação que tem caracterizado alguns dos procedimentos legislativos e judiciais brasileiros.

O processo de impedimento e destituição do Presidente da República tem sede constitucional e todos os seus procedimentos devem se nortear pelo que se encontra estatuído pela Lei Fundamental.

No caso em foco, a Constituição Federal é peremptória e explícita.

Senão vejamos: O parágrafo único do art. 52 da Constituição assim determina:

“Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda

do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.”

O inciso I do pré-falado artigo trata de processo de julgamento do Presidente e Vice-Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, e dos Ministros de Estado, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

O inciso II refere-se ao processo de julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade.

II – *A renúncia é ato unilateral do Presidente*

Na hipótese de o Presidente da República renunciar, cabe ao Congresso Nacional receber e acatar a renúncia, de vez que se trata de ato de vontade unilateral, sem possibilidade de apreciação pelo Poder Legislativo.

No caso em tela, a renúncia do Presidente representará a manifestação de acatamento da denúncia, vale dizer: O Presidente, pela renúncia, confessa que praticou os atos delituosos de que está sendo acusado. É, pois, uma confissão pública.

III – *O Presidente não pode nem deve posicionar-se acima do Senado*

Se o Senado não prosseguir no julgamento, curiosa e ardilosamente, o Presidente-réu ficará acima do tribunal de julgamento.

Ora, isto seria um despautério. Como se pode admitir que um acusado, por ato de livre e espontânea vontade, após confessar seus crimes, fique isento da pena estatuída pela Constituição?

Estariamos diante da inversão de toda a ordem jurídica. O réu, depois de declarar publicamente sua culpabilidade, beneficiar-se-ia de um ato seu, para fugir da inabilitação política, portanto, para evadir-se da penalização pelos crimes que praticara. Sem dúvida, isto jamais seria juridicamente possível. É a impossibilidade *ad extremum*.

IV – *O Senado deverá julgar o Presidente e aplicar-se a pena de inabilitação*

Numa linha alternativa e enérgica de

interpretação constitucional, tem-se por indubitoso de que o Senado deverá prosseguir no julgamento e aplicar a pena de inabilitação ao renunciante.

A Constituição, de modo claro e específico, instituiu duas penas para o caso *sub examine*: a pena de destituição do mandato, se condenado for o acusado, e a pena de inabilitação, se renunciar ou for condenado. São penas distintas e constitucionalmente postas.

V – *Todo julgamento tem uma decisão final*

O julgamento político-jurídico exige uma decisão final. Este tipo de sentença é abrangente e é elaborada pela opinião pública.

O Senado Federal, no exercício de uma função atípica, não poderá nem deverá fazer-se surdo ao clamor público que, de modo expressivo e impositivo, exige a destituição do Presidente da República.

A defesa apresentada não vulnerou os sólidos e decisivos argumentos indicados pelos denunciantes e confirmados pelo testemunho de pessoa do povo.

A hipótese de extinção do processo, com a renúncia, é extemporânea e não merece sequer ser conhecida, quanto mais provida.

É que a base doutrinária para sua sustentação firma-se em argumentos obsoletos e ultrapassados que não mais se compadecem com a contemporaneidade constitucional.

VI – *Conclusão*

Pela análise realizada, ainda que sucinta, à vista do tempo, pode se inferir:

a) se o Presidente renunciar, o Senado deve prosseguir no julgamento e aplicar a pena de inabilitação;

b) o processo jurídico-político, como é o *impeachment*, deve ser concluído e nunca extinto;

c) o Presidente, pelo ato de renúncia unilateral, jamais poderá ficar acima do Tribunal que o julga;

d) para o caso em exame, a interpretação deverá ser alternativa e enérgica, sintonizada com o clamor da sociedade brasileira.

É o que penso,

Brasília/DF, 28 de dezembro de 1992.”

Na mesma linha, segue o jurista Carlos Ayres Britto:

“A renúncia ao cargo de deputado federal ou senador não se presta como sentença de auto-absolvição em processo de cassação de mandato. Não impossibilita ao parlamentar processado colocar-se na cômoda situação de quem abre mão do seu cargo, no justo momento em que o órgão processante se investe na legítima pretensão de uma desinvestidura em caráter punitivo.

Explica-se. A renúncia com a força de trancar o processo não exprime um direito comum aos agentes estatais. Ao contrário, constitui-se em proibição aos servidores públicos civis. Para se tornar um direito próprio dos deputados e senadores, a abdicação do cargo, mais que simples direito, constituiria uma verdadeira prerrogativa; ou seja, um direito especialíssimo, porque privativo de uma categoria de agentes estatais. E como toda prerrogativa, para existir teria que descansar no regaço da Constituição, ou da lei.”

Por fim, especula-se acerca da absolvição do congressista federal, cujo processo roborava a prática da falta de decoro parlamentar, além de delitos atacados pela lei penal.

Pensamos que tais julgamentos, sobre serem centrados em crimes políticos, admitem recurso da sociedade civil organizada. É a reserva legal da sociedade (Canotilho).

#### 6. Conclusão

Posto que o tema seja inconcluso, apresentamos algumas inferências iniciais, a título de contribuição para o debate:

a) as Comissões Parlamentares de Inquérito são o meio de participação legislativa, portanto, representativa, para fiscalização dos poderes constituídos; funcionam como o “Grande Inquérito da Nação”;

b) o corpo eleitoral, através de parte de seus membros, deve ter a legitimidade para requerer a instalação de uma CPI. Isto completaria a soberania popular consagrada pelo art. 14 da Constituição Federal. É a reserva popular da iniciativa legal.

c) no Brasil, o Congresso Nacional, na hipótese de *crime político*, recebe a denúncia, investiga, processa, julga e cassa;

d) diferentemente de outros Ordenamentos Jurídicos constitucionais, o ordenamento jurídico brasileiro confere a função judicante (função de julgar) ao Poder Legislativo. Neste caso, a função judicante (atípica) não se confunde, como já visto, com a função judicial (típica);

e) a renúncia não extingue o julgamento. O processo terá de chegar ao seu final, com a punição ou absolvição;

f) em caso de manifesta dissonância entre o julgamento de uma Casa Legislativa e a opinião pública, impõe-se a interposição de um recurso proposto pela sociedade civil organizada, através de suas entidades representativas (OAB, ABI, CNBB, Conselho Nacional da Mulher, Centrais Sindicais, e outras) para reapreciação do *decisum*. É a interpretação alternativa do direito no caminho da emancipação pela Constituição. Quem não ousou, não criou e nunca mudará. Enfim, a vontade da nação é a fonte do poder democrático, do Estado de direito. *Salus Populi, Suprema Lex* (a saúde (vontade) do povo é a suprema lei).

# Direito à moradia

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

## SUMÁRIO

*1. Direito à moradia e direito à vida. 2. Direito de estar, direito à moradia, direito de morar. 3. Direitos sociais. Função social da propriedade. 4. A relação jurídica de direito à moradia. 5. O particular no pólo passivo da relação. 6. Diretrizes de política habitacional.*

### *1. Direito à moradia e direito à vida*

O direito à vida, para quem já nasceu, não consiste no direito de não ser morto, mas no direito de viver. É correlato, assim, a uma série de obrigações, não apenas negativas, mas também positivas, por parte dos demais.

O homicídio – infração de obrigação negativa – é a forma mais flagrante de desrespeito à vida. Mas se observarmos o conjunto dos elementos agressivos, dependentes menos do meio físico que do meio social, perceberemos que representam, também, violação ao direito de viver; e, muitas vezes, causa de outro tipo de homicídio, lento mas seguro.

O direito à moradia integra o direito à subsistência, que é expressão mínima do direito à vida. Mas, antes do direito a morar, vem o direito de simplesmente estar: ninguém subsiste sem ser em algum lugar. O direito de deslocar-se (art. 5º – LXVIII da Constituição Brasileira de 1988) e o direito de ter casa – asilo inviolável do indivíduo (art. 5º-XI), resguardo da sua intimidade (art. 5º-X) – decorrem do direito de estar: o de ocupar um espaço, indissociável da existência física.

Quando as legislações modernas proibem a pena de banimento, fazem-no menos em atenção ao direito, de cada um, de estar junto aos seus em seu ambiente (direito ao convívio, à pátria, à própria cultura), do que como proteção ao direito de estar em *algum* ambiente.

Sérgio Sérvulo da Cunha é Advogado.

Apresentado ao Congresso de Direito Civil Alternativo, realizado em Blumenau, em abril de 1994.

Morar (do latim *mora* = atraso, retardamento, espera, demora) significa permanecer duravelmente em algum lugar, ter nele assento ou sede (= residir), praticar aí, na intimidade, os atos elementares da vida. O direito civil estabeleceu distinção entre moradia e domicílio (circunscrição administrativa ou política em que se tem residência ou negócio), embora esta última palavra proceda de *domus*, que significava, em latim, a casa, morada, habitação.

## 2. Direito de estar, direito à moradia, direito de morar

Se, em determinado país, pessoas não têm outro espaço além das beiras de estrada ou caminho público, onde permanecem acampadas, é porque lhes foi reconhecido o direito de estar, mas não o direito à moradia.

Ao Estado compete disciplinar o uso do espaço público, e impedir que se embarace o que por todos deve ser usado. Entretanto, haveria ofensa ao direito de estar no caso em que o Estado, desalojando quem ocupa espaço público, não lhe oferecesse alternativa de estar; ou que a oferecesse somente com sacrifício de outro direito básico, como o direito ao trabalho, o direito ao convívio, ou o direito à própria cultura<sup>1</sup>. O Estado não pode, sem ofensa a esses direitos, confinar quem desalojou do espaço público; nem removê-lo, contra sua vontade, para região remota. A ofensa é tanto mais grave quanto menor a possibilidade de defesa do ofendido.

Distingamos direito à moradia e direito de morar.

Os direitos com preposição "a" são direitos de igualdade: em geral, direitos sociais de acesso, de oportunidade. São fruto de adscrição<sup>2</sup>, não de capacidade econômica ou produtiva (não fosse assim, estaríamos excluindo a criança, o inválido, o hipossuficiente). Por meio deles, a sociedade exerce a justiça distributiva, atribuindo: a) bens que não produziu mas cuja administração detém (como a terra); ou b) bens produzidos com esforço individual ou social (v.g. o

<sup>1</sup> Aqui compreendido como o direito de alguém às expressões próprias de sua vida, em consonância especialmente com o art. 216 - II da Constituição: "os modos de criar, fazer e viver".

<sup>2</sup> É pelo critério da adscrição que uma pessoa tem lugar garantido numa família pelo simples fato de haver nascido nela. Ao contrário, é pelo critério de desempenho, ou eficiência, que uma pessoa é admitida e mantida numa empresa (v. Talcott Parsons, *The social system*, The Free Press, N. York, 1964, pp. 88 e ss).

capital, sob a forma de financiamento, previsto no art. 5º - XXVI da Constituição).

Direitos com preposição "de" são poder material de exercício. O direito de moradia consiste na posse exclusiva, e com duração razoável, de um espaço onde se tenham proteção contra a intempérie, e, com resguardo da intimidade, as condições para a prática dos atos elementares da vida: alimentação, repouso, higiene, reprodução, comunhão. Trata-se de direito *erga omnes*. Ao contratar locação de casa, por exemplo, exerce-se direito à moradia, cujo efeito é o direito de morar: no pólo passivo dessa relação jurídica acham-se o locador (com causa negocial) e todos (com causa legal).

Há vínculo de dependência entre esses dois direitos. O direito à moradia tende ao direito de morar, e só se satisfaz com a aquisição deste, em sua plenitude. Para isso, é preciso que concorram todos os elementos da moradia. Quem conseguiu terreno, mas não a casa, satisfaz apenas em parte seu direito à moradia. O mesmo acontece com quem possui a casa, mas não por tempo suficiente, exigido pelas demais relações da vida (trabalho, convívio, cultura, educação dos filhos). Assim, ao direito de morar são extensivos os mesmos princípios que ordenam o direito à moradia.

À parte o preâmbulo e seus títulos I e II - em que trata dos princípios, dos direitos e das garantias fundamentais em suas linhas mestras - a Constituição trata dos direitos sociais, especialmente nos Títulos VII ("Da ordem econômica e financeira") e VIII ("Da ordem social"), encimados por novas declarações de princípios.

Em nível de maior concreção, são objetivos da ordem social, entre outros, a proteção à família (arts. 203-I e 226), à infância e à velhice (arts. 203-I, 227, 230); assim como são princípios instrumentais da ordem econômica os referidos nos incisos do art. 170, dentre eles a função social da propriedade (III).

## 3. Direitos sociais. Função social da propriedade

É grande a alteração que sofre, sob a Constituição de 1988, o conceito de propriedade.

Não se trata apenas da restrição nova, contida no art. 225. Quando esse dispositivo afirma que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo, e essencial à sadia qualidade de vida, estabelece sobre a coisa própria, nesse interesse e com esse objetivo, uma espécie de gestão pública ou coletiva. Daí

não apenas decorrem, para o proprietário, deveres passivos, ou obrigações de não fazer, mas podem provir também, conforme o caso, deveres ativos, ou obrigações de fazer.

Há muito deixara, a propriedade, de ser o *jus utendi, fruendi et abutendi*. A responsabilidade pelo fato da coisa já impusera ao dono deveres de vigilância; restrições de ordem pública acarretavam diminuição aos poderes de usar, de fruir e de dispor.

Agora diz a Constituição (art. 5º – XXIII) que “a propriedade atenderá à sua função social”. Qual a função social da propriedade? O art. 5º – XXIII paira no ar. Contém princípio informador – e por isso interpretativo – de todas as normas sobre propriedade contidas no Ordenamento Jurídico brasileiro. Mas é princípio em branco, de contornos a serem precisados e definidos, seja pela lei, seja pelo intérprete.

Até aí, por três vezes usara a Constituição esse termo. No preâmbulo: direitos *sociais*, para cujo exercício, entre outros fins, se instituiu o Estado brasileiro; no art. 1º, em que se colocam entre outros, como fundamento desse Estado, os valores *sociais* do trabalho; e no art. 3º, em que se põe, como um dos objetivos fundamentais da República, reduzir as desigualdades *sociais*. Esse o quadro significativo dentro do qual emerge, no capítulo dedicado aos direitos individuais, a função social da propriedade. A Constituição não diz, aí, que em alguns casos se atenderá à função social, como algo externo à propriedade; o que diz é que inexistem propriedade sem função social; ou seja, ao feixe de poderes – absolutos, amplos ou restringidos – que anteriormente se entendia compor o direito de propriedade, e aos quais somente correspondia, no pólo passivo, um dever de abstenção (obrigação de não fazer), se acrescenta agora um dever ativo. Se *jus et obligatio correlata sunt*, quais os direitos correlatos aos deveres ativos do proprietário? Como se exercem esses direitos? Por parte de quem? Em que circunstâncias?

Como se vê, não há mais, face à Constituição, litúgio implicando propriedade em que se possa exigir, do proprietário, apenas o seu título aquisitivo. É que hoje, para a prova do direito de propriedade – poder de usar, fruir e dispor, mais preenchimento da função social –, não basta a exibição do título de origem, sem a exibição do título de exercício.

Aqui, impõe-se uma observação: o termo *restrições*, aplicado ao conteúdo do direito de propriedade, pode induzir um imperceptível desvio: é como se à propriedade correspondesse

uma essência, um *eidos* supra-histórico, do qual a evolução social, aos poucos, viesse arrancando pedaços; essa distração lógica acaba, inevitavelmente, sobrepondo um determinado conceito civil de propriedade ao conceito constitucional de propriedade. Ora, há alguns fatos sobre os quais incidem normas jurídicas (ex.: a vida, o tempo), cujo conceito pertence a outras ciências, que não o Direito; mas a propriedade é um ente jurídico, cujo conceito é construído pelo Direito. Essa distinção foi bem assinalada por Gilmar Ferreira Mendes, ao discorrer sobre a “estrutura básica do direito de propriedade” (“A reforma monetária de 1990”, *RDA* 186/26):

“Como essa categoria de direito fundamental, que se apresenta, a um só tempo, como garantia institucional e como direito subjetivo, confia ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do direito regulado, fala-se, nesses casos, de regulação ou de conformação (*Regelung oder Ausgestaltung*), em lugar de restrição (*Beschränkung*). É que as normas legais relativas a esses institutos não se destinam, precipuamente, a estabelecer restrições. Elas cumprem antes relevante e indispensável função como normas de concretização ou de conformação desses direitos”.

Voltemos aos Títulos VII (“Da ordem econômica e financeira”) e VIII (“Da ordem social”) da Constituição. Para esses títulos irradiam-se os princípios sociais acima referidos, do preâmbulo, do art. 1º e do art. 3º; o art. 6º desdobra-se no Título VIII, e a norma principiológica do art. 5º – XXIII reflete-se no Título VII.

O art. 170 fixa como fim da ordem econômica “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Semelhante o objetivo da ordem social: “o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193).

Duas observações decorrem dessa leitura: a) a interdependência entre justiça social, existência digna e bem-estar (que é *estar*, bem); b) a ordem econômica e a ordem social desviam-se de seu objetivo caso não assegurem a justiça social, o estar bem, e uma existência digna para todos; elas se tornam, então, materialmente inconstitucionais; impossível aceitar, sob a Constituição de 1988, que o país está bem, mas o povo está mal.

O mesmo art. 170 alinha a função social da propriedade (inciso III) entre outros princípios

instrumentais (v.g. a busca do pleno emprego, a redução das desigualdades sociais) da ordem econômica, cujo fim é “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Isto significa que, não obstante preenchida a função social *stricto sensu* da propriedade (v. arts. 182 – 2º e 186), seu uso pode estar, mesmo assim, em desacordo com outros princípios sociais da atividade econômica. Portanto, a função social da propriedade rural não se esgota na definição do art. 186, estabelecida em vista da desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária (v. art. 184); nem se esgota, a função social da propriedade urbana, na definição do art. 182 – 2º (“a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano-diretor”): para que isso aconteça, é preciso que o plano-diretor seja compatível com os princípios e normas sociais da Constituição, acima referidos.

#### 4. A relação jurídica de direito à moradia

O primeiro – mas não necessariamente o único – devedor dos direitos sociais, que se encontra no pólo passivo dessa relação, é o Estado.

São duas as dimensões em que o Estado assume essa posição: a) como obrigado à operacionalização genérica desses direitos; b) como obrigado, em casos particulares, à satisfação material desses direitos.

Sob o primeiro prisma, há um dever geral, por parte do Estado: a) de edição das normas jurídicas aptas à efetivação da Constituição<sup>3</sup>; b) de promover a satisfação desses direitos, mediante atuação judiciária ou administrativa (confisco – art. 243 da Constituição; distribuição de terras públicas; desapropriação; assentamentos, financiamentos, políticas e programas habitacionais, etc.).

Em suma, e no tocante ao direito à moradia, cabe ao Estado, em primeiro lugar, estabelecer uma adequada ordenação do uso do solo, que não iniba o acesso à moradia; e promover todas as medidas que assegurem esse direito.

Se há terrenos públicos suficientes, o Estado não pode deixar de destiná-los a essa finalidade; onde há terreno público sem utilização, não pode haver pessoa sem moradia. Nesse

caso, tem ela ação contra o Estado, para haver a posse do terreno mínimo necessário à sua moradia. Titular do direito à moradia – aquele que, como credor, situa-se no pólo ativo dessa relação –, legitimado, portanto, a agir, é a pessoa necessitada de moradia (direito social não se confunde com direito da coletividade ou do Estado). Não se discute – salvo se a lei tenha posto a proximidade como requisito – se a pessoa é de fora ou do lugar; nem se existiriam, em outro lugar, condições mais propícias para sua instalação; o critério nesse caso, *de lege ferenda*, é a proximidade possível do trabalho, e das outras relações da vida; mas dificilmente poderá o Estado, melhor do que o necessitado, ajuizar desses interesses, sem dano da justiça. Não há qualquer outro requisito (v.g. capacidade econômica, pagamento de taxa, preço ou emolumento, sujeição a formalidades burocráticas), a não ser a prova da necessidade (admitida a presunção de fato, em lugar de prova cabal). Embora tendo a aparência ou a forma de ação de imissão de posse ou de ação vindicatória da posse, não se trata de ação possessória ou domínial, mas de ação de direito à subsistência (ação para ter moradia) em que a posse da terra, ou da casa, figura como objeto instrumental. Os direitos à subsistência, por definição, são de atuação imediata; a morte, a degradação, não esperam a burocracia; tratando-se da ocupação de prédio abandonado, devoluto, ou sem utilização, não cabe invocar poder de polícia, salvo prova de risco maior, iminente, à subsistência, saúde, ou segurança do ocupante.

Se não há terrenos públicos suficientes ou em condições que satisfaçam o direito à moradia, deve o Estado buscá-los em mãos de particulares, atendidos os direitos e garantias integrantes do estatuto da propriedade.

Incumbe ainda ao poder público – a par dessas providências elementares – a promoção da política habitacional que permita acesso à moradia.

#### 5. O particular no pólo passivo da relação

Devedor de direito à subsistência, face ao necessitado, é quem possui, superfluamente, aquilo que pode satisfazê-lo.

Existe aí, porém, uma ordem de chamamento. O primeiro devedor de moradia é o Estado. Porque, como vimos, lhe compete implantar adequado ordenamento do solo, da habitação, e de recursos para a habitação; porque é seu fim precípua a organização da sociedade, segundo o interesse geral; porque possui terre-

<sup>3</sup> Canotilho aponta, como correlato a esse dever estatal, o “direito à emanção da norma jurídica”, que no direito brasileiro se exerce mediante a ação de inconstitucionalidade por omissão (controle em tese) e do mandado de injunção (controle difuso).

nos e recursos, ou dispõe de meios para mobilizá-los; e porque é quem pode indenizar o particular nos casos em que, para satisfazer aquele direito, vá seu sacrifício individual além do razoável.

O particular não tem nenhuma dessas obrigações. Mas, conforme o caso, pode fazer parte, no pólo passivo, da relação jurídica de direito à moradia, com causa negocial ou legal.

A causa é negocial se o particular constrói, financia, intermedia, vende ou aluga imóvel para moradia. Por ser, a moradia, a vantagem objetivada pela outra parte, a esses negócios aplicam-se os princípios e normas sociais acima referidos; à sua luz devem ser interpretados; e são de ordem pública suas disposições.

A causa é legal se a propriedade for socialmente inadimplente. Nesse caso, não obstante o título de aquisição e a posse, o direito de propriedade (complexo de poderes e deveres) não se aperfeiçoa. Sendo requisito da ação reivindicatória a prova de propriedade, o autor será julgado carecedor da ação se a inicial não for instruída com ela (título de origem e título de exercício, correspondendo, este, ao preenchimento da função social). O mesmo vale para a ação possessória (v. Sérgio Sérulo da Cunha, "A nova proteção possessória", trabalho apresentado ao 2º Congresso Internacional de Direito Alternativo, Florianópolis, setembro de 1993). Vislumbrando-se direito à subsistência, mesmo que a inicial seja instruída com prova plena da propriedade ou posse, não cabe liminar; sua concessão frustraria a arguição, pelo ocupante, da *exceptio vitæ sustinendæ*. Como é sabido, as exceções não fulminam o direito do autor, apenas encobrem sua eficácia. Destarte, reconhecida a exceção, este é caso em que o particular – senhor ou possuidor – deverá ser indenizado pelo Estado. A existência de lei própria permitiria que a indenização se fizesse nos mesmos autos, sem necessidade de ação à parte com esse objetivo. A hipótese, aí, não é de inadimplência social, em que, por força da Constituição, também cabe indenização (em títulos da dívida agrária se o imóvel for rural – art. 184), embora por valor que, seguramente, não corresponde ao da propriedade plena.

#### 6. Diretrizes de política habitacional

Desnecessário apontar, mais uma vez, o grau de dependência que guarda a política urbana com relação à política rural. A nível macroeconômico são menos onerosos, além de mais reprodutivos, os investimentos habitacionais no

campo. O art. 5º – XXVI da Constituição reclama urgente aplicação, através de agências governamentais.

Somente a redistribuição da renda e a reforma bancária permitirão que se reutilizem no Brasil, a nível extensivo, instrumentos clássicos do capitalismo na área habitacional: o crédito para a moradia, a locação residencial. Não obstante o afunilamento progressivo desses setores, os novos princípios constitucionais – ao lado das normas de proteção ao consumidor – reclamam a análise e revisão de suas práticas. Com esses princípios conflita a própria filosofia da Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245, de 18.10.91), não obstante editada na vigência da nova Constituição. Não se trata de iniciar mais um ciclo no circuito pendular dessa legislação, de congelar alugueis ou de dificultar a retomada pelo locador; mas de restabelecer o equilíbrio contratual, de modo que a locação deixe de ser fonte de incerteza e de conflitos permanentes.

Importa, também, investir no estudo e redirecionamento dos planos diretores municipais, principal instrumento da política urbana (v. art. 182 – § 2º da Constituição). Com a redefinição constitucional, seu caráter deixa de ser predominantemente físico, para ganhar textura social.

Por último, uma observação sobre o assalto à poupança popular, via FGTS, BNH, CEF, Sistema Financeiro da Habitação. Perverso mecanismo para transferência de renda, foi um dos instrumentos utilizados na marginalização do assalariado. Já não se fala da destinação desses recursos para outras finalidades, ou de sua escamoteação burocrática: à parte a ladroagem, é sistema que pecava em sua concepção. O objetivo básico da política habitacional não pode ser o enriquecimento de agentes financeiros ou promotores imobiliários; tampouco a utilização da poupança popular para empreendimentos da elite. A sofisticação do sistema induz a vazão de recursos, desviados de atividades-fins para atividades-meios.

Modelo de programa habitacional popular é a concessão de direito real de uso sobre lotes urbanos providos de serviços públicos essenciais. A experiência mostra que, independentemente do seu nível de renda, é grande a capacidade de autoconstrução progressiva, por parte da população. Ela não se subordina a financiamentos ou a complicadas redes de serviços e intermediários. Em muitos lugares a administração municipal coloca à disposição dos interessados projetos-padrão de habitação popular, e,

mesmo, fábricas comunitárias de material de construção. No mínimo, dadas as condições da realidade, faz-se necessária a sensibilidade do poder público para que as normas edilícias, por um lado, não admitam queda nos padrões de habitabilidade, e, por outro, não reproduzam, com caráter de generalidade, os padrões da elite. E a mesma sensibilidade para que programas de habitação popular tenham controle e participação popular.

# Dos efeitos da falência decretada no estrangeiro

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Sistemas legislativos. 3. Homologação de sentença estrangeira. 4. Da competência internacional. 5. Declaração de falência no exterior e sua eficácia no Brasil. 6. Síntese conclusiva.*

### *1. Introdução*

O instituto da falência, em rápida síntese, é de ser definido como um processo de execução coletiva, instaurado contra devedor comerciante em estado de insolvência, através do qual todos os bens daquele são arrecadados para posterior venda judicial e distribuição do respectivo produto em prol dos seus credores, observada a gradação de preferências estatuída em sede legal.

Os juscomercialistas, em concorde unanimidade, elencam como um dos pressupostos do *status* de falido, a par da insolvência confessada ou presumida, e da qualidade de comerciante do sujeito passivo, a sua declaração por sentença.

Emerge, portanto, como ressaibo notabilizador do fenômeno falimentar a judicialidade, de sorte que inexistente falência, e os seus efeitos, sem prévia atuação do aparato jurisdicional do Estado, sendo impossível que tal ocorra por ato patrocinado pela Administração Pública.

Dependendo do Judiciário a sua decretação, importa saber qual o juízo competente para tanto. Tratando-se de comerciante estabelecido na República Federativa do Brasil, incorrem maiores problemas, tendo em vista a previsão legislativa do art. 7º, *caput*, da Lei de Falências, acolhedora do critério

Edilson Pereira Nobre Júnior é Juiz Federal e Professor da UFRN.

do *principal estabelecimento*, expressão cujo significado de chefia dos negócios restou assaz elucidado pela doutrina<sup>1</sup> e pela jurisprudência<sup>2</sup>.

Problema que assoma à nossa investigação é outro, mais intrincado, condizente em saber se é válida, podendo espargir sua eficácia no solo pátrio, a sentença falimentar emanada de juiz alienígena, situação fática que, na atualidade, pode ser facilmente vivenciada dada a existência de empresas em funcionamento simultâneo em vários países.

## 2. *Sistemas legislativos*

Nas diversas ordenações, dois arcaçoucos vêm disputando a primazia sobre o tema: o da universalidade e o da territorialidade.

Pelo primeiro, competente para processar a falência de empresário multinacional é a justiça do Estado onde ela foi, em primeiro lugar, decretada, devendo àquela acorrerem todos os credores do falido, quaisquer que sejam os seus domicílios, bem como arrecadado todo o passivo daquele, podendo, indistintamente, compreender bens situados em território de mais de um país.

Contrariamente, o da territorialidade preconiza a restrição dos efeitos pessoais e patrimoniais da falência aos limites espaciais do Estado onde aquela foi declarada. Destarte, somente seriam atingidos pelo desapossamento forçado os bens situados na extensão territorial onde a medida fora requerida.

O nosso *jus positum*, conforme resulta do art. 7º, *caput*, *in fine*, do Decreto-Lei nº 7.661, de 21.6.45, perfilhou a segunda corrente, ao acentuar que a falência de empresa estrangeira, em funcionamento no Brasil, cinge-se à sucursal aqui estabelecida, não abrangendo, de maneira alguma, a matriz situada no exterior.

Isso advém do fato de a jurisdição, sendo atividade desempenhada por um dos poderes estatais, apresentar-se como lúdima manifesta-

ção da soberania nacional, cabendo aos seus órgãos atuar dentro dos limites do território do próprio Estado. Impossível olvidar a lição de Cintra, Grinover e Dinamarco:

“No *principio da aderência ao território* manifesta-se, em primeiro lugar, a limitação da própria soberania nacional ao território do país: assim como os órgãos do Poder Executivo ou do Legislativo, também os magistrados só têm autoridade nos limites territoriais do Estado. Além disso, como os juizes são muitos no mesmo país, distribuídos em comarcas (Justiças estaduais) ou seções judiciárias (Justiça federal), também se infere daí que cada juiz só exerce a sua autoridade nos limites do território sujeito por lei à sua jurisdição. O *principio* de que tratamos é, pois, aquele que estabelece limitações territoriais à autoridade dos juizes”<sup>3</sup>.

Como consequência, toda e qualquer decisão que componha um litígio, proferida fora das fronteiras nacionais, deve, para aqui sobejar componente eficaz, ser submetida ao procedimento de homologação que, no inefável dizer do Prof. Humberto Theodoro Júnior, citado por Negi Calixto<sup>4</sup>, corresponde à nacionalização da sentença.

## 3. *Homologação de sentença estrangeira*

Ao contrário de outras legislações, que, no particular, consagram critérios como o da revisão de mérito (Dinamarca) e o da reciprocidade diplomática (Alemanha e Espanha), o Brasil, inspirado na experiência italiana de 1865, perfilhou o sistema do *juízo de delibação* pelo qual não se reexamina o mérito da lide, cingindo-se na apreciação, de um lado, da regularidade formal da sentença, onde se constata a sua executibilidade e, doutro, penetrando-se no seu teor, a fim de verificar, se, confrontada com o direito pátrio, a decisão ofende à ordem pública e aos bons costumes.

Tratando do assunto, com a maestria que lhe é ínsita, Negi Calixto asseverou:

“O sistema que, cientificamente, se chama de delibação, surgido na Itália em 1865, no Código de Processo Civil italiano, e que melhor corresponde à conveniência dos Estados e dos postulantes, é o adotado pelo Brasil. Duas vantagens

<sup>1</sup> REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, 11ª ed., Saraiva, pp. 81/82. DÓRIA, Dylson, *Curso de Direito Comercial*, 2ª v., 1982, Saraiva, pp. 182/183. VITRAL, Waldir, *Curso de Falências e Concordatas*, 1ª ed., Forense, pp. 84/85. PAES DE ALMEIDA, Amador, *Curso de Falência e Concordata*, 10ª ed., Saraiva, pp. 70/71; FÜHER, Maximilianus Cláudio A., *Roteiro das Falências e Concordatas*, 9ª ed., RT, p. 25; TZIRULNIK, Luiz, *Direito Falimentar*, 1ª ed., RT, pp. 59/60.

<sup>2</sup> LEX JSTF 1/16; RTJ 81/705; RT 215/455, 509/115; RF 150/307, 260/225, e 265/225.

<sup>3</sup> *Teoria Geral do Processo*, 7ª ed., RT, p. 121.

<sup>4</sup> “Homologação de Sentença Estrangeira”, *Diálogo de Processo*, v. III, 1ª ed., p. 50, Forense.

apontam-no como melhor sistema: respeita-se o pronunciamento judicial da soberania estrangeira e atende-se ao interesse do Estado onde a sentença será executada. Não há exame do mérito da sentença, exigindo-se, por seus elementos extrínsecos, que ela seja exequível e que, por seu conteúdo, não seja contrária aos interesses nacionais”<sup>5</sup>.

Como antecedente lógico da execução do provimento jurisdicional estrangeiro, toca à parte interessada promover típica ação, de caráter constitutivo, como salienta boa parte dos doutrinadores<sup>6</sup>, dirigindo postulação ao Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, de cuja eventual decisão denegatória cabe agravo regimental para o Plenário. O pedido, que seguirá o rito estabelecido nos arts. 215 a 224 do Regimento Interno do Sodalício-mor, será decidido pelo Pleno na hipótese de impugnação, a tempo e modo oferecida pela parte contrária, pelo curador especial, ou, ainda, pelo Procurador-Geral da República.

O Pretório Excelso, ao desincumbir-se do mister homologatório, observará, dentre muitos requisitos, se o feito transcorreu com a citação dos réus, ou se transcorreu legalmente à revelia, a existência de coisa julgada e se o *decisum* está revestido das condições de exequibilidade no lugar em que prolatada, sua autenticação por cônsul brasileiro, sua tradução por intérprete oficial e se foi lavrada por juiz competente (art. 15, Lei de Introdução do Código Civil; art. 217, I a V, do RISTF). Este último, objeto de nossa análise, diz respeito à competência internacional, ou seja, se o Judiciário do Estado que proferiu a decisão tinha, *in concreto*, poder para conhecer do litígio. É que, do contrário, poderia restar configurada imiscuição indevida no plexo funcional da jurisdição brasileira, a desembocar na exceção de homologabilidade

<sup>5</sup> Loc. cit., pp. 48/49.

<sup>6</sup> ALVIM, Arruda, “Competência Internacional”, *Revista de Processo*, nº 7-8, p. 17, RT, e THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Processo de Conhecimento*, T. II, 2ª ed., Forense, p. 785. O primeiro dos autores, em sua exposição, enfatiza: “A homologação tem verdadeiro caráter constitutivo, pois que é originada da mesma toda a virtualidade jurídica da sentença. Antes da homologação, a sentença estrangeira não deve valer como sentença eficaz, perante a jurisdição nacional, onde poderá ser homologada; poderá ser considerada, no entanto, como *mero fato*, assunto que veremos a seguir.”

prevista no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>7</sup>. Sendo o poder jurisdicional expressão da soberania estatal, a sua usurpação em caso onde se apresente o monopólio da justiça pátria violentaria tal valor, erigido como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, I, CF).

#### 4. Da competência internacional

Neste tópico, importa conhecer os casos em que ao Estado brasileiro compete, com exclusividade, deslindar conflitos de interesses qualificados por pretensão resistida.

A Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4.9.42), no seu art. 12, *caput*, enunciava ser a autoridade judiciária brasileira competente para distribuir justiça em duas hipóteses, mais precisamente quando o réu fosse domiciliado no Brasil ou em local deste tivesse de ser adimplida a obrigação<sup>7a</sup>. Tratava-se de dispositivo que não excluía a possível participação da justiça de outros países, ao invés da prescrição, de natureza cogente, contida no seu § 1º, a principiar pelo advérbio *só*, que evocava a idéia de apenas, somente, unicamente etc. Dizia o referido comando:

“Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.”

Na atualidade, o tema passou a ser regido pelos arts. 88 e 89 do CPC, os quais derrogaram o art. 12, *caput*, e seu § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil.

O art. 88, I a III, do CPC sustentou ser da competência brasileira processar e julgar demandas quando: a) o réu, não importando a sua nacionalidade, for domiciliado no Brasil; b) aqui tiver de dar-se o cumprimento da obrigação; c) a ação originar-se de fato ocorrido ou ato praticado no território nacional.

Consoante a grande maioria dos processualistas<sup>8</sup>, tais casos são de competência concor-

<sup>7</sup> Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

<sup>7a</sup> Diverso o modelo da antiga Introdução ao Código Civil Brasileiro (Lei nº 3.701, de 1.1.16), tendo em vista o seu art. 15 prescrever que “...sendo competentes sempre os tribunais brasileiros nas demandas contra as pessoas domiciliadas ou residentes no Brasil, por obrigações contrahidas ou responsabilidades assumidas neste ou noutra paiz”. A competência em tais casos era exclusiva.

<sup>8</sup> ALVIM, Arruda, loc. cit., p. 25; CARNEIRO,

rente, podendo-se propor ação no Brasil, ainda que idêntica demanda tenha curso no exterior, ou vice-versa, sem que se fale em litispendência, como recai do art. 90 do CPC. Esta exceção somente emerge se, no instante do ajuizamento do pedido, a sentença prolatada em outro Estado, uma vez já trânsita em julgado, já tiver sua homologação requerida perante o Supremo Tribunal Federal<sup>8a</sup>.

Diverso se passa com o art. 89, I e II, do CPC, segundo o qual compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, dar seguimento: a) a ações relativas a imóveis situados no Brasil; b) ao inventário e partilha de bens aqui localizados, mesmo que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional. Está-se diante de competência exclusiva, pelo que se interdita a toda e qualquer autoridade jurisdicional estrangeira o apanágio de produzir sentença sobre o caso que lhe for submetido e, a que porventura for proferida, não albergará forças para espargir seus efeitos no território patrial, esbarrando no princípio da efetividade.

A primeira das hipóteses elencadas é respeitante a *ações relativas a imóveis*. Pretendeu o legislador traçar fórmula ampla, de molde a abarcar todo e qualquer feito relacionado com coisa imóvel, ainda que a sua *causa petendi* se funde em direito obrigacional. Quisesse restringir o alcance da norma, teria certamente adotado a expressão *direito real*.

Athos Gusmão, *Jurisdição e Competência*, 3ª ed., Saraiva, pp. 49-50; MOREIRA, José Carlos Barbosa, "Relações entre Processos Instaurados, sobre a Mesma Lide Civil, no Brasil e no Estrangeiro", *Revista de Processo Civil*, nº 7-8, p. 52; NERI JUNIOR, Nelson, e NERI, Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, p. 339, RT; WALLER, Wladimir, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Editora Julex Livros.

<sup>8a</sup> Essa opinião frui do beneplácito de CARNEIRO, Athos Gusmão, loc. cit., p. 50, muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha firmado a inexistência do óbice no Agravo Regimental na SE 2.727-5, *in verbis*: "Sentença estrangeira. Não obsta à sua homologação a pendência, perante juiz brasileiro, de ação entre as mesmas partes e sobre a mesma matéria. Agravo regimental não provido" (Pleno, ac. un., Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, LEX JSTF 32/69). Da leitura das razões esposadas pelo ilustre relator, descortina-se que somente seria inadmissível a delibação quando, no momento do ingresso do pedido de homologação, já existisse decisão irrecurável da justiça brasileira.

Elucidando, de maneira inexcedível, a *mens legis*, o mestre Arruda Alvim<sup>9</sup> pontifica:

"Desde logo cumpre consignar que a expressão de que se utilizou o legislador (ações relativas a imóveis) é mais ampla do que ações reais, que seriam só as relativas a direitos reais e as que versassem sobre o direito de propriedade. Em tais expressões (ações relativas a imóveis) compreendem-se as ações de despejo, possessórias etc., além das referidas ações reais e reivindicatórias. Cumpre observar, liminarmente, que é comum o critério de estabelecer-se a competência absoluta para demandas relativas a imóveis, o qual é da tradição do nosso direito (v. Lei de Introdução ao Código Civil, art. 12, § 1º, anterior ao Código de Processo Civil). O que se há de ter presente, como vimos, é que o conceito de ações relativas a imóveis é mais abrangente do que o de ações reais, e, portanto, tudo aquilo que existe relativamente ao art. 12, § 1º, da antiga Lei de Introdução ao Código Civil é válido para identificar e distinguir, perfeitamente, quais sejam as ações relativas a imóveis, encartáveis no âmbito do art. 89, I".

Por seu turno, o art. 89, II, do CPC, alude a inventário e partilha de bens situados no Brasil. A exemplo do inc. I, a opção do CPC foi pelo método ampliativo, abrangendo-se aí as partilhas decorrentes de separação judicial ou divórcio<sup>9a</sup>.

Cabe aqui uma distinção: originando-se a divisão de ato *causa mortis*, todos os bens do acervo a ser partilhado são reputados imóveis *ex vi* do art. 44, III, do Código Civil. No entanto, na hipótese de divórcio, poderá o patrimônio conjugal ser composto também de bens móveis, sobre os quais não incide a reserva da jurisdição brasileira, podendo ser deferida em parte a homologação<sup>10</sup>. Apesar disso, o art. 89, II, do

<sup>9</sup> Loc. cit. p. 32.

<sup>9a</sup> No seio do Supremo Tribunal Federal essa interpretação sofreu, nas primícias, restrição (SE 2.396, RTJ 90/11), para, ao depois, restar consolidada (SE 2.446 e 2.544, RTJ 92/522 e 93/36).

<sup>10</sup> O Supremo Tribunal Federal, por seu Presidente, o então Min. ANTÔNIO NÉDER, inicialmente recusou, até mesmo quanto aos bens móveis, os efeitos de sentença estrangeira ou partilha, exarada em divórcio, frisando o sentido geral e de ordem pública do art. 89, II, do CPC (SE 2.619, RTJ 96/

CPC, pouco interesse desperta ao assunto aqui desenvolvido, posto que circunscrito a inventários e partilhas, embora advindos de dissolução da sociedade conjugal por *inter vivos*.

#### 5. Declaração de falência no exterior e sua eficácia no Brasil

Tendo a legislação nacional perfilhado o modelo da territorialidade, a sentença de falência prolatada em outro Estado precisa, para aqui operar os seus efeitos, ser submetida ao plácito do Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup>.

569). Recentemente, foi sufragado entendimento distinto, sustentando-se a possibilidade da homologação desde que a decisão homologanda não incluisse bem de raiz aqui localizado (SE 4.844-2, Min. OCTÁVIO GALOTTI, DJU de 18.10.93). Digno de nota o fato de o Supremo Tribunal Federal, com vistas a assegurar a intangibilidade da soberania nacional e dos bons costumes, haver instaurado a prática de deferir a homologação com reserva da parte do decisório alienígena que macular o direito interno. Tal aconteceu, reiteradas vezes, à época em que o divórcio não era admitido no Brasil ante o dogma da indissolubilidade matrimonial (SE 2.363, Pleno, Rel. Min. ANTÔNIO NÉDER, ac., un., LEX JSTF 1/22; SE 2.271, Pleno, ac., un., Rel. Min. ELOY ROCHA, LEX JSTJ 4/12).

<sup>11</sup> Nem sempre foi assim. O Decreto nº 6.982, de 27 de julho de 1878, aceitou a exequibilidade das sentenças de falência relacionadas a negociantes que tivessem domicílio no país em que prolatada, contanto que fosse garantida reciprocidade diplomática, estabelecida em tratado. Excepcionavam-se: a) os credores hipotecários, desde que os bens hipotecados se situassem no Brasil; b) os credores quirográficos, quanto às ações que, antes do *cumpra-se*, tenham ajuizado contra o falido; c) os credores que não tivessem sido citados para participar de moratórias e concordatas deferidas no estrangeiro. Editado em 27 de julho de 1880, o Decreto nº 7.777 acrescentou que, à mingua de tratamento recíproco, a decisão de falência só seria válida aqui com o *exequatur* do Imperador. Proclamada a República, a nova Lei de Falências, aprovada pelo Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, manteve o regime do Decreto nº 6.982, de 1878, dispensando, entretanto, o requisito da reciprocidade. O Decreto nº 3.084, de 5 de novembro de 1898, continuou a permitir a possibilidade de produção de efeitos de sentenças estrangeiras de falência exarada pelo juiz do domicílio do negociante, com a singular diferença de sujeitá-las à homologação do Supremo Tribunal Federal, na forma da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894. Aboliu-se o critério do *cumpra-se*, substituído pelo do juízo de delibação. Com a Lei nº 859, de 16.8.02, voltou-se à sistemática do Decreto nº 917, de 1890, consoante a qual se obedeceria ao Decreto nº 6.982, de 1878 (validade das sentenças de falência estrangeiras des-

O Professor Rubens Requião<sup>12</sup> entende serem aplicáveis os arts. 786 e 787 do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608/39) por, tanto o atual STF, como o Regimento Interno do STF, terem se referido genericamente à homologação das sentenças estrangeiras, sem, contudo, traçar regulamentação específica sobre a sentença falitória.

Ter-se-ia, assim, a seguinte sistemática: a) domiciliado o comerciante no Brasil, a sua falência, declarada no exterior, não seria passível de homologação, ainda que o seu estabelecimento comercial fosse localizado no estrangeiro; b) contrariamente, a homologação seria possível se o domicílio civil do comerciante fosse no país onde a decisão tivesse sido prolatada.

Tal pensar poderia encontrar suporte no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, ao ditar:

“A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Sem embargo de sua razoabilidade, ousou dissentir do venerável mestre. A Lei nº 5.869, de 11.1.73, ao entrar em vigor, instituindo o atual CPC, ab-rogou o Decreto-Lei nº 1.608/39, por disciplinar, em sua inteireza, a matéria por este anteriormente regulada, ressalvando explicitamente quais os dispositivos e procedimentos que permaneceriam em plena vigência (art. 1.218). Entendo melhor ajustável à espécie o § 1º<sup>12a</sup> do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao invés do seu § 2º.

Dylson Dória<sup>13</sup>, lente da Universidade Católica de Salvador, ao analisar o tema, volveu

de que prolatadas pelo Judiciário do domicílio do empresário), sem a exigência de reciprocidade, o que teve duração efêmera, visto o Decreto nº 4.855, de 2.6.03, haver reintroduzido o juízo de delibação pelo Supremo Tribunal Federal, norma ratificada pelos Decretos nºs 2.024, de 17.12.08, e 5.746, de 9.12.29. O Código de Processo Civil de 1939 ratificou a homologação pelo Supremo Tribunal Federal, regulando o assunto da competência internacional para decretar falência nos seus arts. 786 e 787, hoje substituídos pelos arts. 88 e 89 do atual CPC.

<sup>12</sup> Loc. cit., pp. 85-6.

<sup>12a</sup> Eis a redação do aludido prescritor: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível, ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

<sup>13</sup> Loc. cit., pp. 186-7.

suas atenções ao art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil, para rematar que "não será homologada a sentença falitária que tiver por objeto: a) empresário domiciliado no Brasil; b) filial, sucursal ou estabelecimento domiciliado no Brasil; c) bens imóveis situados no Brasil".

Discordo do referido autor. Isto quanto às duas primeiras alternativas. O vigente Código de Processo Civil revogou, por incompatibilidade, o art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil, transferindo o assunto inerente à competência internacional para os seus arts. 88 e 89<sup>14</sup>.

Desse modo, inexistente o impedimento à homologação quando a falência envolver comerciante domiciliado no Brasil, ou que possua estabelecimento, matriz ou sucursal no país.

Dificuldade surge quando o falido, empresário individual ou sociedade mercantil, possuir imóvel no solo pátrio, em virtude do teor do art. 89 do CPC, pois, como frisado em tópico retro, a ação que tiver por objeto imóvel sito no Brasil, bem como a tendente a proceder partilha de imóveis aqui localizados, constitui monopólio da jurisdição brasileira, tendo o Supremo Tribunal Federal, em vários pronunciamentos, negado o correspondente pleito de homologação<sup>14</sup>.

A falência, como define Amador Paes de Almeida, é, sob o ângulo jurídico, *um processo de execução coletiva contra o devedor comerciante*<sup>15</sup>, de maneira que, uma vez declarada, importa na arrecadação dos créditos e bens, móveis e imóveis, do falido.

Tal providência constitutiva, quando incidente em imóveis, poderia representar ofensa à reserva jurisdicional pátria, por investir contra o art. 89 do CPC.

Impende aqui uma sibilina distinção, conforme a hipótese verse sobre a falência de comerciante individual, sociedade mercantil, ou espólio de empresário singular.

Nas duas primeiras hipóteses, a falência englobará todo o ativo do falido, que pode ser constituído de direitos, bens imóveis e móveis. Assim, quanto às coisas móveis (veículos automotores, aviões, maquinário, navios etc.) e valores mobiliários (ações, debêntures, títulos de créditos etc.), nenhum óbice se antolha à atuação da jurisdição estrangeira, podendo a

homologação dar-se com reservas, postura que o Supremo Tribunal Federal outrora assumiu quanto às sentenças de divórcio antes da Emenda Constitucional nº 9/77 à Constituição de 1967 e, mais recentemente, por ocasião de partilhas efetuadas no exterior, em decorrência da dissolução de vínculos conjugais, como sucedeu na já citada SE 4.844-2-EUA, em que não se deliberou acerca de imóveis.

Não se alegue, doutro lado, que tal posicionamento confronta com o decidido na SE 3.989-3. É que neste julgado os bens da vida disputados eram, em sua totalidade, imóveis.

Prova inofismável da possibilidade, em sede falencial, da homologação parcial nos casos do art. 89, I, do CPC, resulta da interpretação, a *contrario sensu*, do decidido na SE 2.492-6, cuja ementa dispôs:

"1. Não constitui sentença estrangeira, suscetível de homologação, mero acordo resultante de assembléia de credores realizada em processo falencial, mas desprovido de qualquer homologação jurisdicional. 2. Também não comporta homologação, sentença estrangeira declaratória de falência, cujos possíveis efeitos no Brasil relacionam-se exclusivamente com imóvel aqui situado. 3. Homologação denegada. Agravo regimental não provido, com ressalva"<sup>16</sup>.

Significa dizer que, em havendo móveis, assoma cabível, quanto a estes, a prolação do édito homologatório.

Por outro lado, falindo espólio de comerciante individual, inviável a homologação do decisório (sentença ou acórdão) que reconhecer a quebra, vez que o direito à sucessão aberta é tido, entre nós, como bem imóvel por invenção legal (art. 44, II, CCB). A produção dos efeitos da sentença, ainda que parcial, encontra estorvo na inexistência de coisas mobiliárias a arrecadar.

Tem-se, a princípio, tal decisório como inexecutável no Brasil, em decorrência da reserva instituída pelo art. 89, I, do CPC.

Sei que, recentemente, o evoluir do labor interpretativo, no imo do Supremo Tribunal Federal, contornou o impedimento do art. 89, I, do CPC, homologando partilha de bens imóveis, proferida no exterior, mediante a aplicação da lei brasileira. Tal se deu na SEC nº 4.512-6:

<sup>14</sup> CASTRO, Amílcar de, *Direito Internacional Privado*, 4ª ed., Forense, p. 577.

<sup>14a</sup> LEX JSTF 116/21 (SE 3.989-3).

<sup>15</sup> Loc. cit., p. 14.

<sup>16</sup> Pleno, mv., Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, LEX JSTF 42/273.

## HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA QUE DISPÕE SOBRE A PARTILHA DE BENS DA SOCIEDADE CONJUGAL CONTESTAÇÃO.

1. Casamento celebrado no Brasil e divórcio decretado pelo Poder Judiciário helvético, já homologado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da SEC nº 3.862, RTJ 131/14.071. 2. Partilha de bens da sociedade conjugal processada posteriormente perante o Judiciário suíço, com aplicação das leis brasileiras. 3. Não fere o art. 89, II, do Código de Processo Civil, que prevê a competência absoluta da justiça brasileira para proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, a decisão de Tribunal estrangeiro que dispõe sobre a partilha de bens móveis e imóveis em decorrência da dissolução da sociedade conjugal, aplicando a lei brasileira. 4. Sentença estrangeira homologada<sup>17</sup>.

Fundamentou-se o voto do eminente relator na inteligência do art. 5º, XXXI, da Lei Máxima promulgada em 5.10.88, consoante a qual "a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhe seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*, orientação remansada em nossa tradição constitucional desde o art. 134 da Constituição de 1934". Sobrelevou, na oportunidade, o intuito do constituinte de salvaguardar os interesses da prole e do cônjuge brasileiro, através do império da lei pátria na sucessão de bens de estrangeiro, sitos no território nacional, não requerendo, obrigatoriamente, que tal se opere por juiz brasileiro.

Penso que esse ponto de vista não pode incidir, por integração analógica, à falência de comerciante individual falecido, pois não se está diante de sucessão ou partilha de bens, matéria objeto do campo de ação do arts. 5º, XXXI, da Lei Maior, e 89, II, do CPC, mas, ao revés, de falência cujas diligências arrecadatórias realizar-se-ão por força de édito judicial estrangeiro.

### 6. Síntese conclusiva

Ao depois do exposto, resta-me resumir os remates abaixo:

a) constituindo a jurisdição meio de expressão da soberania estatal, segue-se, como coro-

<sup>17</sup> Pleno, ac. un., Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJU-I de 2.12.94, p. 33.198.

lário lógico, que a sua atuação há de conter-se nos lindes territoriais do Estado em nome do qual é exercida;

b) o Brasil, como se infere do art. 7º, do atual diploma falitário, consagrou o sistema da territorialidade, pelo qual a declaração de falência deve, de regra, limitar os seus efeitos ao espaço físico do país onde foi declarada, de maneira que as decisões estrangeiras nesta matéria têm de, primeiramente, ser homologadas, para aqui poder ganhar validade;

c) a homologação de sentença estrangeira configura ação constitutiva, na qual a justiça brasileira, sem penetrar no mérito do decisório alienígena, examina sua regularidade formal, inserida aí a competência do órgão prolator e a ausência de afronta à soberania nacional;

d) disciplinando o assunto inerente à competência internacional, o art. 89, I e II, do CPC, estatui ser da alçada *exclusiva* do Poder Judiciário Brasileiro processar e julgar causas, conquanto fundamentadas em direito pessoal, relativas a imóveis situados no Brasil, bem como o inventário destes bens, incluindo-se as partilhas oriundas de separação judicial ou divórcio, podendo, nesta última hipótese, ser homologada sentença estrangeira apenas quanto à parte respeitante a móveis ou valores mobiliários;

e) a sentença de falência de comerciante individual ou sociedade mercantil, advinda de outro Estado, qualquer que seja o domicílio ou sede do falido, é suscetível de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos circunscritos aos móveis daqueles situados no Brasil;

f) cuidando-se de falência de espólio de devedor comerciante, cujos bens, sem ressalva, são reputados de raiz *engenho legal* (art. 44, III, Código Civil Brasileiro), a sua homologação não será permitida.

### Bibliografia

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Concordata*. 10ª ed., Saraiva.

ALVIM, Arruda. "Competência Internacional". *Revista de Processo*, nºs 7-8, RT.

CALIXTO, Negi. "Homologação de Sentença", *Digesto de Processo*. Vol. III, 1ª ed., Forense.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 3ª ed., Saraiva.

- CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 4ª ed., Forense.
- CINTRA, Grinover e Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 7ª ed., RT.
- DÓRIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*. 2ª v., 1982, Saraiva.
- FÜHER, Maximilianus Cláudio A. *Roteiro das Falências e Concordatas*. 9ª ed., RT.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Relações entre Processos Instaurados, sobre a Mesma Lide Civil, no Brasil e no Estrangeiro". *Revista de Processo Civil* nº 7-8.
- NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil*, 1994, RT.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 11ª ed., Saraiva.
- TZIRULNIK, Luiz. *Direito Falimentar*. 1ª ed., RT.
- VITRAL, Valdir. *Curso de Falências e Concordatas*. 1ª ed., Forense.
- WALLER, Wladimir. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Editora Julex Livros.

# Apropriação indébita em matéria tributária

CARLOS ALBERTO DA COSTA DIAS

## SUMÁRIO

*1. Introdução – o papel do Direito Penal. 2. Contribuições sociais – histórico legislativo. 3. Contribuições sociais e apropriação indébita. 4. Natureza jurídica do recolhimento à contribuição social. 5. Histórico da legislação do imposto sobre produtos industrializados – IPI e a relação com apropriação indébita. 6. Hipóteses de exclusão de punibilidade. 7. Ônus da prova. 8. Discriminação. 9. Conclusão.*

### *1. Introdução – o papel do Direito Penal*

O sistema jurídico tem a função de proteger os valores individuais e os da sociedade. O Direito Penal vale-se da forma de sanção mais severa do comportamento. Assim, apenas quando todos os outros ramos do Direito não forem suficientes para proteger determinado valor, o Direito Penal cumprirá o seu papel. Este terá função *repressiva e preventiva* do comportamento que o sistema jurídico repudia.

Quanto à função preventiva, devemos considerar, no entanto, que pela própria razão de o Direito Penal ser aplicado ao fato consumado, a concepção do caráter preventivo da pena tem se mostrado insubsistente. Exemplo disso é a ineficácia dos sistemas que prevêem a pena de morte, cuja aplicação nos países em que é adotada não tem implicado queda de incidência do crime assim punido.

Se, por um lado, a função do Direito Penal como modelo preventivo geral não tem sido eficaz, também a função específica, para que um determinado criminoso não venha a reincidir no crime, não tem alcançado os seus objetivos, malgrado a tendência social moderna da busca da socialização e ressocialização do criminoso.

No que tange às funções repressiva e pre-

Carlos Alberto da Costa Dias é Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Juiz Federal.

ventiva do Direito Penal, por seu turno, o legislador é livre para eleger os comportamentos sancionados, caso estes violem valores protegidos. A única limitação é a Constituição Federal, os Tratados Internacionais e outras normas hierarquicamente superiores à lei penal.

A sanção para esses comportamentos obedece a uma escala de valores aceitos pela sociedade como relevantes. Assim, não pode a pena ser mais severa do que o aceito socialmente, sob o risco de expor-se às conseqüências de perda da efetividade. Tampouco pode ser a pena branda demais, caso em que a sanção pode significar que o crime é de pouca importância, o que redundaria no fracasso do efeito repressivo que a sanção representa.

Com essas considerações, o Professor Otto Triffterer<sup>1</sup>, da Universidade de Salzburg, conclui que a principal função do Direito Penal, a par da proteção de valores pela prevenção e repressão, é a formação da consciência para a importância destes valores, pela sanção penal.

O resguardo na regularidade do recolhimento de tributos previsto nas esferas dos Direito Administrativo, Fiscal, Tributário, Previdenciário tem se mostrado impotente para assegurar o valor jurídico relevante, do qual depende em grande parte o custeio das ações do Estado. É na área penal, portanto, que a legislação tem assentado a formação da consciência da importância do recolhimento dos tributos e outras contribuições sociais.

A evolução legislativa da matéria traça os contornos mais precisos para a sanção contra a violação do direito patrimonial público. O Direito Penal é o último guardião, portanto, de um ordenamento jurídico concatenado. É sob essa ótica que passaremos a discorrer nesta abordagem, para concluir quanto ao papel repressivo e preventivo do Direito Penal em relação ao bem jurídico resguardado sob sanção penal, e principalmente quanto à formação da consciência para a importância desse valor.

## 2. Contribuições sociais – histórico legislativo

A matéria vinha regulada pelo Decreto-Lei nº 65, de 1937, artigo 5º, o qual já equiparava ao crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, no prazo devido, das contribuições previdenciárias.

<sup>1</sup> TRIFFTERER, Otto. *The need, role and challenges of criminal law for the protection of the environment*. Não-publicado.

A Lei nº 3.807, de 26.8.1960, publicada no *Diário Oficial* da União de 5.9.1960, dispôs, no artigo 86, que:

“Será punida com as penas do crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, na época própria, das contribuições e de quaisquer outras importâncias devidas às instituições previdenciárias e arrecadadas dos segurados ou do público.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se pessoalmente responsáveis o titular da firma individual, os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores das empresas incluídas no regime desta lei.”

Foi regulamentada pelo Decreto nº 72.771, de 6.9.1973, publicado no *Diário Oficial* da União de 10.9.1973, cujo artigo 430 dispõe:

“Constitui crime, nos termos dos artigos 86 e 155 da Lei nº 3.807, de 26.8.1960:

.....  
II – de apropriação indébita nos termos da legislação penal:

a) deixar de recolher, na época própria, as contribuições e outras quaisquer importâncias arrecadadas dos segurados ou do público e devidos à Previdência Social;”.

Posteriormente, a matéria foi regulada em termos semelhantes pelo artigo 146 da Consolidação das Leis da Previdência Social, aprovada pelo Decreto nº 89.312/84, que assim dispunha:

“A falta de recolhimento, na época própria, de contribuição ou outra importância devida à Previdência Social e arrecadada dos segurados ou do público é punida com a pena do crime de apropriação indébita, considerando-se pessoalmente responsáveis o titular da firma individual e os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores de empresa abrangida pela previdência social urbana.”

A Lei nº 8.137, de 27.12.1990, artigo 2º, inciso II, dispunha que:

“Constitui crime da mesma natureza:

.....  
II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.”

Com a publicação da Lei nº 8.212, de

24.7.1991, a matéria veio a ser regulada no artigo 95, alínea d, nos seguintes termos:

“Constitui crime:

d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à seguridade social e arrecadada dos segurados ou do público.”

### 3. Contribuições sociais e apropriação indébita

O comportamento previsto como crime na legislação que trata das contribuições previdenciárias é o *deixar de recolher* ou a falta de recolhimento do tributo. Este fato típico não se confunde com aquele da apropriação indébita.

É que a apropriação indébita tem como antecedente lógico a posse ou detenção. Para que se pratique o tipo penal, o sujeito ativo se imite na posse ou detenção justamente, isto é, sem clandestinidade, sem violência, ou erro, ou seja, com o consentimento não-viciado<sup>2</sup>.

A apropriação sucede a posse ou a detenção. Cessa de possuir *alieno nomine* e faz entrar a coisa no seu patrimônio, ou dispõe dela como o dono, isto é, com o propósito de não restituí-la, ou de não lhe dar o destino a que estava obrigado, ou sabendo que não mais poderia fazê-lo<sup>3</sup>.

Integrante do tipo penal da apropriação indébita, ainda, é o *animus rem sibi habendi*, ou seja, não basta a simples negativa de restituição ou omissão do emprego ao fim que foi determinado: é necessário, como elemento integrativo do dolo, que não haja motivo razoável para a recusa ou omissão. A apropriação é o elemento de fato do crime, e não, um fim ulterior do agente<sup>4</sup>.

Hungria cita como um dos exemplos em rol de apropriação indébita a detenção provisória, pelo empregador, das contribuições de seus empregados para instituto de previdência, como causa de transferência de posse ou detenção sem transferência de domínio<sup>5</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, posicionando-se de forma antagônica, em acórdão publicado no *Diário da Justiça* da União de 8.3.1974,

<sup>2</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 7, Forense, Rio de Janeiro, 4ª ed., 1980, p. 132.

<sup>3</sup> Op. cit., p. 135.

<sup>4</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 7, Forense, Rio de Janeiro, 4ª ed., 1980, pp. 135 e 138.

<sup>5</sup> Op. cit., p. 135.

p. 1169, no Recurso Extraordinário nº 75.278, decidiu que inexistente crime de apropriação indébita na figura prevista pelo artigo 86, da Lei nº 3.807/60, com a seguinte ementa:

“Falta de recolhimento de contribuições descontadas e devidas à Previdência Social. Inocorrência do crime de apropriação indébita. Inaplicabilidade do artigo 86 da Lei nº 3.807/60.”

Tratava-se de recurso extraordinário contra acórdão, concessivo de ordem de *habeas corpus*, do Tribunal Federal de Recursos, sob o fundamento de que haveria negativa de vigência do artigo 86 da Lei nº 3.806, de 28.6.1960. Não se conheceu do recurso porque o fato narrado não se aplicava ao modelo-tipo do artigo 168 do Código Penal. Vale dizer, a conclusão do Supremo Tribunal Federal é de que o crime de não-recolhimento não se ajusta à hipótese de apropriação indébita. É que não havendo sido narrada a hipótese de apropriação indébita, a sentença condenatória de primeira instância não poderia ter reconhecido os fatos de não-recolhimento como aquele crime, em sua fundamentação. Daí inexistir negativa de vigência da lei previdenciária.

A figura delituosa sob análise não se identifica com a apropriação indébita porque consiste em um não-fazer (deixar de recolher, falta de recolhimento). Trata-se de crime omissivo próprio (o sujeito ativo deixa de praticar uma ação prevista pela norma penal), de mera conduta.

Isto significa que, a apropriação indébita depende da consumação “pela inversão da posse demonstrada pelo ato de dispor da coisa ou pela negativa de devolvê-la”, segundo Celso Delmanto. O não-recolhimento, por seu turno, é a descrição meramente do comportamento do agente. Distingue-se, por esse motivo, dos crimes formais, os quais além do comportamento do agente, descrevem o resultado, não exigindo a produção deste para a sua consumação. Os crimes de mera conduta, como é o caso do não-recolhimento, são crimes sem resultado, não é necessário que descrevam o resultado, segundo a distinção de Grispiigni, citado por Damásio de Jesus.

Diz-se, ainda,<sup>6</sup> que se trataria de conduta mista, na medida em que a conduta do não-recolhimento se iniciaria com a arrecadação dos segurados das contribuições devidas à previ-

<sup>6</sup> JESUS, Damásio de. “Sobre a distinção entre crimes formais e crimes de mera conduta”. *Direito Penal*, v. 1, citando GRISPIGNI. No sentido de que,

dência, ou seja, integraria no primeiro momento uma conduta positiva, ou comissiva. É certo, no entanto, que o desconto do salário, ou a arrecadação mencionada é meramente contábil, porquanto há sempre o pagamento líquido de salários. As importâncias pagas à previdência, na verdade, não são descontadas ou arrecadadas, mas sim, acrescidas no custo da mão-de-obra, e como tais são encargos. Posiciono-me, portanto, no sentido de que não há um momento comissivo anterior ao não-recolhimento, consistente em descontar, ou arrecadar. Daí, não entender ser o crime omissivo misto.

Há distinção, por fim ainda, quanto ao interesse jurídico protegido em ambas as figuras típicas. Na apropriação indébita protege-se o patrimônio. O não-recolhimento prevê e reprime o comportamento contrário à regularidade do pagamento de importâncias devidas ao Estado.

No que tange ao dolo da apropriação indébita, diverge a doutrina quanto à integração, ao dolo específico, da intenção do agente de conseguir proveito para si ou para outrem. Há quem entenda que integra o dolo o fim específico de conseguir proveito<sup>7</sup>.

Em sentido contrário, a intenção de lucrar não integraria o dolo do crime, ressalvando que a simples não-restituição abusiva, por outro haveria uma conduta comissiva inicial KIPPER, Celso, "Breves considerações sobre o não-recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados", *Revista dos Tribunais*, 694, agosto de 1993, p. 283; SARTI, Amir José Finocchiaro. "A apropriação indébita nos impostos". *Revista da Procuradoria Geral da República*, v.3, p. 12. No sentido contrário, de que a arrecadação é meramente ficta: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 1989, 1ª ed., p. 426.

<sup>7</sup> No sentido de que integra o dolo específico a intenção de lucrar. NORONHA, Edgard Magalhães. In *Código Penal Brasileiro comentado*, 5ª v., 2ª parte, 2ª ed., Ed. Saraiva, 1958, p. 33; citando *Revista dos Tribunais* 160/65, 179/615, 181/121, 221/179; também nesse sentido, PINTO, Sebastião da Silva. "O aspecto subjetivo do delito de apropriação indébita", apud *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, nº 88, p. 28; citando na jurisprudência inserta na *Revista dos Tribunais*: 276/138, 250/532, 235/116, 312/677, 357/118, 438/430, 428/361, 549/343, 548/375, 532/416, 531/360, 503/348; *Revista Forense* 217/330; *Minas Forense* 11/131, *Jurisprudência Mineira* 4/111, *Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*. *Lex*, XII/306, XI/190; HUNGRIA, em sentido contrário, op. cit., pp. 21 e 134; também em sentido contrário, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Forense, 1989, 1ª ed., p. 423.

lado, não implicaria apropriação indébita. O dolo na apropriação indébita é a vontade consciente de praticar apropriação da coisa alheia (*animus rem sibi habendi*). O fim específico de lucrar, segundo penso, não integraria o dolo da apropriação indébita, o qual está fora do tipo penal.

O dolo no crime de não-recolhimento é exclusivamente a vontade e a potencial consciência de não recolher o valor do tributo. Independe de intenção específica de auferir proveito, ou *animus lucrandi*. É por esse motivo que a intenção de recolher posteriormente não exclui o dolo.

Conclui-se, nesse tópico, portanto, que a apropriação indébita e o não-recolhimento de contribuições previdenciárias constituem crimes distintos, equiparados em determinado momento, exclusivamente, para efeito de pena.

#### 4. Natureza jurídica do recolhimento à contribuição social

Manuel Pedro Pimentel<sup>8</sup> descarta a natureza jurídica da contribuição como relação jurídica de depósito. Isto porque a obrigação da empresa resulta de lei, e não de contrato bilateral, mediante o qual a parte agiria como intermediária no recolhimento de parcela arrecadada dos salários dos empregados. Conclui tratar-se, em outro sentido, de hipótese de dívida civil.

A posição do jurista foi tomada antes do advento da Lei nº 8.866, de 11.4.1994, a qual estabelece no artigo 1º que é depositário da Fazenda Pública, observado o disposto nos artigos 1282, inciso I, e 1283 do Código Civil, a pessoa a que a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro, e recolher aos cofres públicos impostos, taxas e contribuições, inclusive à seguridade social.

O depósito de que trata a lei não teria natureza contratual, e segundo penso em desalinho com o entendimento supracitado, esta natureza não define a relação de depósito, o qual pode ser também decorrente de definição legal.

Aliás, anteriormente à lei supracitada, o parágrafo segundo do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.060, de 21.10.1969, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.104, de 30.4.1970, já estabelecia que:

"Considera-se depositário, para todos os efeitos, aquele que detenha, por

<sup>8</sup> PIMENTEL, Manuel Pedro. "Apropriação indébita por mera semelhança". *Revista dos Tribunais*, 451, p. 326. No sentido de que seria meramente um ilícito civil, *Revista Forense*, nºs 210/297 e 234/276.

força de lei, valor correspondente a tributos descontados ou recebidos de terceiros, com a obrigação de os recolher aos cofres da Fazenda Nacional”.

Isto significa que se trata de depósito legal, regido pela respectiva lei, ao que consta hígida e em vigor.

O que houve é que a questão de serem, ou não, uma relação de depósito os valores descontados, retidos ou detidos relativos a tributos, com obrigação do recolhimento aos cofres da Fazenda Nacional, voltou a ser discutida com o advento da Medida Provisória nº 449/94, convertida na Lei nº 8.866/94.

Contra os votos dos Ministros Ilmar Galvão, Paulo Brossard e Octávio Gallotti, não foram suspensas as expressões *reter* e *retenção*, do parágrafo primeiro, e desconto do inciso I do artigo 2º da referida lei, para que caracterizasse o depósito mencionado. O Ministro Marco Aurélio também foi vencido quando defendia a inconstitucionalidade de toda a lei, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.055-7, em sede de exame liminar, em 16.6.1994, em trâmite perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Se, de um lado, paira a evidência de que há dúvidas quanto à natureza da relação de depósito na atividade do agente que retém ou desconta importâncias que deveriam ser repassadas, enquanto a ação não for julgada, a lei com a respectiva definição legal de depósito continua gerando os seus efeitos, até que eventualmente seja fulminada com efeito *ex tunc*, próprio da declaração de inconstitucionalidade por meio de controle direto.

Da natureza do recolhimento e do desconto das contribuições previdenciárias, se infere duas conseqüências, uma para efeitos civis e outra para efeitos penais.

Parece-me que os fatos envolvidos podem ser desmembrados em três momentos distintos: o primeiro, consistente em descontar as importâncias relativas às contribuições previdenciárias; o segundo, em reter essas quantias; o terceiro, em não recolher essa importância aos cofres públicos. Não hesito em concluir, desde já, que para efeitos penais, basta o não recolher.

Não existe, salvo melhor juízo, propriamente desconto, no que tange a contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga aos empregados. Este é fictício, ilusório, meramente contábil, o valor traduz dívida da empresa, e não do contribuinte empregado, cuja remuneração é a base de cálculo. Daí ser de sua essência a

natureza de encargo no custo da mão-de-obra. Não se poder falar em retenção de algo que não foi descontado, e como conseqüência, não se pode falar tampouco em relação jurídica de depósito, porque não houve imissão de posse.

O que há de fato é o não-recolhimento por parte do sujeito ativo da relação tributária (artigo 30, inciso I, letras *a* e *b* da Lei nº 8.112, de 24.7.1991). A relação jurídica de depósito, ainda que possa decorrer de lei, não pode prescindir do elemento que a define, ou seja, o conceito próprio de depósito, cujo desconto é um antecedente lógico.

Concluo que, para efeitos civis, o depósito tal como definido por lei, é discutível.

5. *Histórico da legislação do imposto sobre produtos industrializados – IPI e a relação com apropriação indébita*

A legislação penal a respeito da matéria sofreu a seguinte evolução. O Decreto-Lei nº 326, de 8.5.1967, estabelecia no artigo 2º:

“A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita definido no artigo 168 do Código Penal, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de primeira instância.”

Apenas posteriormente, a Lei nº 8.137, de 27.12.1990, artigo 2º, dispôs no inciso II, já supracitado, que constituiria crime o deixar de recolher.

Firmo convicção de que a lei nova, nesse caso, ainda que estabeleça sanção mais branda ao infrator, não é a mais benéfica ao réu. Isso porque o tipo penal anterior consistia na *utilização* do valor cobrado em fim diverso do recolhimento do tributo, enquanto o previsto pela lei posterior consiste em *não-recolhimento*.

Ora, a utilização traz insita a noção de apropriação, enquanto o não-recolhimento é um ato que não depende do fim a que se destina a coisa não recolhida. Ou seja, o simples fato de não se recolher, não significa que houve utilização para outro fim. Por outro lado, em toda utilização para outro fim, necessariamente houve o não-recolhimento. Daí ser a figura penal do não-recolhimento mais abrangente e, portanto, mais severa, na proteção do bem jurídico penalmente.

Quanto ao IPI, o pagamento do imposto

integra o preço da mercadoria, mas é destacado da nota fiscal para efeitos contábeis. Existe nesse sentido uma apropriação do valor do imposto devido por parte do produtor. Existe uma relação de depositário legal do tributo, porque assim definido em lei. O crime, no entanto, é de não-recolhimento de tributo, e não de apropriação indébita.

Diverge a jurisprudência no que tange à identificação de relação de depósito quanto à forma de pagamento do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI.

Anteriormente à nova lei, a questão foi abordada com profundidade nos autos do *Habeas Corpus* nº 55.191, Pleno do Supremo Tribunal Federal, em acórdão, por maioria de votos, relatado pelo Ministro Moreira Alves, publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* 86/408, com a seguinte ementa:

“Apropriação indébita pelo não-recolhimento do produto da cobrança do Imposto sobre Produtos Industrializados.

Constitucionalidade do artigo 2º, *caput*, do Decreto-Lei nº 326/67, porquanto, na realidade, não criou ele nova modalidade de apropriação indébita, mas apenas estabeleceu – o que se situa dentro do âmbito do Direito Tributário – a posição jurídica do responsável pelo pagamento do tributo em face da coisa fungível (produto da cobrança do imposto) vedando-lhe a utilização dela para outro fim que não o seu recolhimento aos cofres públicos na época própria, que é requisito objetivo para que, com relação à coisa fungível, possa ocorrer o crime de apropriação indébita aos precisos termos do *caput* do artigo 168 do Código Penal, e não em decorrência da modalidade nova desse delito.

Ainda quando se trata de apropriação indébita, a falta de perícia em juízo pode ser suprida por outros elementos de prova que evidenciem a ocorrência do crime.

Improcedência da alegação de falta de tipicidade do fato tido como criminoso.

*Habeas Corpus* indeferido”.

O fundamento vencido, da lavra do Ministro Rodrigues Alckmin, pelo deferimento do *writ*, de que não existe a figura de apropriação, por não existir a relação de depósito, é convincente.

“Contribuinte – dizem normas de

Direito nacional – “é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua fato gerador”.(...)

A lei brasileira não autoriza que se crie outro contribuinte (o de fato). Aqui se trata de mero fenômeno econômico, estranho à relação tributária, a que se refere o artigo 166 do CTN somente para excluir, pela ausência de dano, a pretensão à restituição de tributo indevido.(...)

Se o fato gerador do IPI é o desembaraço aduaneiro, a arrematação, a saída dos estabelecimentos mencionados no parágrafo único do artigo 51 do Código Tributário Nacional; se contribuintes são o importador, o arrematante, o industrial, o comerciante; o contribuinte é devedor de imposto. Não é arrecadador de dinheiro alheio para entregá-lo ao fisco, dinheiro de que possa apropriar-se indevidamente. Ora, o artigo 28 do Decreto-Lei nº 326/67, ao declarar crime de apropriação indébita o não-recolher o “produto” do IPI (como se o contribuinte, pagador, fosse recebedor de imposto), criou, na verdade, sanção penal pelo não-pagamento de débito fiscal.

Conseqüentemente, o artigo 2º impugnado criou nova figura penal. Não podia fazê-lo, ao que entendo.”

Em conclusão, tenho que existiria relação de depósito exclusivamente por definição legal, porquanto assim disposto na lei (parágrafo segundo do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.060, de 21.10.1969, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.104, de 30.4.1970, e artigo primeiro da Lei nº 8.666, de 11.4.1994).

A relação de depósito de um crédito tributário, no entanto, é em realidade um paralogismo na medida em que o crédito se constitui com a ocorrência do fato gerador: saída dos estabelecimentos, desembaraço aduaneiro, etc. (artigo 46 do Código Tributário Nacional) independentemente do depósito, ou pagamento, entrega da importância a ser repassada ao Estado pelo contribuinte de fato.

O raciocínio falso consiste na idéia inexata de que o crédito se originaria com o depósito a ser repassado, quando, de fato, isto não ocorre.

#### 6. Hipóteses de exclusão de punibilidade

A extinção de punibilidade pelo pagamento do débito fiscal antes do recebimento da de-

núncia foi revogada expressamente pelo artigo 98 da Lei nº 8.383, de 30.12.1991. No âmbito federal essa faculdade era prevista pelo artigo 14 da Lei nº 8.137/90.

Nesse sentido é a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, ementada nos seguintes termos:

“Penal e Processual. Sonegação Fiscal. Pagamento de Tributo antes da Propositura da ação. Extinção de Punibilidade.

A extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo antes de proposta a ação penal, à invocação do disposto no artigo 18 do Decreto-Lei nº 157, de 1967, não tem mais apoio, uma vez que o artigo 98 da Lei nº 8.383, de 1991, revogou todas as disposições legais pertinentes ao tema.

(Publicado no *Diário da Justiça da União* de 10.4.1995, p. 9279, Relator Ministro Jesus Costa Lima, *Habeas Corpus* nº 4.363-6, SP, quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, j. 22.3.1995)”.<sup>9</sup>

Esta revogação parece visar de forma mais peremptória a noção do ilícito penal. Ainda que haja o pagamento, persiste o direito de punir o comportamento. Isto evidencia que é o não-recolhimento regular o que o Direito Penal previne e reprime, e não, de forma muito distinta, a execução de crédito e patrimônio do Estado em mãos do particular, como já frisado.

A lei que prevê o pagamento de débito em atraso, ou autoriza o parcelamento, não extingue a punibilidade<sup>9</sup>. E, aliás, o que se infere do parágrafo primeiro do artigo 38 da Lei nº 8.212, de 24.7.1991, ao dispor que:

“Não poderão ser objeto de parcelamento as contribuições descontadas dos empregados, inclusive dos domésticos, dos trabalhadores avulsos e as decorrentes da sub-rogação de que trata o inciso IV do artigo 30, independentemente do disposto no artigo 95.”

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Assis Toledo, levando em consideração que se trataria de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, entendeu que haveria ausência de *animus rem sibi habendi*, no parcelamento da

<sup>9</sup> Em sentido contrário, mas antes do advento da Lei nº 8.383, de 30.12.1990, encontra-se FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Forense, 1989, p. 427.

dívida, em virtude da Lei nº 9.620/93, a qual, no artigo 12, teria permitido excepcionalmente o parcelamento das contribuições descontadas dos segurados, empregados.

Ora, inexistindo apropriação indébita, inexistente, por conseqüência, *animus rem sibi habendi*, conforme já analisado. Por esse fundamento, concluo que, apesar do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, subsiste o crime ainda que haja parcelamento. Somado a isso, o parcelamento não é forma de extinção de crédito tributário, prevista no artigo 156 do Código Tributário Nacional, mas, sim, forma de suspensão de sua exigibilidade, nos termos do artigo 151, inciso I, por ser forma de moratória.

Tratando-se de crime continuado, a superveniência de lei mais severa não impede a aplicação desta aos fatos consumados também em sua vigência e os anteriores, em relação de unidade. Não há falar-se em ultra-atividade da lei penal mais benéfica<sup>10</sup>.

A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, em acórdão publicado no *Diário da Justiça da União* de 2.12.1992, da lavra do Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, manifestou-se no sentido de que a comprovada crise financeira, com opção para o pagamento de salários ao invés dos recolhimentos de valores para a previdência social, configuraria estado de necessidade que exclui existência de crime. Do seu voto extrai-se o seguinte excerto:

“Seria um absurdo que se obrigasse a empresa a recolher débitos previdenciários antes de pagar os empregados. Sequer no processo falimentar isso ocorre, atendidos os critérios de preferência dos créditos. Evidentemente, não cabe no juízo político do julgador apreciar a qualidade da regra legal. Todavia, está obrigado a delimitar o seu alcance pela interpretação. E, nesse limitado nível, tem que se inserir no meio social, elegendo critério político para as conclusões.”

Entendo que a ordem de valores eleitos por critérios políticos para pagamento das obriga-

<sup>10</sup> Nesse sentido, manifestam-se: JESUS, Damásio de. *Direito Penal*, v. 1, Ed. Saraiva, 14ª ed., 1990, p. 91; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 3ª ed., Ed. Saraiva, 1987, pp. 31 e 32; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio, 1958, v.1, Tomo 1, p.128; BRUNO, Anibal. *Direito Penal*, Parte Geral, Forense, Rio, 1967, Tomo 1, p. 258; BATTAGLINI. *Direito Penal*, Ed. Saraiva, 1973, p. 88.

ções decorre de imperativo legal. O Código Tributário Nacional estabelece que os créditos tributários preferem aos créditos trabalhistas, no artigo 186. Não pode a lei ordinária, prevendo a sanção penal (naturalmente mais severa) ao não-recolhimento do crédito tributário, subverter a ordem de preferência, ou escala de valores de lei com *status* de complementar.

Aquele que demonstra ter pago salários, por conseguinte, com a importância mediante a qual deveria ter recolhido os tributos, age, segundo penso, de forma que não se possa exigir dele outro comportamento, ou conduta diversa. É que, se a situação fosse de falência, extinguindo a atividade produtiva, a ordem de créditos obedeceria também à preferência do que é devido a título de salários aos créditos tributários. Há crime, por ser fato típico e antijurídico, mas não se vislumbra a culpabilidade que se insere como pressuposto da pena, por inexigibilidade de conduta diversa.

Essa situação não se confunde com a efetiva impossibilidade de pagamento de tributos, com preferência a fornecedores ou outras atividades ainda que essenciais para o funcionamento da sociedade. Ora, se não há possibilidade de pagamento de tributos, não existe possibilidade, pelo mesmo motivo, de continuidade das atividades produtivas inerentes. Isentar de punibilidade o não-pagamento, quando os concorrentes, por um motivo ou outro, se sujeitam aos mesmos ônus significa, em outras palavras, financiar atividade de concorrência desleal com o dinheiro de toda a sociedade<sup>11</sup>.

#### 7 Ônus da prova

Evidentemente o ônus da prova, no processo penal, depende da parte que alega o fato constitutivo ou modificativo de seu direito. Ao Ministério Público Federal impõe-se a prova do não-recolhimento. À defesa incumbe a prova da excludente dos requisitos do crime: estado de necessidade, ou excludente de pressuposto

<sup>11</sup> Em sentido contrário, reconhecendo como inexigibilidade de conduta diversa, nos seguintes termos: "Se o recolhimento das contribuições previdenciárias for possível, embora à custa do não-pagamento dos fornecedores e de despesas essenciais ao prosseguimento das atividades da empresa (água, luz, telefone, aluguel, etc.) o delito existirá, mas poderá configurar-se uma excludente da culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa, que isenta o agente de pena". KIPPER, Celso. "Breves considerações sobre o não-recolhimento de contribuições descontadas dos empregados". *Revista dos Tribunais*, 684, agosto de 1993, p. 284.

para pena: inexigibilidade de conduta diversa.

Como fundamento da condenação não é admissível a presunção fiscal ou contábil, segundo o que se infere da seguinte ementa, ora transcrita:

"Penal. Contribuições Previdenciárias não recolhidas. Responsabilidade penal do sócio que não se pode presumir tal qual a ocorrência do desconto se não há elementos materiais da prova desse fato. A presunção fiscal ou contábil é penalmente inaceitável. Apelação provida (Acórdão unânime da terceira turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, ap. criminal 93.04.04274-7-RS, DJU, II, 8.6.1994)"

Não se exige, por outro lado, para o início da ação penal, que haja a descrição das deliberações tomadas pelos diretores das pessoas jurídicas<sup>12</sup>.

Consistiria cerceamento de defesa a impossibilidade de produção da prova no que diz respeito ao estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa, que se reduz a demonstrar por perícia contábil a inexistência de recursos, ou a preferência ao pagamento de salários, ao invés de contribuições sociais.

#### 8. Discriminação

Existe corrente jurisprudencial que defende que a superveniência da Lei nº 8.666/94, a qual teria criado a figura, nesse mesmo entendimento, do depositário da Fazenda Pública da pessoa obrigada a recolher impostos, taxas e contribuições, teria também disciplinado a matéria da lei previdenciária, de modo a discriminar o tipo penal de não-recolhimento das contribuições sociais.

Fundamenta o voto o Juiz do Tribunal Regional da Quinta Região, Dr. Lázaro Guimarães, nos seguintes termos:

"Ora, considerar crime o simples fato de deixar o contribuinte de recolher, na época própria, a contribuição para a seguridade social seria penalizar o próprio inadimplemento, instituindo-se tipo de prisão civil por dívida.

A figura criada pelo mencionado arti-

<sup>12</sup> Nesse sentido a jurisprudência, pesquisada por DELMANTO, Celso, apud *Código Penal Comentado*, Renovar, 2ª ed., pp. 61 e 63, STF, RHC nº 62.698, RTJ 114/228 e RT 597/417; RHC nº 63.825, RTJ 118/152; RHC nº 60.835, RTJ 108/1031, RHC nº 60.945, RTJ 107/960 e RT 578/423; RHC nº 59/857, RTJ 104/1052, entre outras.

go 95, alínea *d*, da Lei nº 8.212 deve ser interpretada sistematicamente, de tal modo que se verifique a existência do tipo subjetivo implícito, consistente na fraude à Previdência Social. Não é, portanto, o só fato do inadimplemento que caracteriza a infração, mas também a intenção de sonegar o repasse dos valores recolhidos a título de contribuição.”

Não obstante o respeito infinito com o entendimento jurisprudencial aludido, não concordo com a tese. A prisão administrativa nada tem que ver com a prisão penal. A lei penal tem função preventiva e repressiva, como se introduziu. Impede, proíbe, veda a conduta tipificada, e, por outro lado, pune e castiga o infrator mediante a sanção penal. Não coage ao comportamento previsto, mesmo porque, com o adimplemento da obrigação, a conduta continua a ser criminosa. O valor jurídico protegido pela norma é a regularidade no recolhimento de tributos.

A prisão civil não tem caráter preventivo nem repressivo. De outra índole, é coativa do adimplemento da obrigação civil, desde que fundada em relação jurídica constitucionalmente prevista: depositário infiel e prestação alimentícia (art. 5º, inciso LXVII). É forma indireta de execução, o que não é a lei penal.

As leis penais analisadas, à vista da distinção citada, não arrostam a proibição constitucional. Têm caráter preventivo e repressivo. Não mais guardam algum caráter coercitivo, uma vez que o pagamento antes do recebimento da denúncia não mais extingue a punibilidade.

Da mesma forma o ilícito perpetrado na emissão de cheques sem provisão de fundos não se equipara à prisão civil que do ato poderá eventualmente decorrer, caso venha ser o devedor infiel depositário em execução por quantia certa. Uma questão é a regularidade no recolhimento de contribuições sociais, outra, bem distinta, é a relação civil que esse comportamento pode originar.

#### 9. Conclusão

Em conclusão, os crimes de falta de recolhimento de contribuições sociais ou de falta de repasse de Imposto sobre Produtos Industrializados, inicialmente previstos como formas de apropriação indébita por semelhança, são figuras típicas distintas do crime de apropriação indébita.

Nesses crimes não há falar-se de relação de depósito em sentido estrito jurídico, em virtude de que não existe desconto, propriamente dito,

de qualquer importância. Por definição legal, no entanto, constituem depósito o não-recolhimento de contribuições devidas por parte de empregados e IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados. Esse conceito legal não condiz, todavia, em nosso entendimento, com a realidade econômica e jurídica do conceito da relação de depósito, uma vez que a entrega do dinheiro (pagamento pelo contribuinte de fato) não é simultânea e necessariamente dependente da constituição do crédito tributário, no caso do IPI, e porque o desconto previdenciário, por seu turno, se soma ao custo da mão-de-obra, já que o salário em si não é geração de riqueza, mas custo da empresa sujeito às regras de mercado.

Tampouco essa relação influencia na esfera penal, uma vez que razões de política criminal levaram a tipificar expressamente o não-recolhimento como crime, não mais a apropriação de importâncias.

A reprovação do comportamento omissivo de recolhimento de tributos sujeitando-o à sanção penal tem o condão de eleger o respeito à regularidade das contribuições e ao recolhimento de impostos.

No sistema jurídico a lei complementar, Código Tributário Nacional, pode estabelecer valor jurídico mais relevante, de modo a tornar o tipo penal impunível. Vale dizer, na ordem de preferência, a sanção penal não pode se sobrepor à necessidade de adimplemento de crédito trabalhista.

O fato de haver possibilidade de pagamento ou previsão legal para o parcelamento não retira da lei penal sua eficácia, uma vez que o valor jurídico protegido penalmente é a regularidade do recolhimento, e não, a propriedade sobre o bem destinado ao Estado. Quanto à propriedade ou ao crédito tributário, o Estado vale-se dos meios processuais inerentes, como é a execução fiscal, medidas cautelares, etc., podendo haver possibilidade de parcelamento no pagamento, sem que esse fato implique descriminação.

A superveniência da Lei nº 8.866, de 11.4.1994, que normatiza a figura do depositário da Fazenda Pública da pessoa obrigada a recolher impostos, não revogou a Lei nº 8.212, de 24.7.1991, na medida em que teria regulado totalmente e de forma mais benéfica o recolhimento de tributos federais.

Estabelecido que o bem jurídico tutelado na esfera penal não guarda relação necessária com a esfera civil, administrativa e tributária, é pertinen-

te criticar que a lei teve o mérito de eleger o valor jurídico penalmente protegido, elevando a regularidade do recolhimento de tributo ao resguardo da sanção penal. Bem verdade é, também, por outro lado, que a função preventiva e repressiva do Direito Penal, em termos de política criminal, revela recrudescimento intolerável na legitimação

da autoridade do Estado. Se a sanção é capaz de ser eficaz o suficiente a prevenir o comportamento, ou castigar e punir convenientemente a iniciativa privada, eventualmente relapsa por um motivo ou outro, é tema de política criminal que a dinâmica da função política dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo irá escrever na história próxima do País.

# A incidência da Cofins sobre o faturamento de empresas de incorporação de venda de imóveis

OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Cofins e empresas de incorporação e venda de imóveis. 3. Conclusão.*

### *1. Introdução*

Neste trabalho, posicionar-me-ei acerca de uma nova controvérsia em relação às contribuições sociais para a seguridade social: a incidência ou não da Contribuição para financiamento da Seguridade Social sobre o faturamento – Cofins – no que tange às receitas brutas de incorporações e vendas de imóveis.

### *2. Cofins e empresas de incorporação e venda de imóveis*

De logo, recomendo observação de que o preceito do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal de 1988 não utilizou o conceito restrito de faturamento segundo o conhecido no Direito Comercial.

Para deixar essa afirmação extreme de dúvida, basta dizer que o Supremo Tribunal Federal, a partir do voto do Ministro Ilmar Galvão, consignado no Recurso Extraordinário nº 150.764-PE (RTJ 147/1039), já assentou que a Lei Maior, ao tratar das contribuições dos empregadores para a seguridade social, tomou a expressão “faturamento” conforme o usado para efeitos fiscais, que sempre foi compreendido como produto de todas as vendas e não apenas as vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1º da Lei nº 5.474, de 18.6.68).

A seu turno, colime-se que os preceptivos constitucionais do artigo 194, parágrafo único, itens V e VI, e do artigo 195, *caput*, itens I, II e III, demonstram o escopo do constituinte de que toda a sociedade financie a Seguridade

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho é Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional e Advogado em Brasília.

Social, inclusive com as contribuições dos empregadores sobre o faturamento.

Um outro aspecto que considero merecedor de observação é o referente ao princípio da isonomia, tanto no aspecto geral do *caput* do art. 1º da Constituição Federal, no sentido de que todos são iguais perante a lei, sem a distinção de qualquer natureza, quanto no âmbito fiscal, nos termos do artigo 150, *caput*, inciso II, do Estatuto Político, que veda o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação ou ramo profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Ademais, não pode ser descuidado que a Constituição revogada já admitia, no art. 23, § 3º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que os imóveis fossem reconhecidos como mercadorias, desde que o comércio ou a locação desses bens correspondessem ao objeto da atividade preponderante da empresa, o que foi mantido pela Constituição vigente no seu art. 156, § 2º, inciso I.

Aliás, nesse mesmo diapasão, é o teor do art. 37 do Código Tributário Nacional.

Ressalto, a propósito, que os preceptivos retromencionados de ambas as Cartas Políticas acolheram a definição do enunciado e do art. 1º da Lei nº 4.068, de 9.6.62, no sentido de serem comerciais as empresas de construção, sendo-lhes facultada a emissão de duplicatas.

O nosso entendimento poderia ser confutado em relação às empresas incorporadoras, em face dos arts. 28 e 29 da Lei nº 4.591, de 16.12.64, terem distinguido as atividades de incorporação e construção de imóveis.

Todavia, para afastar dúvida a este respeito, trago à colação a ementa do *Decisum* unânime, de 14.11.68, da Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, espinçada do pioneiro estudo sobre a matéria, intitulado "Cofins e as empresas imobiliárias", publicado in "Informativo Dinâmico", IOB, edição nº 70/93, p. 964, da lavra do insigne jurista Professor Vittorio Cassone, *in verbis*:

"Falência. Sociedade de incorporação e administração imobiliária. Aplicação da Lei nº 4.068/62."

Cumpra lembrar que são comerciais as sociedades anônimas, por força do § 1º do art. 2º da Lei nº 6.404, de 15.12.76, e as sociedades

por quotas de responsabilidade limitada, estas quando se organizarem para a prática habitual de incorporação, empreitada e venda de imóveis com o intuito mercantil e, conseqüentemente, de obtenção de lucro, nos termos dos arts. 311, 315, 317 e 325 do Código Comercial.

Assim, as normas constitucionais norteadoras das contribuições para a seguridade social, do princípio da igualdade do tratamento fiscal e do reconhecimento de que os bens imóveis podem, em certas circunstâncias, ser tidos como mercadorias, autorizam ao legislador a incluir as empresas de incorporação e venda de imóveis entre os contribuintes da contribuição social dos empregadores sobre o faturamento.

E o legislador infraconstitucional, indubitavelmente, teve o intento de acatar essa autorização, ao fazer constar nos arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70/91, com supedâneo, ainda, no enunciado e no art. 1º da Lei nº 4.068/62, que a contribuição social para financiamento da seguridade social, nos termos do art. 195, I, da Constituição Federal, é devida pelas pessoas jurídicas, inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, com alíquota de dois por cento incidindo sobre o faturamento mensal, assim considerada a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

De fato, colimando-se o teor da norma do art. 1º da Lei Complementar nº 70, percebe-se a intenção do legislador de abranger todas as pessoas jurídicas empregadoras, inclusive as empresas que exercem atividades de venda e incorporação de imóveis, mesmo as microempresas.

Estão dispensadas do recolhimento da Cofins as empresas que comprovadamente não possuem empregados, sendo importante, na espécie, verificar se os trabalhadores que para elas prestam serviços poderiam ou não estar ligados por um verdadeiro, embora mascarado, vínculo empregatício, configurado em virtude da incidência dos elementos caracterizadores, e as pessoas e os objetos expressamente isentos, por força dos arts. 6º e 7º da Lei Complementar nº 70 – as sociedades cooperativas que observarem ao disposto na legislação específica, em respeito à regra do art. 146, II, c, da Constituição Federal; as sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, registradas no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas

físicas domiciliadas no país (Decreto-Lei nº 2.347, de 21.12.87); as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei, nesta hipótese, na verdade, já há previsão de imunidade por parte do § 7º do art. 195 da Constituição Federal; e a venda de mercadorias ou serviços destinados ao exterior, com inspiração nas normas do art. 153, § 3º, inc. III, e do art. 155, § 2º, inc. X, alínea *a*, e inc. XII, alínea *e*, todos da Constituição Federal de 1988.

Impende realçar que a nossa Corte Constitucional, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1-DF (DOU de 16.6.95), declarou a total harmonia entre o preceito do art. 2º da Lei Complementar nº 70/91 com a norma do art. 195, I, da Constituição Federal de 1988, afastando a objeção decorrente do artigo 110 do Código Tributário Nacional. Transcrevo trecho do voto do abalizado Ministro Ilmar Galvão sobre a matéria:

“Por fim, assinale-se a ausência de incongruência do excogitado art. 2º da LC nº 70/91, com o disposto no art. 195, I, da Constituição Federal de 1988, ao definir faturamento como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

De efeito, o conceito de receita bruta não discrepa do faturamento, na acepção que este termo é utilizado para efeitos fiscais, seja, o que corresponde ao produto de todas as vendas, não havendo qualquer razão para que lhe seja restringida a compreensão, estreitando-o nos limites do significado que o termo possui em direito comercial, seja, aquele que abrange tão-somente as vendas a prazo (art. 1º da Lei nº 187/36), em que a emissão de uma fatura constitui formalidade indispensável ao saque da correspondente duplicata.

Entendimento nesse sentido, aliás, ficou assentado pelo STF, no julgamento do RE 150.755.”

Chamo a atenção para o voto, seguido pela maioria, proferido pelo relator para o Acórdão, o ilustre Ministro Marco Aurélio, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 150.764-1-PE, que cuidou da constitucionalidade da legislação do extinto Finsocial inciden-

te sobre as empresas comerciais, no qual, a certa altura, aludiu, expressamente, ao “princípio isonômico” e, logo no parágrafo seguinte, asseverou que “em 1991 tivemos a edição da Lei Complementar nº 70, esta sim de abrangência maior, a alcançar todas as pessoas jurídicas empregadoras...” (in RTJ 147/1041).

Nesta mesma senda, trilhou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, que, por azo do julgamento do Recurso Extraordinário nº 150.764-1-PE, exarou o seu voto, considerando constitucional o art. 28 da Lei nº 7.738/89, o qual recriou a incidência do Finsocial sobre as receitas brutas de empresas prestadoras exclusivas de serviço, à alíquota de meio por cento, justamente sob o fundamento do que o preceito supracitado visou ao abolir o privilégio gerado pela Lei nº 7.689/88, em favor das empresas de serviço, igualadas às demais na contribuição social sobre o lucro, mas que havia sido excluída da carga sobre o faturamento, imposta a todas as outras, situação esta antiisonômica de mais que gritante inconstitucionalidade, à vista não só do princípio constitucional geral da igualdade, mas também do corolário específico dele da vedação da discriminação arbitrária entre contribuintes (in RTJ 149/274-275).

Portanto, diante dos argumentos expendidos, desnuda-se a simplicidade franciscana da tese aqui esposada, sendo incontestável que a nossa Corte Constitucional sinalizou no sentido de que as empresas que exercem atividades de venda ou incorporação de imóveis e outras afins estão abrangidas nas definições dos arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70/91, sujeitas, portanto, a contribuir para com a contribuição social para financiamento da seguridade social sobre o faturamento.

### 3 Conclusão

Encimo reafirmando a incidência da Cofins sobre vendas de imóveis, nos casos em que esses bens substanciam mercadorias, da mesma forma que essa contribuição incide sobre os serviços de empreitada ou administração de construção de imóveis, e sobre os serviços de locação de imóveis, mesmo porque o art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, prevê, explicitamente, como base de cálculo do focalizado gravame a receita bruta, não só de mercadorias e serviços, mas, simplesmente, de serviços de qualquer natureza.

# A união estável e a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994

OTTO EDUARDO VIZEU GIL

1. A Lei nº 8.971, de 1994, vem provocando uma exagerada apreensão entre leigos e juristas, todos receosos de que os tribunais, já francamente inclinados ao reconhecimento dos vínculos nascidos do concubinato e à proteção financeira da mulher que nele se envolve, venham a estimular, à luz do novo diploma, o sucesso de verdadeiras aventuras judiciárias, acentuando o notório esgarçamento dos laços conjugais e estimulando, em consequência, o desprestígio do casamento, principalmente do casamento submetido aos tropeços da vida tormentosa das grandes cidades.

2. É certo que a redação equivocada de certos dispositivos da Lei nº 8.971 vem criando uma certa perplexidade entre os que têm o dever de cuidar dos interesses envolvidos com aquele diploma, sejam juizes, advogados e membros do Ministério Público. Estou convencido, entretanto, de que o correto dimensionamento do alcance da nova lei vai seguramente evitar o risco de se projetar o concubinato muito além dos limites que a lei quis e podia lhe dar. Esse é o único caminho que poderá conter os abusos que podem vir a se alimentar das interpretações aligeiradas.

3. O parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal é a fonte direta da Lei nº 8.971. Ali se reconheceu como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, quando suscetível de ser convertida em casamento. E a lei definiu como união estável a convivência entre pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas, que perdure há mais de cinco anos. A união estável reconhecida pela lei — a única que pode gerar os efeitos patrimoniais ali estabelecidos — é a convivência que pode ser convertida em casamento, o que afas-

Otto Eduardo Vizeu Gil é professor da Faculdade de Direito Cândido Mendes e Advogado no Rio de Janeiro - RJ.

ta desde logo o concubinato adúltero, que segue contemplado no Código Penal e objeto das restrições constantes dos artigos 1.177 e 1.719, do Código Civil, e que vale como fator relevante da separação dos cônjuges (Lei nº 6.515, de 26.12.77, art. 5º).

4. Assim, não é qualquer tipo de concubinato, ou de acasalamento, por mais duradoura que seja a convivência, que pode ser reconhecido como união estável e merecer a proteção do Estado, como figura equiparada a uma unidade familiar. A primeira condição para a caracterização do concubinato como entidade familiar é a de que a convivência se dê entre pessoas desimpedidas de contrair casamento, o que vale dizer, os co-participes do concubinato devem ser obrigatoriamente pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas. A segunda condição, a de que o relacionamento perdure há pelo menos cinco anos. Finalmente, a de que esse relacionamento reflita uma convivência *more uxorio*, de marido e mulher, fazendo transpirar a plena comunhão de afetos e de interesses, e que transpareça, à vista de toda a gente, tanto nos bons quanto nos maus momentos, como a *integração completa de um homem e de uma mulher que procuram conduzir uma existência em comum, semeando uma amizade que os possa alcançar, ainda unidos, nas incertezas da velhice*. Essa é a união estável de que se ocupa a Lei nº 8.971, equiparada a um casamento a que faltava, mas já não falta, a vinculação legal.

5. É bem de ver, portanto, que a união estável, para que possa lograr o amparo da lei, não é a que vai refletir apenas uma convivência duradoura. O tempo vale como fator determinante apenas se atendidas as duas outras condições estabelecidas na lei: a de que a convivência seja *more uxorio*, entre pessoas não proibidas de contrair casamento. Sem que estejam preenchidas essas duas pré-condições, uma convivência concubinária de cinco ou mais anos não é de ser considerada, para os efeitos da lei, como união estável.

6. A existência de filho comum também não é condicionante da caracterização da união estável, que pode muito bem ser reconhecida ainda que os concubinos não tenham tido descendência. Inversamente, se há filho nascido do concubinato, ainda que não adúltero, daí não se segue que se deva reconhecer, para os fins da Lei nº 8.971, uma convivência que não atingiu a estabilidade ali exigida.

7. A caracterização do concubinato tem suscitado entre os doutos algumas dúvidas de direito intertemporal. Uma delas, sobre se um relacionamento iniciado antes da vigência da Lei nº 8.971 pode vir a ser reconhecido como união estável se a completação do período de cinco anos ocorreu já no regime da nova lei. *Estou em que a aferição da duração do concubinato deve ser necessariamente precedida de duas indagações condicionantes, a primeira delas, se esse concubinato poderia ser convertido em casamento; demais disso, ter-se-ia de indagar se o concubinato reflete, na realidade, assim intrínseca quanto extrinsecamente, uma existência em comum, more uxorio, dessas em que se compartilham os interesses mais relevantes dos co-participes. Feita essa indagação preliminar, que só pode ser solucionada à vista de prova convincente e incontroversa, apura-se, só então, o implemento da terceira condição, que diz com a cronologia do evento — duração mínima de cinco anos, contados da data em que se iniciou o relacionamento estável.*

8. É preciso considerar que a união estável, tida como entidade familiar, enterreira uma figura que só passou a existir, e valer, com a promulgação da Lei nº 8.971, e só a partir de então essa figura assumiu a feição de uma situação jurídica, capaz de produzir efeitos patrimoniais, gerando direitos e obrigações. Antes disso, o concubinato (não-adúltero), por duradouro que fosse, pertencia ao mundo dos fatos, sem relevo para a ordem jurídica, que não o reconhecia. Para usar uma expressão tão do agrado de Pontes de Miranda, o concubinato era fato *não juridicizado*, que só passou a interessar à ordem jurídica com o advento da Lei nº 8.971. Assim sendo, e com maior razão, o tempo de uma convivência adúltera, ainda que decorrido na vigência da nova lei, não vai poder ser computado para o efeito de completar o quinquênio requerido para a caracterização da união estável, ainda mesmo que o estigma da ilegalidade tenha desaparecido com o desfazimento dos vínculos conjugais de um ou de outro parceiro *daquele concubinato*.

9. Na teoria do conflito das leis no tempo, o fator que releva perquirir, inclusive porque assume, no Brasil, grandeza constitucional, é o que tem pertinência com o direito adquirido, e que emerge de situações definitivamente consumadas. Não há que se computar o tempo de um concubinato iniciado antes da Lei nº 8.971 exatamente porque o tempo desse concubinato

decorreu antes que se constituísse a situação jurídica que a nova lei criou sob o *nomen juris* de união estável, capaz de irradiar eficácia jurídica, inatingível pela superveniência de uma lei nova. A não ser assim, ter-se-ia de aceitar, contra os princípios da lógica elementar, que o efeito pode ocorrer antes da causa, ou que a consequência pode anteceder o princípio, ou, ainda, que o direito sucede o fato (cf. Paiva Pitta, *Questões Transitórias do Direito Civil Português*).

10. Repita-se que o concubinato capaz de produzir a eficácia jurídica contemplada na Lei nº 8.971 é apenas o que, sem a sombra da menor dúvida, pode ser caracterizado como união estável — um fato complexo que somente se consuma quando se realiza o último elemento que, concorrendo com os demais, determina o nascimento do efeito jurídico (cf. Ferrara, *Trattato di Diritto Civile*, v. I, p. 59). Os elementos que compõem o concubinato, como tal reconhecido pela Lei nº 8.971, não incidem sobre esse fato complexo de forma simultânea, mas sucessivamente. E o quinquênio de convivência que se exige para o aperfeiçoamento da união estável é o último elemento que condiciona o surgimento dessa nova situação, mas que também está, de seu turno, condicionado à comprovação de um outro elemento que o precede — o assentamento definitivo das relações concubinárias. Por essa razão a contagem daquele quinquênio não pode ser iniciada senão depois que aquele relacionamento passa a apresentar a segurança requerida pela lei, porque somente depois disso poder-se-á ter a certeza de um relacionamento sério, suscetível de ser reconhecido como unidade familiar e justificar o exercício dos direitos assegurados na lei. A caracterização do concubinato, assim, como união estável, reclama uma investigação cautelosa, lastreada em prova robusta. Para que não sejam acolhidas, à margem da lei, pretensões fantasiosas.

11. Os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.971 regulam a dissolução do concubinato estável, tanto a dissolução *inter vivos* (artigo 1º), que atribui ao companheiro, seja o homem seja a mulher, o direito de reclamar alimentos, nos termos da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, e nas condições ali previstas, como a dissolução *causa mortis* (artigo 2º), que confere ao companheiro supérstite ou (I) o direito ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cuius*, se houver filhos, sejam comuns, ou não, ou (II) o direito ao usufruto da metade desses bens, se não houver filhos mas sobrevivam ascendentes, ou (III) o

direito à totalidade da herança, na falta de descendentes ou ascendentes.

12. Quanto aos alimentos, e malgrado o enunciado da Súmula 379, da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, penso que é de ser respeitada, como ato jurídico perfeito, e inatacável, a renúncia a que se dispuser fazer qualquer um dos participantes da união estável — porque não são parentes e não estão, em consequência, vinculados às prescrições do artigo 404 do Código Civil.

13. O artigo 3º da Lei nº 8.971, que será examinado mais adiante, não trata da dissolução da união estável, mas da dissolução (*causa mortis*) de uma sociedade de fato que possa ter existido entre os co-participes daquele concubinato para a aquisição de parte ou da totalidade dos bens arrolados no inventário do companheiro falecido.

14. Como a união estável, desde que fartamente comprovada, alcança a grandeza de um casamento, tem-se que a obrigação de prestar alimentos, uma vez constituída, transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do artigo 23 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, combinadamente com o artigo 1.796 do Código Civil.

15. Em torno do artigo 3º da Lei nº 8.971, que regula os direitos sucessórios atribuídos ao companheiro supérstite, vêm se concentrando as maiores perplexidades. O Prof. Segismundo Gontijo, de Belo Horizonte, suscita, por exemplo (COAD – Seleções Jurídicas, nº 3/95, pp. 23 e ss.), a indagação sobre se a existência de filho (seja comum ou apenas do *de cuius*), nascido antes da vigência da Lei nº 8.971 pode ser levada em consideração para os fins de mensuração do direito de usufruto assegurado ao concubino sobrevivente. No entender do ilustre jurista, se a Lei nº 8.971 for considerada como uma lei *de ordem pública*, então, nessa hipótese, ela vai incidir sobre fatos ocorridos antes de sua vigência, resultando desse entendimento que o filho nascido anteriormente vai limitar o direito do concubino supérstite ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cuius*; em caso contrário o fato não vai poder ser levado em consideração e o companheiro sobrevivente terá direito à metade daqueles bens ou, até mesmo, se não sobreviverem ascendentes, o direito de herdar a totalidade do patrimônio inventariado.

16. Não creio que os problemas de direito intertemporal possam ou devam ser resolvidos à luz da teoria, pouco consistente, ao respeito da natureza das leis — se de ordem pública, ou

não — e aceitar que as primeiras podem retroperar para alcançar fatos acontecidos anteriormente. Aliás, no exemplo suscitado pelo professor mineiro, o problema de direito intertemporal não chega sequer a ocorrer, eis que a condição que a lei impôs para a avaliação da participação do supérstite no usufruto dos bens de seu companheiro é, *tout court*, a existência de descendência, pouco importando se nascida anteriormente à vigência da lei. Ocorre que o nascimento é um fato jurídico que não pode ser ignorado quando da composição do suporte fático sobre o qual incide ou vai incidir a regra jurídica. É irrelevante que a regra incida posteriormente. Aliás, no caso em apreço, o argumento prova pouco ... porque prova demais: se a lei não pudesse considerar o fato — existência de filho nascido antes de sua vigência — para o fim de dosar a participação do concubino supérstite no usufruto do companheiro falecido, então não poderia também considerar, para a avaliação do alcance daquele direito de usufruto, a existência de ascendente do *de cujus* que tivesse também nascido anteriormente, o que permitiria ao sobrevivente, ao menos nos primeiros anos de aplicação do novo regime, exercer o direito à herança da totalidade dos bens do parceiro falecido, tal como previsto no inciso III do artigo 2º da Lei nº 8.971.

17. Esse inciso do artigo 2º da Lei nº 8.971 é o que vai seguramente provocar as discussões mais acirradas, a começar pela indagação sobre se a nova lei instituiu o companheiro sobrevivente de uma união estável como herdeiro necessário do *de cujus*, ao lado dos descendentes e ascendentes. A prevalecer esse entendimento a lei teria absurdamente privilegiado o partícipe supérstite desse concubinato estável, atribuindo-lhe uma legítima equivalente ao dobro da que é atualmente reservada aos descendentes e ascendentes, por força do artigo 1.721 do Código Civil. Pelo sistema do Código, o testador, havendo descendente ou ascendente, não pode dispor senão da metade de seu patrimônio, a outra metade, considerada legítima, reservada àqueles herdeiros necessários. Se a nova lei houvesse realmente instituído o sobrevivente de uma união estável como herdeiro necessário de seu companheiro, seriam nulas quaisquer verbas testamentárias que alcançassem o seu patrimônio, todo ele destinado ao companheiro supérstite se o *de cujus* houver falecido sem descendência ou ascendência. É bem verdade que o testamento que houver sido lavrado antes da Lei nº 8.971, ou antes mesmo

da consumação da união estável, é ato jurídico perfeito que terá de ser respeitado.

18. Demais disso tudo, se se entender que a Lei nº 8.971 instituiu como herdeiro necessário o companheiro supérstite de uma união estável, então, nessa hipótese gritantemente absurda, o cônjuge, que não é herdeiro necessário e pode ser total ou parcialmente afastado dos benefícios da herança, ficará relegado a uma posição secundária em relação ao partícipe de um concubinato.

19. Não é essa, penso eu, a melhor interpretação do inciso III do artigo 2º da Lei nº 8.971. O parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal reconheceu a união estável como unidade familiar, que passa a fazer as vezes de casamento. Nisso se resume a proteção do Estado, a que alude o texto constitucional. A lei não quis privilegiar o concubinato em relação ao cônjuge, mas atraí-lo para o campo do casamento. E ainda que não o diga expressamente, parece evidente que o inciso III daquele artigo 2º está se reportando ao artigo 1.611 do Código Civil, modificando-o parcialmente para nele incluir, ao lado do cônjuge, o companheiro sobrevivente de uma união estável, a quem será também deferida a sucessão se, à falta de descendente ou ascendente, não estava dissolvida, ao tempo do óbito, a sociedade concubinária.

20. É preciso ficar claro que o artigo 3º da Lei nº 8.971 não versa sobre direitos sucessórios, mas sobre a dissolução *causa mortis* de uma sociedade de fato eventualmente criada à sombra de uma união estável, e de que tenha resultado a formação de um patrimônio comum. Há que se ressaltar a diferença fundamental entre as relações nascidas de um concubinato e as que se irradiam de uma sociedade de fato, que pode muito bem existir sem que os seus integrantes sejam necessariamente concubinos. As relações pertinentes a essa figura, de conotação sócio-condomínial, são relações de direito comum, sujeitas, portanto, às regras do direito comum, e que não interessam nem ao direito de família nem ao direito sucessório. Mas como são relações jurídicas entre os integrantes de uma união estável, o legislador preferiu incluí-las no diploma que trata do assunto. Mas fê-lo incorretamente.

21. É certo que a denominada sociedade de fato existe, com muita frequência, nas situações de concubinato, principalmente nas de concubinato estabilizado. Mas não é raro que esse agrupamento se concretize entre parentes, ou amigos, simplesmente. A dissolução dessas sociedades, tanto a dissolução *inter vivos* quan-

to a *causa mortis*, qualquer que seja o relacionamento entre os respectivos participantes, é de ser resolvida, sempre, no juízo cível através do reembolso do capital que toca a cada sócio na partilha dos bens comuns, e que não tem de ser necessariamente paritária: no processo de dissolução o juiz terá de conhecer a exata contribuição de cada sócio na formação do patrimônio comum, reembolsando-o de sua quota-parte.

22. Mas sucede que a Lei nº 8.971 (artigo 3º) apenas regulou a dissolução *causa mortis* de uma sociedade de fato nascida de uma união estável, atribuindo ao concubino supérstite o direito de haver a metade dos bens inventariados independentemente da exata grandeza de sua contribuição para a formação do patrimônio comum, contribuição essa, que pode ter sido mínima e insignificante. Se uma sociedade também de fato, e também dissolvida *causa mortis*, agrupasse amigos, ou irmãos ou mesmo cônjuges, a sentença que viesse a liquidar os haveres do supérstite teria de observar criteriosamente a sua efetiva contribuição para a formação do capital comunitário, o excedente pertencendo, de direito, aos herdeiros do parceiro falecido.

23. Acontece que a Lei nº 8.971 não previu que a dissolução *inter vivos* da união estável vai muito provavelmente acarretar a dissolução da sociedade que os concubinos vinham mantendo sobre determinado patrimônio, e que terá de ser resolvida, não de acordo com a regra caridosa inserida no artigo 3º, mas segundo a norma do artigo 673 do antigo Código de Processo Civil, mantido em vigor por força do artigo 1.218 do Código de Processo Civil vigente, e segundo a qual “não havendo contrato ou

instrumento de constituição de sociedade, que regule os direitos e obrigações dos sócios, a dissolução judicial será requerida pela forma do processo ordinário e a liquidação far-se-á pelo modo estabelecido para a liquidação das sentenças”.

24. Parece óbvio, assim, que serão radicalmente distintas as regras que vão orientar a dissolução desse tipo de sociedade de fato. Na dissolução *inter vivos*, serão apurados os haveres de cada sócio no patrimônio comum, observando-se a contribuição de cada qual para a formação do capital societário. Mas na dissolução *causa mortis*, é de se aplicar a regra inserta no artigo 3º da Lei nº 8.971, atribuindo-se ao concubino supérstite que houver contribuído para a construção do patrimônio do *de cujus* — e sem que se leve em conta o montante dessa contribuição — a metade dos haveres inventariados.

25. De qualquer forma, e em qualquer dos casos, a liquidação da comunhão terá de ser precedida de uma avaliação cuidadosa das provas tendentes a demonstrar a existência da sociedade e, no caso de dissolução *causa mortis*, a participação do sobrevivente na formação do patrimônio societário, o que afasta do juízo sucessório a competência para decidir a matéria, segundo a determinação do artigo 984 do Código de Processo Civil.

Assim, é possível que o início de aplicação da Lei nº 8.971 seja extremamente tormentoso. O zelo dos tribunais no aferir com muita cautela os casos de efetiva caracterização da chamada união estável pode assegurar o clima de tranquilidade de que vai carecer o novo diploma.

# Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos

TEORI ALBINO ZAVASCKI

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Direitos difusos e coletivos e direitos individuais homogêneos: distinções. 3. Instrumentos de defesa de direitos coletivos. Ação Civil Pública – características gerais. Ação Popular – características gerais. 4. Instrumentos de defesa coletiva de direitos individuais (homogêneos). Substituição processual e representação. Instrumento tradicional – o litisconsórcio ativo por representação. Novos instrumentos, por substituição processual. 4.1. Mandado de segurança coletivo. Finalidade – correntes de opinião. Finalidade – defesa de direitos subjetivos individuais. Procedimento. Objeto de impetração e interesse jurídico. Impetração por partidos políticos. Partidos políticos – limitações quanto ao objeto. Rol dos legitimados – possibilidade de ampliação. Autonomia do impetrante. Sentença. Litispendência e continência. Coisa julgada. 4.2. Ação civil coletiva. Competência. Objeto. Natureza da pretensão. Ação de cumprimento. Ação coletiva e ação individual – autonomia. Limitações – natureza da tutela e providências cautelares. Litispendência. Coisa julgada. 5. Defesa coletiva de direitos individuais pelo Ministério Público. Hipóteses autorizadas em lei. Constitucionalidade da legitimação. Hipóteses não expressamente autorizadas em lei. Limites da atuação – interesses sociais. 6. Conclusões.*

### 1. Introdução

Os últimos anos marcaram no Brasil um período de importantes inovações legislativas a respeito dos chamados *direitos e interesses difusos e coletivos* e dos mecanismos de tutela coletiva de direitos, destacando-se: a Lei nº 7.347, de 24.7.85 (disciplinando a chamada *ação civil pública*), a Constituição de 1988 (alargando o âmbito da ação popular, criando o mandado de segurança coletivo e a legitimação do

Ministério Público para promover ação civil pública e privilegiando a defesa do consumidor) e, finalmente, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.90, que, entre outras novidades, introduziu mecanismo de defesa coletiva para *direitos individuais homogêneos*). A entusiástica utilização, que se seguiu, dos novos mecanismos processuais nem sempre se deu de modo apropriado, às vezes por inexperiência de seus operadores —, o que é compreensível — outras vezes por se imaginar, equivocadamente, que enfim se tinha em mãos o remédio para todos os males: para destravar a máquina judiciária e para salvar a sociedade de todas as agressões, do Governo e dos poderosos em geral. É muito salutar, por isso, o processo de revisão crítica que se vem sentindo nos últimos tempos<sup>1</sup> no sentido de coibir exageros e assim não só preservar do descrédito, mas valorizar e aperfeiçoar esses importantes avanços no campo processual. É com esse mesmo propósito que se buscará aqui reflexão sobre tema que a experiência diária evidencia ser foco de boa parcela dos equívocos: a distinção entre os mecanismos processuais para defesa de direitos coletivos e os mecanismos para defesa coletiva de direitos.

<sup>1</sup> Watanabe, Kazuo, escrevendo sobre “demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense”, afirmou: “É preciso evitar-se, a todo o custo, que graves erros, dúvidas e equívocos, principalmente os decorrentes de mentalidade incapaz de captar com sensibilidade social as inovações e os provocados por vedetismo ou espírito político-eleitoreiro, possam comprometer irremediavelmente o êxito de todo esse instrumental, que tem tudo para solucionar adequadamente os inúmeros conflitos de interesses coletivos que marcam a sociedade contemporânea. Nos Estados Unidos, onde a *class action* tem longa tradição, há opiniões favoráveis ... e também negativas..., e não são poucos os que manifestam preocupação a respeito de sua correta utilização de modo a não transformá-las em instrumento de proveito egoístico de quem as propõe, em vez de fazê-las cumprir objetivos sociais a que se vocacionam. Com maior razão, preocupação redobrada devemos ter no Brasil, onde o individualismo é mais acentuado e não temos ainda tradição no trato com as demandas coletivas” (in *As Garantias do Cidadão na Justiça*, autoria coletiva, coordenação do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, SP, Saraiva, 1993, p.186). Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, com a mesma preocupação, dedicaram capítulo especial sobre “ação civil pública e sua abusiva utilização pelo ministério público” in *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, SP, RT, 1993.

Com efeito, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor introduziu mecanismo especial para defesa coletiva dos chamados *direitos individuais homogêneos*, categoria de direitos não raro confundida com os direitos coletivos e difusos e por isso mesmo lançada com eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais de defesa em juízo. Porém, é preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais). Direito coletivo é direito transindividual (= sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo *stricto sensu*. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles. “Coletivo”, na expressão “direito coletivo” é qualificativo de “direito” e por certo nada tem a ver com os meios de tutela. Já quando se fala em “defesa coletiva” o que se está qualificando é o modo de tutelar o direito, o instrumento de sua defesa. Identificar os instrumentos próprios para defesa de cada uma dessas categorias de direitos e estabelecer os limites que o legislador impôs à sua utilização, eis portanto o objeto primordial deste estudo.

## 2. Direitos difusos e coletivos e direitos individuais homogêneos: distinções

O legislador brasileiro criou mecanismos próprios para defesa dos chamados *direitos individuais homogêneos*, distintos e essencialmente inconfundíveis, como se verá, dos que se prestam à defesa dos direitos difusos e coletivos. É que se tratam de categorias de direitos ontologicamente diferenciadas, como se pode constatar da definição que lhes deu o artigo 81, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 1990, definição essa que constitui substanciação de conceitos doutrinários geralmente aceitos e por essa razão aplicáveis universalmente no direito brasileiro. Indispensável, por conseguinte, que antes de mais nada se ponha a lume essa distinção. Em termos bem pragmáticos, e seguindo a definição dada pelo legislador, pode-se esboçar o seguinte quadro comparativo:

DIREITOS	DIFUSOS	COLETIVOS	INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS
1) Sob o aspecto subjetivo são:	<i>Transindividuais</i> , com indeterminação <i>absoluta</i> dos titulares (= não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares difusos decorre de mera circunstância de fato. No exemplo: morar na mesma região.)	<i>Transindividuais</i> , com determinação <i>relativa</i> dos titulares (= não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares coletivos decorre de uma relação jurídica-base. No exemplo: O Estatuto da OAB.)	<i>Individuais</i> : (= há perfeita identificação do sujeito, assim da relação dele com o objeto do seu direito). A ligação que existe com outros sujeitos decorre da circunstância de serem titulares (individuais) de direitos com "origem comum".
2) Sob o aspecto objetivo são:	<i>Indivisíveis</i> (= não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares).	<i>Indivisíveis</i> (= não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares).	<i>Divisíveis</i> : (= podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns titulares sem afetar os demais).
3) Exemplo:	Direito ao meio ambiente sadio (CF, art. 225).	Direito de classe dos advogados de ter representante na composição dos Tribunais (CF, art. 107, I).	Direito dos adquirentes a abatimento proporcional do preço pago na aquisição de mercadoria viciada (Cód. Consumidor, art. 18, § 1º, III).
4) Em decorrência de sua natureza:	<p>a) – são insuscetíveis de apropriação individual;</p> <p>b) – são insuscetíveis de transmissão, seja por ato <i>inter vivos</i>, seja <i>mortis causa</i>;</p> <p>c) – são insuscetíveis de renúncia ou de transação;</p> <p>d) – sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, parágrafo único, I);</p> <p>e) – a mutação dos titulares ativos difusos da relação de direito se dá com <i>absoluta</i> informalidade jurídica (basta alteração nas circunstâncias de fato).</p>	<p>a) – são insuscetíveis de apropriação individual;</p> <p>b) – são insuscetíveis de transmissão, seja por ato <i>inter vivos</i>, seja <i>mortis causa</i>;</p> <p>c) – são insuscetíveis de renúncia ou de transação;</p> <p>d) – sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado na lei (CPC, 333, parágrafo único, I);</p> <p>e) – a mutação dos titulares coletivos da relação jurídica de direito material se dá com <i>relativa</i> informalidade (basta a adesão ou a exclusão do sujeito à relação jurídica-base).</p>	<p>a) – individuais e divisíveis, fazem parte do patrimônio individual do seu titular;</p> <p>b) – são transmissíveis por ato <i>inter vivos</i> (cessão) ou <i>mortis causa</i>, salvo exceções (direitos extrapatrimoniais);</p> <p>c) – são suscetíveis de renúncia e transação, salvo exceções (v.g. direitos personalíssimos);</p> <p>d) – são defendidos em juízo, geralmente, por seu próprio titular. A defesa por terceiro o será em forma de representação (com aquiescência do titular). O regime de substituição processual dependerá de expressa autorização em lei (CPC, art. 6º);</p> <p>e) – a mutação do pólo ativo na relação de direito material, quando admitida, ocorre mediante ato ou fato jurídico típico e específico (contrato, sucessão <i>mortis causa</i>, usucapião, etc.).</p>

Embora, como se viu, apresentem entre si algumas diferenças – que na prática nem sempre são visíveis com clareza – os direitos difusos e os direitos coletivos, ambos transindividuais, e indivisíveis, são espécies do gênero direitos coletivos, denominação também adotada para identificá-los em conjunto. No entanto, direitos individuais, conquanto homogêneos, são direitos individuais e não transindividuais. Peca por substancial e insuperável antinomia afirmar-se possível a existência de direitos individuais transindividuais!

### 3. Instrumentos de defesa de direitos coletivos

#### *Ação civil pública – características gerais*

Dentre os instrumentos processuais típicos de defesa de direitos transindividuais e indivisíveis merece destaque a conhecida “ação civil pública”. Criada pela Lei nº 7.347, de 1985, e composta de um conjunto de mecanismos destinados a instrumentar demandas preventivas, cominatórias, reparatórias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos, foi seguida pela Lei nº 7.853, de 24.10.89, que nos artigos 3º a 7º disciplina especificamente a tutela dos direitos e interesses coletivos e difusos das pessoas portadoras de deficiência, pela Lei nº 8.069, de 13.7.90, que em seus artigos 208 a 224 disciplina especificamente a tutela dos direitos e interesses coletivos e difusos das crianças e adolescentes, e pela Lei nº 8.078, de 11.9.90, cujos artigos 81 a 104 (salvo a parte especificamente relacionada com direitos individuais homogêneos, arts. 91 a 100) disciplinam a tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos dos consumidores. Mesmo com essa complementação, manteve-se, na essência, a linha procedimental adotada pela Lei nº 7.347, de 1985 – cuja invocação subsidiária é feita pelas demais leis citadas –, e sob esse aspecto cabe-lhe a denominação comum de *ação civil pública*, aqui adotada para diferenciá-la da ação civil coletiva, adiante referida. Trata-se de mecanismo moldado à natureza dos direitos e interesses a que se destina tutelar – difusos e coletivos. É o que se pode verificar ao simples exame de suas características gerais, semelhantes nas várias leis mencionadas. Assim, legitimam-se ativamente o Ministério Público, pessoas jurídicas de direito público interno e entidades e associações que tenham entre suas finalidades institucionais a proteção do direito ou interesse a ser demandado em juízo. A ação poderá objetivar qualquer espécie de tutela, inclusive a condenatória de obrigação de pagar, de fazer

e de não fazer. Havendo condenação em dinheiro, este reverterá a um Fundo gerido por um Conselho, com a participação do Ministério Público, e será utilizado para recompor as lesões causadas. Em se tratando de obrigação de fazer ou não fazer, a condenação poderá ser pela prestação específica ou por outra providência que assegure resultado equivalente ao adimplemento, ou ainda, na impossibilidade dessas soluções, por conversão em perdas e danos. A sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo em caso de improcedência por insuficiência de provas, em se tratando de direitos ou interesses difusos, e fará coisa julgada *ultra partes*, mas limitada ao grupo, categoria ou classe titular do direito ou interesse, quando coletivo, salvo, aqui também, em caso de improcedência por insuficiência de provas. A legitimação dos substitutos processuais prolonga-se inclusive para a ação de execução em favor do Fundo, já que, é bom salientar, são indeterminados os credores da obrigação.

#### *Ação popular – características gerais*

Outro instrumento de defesa de interesses difusos e coletivos é a ação popular de que trata a Lei nº 4.717, de 1965. Com a configuração que lhe deu a Constituição Federal de 1988, esta ação visa *anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural* (art. 5º, LXXIII). Legitima-se como demandante o cidadão, ou seja, pessoa física que esteja no gozo dos seus direitos políticos. Admite-se não apenas pretensão anulatória do ato lesivo, mas igualmente a de tutela preventiva tendente a impedir sua prática e ainda, se for o caso, a de tutela cautelar para suspender-lhe a execução. A coisa julgada tem eficácia *erga omnes*, salvo em caso de improcedência por insuficiência de provas. O autor da ação popular legitima-se como tal porque, ainda quando esteja imediatamente demandando proteção a direito titularizado em nome de determinada pessoa jurídica, está, na verdade, defendendo imediatamente interesses da sociedade, a quem pertencem, em última análise, os bens tutelados. É por isso que se afirma que também a ação popular, sob este aspecto, constitui instrumento de defesa de interesses coletivos, e não individuais.

Reitera-se, portanto: não se pode confundir *defesa de direitos coletivos* com *defesa coletiva de direitos individuais*. Os instrumentos até aqui referidos, pela destinação expressa que lhes

deu o legislador e pelas próprias características com que foram concebidos, são talhados para defesa de direitos coletivos, e não para defender coletivamente direitos subjetivos individuais, que têm, para isso, seus próprios mecanismos processuais, como se passará a ver.

#### 4. Instrumentos de defesa coletiva de direitos individuais (homogêneos)

##### *Substituição processual e representação*

Direitos individuais homogêneos são, como já se disse, simplesmente direitos subjetivos individuais, divisíveis e integrados ao patrimônio de titulares certos, que sobre eles exercem, com exclusividade, o poder de disposição. Nessas circunstâncias, e ao contrário do que ocorre com os direitos coletivos e difusos (que por não terem titular determinado são defendidos, necessariamente, por substitutos processuais), os direitos individuais, em regra, só podem ser demandados em juízo pelos seus próprios titulares. O regime de substituição processual aqui é exceção e, como toda exceção, merece interpretação restrita, podendo ser invocado somente nas hipóteses e nos limites que a lei autorizar (CPC, art. 6º). O caráter excepcional da substituição processual resulta claramente evidenciado no art. 5º, inc. XXI, da Constituição que, ao atribuir às entidades associativas em geral legitimidade para atuar em juízo em defesa de seus filiados, condicionou tal atuação à autorização específica do associado, submetendo-a, assim, a regime de representação. Desse dispositivo resulta confirmada a regra segundo a qual a defesa judicial de direitos individuais depende sempre de autorização, ou do titular do direito, ou da expressa disposição da lei. Mais do que um preceito, é um princípio: em se tratando de direitos individuais, ainda que homogêneos ou relacionados com interesses associativos, o regime de representação é a regra, e o da substituição processual é a exceção e como tal deve ser interpretado.

##### *Instrumento tradicional – o litisconsórcio ativo por representação*

Por serem homogêneos, isto é, por terem origem comum e assim se assemelharem a outros direitos individuais, prestam-se certos direitos subjetivos à demanda conjunta. Há um modo tradicional de *defesa coletiva* de direitos individuais: é o litisconsórcio ativo facultativo. Realmente, direitos com origem comum são sem dúvida direitos afins por ponto comum de fato ou de direito, tal como prevê o art. 46, IV, do CPC. A defesa coletiva em litisconsórcio será

viável, portanto, mediante legitimação ordinária e sem outra restrição que não a da eventual recusa, como pode ocorrer, por exemplo, quando, pelo grande número de demandantes, haja dificuldade de exercício da defesa.

##### *Novos instrumentos, por substituição processual*

Há, contudo, outros mecanismos de defesa coletiva de direitos subjetivos individuais, que o legislador brasileiro houve por bem introduzir em nosso sistema com o objetivo de tornar mais simples, mais rápida, mais efetiva e mais acessível a prestação jurisdicional, o que já não pode ser alcançado adequadamente apenas pelas vias tradicionais. Dois são eles, essencialmente: o mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, LXX, da Constituição, e a ação civil coletiva, prevista nos artigos 91 a 100 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990). A técnica utilizada pelo legislador e que constitui a marca registrada comum aos dois instrumentos diz com a legitimação ativa, que é em regime de substituição processual autônoma: o autor da demanda, substituído, defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem, o que faz autonomamente, isto é, independentemente do consentimento ou mesmo da ciência do substituído.

#### 4.1. Mandado de segurança coletivo

##### *Finalidade – correntes de opinião*

Do mandado de segurança coletivo há quem pense tratar-se de instrumento para salvaguardar unicamente direitos coletivos<sup>2</sup> e assim chegou a decidir o Superior Tribunal de Justiça<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de, “Uma análise Comparativa entre os Objetos e as Legitimações Ativas das Ações Vocacionadas à Tutela dos Interesses Metaindividuais: Mandado de Segurança Coletivo, Ação Civil Pública, Ações do Código de Defesa do Consumidor e Ação Popular”, in *Justitia*, nº 54, p. 181; Lúcia Valle Figueiredo, in *Perfil do mandado de segurança coletivo*, SP, RT, 1989, pp. 15-16.

<sup>3</sup> Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 266, Rel. Min. Carlos M. Velloso, Primeira Seção, RSTJ 10/254, com a seguinte ementa: “Mandado de Segurança. Mandado de Segurança Individual. Mandado de Segurança Coletivo. Interesses Difusos. I – O mandado de segurança individual visa à proteção da pessoa, física ou jurídica, contra ato de autoridade que cause lesão, individualizadamente, a direito subjetivo (CF, art. 5º, LXIX). Interesses difusos e coletivos, a seu turno, são protegidos pelo mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX), pela ação popular (CF, art. 5º, LXXIII) e pela ação civil pública (Lei nº 7.347/85). II – Agravo Regimental Improvido”. Há, entretanto, decisões em outro sentido, ad-

Há, por outro lado, quem sustente poder ele ser utilizado tanto em defesa de direitos coletivos, quanto de direitos individuais<sup>4</sup>. E, finalmente, em terceira orientação, estão os que pensam tratar-se, simplesmente, de instrumento para defesa coletiva de direitos subjetivos individuais<sup>5</sup>. Esse entendimento mereceu o aval importantíssimo do Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup>.

*Finalidade – defesa de direitos subjetivos individuais*

Em verdade, para proteção de direitos coletivos ou mesmo difusos, desde que líquidos e certos, contra ato ou omissão de autoridade, não se fazia necessário modificar o perfil constitucional tradicional do mandado de segurança. Muito antes da Constituição de 1988, que criou o mandado de segurança coletivo, a jurisprudência já admitia, por exemplo, que sindicatos ou a Ordem dos Advogados do Brasil impetrassem mandado de segurança – *individual* – para defender *interesses gerais da classe*, vale dizer, *tipicos direitos coletivos*, pois que transindividuais, indivisíveis, pertencentes a um grupo indeterminado de pessoas<sup>7</sup>. Tudo é apenas uma questão de legitimação: configurada lesão a direito difuso ou coletivo líquido e certo – e esta configuração certamente não é corriqueira – não haverá empecilho algum ao acesso dos legitimados à via mandamental tradicional. Aliás, essa via de tutela de direitos coletivos está implicitamente admitida pelo Código do Consumidor (art. 83) e de modo explícito pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 212, § 2º). Assim, a única novidade introduzida pelo constituinte de 1988 foi a de autorizar que o mandado de segurança possa ser utilizado por

mitindo impetração de mandado de segurança coletivo em defesa de direitos subjetivos individuais, como, v.g., o MS nº 522, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Seção, Ementário de Jurisprudência do STJ, 3/34.

<sup>4</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, “Mandado de Segurança Coletivo – Legitimação e Objeto”, in *Revista de Processo*, 57, pp. 96-101; BARBI, Celso Agrícola, “Mandado de Segurança na Constituição de 1988”, in *Mandados de Segurança e de Injunção*, vários autores, coordenador Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, SP, Saraiva, 1990, pp. 67-74.

<sup>5</sup> CALMON DE PASSOS, J. J., in *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas-Data – Constituição e Processo*, Forense, 1989, p. 13; GUSMÃO CARNEIRO, Athos, “Anotações Sobre o Mandado de Segurança Coletivo”, in *AJURIS*, 54, pp. 53-74.

<sup>6</sup> RTJ 142/446-449.

<sup>7</sup> RTJ 54/71 e RTJ 89/396.

certas entidades para, na condição de substitutas processuais, buscarem tutela de um conjunto de direitos subjetivos de terceiros. O que há de novo, destarte, é apenas uma forma de defesa coletiva de direitos individuais, e não uma forma de defesa de direitos coletivos. Se o propósito, no mandado de segurança coletivo, tivesse sido o de viabilizar a tutela de direitos coletivos, não se poderia compreender que entre os legitimados a utilizá-lo não estivesse o Ministério Público, a quem a Constituição atribuiu, como função institucional, a defesa dessa categoria de direitos (CF, art. 129, III). Sua exclusão, na verdade, evidencia mais uma vez que o mandado de segurança coletivo é instrumento de defesa de direitos individuais, defesa que, em princípio, é incompatível com as atribuições constitucionais do Ministério Público (CF, art. 127).

#### *Procedimento*

A legitimação ativa dos partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações, para impetrar mandado de segurança coletivo é extraordinária, já que, na condição de substitutos processuais, demandam em nome próprio direito alheio. Quanto ao regime procedimental, inclusive no que diz com o prazo para impetração, a liminar e os recursos, o mandado de segurança coletivo se submete às disposições normativas gerais do mandado de segurança. A competência do juízo há de ser fixada em consideração à autoridade coatora, que, por sua vez, só poderá ser a que ostentar, entre suas atribuições, um plexo de poderes e competências que a habilitem, em caso de procedência, a atender a pretensão deduzida e em relação a todos os substituídos. Quanto a estes aspectos, como se vê, o mandado de segurança coletivo não é diferente do mandado de segurança plúrimo, isto é, o impetrado em litis-consórcio ativo, por representante credenciado pelos titulares do direito individual (que, aliás, não deixa de ser uma forma de defesa coletiva de direitos).

#### *Objeto da impetração e interesse jurídico*

No que se refere ao objeto, a impetração coletiva busca tutelar direitos subjetivos individuais, os quais, para êxito da demanda, devem ser líquidos e certos e estar ameaçados ou violados por ato ou omissão ilegítima de autoridade. Não, porém, qualquer direito, mas tão-somente aquele que guardar relação de pertinência e compatibilidade com a razão de ser (finalidades, programas, objetivo institucional) da

pessoa jurídica impetrante. Por quê? Porque para ajuizar qualquer demanda não basta que o autor detenha legitimidade. É indispensável que tenha também interesse, diz o artigo 3º do CPC. Isso se aplica igualmente ao substituto processual, que há de ostentar interesse próprio, distinto e cumulado com o do substituído. Ora, esse interesse próprio, no caso de mandado de segurança coletivo, manifesta-se exatamente pela relação de pertinência e compatibilidade entre a razão de ser do substituto e o conteúdo do direito subjetivo do substituído, objeto da demanda<sup>8</sup>. Não seria concebível que o partido político ou qualquer dos demais legitimados fossem a juízo para bater-se em defesa de direitos que nem direta nem indiretamente lhes dissessem respeito algum. Sem elo de referência entre o direito afirmado e a razão de ser de quem o afirma, faltarà à ação uma das suas condições essenciais, pois o sistema jurídico não comporta hipótese de demandas de mero diletantismo, e isso se aplica também ao substituto processual.

#### *Impetração por partidos políticos*

Dispõe a letra *b* do inciso LXX do art. 5º da Constituição que o mandado de segurança impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação será proposto em defesa de interesses de seus membros ou associados. Entretanto, a letra *a* do mesmo inciso, que prevê a legitimação dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, não contém aquela limitação. Há quem sustente que, mesmo assim, a restrição é aplicável aos partidos políticos, que somente poderiam demandar tutela para direitos individuais dos seus filiados. Essa é a orientação que predomina na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>9</sup>. Dois argumentos, pelo menos, militam fortemen-

<sup>8</sup>CALMON DE PASSOS, J. J., in op. cit., pp. 12-13.

<sup>9</sup>EDel no MS nº 197, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Seção, *Ementário de Jurisprudência do STJ* 4/167-168, em cuja ementa se diz que "A exemplo dos sindicatos e das associações, também os partidos políticos só podem impetrar mandado de segurança coletivo em assuntos integrantes de seus fins sociais em nome de filiados seus, quando devidamente autorizados pela lei ou por seus estatutos. Não pode ele vir a juízo defender direitos subjetivos de cidadãos a ele não-filiados ou interesses difusos e sim direito de natureza política, como por exemplo os previstos nos artigos 14 a 16 da Constituição Federal". No mesmo sentido: ROMS 2423, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJ de 22.11.93, p. 24974.

te em outro sentido. Primeiro, a inexistência da limitação no texto constitucional, o que é especialmente significativo ante a menção expressa a ela no inciso seguinte do mesmo dispositivo, a evidenciar que a omissão anterior não foi desatenta e, portanto, deve merecer interpretação que lhe dê eficácia. Segundo, pela singular natureza do partido político, substancialmente diversa das demais entidades legitimadas. Com efeito, as associações – sindicais, classistas e outras – têm como razão existencial o atendimento de interesses ou de necessidades de seus associados. Seu foco de atenção está, portanto, voltado diretamente para seus associados, que, por sua vez, a ela confluíram justamente para receber a atenção e o atendimento de necessidade ou de interesse próprio e particular. É natural, portanto, e apropriado à natureza dessas entidades, que, ao legitimá-las para impetrar segurança, o constituinte tenha estabelecido como objeto da demanda a defesa dos interesses dos próprios associados, limitação inteiramente compatível com o móvel associativo. O que ocorre nos partidos políticos, entretanto, é um fenômeno associativo completamente diferente. Os partidos políticos não têm como razão de ser a satisfação de interesses ou necessidades particulares de seus filiados, nem são eles o objeto das atividades partidárias. Ao contrário das demais associações, cujo objeto está voltado para dentro de si mesmas, já que ligado diretamente aos interesses dos associados, os partidos políticos visam a objetivos externos, só remotamente relacionados a interesses específicos de seus filiados. Segundo estabelece sua Lei Orgânica (Lei nº 5.682, de 1971, art. 2º) "os partidos políticos ... destinam-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais, definidos na Constituição". Por conseguinte, os filiados ao partido são, na verdade, instrumentos das atividades e das bandeiras partidárias, e não o objeto delas. O objeto das atenções partidárias são os membros da coletividade em que atuam, independentemente da condição de filiados. É bem compreensível, pois, e bem adequada à natureza dos partidos, a sua legitimação para impetrar segurança coletiva, mesmo em defesa de direitos de não-filiados.

#### *Partidos políticos – limitações quanto ao objeto*

No que respeita à legitimação dos partidos políticos, em suma, o objeto da pretensão do mandado de segurança coletivo tem limites ape-

nas quanto ao seu conteúdo, que há de ser necessariamente apropriado e compatível com a natureza do impetrante, o que, como antes se disse, é imposição relacionada com o interesse de agir. Mas, quanto à extensão subjetiva dos substituídos, esta não pode ficar limitada aos interesses particulares de seus filiados, pois que tal limitação implicaria não apenas o desvirtuamento da natureza da agremiação – que não foi criada para satisfazer interesses dos filiados – como também a eliminação, na prática, da faculdade de impetrar segurança coletiva.

#### *Rol dos legitimados – possibilidade de ampliação*

O rol dos legitimados a impetrar segurança coletiva, elencado na Constituição entre os direitos e garantias fundamentais, constitui, como tal, um núcleo mínimo de legitimação que, se não pode ser reduzido nem limitado pelo legislador ordinário, nada impede que seja por esse ampliado. Tratando-se, como se trata, de matéria relacionada com legitimação processual, nenhum empecilho existia antes de 1988, como não existe agora, à criação, por norma infraconstitucional, de hipóteses novas de legitimados a impetrar mandado de segurança em nome próprio em defesa de direito de outrem.

#### *Autonomia do impetrante*

Exatamente em razão do interesse jurídico antes referido (= relação de pertinência e de compatibilidade entre o direito material afirmado em juízo, titularizado na pessoa dos associados ou filiados, e os fins institucionais do impetrante), o ajuizamento da ação dispensará qualquer espécie de autorização individual ou de assembléia. Na petição inicial não se fará necessário nem mesmo identificar particularmente cada um dos titulares do direito material. Ao impetrante, substituto processual, incumbirá, no entanto, fixar exatamente o âmbito de sua representatividade e os seus objetivos existenciais, elementos esses indispensáveis para demonstrar o interesse processual, para estabelecer os limites da legitimação e para identificar (a) os substituídos atingidos pela sentença, (b) a autoridade impetrada e (c) o juízo competente. Ênfase um ponto: o critério geográfico do domicílio dos substituídos é elemento neutro para os efeitos apontados. Os substituídos atingidos pela eficácia da sentença serão os abrangidos no âmbito da representatividade do impetrante, independentemente do seu domicílio. A situação fática do domicílio, que por si só não inibe nem limita a formação de litisconsórcio ativo em mandado de segurança, é, por idêntica

razão, irrelevante para a impetração coletiva, que daquele se diferencia, a rigor, apenas pela legitimação em regime de substituição processual. O que importa, frise-se, é delimitar o âmbito da representatividade do impetrante, este sim elemento importante para as demais definições (da autoridade coatora, do juízo competente, etc.).

#### *Sentença*

A sentença no mandado de segurança coletivo será substancialmente idêntica à de qualquer mandado de segurança, tirante, é certo, o grau de generalidade próprio de uma demanda coletiva em que a inicial não identificou particularmente nem o nome nem a situação de cada um dos titulares do direito afirmado. Tal especificação, se necessária, será procedida quando do cumprimento do julgado, oportunidade em que serão decididas eventuais controvérsias relacionadas com a condição especial dos substituídos.

#### *Litispendência e continência*

Entre o mandado de segurança coletivo e o mandado de segurança proposto individualmente com o mesmo objeto e a mesma causa haverá uma relação de continência e conteúdo, a determinar: a) a extinção por litispendência do processo de mandado de segurança individual superveniente ao coletivo; ou, b) a reunião de ambos, por continência, perante o juízo do mandado de segurança coletivo, quando este for ajuizado em segundo lugar. Justifica-se a competência do juízo coletivo em tal hipótese – em contrário à regra dos artigos 106 e 219 do CPC – especialmente em face à pluralidade de demandas individuais perante juízes diversos.

#### *Coisa julgada*

Mesmo ajuizado por substituto processual, o mandado de segurança coletivo terá sentença com eficácia de coisa julgada material para todos os substituídos, desde que, evidentemente, nela haja pronunciamento específico sobre o direito afirmado pelo impetrante. Assim, a denegação da ordem por insuficiência de provas implicará negação de direito líquido e certo, mas não a negação do direito propriamente dito. Em hipóteses tais, coisa julgada material não haverá, incidindo, em consequência, a regra do art. 15 da Lei nº 1.533, de 1951.

#### *4.2. Ação civil coletiva*

Outra hipótese de defesa coletiva de direitos subjetivos individuais é a prevista nos artigos 91 a 100 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.90). O Título III desse Código, que trata da defesa do consumidor em juízo, estabelece distinções

importantes entre a configuração processual da defesa dos direitos coletivos e difusos dos consumidores e da defesa dos seus direitos individuais. Para esse último caso, há regras específicas, em capítulo próprio. Os entes legitimados, elencados no art. 82, embora comuns, têm, quando em defesa de direitos individuais, limitações maiores que quando demandam por direitos coletivos e difusos. Em suma, os regimes são diferentes, e suas diferenças merecem a devida consideração do intérprete.

#### *Competência*

A primeira distinção a assinalar diz respeito à competência. Em se tratando de direitos difusos e coletivos, a demanda deverá ser proposta no foro do local onde ocorrer o dano, *cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa*. É o que dispõe o art. 2º da Lei nº 7.347, de 1985. Já se firmou entendimento jurisprudencial de que essa competência funcional do juízo local comporta inclusive as causas de que participam entes federais, hipótese em que, não havendo vara federal instalada na comarca, competente será o juízo estadual, considerando-se recepcionado pelo art. 109, § 3º, parte final, da Constituição o dispositivo acima referido<sup>10</sup>. Esse regime, aplicável em todos os casos de direitos difusos e coletivos, exceto os previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (que tem regra própria no art. 209), não se aplica às demandas coletivas de responsabilidade por danos individuais, sujeitas a regime competencial próprio, o do artigo 93 da Lei nº 8.078, de 1990, a saber: competente será o juízo do local do dano (ou da capital do Estado, se os danos forem de âmbito nacional ou regional), *ressalvada a competência da justiça federal*. Ou seja, nestas hipóteses, o juízo estadual não está autorizado a exercer em primeiro grau a jurisdição federal, como ocorre na ação civil pública destinada à tutela de direitos coletivos.

#### *Objeto*

A segunda observação importante diz com

<sup>10</sup> É a orientação predominante no STJ, como se vê, v.g., do CC nº 2.706-0-CE, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, RSTJ 45/34, em cuja ementa está dito que "A ação civil pública e as demais ações propostas com base na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, devem ser ajuizadas no foro do local onde ocorreu o dano a que se refere seu artigo 2º. Se se trata de comarca em que não há juiz federal, será competente o juiz de direito, cabendo recurso ao Tribunal Regional Federal". No mesmo sentido: CC nº 2.230-RO, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Primeira Seção, DJ de 28.5.93, p. 10406.

o objeto da demanda. Em se tratando de direitos coletivos, o legislador estabeleceu legitimação extraordinária amplíssima, de tal modo que as entidades legitimadas estão autorizadas a buscar tutela a direitos coletivos relacionados ao consumidor (Lei nº 8.078, de 1990, art. 81, parágrafo único, I e II) e também ao meio ambiente, aos bens e direitos de valor histórico, artístico, estético, paisagístico e turístico e, enfim, a *qualquer outro interesse difuso ou coletivo* (Lei nº 7.347, de 1985, art. 1º). Em se tratando de direitos individuais homogêneos, contudo, a legitimação extraordinária é restrita à ação coletiva de responsabilidade por danos individualmente sofridos por consumidores (Lei nº 8.078, de 1990, art. 81, parágrafo único, III, e art. 91). Assim, ressalvada a legitimação do Ministério Público, de que mais adiante se tratará, nenhum dos entes mencionados no art. 82 da Lei nº 8.078, de 1990, está habilitado a defender coletivamente direitos individuais, ainda que homogêneos, a não ser na restrita hipótese de danos decorrentes de relações de consumo. Convém repetir que a legitimação para defender em nome próprio direito individual de outrem, em regime de substituição processual, é extraordinária e excepcional, que só a lei pode conferir (CPC, art. 6º) e como tal não está sujeita a interpretações ampliativas.

#### *Natureza da pretensão*

No que se refere à natureza da pretensão, diz a lei que a ação coletiva é de *responsabilidade por danos individualmente sofridos* (art. 91), sendo que *em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados*. A pretensão, conseqüentemente, há de ter natureza condenatória<sup>11</sup>. Refogem ao âmbito da legitimação extraordinária em causa, pretensões de outra natureza, notadamente a constitutiva, cuja sentença, com eficácia imediata e concreta, independentemente de posterior ação de execução, não é compatível com provimentos de natureza genérica. Ademais, conforme adiante se verá, a sentença constitutiva não comportaria a opção, que o sistema criou em favor

<sup>11</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, comentando o art. 95 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, observou que "A pretensão processual do autor coletivo, na ação de que trata o presente capítulo, é de natureza condenatória e condenatória será a sentença que acolher o pedido" (in *Código de Proteção e Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*, RJ, Forense Universitária, 2ª ed., 1992, p. 548).

do titular do direito material, de se submeter ou não à ação coletiva e de executar ou não, em seu favor, a sentença genérica que nela vier a ser proferida. Por outro lado, coerente com essa mesma orientação, e bem significativamente, o legislador estabeleceu que a pretensão declarativa de nulidade a cargo do Ministério Público (excluídos outros legitimados) fica submetida à iniciativa do consumidor ou de seu representante, com o que se descaracteriza o regime de substituição processual autônoma. É o que se depreende do art. 51, parágrafo 4º, da lei em foco, dispositivo, aliás, de duvidosa constitucionalidade, já que atribui ao Ministério Público a defesa particular, em regime de representação, de direitos individuais disponíveis, ao arripio do art. 127 da Constituição Federal.

#### *Ação de cumprimento*

Obtida a sentença genérica de procedência, cessa a legitimação extraordinária. A ação específica para seu cumprimento, em que os danos serão liquidados e identificados os respectivos titulares, dependerá da iniciativa do próprio titular do direito lesado, que será, por conseguinte, representado e não substituído no processo. Aliás, mesmo quando ajuizada coletivamente, como prevê o art. 98 da lei, a ação de cumprimento se desenvolverá em litisconsórcio ativo, em que os titulares do direito serão nomeados individualmente e identificadas particularmente as lesões sofridas. Assim, ainda nestes casos, a ação de cumprimento será proposta em regime de representação, e não de substituição processual<sup>12</sup>. Por outro lado, a falta de iniciativa do interessado, no prazo de um ano, importará decadência do direito de cumprir o julgado em seu favor, hipótese em que os

resíduos condenatórios – apurados e liquidados em ação proposta por qualquer dos entes relacionados no art. 82, em regime, agora novamente, de substituição processual – reverterão em favor do Fundo criado pela Lei nº 7.347, de 1985. É o que estabelece o art. 100 da Lei nº 8.078, de 1990. Importa salientar que, ao contrário do que se poderia concluir de uma interpretação puramente literal daquele dispositivo, a reversão em favor do Fundo certamente não poderá compreender os valores já pagos aos que se habilitaram tempestivamente, nem os devidos aos interessados que, no prazo legal, tenham promovido a ação de cumprimento, ainda em curso.

#### *Ação coletiva e ação individual – autonomia*

O caráter genérico da sentença de procedência e a inviabilidade de sua liquidação e execução por substituto processual autônomo, são dois indicativos importantes da opção feita pelo legislador brasileiro em tema de defesa coletiva de direitos individuais, qual seja: o titular do direito material não pode ser obrigatoriamente vinculado ao processo ou aos efeitos da sentença. Em outras palavras, diferentemente do que se passa no mandado de segurança coletivo, aqui, na ação civil coletiva em exame, o legislador brasileiro privilegiou claramente o direito à liberdade da ação, que tem como contrapartida necessária a faculdade de não acionar, e até de renunciar, se esta for a vontade do titular do direito. Esta opção se manifesta, também, no art. 94 da lei (ao estabelecer como faculdade do interessado o seu ingresso como litisconsorte), no art. 103, III (ao estabelecer que a coisa julgada material *erga omnes* somente se dará em caso de procedência da ação coletiva), e sobretudo no art. 104, segunda parte. Ali se diz que "...os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos da ação coletiva". Desse dispositivo colhe-se: (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva superveniente; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor e (c) que não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente.

#### *Limitações – natureza da tutela e providências cautelares*

A opção clara do legislador, de privilegiar a liberdade do interessado de se vincular ou não

<sup>12</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, nos "Comentários" citados, referindo-se à legitimação para a liquidação e execução, anotou que "...a liquidação e a execução serão necessariamente personalizadas e divisíveis. Promovidas que forem pelas vítimas e seus sucessores, estes estarão agindo na qualidade de legitimados ordinários, sendo individual o processo de liquidação e execução. E quando a liquidação e execução forem ajuizadas pelos entes enumerados no art. 82? A situação é diferente da que ocorre com a legitimação extraordinária à ação condenatória do art. 91 (...). Lá os legitimados agem no interesse alheio, mas em nome próprio, sendo indeterminados os beneficiários da condenação. Aqui, as pretensões à liquidação e execução da sentença serão necessariamente individualizadas: o caso surge como de representação, devendo os entes e pessoas enumerados no art. 82 agirem em nome das vítimas ou sucessores" (op. cit., p. 553).

aos efeitos da sentença, reforça a conclusão antes enunciada, a saber: a pretensão possível de ser deduzida por substituto processual na ação civil coletiva é apenas a que conduz a uma sentença condenatória genérica, provimento jurisdicional semelhante às decisões normativas do Direito do Trabalho, e que, pelo seu conteúdo, situa-se em posição intermediária entre a absoluta abstração da norma legal e a concreitude das sentenças proferidas em demandas individuais. Não é compatível com o sistema, destarte, pretender-se, em regime de substituição processual, sentença coletiva de natureza constitutiva, cuja eficácia atingiria imediata e necessariamente a esfera jurídica dos substituídos, sonhando-lhes a liberdade de optar pela não-vinculação. Essa limitação se estende também às providências cautelares: o substituto processual poderá pleiteá-las, mas desde que se trate de medidas: (a) relacionadas com a ação de conhecimento, pois a legitimação extraordinária não existe para a liquidação e execução, já que se esgota com a sentença, e (b) que não importem vinculação necessária do patrimônio jurídico do substituído aos efeitos do provimento jurisdicional.

#### *Litispêndencia*

Sustentamos, ao tratar do mandado de segurança coletivo, que entre ele e o mandado de segurança individual opera-se a triplíce identidade, resultando daí, eventualmente, litispêndencia e coisa julgada. Em se tratando, porém, de ação civil coletiva, a simetria com a ação individual não existe. Com efeito, na ação civil coletiva, a sentença será genérica, e, em caso de procedência, será seguida de outra, a ser proferida na ação de cumprimento, oportunidade em que se individualizará e quantificará a sanção condenatória. Já a ação individual traz *embutida em si* a ação de cumprimento, pelo menos em boa parte. Assim, entre ação coletiva e ação individual pode haver identidade quanto às partes (e sob este aspecto, a coletiva é continente da individual) e quanto à causa de pedir. O pedido, porém, é diverso: na coletiva, há simples pedido de condenação genérica, quase que um pedido declaratório; na individual, há pedidos de declaração e de condenação de conteúdo mais específico (aqui há cumulação da ação de cumprimento, lá inexistente). Quanto ao pedido, bem se vê, a ação individual é mais abrangente. Entre as duas, portanto, não há litispêndencia e tal resulta claro do art. 104 da Lei nº 8.078, de 1990. Há, isto sim, conexão (CPC, art. 103), a determinar o processamento conjunto, perante

o juízo da ação coletiva, de todas as ações individuais, anteriores ou supervenientes.

#### *Coisa julgada*

A sentença proferida na ação coletiva terá eficácia de coisa julgada "*erga omnes*, apenas em caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores", segundo dispõe o art. 103, III, da lei. Os limites objetivos da coisa julgada, mesmo neste caso, são os próprios de uma condenação genérica: faz coisa julgada a certificação de que a obrigação do réu existe, mas não há coisa julgada – até por não ter sido objeto da demanda – em relação à individualização dos credores e do quanto é devido a cada um, questões que serão dirimidas por outra sentença, na ação de cumprimento. Há, entretanto, duas exceções à regra constante do dispositivo transcrito: a) haverá coisa julgada, mesmo em caso de improcedência, em relação aos que, atendendo ao edital referido no art. 94, intervierem como litisconsortes, como se depreende do parágrafo 2º do artigo 103; e b) não haverá coisa julgada, mesmo em caso de procedência, em relação aos que preferiram manter em curso ações individuais paralelas à ação coletiva, como se depreende do art. 104.

#### *5. Defesa coletiva de direitos individuais pelo Ministério Público*

##### *Hipóteses autorizadas em lei*

O Ministério Público não está incluído no rol dos entes legitimados a impetrar mandado de segurança coletivo, omissão coerente do legislador constituinte, pois não é próprio daquela instituição atender a interesses particulares. Todavia, o legislador ordinário o habilitou a defender coletivamente direitos individuais não só de consumidores (Lei nº 8.078, de 1990, arts. 91 e 92), mas também de investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913, de 1989) e de credores de instituições financeiras em regime de liquidação extrajudicial (Lei nº 6.024, de 1974, art. 46), sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, sejam eles necessitados ou não. Será possível compatibilizar a legitimação para defender tais direitos, tipicamente individuais e disponíveis, com a natureza e a finalidade do Ministério Público, instituição destinada à defesa de interesses sociais ou individuais indisponíveis (CF, art. 127) e que está proibida pela Constituição até mesmo de atuar em juízo em nome de entidades públicas (art. 129, IX), quanto mais de pessoas privadas?

### Constitucionalidade da legitimação

Em estudo específico sobre o tema<sup>13</sup>, respondemos que sim, pelas razões que sucintamente agora reproduzimos. Nas três citadas hipóteses de legitimação, o legislador ordinário estabeleceu uma linha comum e característica: a atuação do Ministério Público objetiva sentença condenatória genérica, mas a liquidação e a execução específica serão promovidas pelo próprio titular do direito individual. Ou seja: os direitos dos substituídos são defendidos sempre globalmente, impessoalmente, coletivamente. Obtido o provimento jurisdicional genérico, encerra-se a legitimação extraordinária. Por outro lado, nos três casos, a lesão é especialmente significativa, dado que, pela natureza dos bens atingidos e pela dimensão coletiva alcançada, houve também lesão a valores de especial relevância social, assim reconhecidos pelo próprio constituinte. Com efeito, é a Constituição que estabelece que a defesa dos consumidores é princípio fundamental da atividade econômica (art. 170, V), razão pela qual deve ser promovida, inclusive pelo Estado, em forma obrigatória (art. 5º, XXXII). Não se trata, obviamente, da proteção individual, pessoal, particular, deste ou daquele consumidor lesado, mas da proteção coletiva dos consumidores, considerados em sua dimensão comunitária e impessoal. O mesmo se diga em relação aos poupadores que investem seus recursos no mercado de valores mobiliários ou junto a instituições financeiras. Conquanto suas posições individuais e particulares possam não ter relevância social, o certo é que, quando consideradas em sua projeção coletiva, passam a ter relevância ampliada, de resultado maior que a simples soma de posições individuais. É de interesse social a defesa desses direitos individuais, não pelo significado particular de cada um, mas pelo que a lesão deles, globalmente considerada, representa em relação ao adequado funcionamento do sistema financeiro, que é, segundo a própria Constituição, instrumento fundamental para promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir os interesses da coletividade (art. 192). Com isso se conclui que a legitimação do Ministério Público, para a defesa de direitos individuais dos consumidores e dos investidores no mercado financeiro, estabelecida nas Leis nº 6.024, de 1974, nº 7.913, de 1989, e nº 8.078,

<sup>13</sup> "O Ministério Público e a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos", in *Revista de Informação Legislativa*, a. 30, nº 117, p. 173; *Revista Jurídica*, v. 41, nº 189, p. 21.

de 1990, é perfeitamente compatível com a sua incumbência constitucional de defender os interesses sociais, imposta pelo art. 127 da Constituição. Em todos os casos, ressalte-se, a legitimação tem em mira apenas a obtenção de sentença condenatória genérica. A atuação do Ministério Público se dá em forma de substituição processual e é pautada pelo trato coletivo e impessoal dos direitos subjetivos lesados. E é nesta dimensão, e somente nela, que a defesa de tais direitos – divisíveis e disponíveis – pode ser promovida pelo Ministério Público sem ofensa à Constituição.

### Hipóteses não expressamente autorizadas em Lei

Questão mais delicada é a de saber se o Ministério Público tem legitimação para defender coletivamente outros direitos individuais além daqueles expressamente previstos pelo legislador ordinário. Enfrentando o tema no estudo antes referido, concluímos que não cabe ao Ministério Público bater-se em defesa de direitos ou interesses individuais, ainda que, por terem origem comum, possam ser classificados como homogêneos. Aliás, esta tem sido a orientação do Superior Tribunal de Justiça<sup>14</sup>. Entretanto, em casos excepcionais, devidamente justificados e demonstrados, em que a eventual lesão a um conjunto de direitos individuais possa ser qualificada, à luz dos valores jurídicos estabelecidos, como lesão a interesses relevantes da comunidade, ter-se-ia presente hipótese de lesão a interesse social, para cuja defesa está o Ministério Público legitimado pelo art. 127 da Constituição. Também nestas hipóteses – cuja configuração estará evidentemente sujeita ao crivo do Poder Judiciário – a atuação do Ministério Público, necessariamente em forma de substituição processual autônoma, limitar-se-á à obtenção dos provimentos genéricos indispensáveis à restauração dos valores sociais comprometidos, sendo-lhe vedado deduzir pre-

<sup>14</sup> "O interesse de grupos não se confunde com o interesse coletivo. No primeiro, mesmo contando com pluralidade de pessoas o objetivo é comum e limitado, ao passo que no segundo está afeto a difusão do interesse, alcançando os integrantes da sociedade como um todo". (MS nº 256-DF, Rel. Min. Pedro Acioli, Primeira Seção. DJ de 4.6.90, p. 5045. Assim: "Ação Civil Pública. Mensalidades escolares. Repasse do aumento dos professores. Ministério Público. Parte ilegítima. Não se cuidando de interesses difusos ou coletivos, mas de interesses individuais de um grupo de alunos de um determinado colégio, afasta-se a legitimidade do Ministério Público." (Rel. Min. Garcia Vieira, RSTJ 54/306).

tensões que signifiquem, simplesmente, tutela de interesses particulares, ainda que homogêneos, ou de grupo.

#### *Limites da atuação – interesses sociais*

Sobre o tema, portanto, é de se asseverar que o art. 127 da Constituição atribui ao Ministério Público a defesa de interesses sociais, assim entendidos aqueles cuja tutela é importante para preservar a organização e o funcionamento da sociedade e para atender suas necessidades de bem-estar e desenvolvimento. Não se podem confundir interesses sociais com interesses de entidades públicas, nem com o conjunto de interesses de pessoas ou de grupos. Direitos individuais só devem ser considerados como de interesse social quando sua lesão tiver alcance mais amplo que o da simples soma das lesões individuais, por comprometer também valores comunitários especialmente privilegiados pelo ordenamento jurídico. A identificação destes interesses sociais compete tanto ao legislador ordinário – como ocorreu nas Leis nº 8.078, de 1990, nº 7.913, de 1989, e nº 6.024, de 1974 – como ao próprio Ministério Público, se for o caso, mediante avaliação de situações concretas não previstas expressamente em lei. Nesta última hipótese, a identificação do interesse social – cuja existência e relevância hão de ser cumpridamente demonstradas pelo autor – estará sujeita ao indispensável contraditório e ao controle final do Juiz, de modo a que sejam coibidos abusos e desvios de legitimidade.

#### *6. Conclusões*

Em suma: a) direitos coletivos e difusos são transindividuais (“não têm dono certo”, como disse Caio Tácito<sup>15</sup>), e indivisíveis, não podendo ser satisfeitos ou lesados senão em forma que afete todos os possíveis titulares; já os direitos individuais, mesmo quando homogêneos em relação a outros, não deixam de ter dono certo, continuam sendo direitos subjetivos individuais; b) o legislador criou mecanismos para defesa de direitos coletivos e difusos (ação civil pública e ação popular), e mecanismos para defesa coletiva de direitos individuais (mandado de segurança coletivo e ação civil coletiva), que, pela sua tipicidade e configuração, são inconfundíveis e impróprios para finalidades diversas das que lhes foram destinadas; c) na defesa de direitos coletivos, a substituição pro-

cessual é a regra, dada a indeterminação dos titulares; na defesa de direitos individuais, no entanto, a substituição processual é exceção, e como tal tem interpretação estrita, sendo admissível apenas nos casos e nos limites previstos em lei; d) a técnica adotada pelo legislador para tornar viável a defesa coletiva de direitos individuais, é a da substituição processual autônoma, com características e limites próprios para cada um dos mecanismos processuais criados; e) o *mandado de segurança coletivo*: – é instrumento de tutela coletiva de direitos subjetivos individuais (e não de direitos coletivos que, se for o caso, poderão ser tutelados pelo mandado de segurança tradicional); – a entidade impetrante deve ostentar interesse jurídico próprio, que se configura pela relação de compatibilidade entre sua natureza e razão de ser, e a natureza dos direitos individuais afirmados em juízo; – as entidades legitimadas, exceto o partido político, somente poderão impetrar segurança coletiva como substitutas processuais dos respectivos filiados ou associados; – não é vedado ao legislador ordinário ampliar o rol dos legitimados ativos previsto na Constituição; – a substituição processual é autônoma, dispensada a impetrante de qualquer autorização dos titulares do direito, que serão particularmente identificados por ocasião do cumprimento da sentença; – entre o mandado de segurança coletivo e o individual há relação de continência e conteúdo; – a sentença, quando se pronunciar sobre o próprio direito (e não apenas sobre sua liquidez e certeza), fará coisa julgada em relação a todos os substituídos; f) a *ação civil coletiva*: – é a prevista no art. 91 da Lei nº 8.078, de 1990; – tem regra de competência distinta da ação civil pública; – seu objeto é a tutela de direitos individuais decorrentes de relações de consumo; – a pretensão é de natureza condenatória; – a sentença será genérica e a identificação e individualização dos substituídos e suas específicas situações serão objeto de ação de cumprimento; – não há substituição processual, e sim representação, na ação de cumprimento; – o titular do direito material tem a opção de se vincular ou não à ação coletiva e à sentença nela proferida; – extrapolam os limites da substituição processual pretensões de natureza constitutiva (incompatíveis com sentenças genéricas e com a faculdade de não vinculação do substituído), bem assim de providências cautelares relacionadas com a ação de cumprimento (sujeita a regime de representação); – entre a ação coletiva e a individual não

<sup>15</sup> “Controle Jurisdicional da Administração Pública na Nova Constituição”, in *RDP* nº 91, pp. 30 e ss., 1989, p. 13.

há identidade quanto ao pedido (a ação individual embute a ação de cumprimento), o que induz conexão, mas não litispendência; – a sentença de *procedência* fará coisa julgada *erga omnes* para beneficiar, no que se refere ao provimento genérico, todos os possíveis titulares do direito lesado, exceto os que, optando pela não-vinculação, mantiveram demandas individuais paralelas; – a sentença de *improcedência* fará coisa julgada em relação aos que se vincularam à ação coletiva como litisconsortes ativos; g) quanto ao *Ministério Público*: – não é da sua natureza constitucional defender direitos subjetivos individuais disponíveis; – nos casos em que o legislador o legitimou para tal (tutela de consumidores, de credores de instituições financeiras em regime de liquidação, e de investidores no mercado financeiro), há subs-

tituição processual autônoma, para demandar pretensão condenatória genérica, em caráter coletivo e impessoal; – a compatibilidade constitucional dessa legitimação está em que a lesão conjunta àqueles direitos individuais implica também lesão a valores sociais especialmente privilegiados pelo direito positivo, cuja tutela é encargo do *Ministério Público*; – afora os casos expressamente previstos em lei, a legitimação do *Ministério Público* para defesa de direitos individuais poderá ser admitida apenas em situações especiais, quando a lesão ao conjunto dos direitos venha representar, à luz dos valores jurídicos estabelecidos, não apenas a soma dos interesses particulares, mas sim o comprometimento de interesses relevantes da sociedade como um todo.

# Revisão do decênio da Reforma Penal (1985-1995)

## Considerações sobre a "Execução Provisória da Sentença Penal"

MAURÍCIO KUEHNE

### SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Desenvolvimento do tema.

#### 1. Introdução

A iniciativa quanto à realização de um seminário desta convergadura é digna dos maiores encômios.

Malgrado as críticas quanto ao sistema punitivo estatal, o certo é que os instrumentos normativos existentes revelam, como bem ponderado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro<sup>1</sup>, um sentido programático e um sentido pragmático. As imperfeições, necessário que se busquem os aperfeiçoamentos de molde a, com base na experiência, tanto quanto possível, possamos ter as diferentes situações reguladas por preceitos adequáveis à realidade. É certo que "a lei não transforma a realidade, mas sem lei a realidade não se transforma", conforme acentuado por Miguel Reale Júnior *et alii*<sup>2</sup>.

A caoticidade do sistema penitenciário nacional é flagrante. Os números existentes, conforme o último censo penitenciário nacional<sup>3</sup>, são estarredores e demonstram, consoante já salientado por inúmeras vozes, a falência da pena de prisão; por todos, vide Cezar Roberto Bitencourt<sup>4</sup>, valendo destacar palavras suas:

"Quando a prisão converteu-se na resposta penológica principal, especial-

Maurício Kuehne é Promotor de Justiça, aposentado. Professor de Direito Penal e Execução Penal da Faculdade de Direito de Curitiba.

Trabalho apresentado no Seminário de Direito Penal, com o tema "Revisão do Decênio da Reforma Penal (1985-1995)", realizado em Porto Alegre-RS, nos dias 28 e 29 de abril de 1995, promoção dos Cursos de Pós-Graduação em Ciências Penais da UFRGS e PUCRS.

<sup>1</sup> Vide *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RT, 8/85.

<sup>2</sup> Cf. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*, Forense, 1985, p. 169.

<sup>3</sup> Publicação do Ministério da Justiça - *Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, 1994.

<sup>4</sup> *Falência da Pena de Prisão* - RT, 1993.

mente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinqüente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinqüente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão, referem-se a impossibilidade - absoluta ou relativa - de obter algum efeito positivo sobre o apenado" *ob. cit.*, p. 143.

As considerações que o autor em questão continua a tecer merecem a reflexão de tantos quantos se dedicam a estudos deste jaez.

A descrença atinge de forma tão violenta as pessoas, que a abolição do sistema, como um todo, é refletido nas palavras de Louk Hulsman<sup>5</sup>:

"Se afastado do meu jardim os obstáculos que impedem o Sol e a água de fertilizar a Terra, logo surgirão plantas de cuja existência eu sequer suspeitava. Da mesma forma, o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça".

Falência declarada de um lado, contudo, com o despertar de reflexões que não possam e não devam conduzir ao extremismo. Eventos deste porte propiciam o estudo, e quiçá, em porvir não longo, idéias novas possam aparecer, não nos olvidando que os instrumentos de trabalho à disposição merecem aplicabilidade.

Assim não fosse, dispensável seria debruçarmo-nos no estudo das normas vigentes.

Não é e não seria este o propósito. À luz do ordenamento vigente, sem o olvido de que as normas possam ou devam ser modificadas, mas, com os pés no chão, diante da realidade que

está ao nosso lado, ousamos a uma incursão que não é nossa, mas que dela nos tornamos adeptos. Penitenciamos-nos por equívocos, à luz da Ciência, e entendemos que nosso propósito não é causar tumulto, mesmo porque já avalizado por figuras da mais alta respeitabilidade, conforme se anota:

"Muito embora o enunciado formal da presunção de inocência possa abranger a extensão do princípio até o trânsito em julgado da sentença condenatória, em nosso sistema a executoriedade da decisão condenatória não depende da sentença definitiva, isto é, não modificável através de recurso. Com efeito, dispõe o art. 393, I, do Código de Processo Penal que é efeito da sentença condenatória recorrível "ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança".

Como conseqüência, se o condenado é posto desde logo em prisão, antes do desfecho da eventual apelação, tem-se que se o início de execução da pena privativa de liberdade ocorrer em regime fechado ou semi-aberto, em tal oportunidade se realizará o exame criminológico. E nem poderia ser de outra maneira em face da natureza de tal investigação e de suas conseqüências para a classificação e individualização. O diagnóstico criminológico está para a correta execução de pena privativa de liberdade, assim como os exames clínicos e radiológicos estão para o tratamento dos pacientes da Medicina" (*ob. cit.*, nº 2).

## 2. Desenvolvimento do tema

As considerações que pretendemos colocar, nesta oportunidade, não se constituem matéria nova. Ao mesmo tempo, não apresenta concordância ou uniformidade de pensamento, entre os que lidam com a matéria penal, processual penal e de execução penal; ao contrário, os debates suscitados se renovam.

Além do referencial à obra de Reale Jr. *et alii*, salvo engano, Afrânio Silva Jardim<sup>6</sup> teria sido uma das primeiras pessoas a escrever a respeito do assunto, enfrentando a matéria diante da Lei de Execução Penal, vigente entre nós há uma década. Adiante enfocaremos as

<sup>5</sup> *Penas Perdidas, o Sistema Penal em Questão*. LUAM, Rio de Janeiro, 1993.

<sup>6</sup> *Direito Processual Penal, Forense*, 4ª edição, pp. 389/409.

colocações do autor nominado com mais detalhes.

Os primeiros estudos a respeito da nova lei (execução) abordaram a questão sem que houvesse preocupação quanto aos aspectos de ordem prática.

Odir Odilon Pinto e José Antonio Paganella Boschi<sup>7</sup>, fazendo alusão ao artigo 105 da LEP, escreveram que tal dispositivo *não difere substancialmente do art. 674, do CPP*. Ditam os dispositivos em referência:

“LEP – 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.”

“CPP – 674. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena.”

Ocorre que o artigo 393, I do CPP, atrás mencionado, vem tendo aplicabilidade. É certo que deve emanar a *necessidade* da permanência do réu na prisão, ou a mesma necessidade, de que *deva* ser preso, inobstante respeitáveis posições quanto à derrogação do artigo último referido (e também do art. 594, do CPP). Certo que a necessidade da custódia, diante do grifo efetuado, haverá de estar convenientemente fundamentada, em obediência à nova Ordem Constitucional.<sup>8</sup> Deriva

<sup>7</sup> *Comentários à Lei de Execução Penal*, AIDE, 1986.

<sup>8</sup> A respeito: “RHC 3.391-6-MG - RSTJ nº 58/154-156: EMENTA: RHC - Processual Penal - Art. 594 - Inteligência - A regra é o acusado aguardar o julgamento em liberdade, até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Corolário do princípio constitucional da presunção de inocência. Abrem-se, contudo, exceções à prisão cautelar e prisão processual. A condenação, em si mesma, é insuficiente. Ultrapassada a fase legislativa de a constrição ao exercício do direito de liberdade decorrer da natureza do delito, da cominação da pena, ou da decisão absolutória, se por unanimidade ou não. No art. 594, CPP está subjacente o requisito da necessidade. Inquérito policial e ação penal, em curso, em princípio, não afetam os “bons antecedentes”. Todavia, ressalve-se a decisão judicial, ainda que sujeita a recurso, pode evidenciar a referida necessidade, dado o fato de haver passado pelo contraditório e defesa plena. O voto do Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro está assim redigido: “O presente recurso traz à tona, mais uma vez, os requisitos para o réu aguardar em liberdade o

daí que a interposição de recurso por parte do réu não pode ser interpretada como prejudicial à sua condição de preso. Não nos referimos ao recurso da acusação, posto que, seu provimento poderá alterar, de forma sensível, o mandamento contido na sentença. Nossa ótica é tão-só, quando o recurso seja exclusivo do réu (houve o trânsito em julgado para o Ministério Público), daí extraindo-se as conseqüências de que o provimento pode resultar em: a) absolvição; b) minoração da reprimenda; c) anulação do feito ou d) manutenção do que ficou decidido, vale dizer, não poderá haver qualquer prejuízo ao réu.

Não podemos conceber, à luz do princípio relacionado à presunção da inocência e quando o réu deva permanecer preso ou venha a ser, que a sua irresignação possa ser interpretada em seu desfavor. O contrário, *data venia*, é que exsurge.

Já tivemos ensejo de nos manifestar a respeito do tema, permitindo-nos, pois, trazer à

trânsito em julgado do recurso de apelação. Minha posição é conhecida. A regra é o acusado aguardar em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Abrem-se exceções à prisão cautelar e à prisão processual. Esta conclusão se harmoniza com o comando constitucional da presunção de inocência. A condenação, em si mesma, é insuficiente. O Direito brasileiro já ultrapassou a fase legislativa de a constrição ao exercício do direito de liberdade decorrer da natureza do crime, da cominação da pena ou da decisão absolutória, se por unanimidade ou não. A colocação penal - criminológica - é outra. Tanto nas hipóteses dos arts. 312 e 594 do Código de Processo Penal está subjacente o requisito da necessidade. E a necessidade se individualiza na ordem pública, na instrução criminal, na executoriedade da sentença condenativa, e nos antecedentes processuais e sociais. No caso dos autos, o MM. Juiz fundamentou o decreto de prisão nos antecedentes. Ressalto a fundamentação: “... devendo ser conduzido preso deste Tribunal, por não registrar bons antecedentes, na forma do art. 594 do Código de Processo Penal, eis que pronunciado em outro processo, pendente de julgamento de recurso e pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (fls. 31)”. Tenho insistido, inquéritos policiais e ações penais, por si sós, não podem configurar maus antecedentes. Todavia, ressalvo, desde que decisão judicial, ainda que sujeita a recurso. Neste caso, o fato passou pelo crivo do contraditório e da defesa plena, conferindo, por isso, indício de conduta anterior. No caso dos autos, o pormenor foi argüido para forar a prisão processual. A decisão do Judiciário, em princípio, goza da pretensão de legalidade. Nego provimento ao recurso.”

colação o que escrevemos,\* sem prejuízo de suprimimentos outros efetivados neste ensejo. Afirmamos que não existem obstáculos à execução provisória e que: a tal situação conduz o artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal, ao argumento de que o dispositivo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal, diante do que dispõe o art. 5º, inciso LXV, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Moreira Alves, consignou:

“Por fim, quanto à legalidade da expedição do mandado de prisão pelo acórdão que confirmou a sentença condenatória, não tem razão o parecer da Procuradoria-Geral da República, porquanto o Plenário desta Corte, ao julgar, em 26.6.91, o HC 68.726, de que foi relator o Sr. Ministro Néri da Silveira, decidiu, por unanimidade de votos, que não ofende o princípio do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal a prisão do réu condenado, embora ainda sem ter transitado em julgado a decisão condenatória, razão por que, aliás, é perfeitamente compatível com o citado dispositivo constitucional a norma do § 2º do artigo 27 da Lei nº 8.038/90, que determina que os recursos extraordinários e especial serão recebidos no efeito devolutivo. Não há, portanto, como pretender-se que se trata de prisão ilegal, a ser relaxada, consoante o disposto no inciso LXV do artigo 5º da mesma Constituição (HC 69.456-MG, in RTJ 147/223).

Pela sua integral pertinência, remetemos ao estudo de Afrânio Silva Jardim: “A prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível”, in *Direito Processual Penal*, Editora Forense, 4ª edição, pp. 389/409, onde, na parte que nos interessa, é apresentada a seguinte conclusão:

“O reconhecimento da natureza de execução provisória à prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível permite ao réu se beneficiar dos direitos outorgados pela Lei de Execução Penal, mesmo antes da apreciação do seu recurso. Assim, o exercício do direito de recorrer não prejudica a situação processual do réu”.

Oportunas, por igual, as colocações de Sérgio de Oliveira Médici<sup>8</sup>:

\* Vide nota 12.

<sup>8</sup> *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 1, nº 10, novembro de 1993.

“A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade tem provocado reações contrárias da doutrina e da jurisprudência. Duas são as principais objeções à execução da sentença condenatória recorrível:

1. A Lei de Execução Penal, em seu art. 105, estabelece que o juiz expedirá a guia de recolhimento para a execução da pena privativa de liberdade após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, a lei somente permite a execução penal em termos definitivos.

2. A regra constitucional da presunção da inocência obsta a execução provisória, pois a pessoa a ela submetida seria considerada culpada antes do trânsito em julgado da condenação.

Tais argumentos são insuficientes para impedir uma antecipação da execução penal, pelas seguintes razões:

1. A LEP não proíbe, expressamente, a execução provisória. E até permite a aplicação de seus preceitos ao “preso provisório” (art. 2º, parágrafo único).

2. A presunção de inocência, consagrada na Constituição Federal de 1988, constitui uma garantia da pessoa humana contra o arbítrio estatal. Não pode, pois, ser interpretada *a contrario sensu*, por prejudicar o acusado.

3. À primeira vista, uma execução provisória evidencia idéia de ilegalidade, de injustiça ou de arbitrariedade, pois a condenação pode ser desfeita em recurso. Não se deve olvidar, entretanto, que em muitos casos a execução provisória da pena privativa de liberdade será favorável ao condenado. Basta lembrar a hipótese do acusado preso provisoriamente que, condenado em primeira instância, tem direito ao regime aberto desde o início da execução.

Seria correto manter-se o encarceramento do acusado, não obstante o trânsito em julgado para a acusação, com a justificativa de que deve ser respeitada a presunção de inocência dele? Com toda certeza, o condenado preferirá o início imediato do cumprimento da pena, antes mesmo do julgamento do recurso, se concedida a prisão-albergue.

Quanto à possibilidade de absolvi-

ção, em grau de apelação, durante a execução provisória da sentença, é preciso lembrar que não existe diferença essencial entre aquele que está preso cautelarmente e é absolvido, e o que se submete a uma execução provisória e obtém a reforma da sentença em segunda instância.

4. Por último, é importante registrar que a sentença condenatória não faz coisa julgada em termos absolutos, diante da possibilidade de sua anulação ou de rescisão por meio de *habeas corpus* ou de revisão criminal. Daí a inevitável conclusão de que, em sentido amplo, a execução penal é sempre provisória.

Proposta:

1. Para afastar as objeções que a expressão execução provisória tem gerado entre os doutrinadores, sugerimos o emprego da locução execução penal antecipada.

2. A antecipação na execução da pena privativa de liberdade deve ser limitada às hipóteses em que seja vantajoso para o condenado o imediato início do cumprimento da sanção. Inaceitável, por isso, a execução provisória se o acusado puder aguardar o julgamento do recurso em liberdade."

A respeito das colocações do autor último citado (Sérgio Médici), cujas alusões atrás consignamos, e de Afrânio Jardim, vide os comentários de Aduato Suannes:

"Podemos falar em execução antecipada?"

— *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2 - nº 7 - julho-setembro de 1994, pp. 167/173. São tecidas considerações a respeito do que ficou decidido no HC nº 2.648-STJ, onde foi deferida a ordem, determinando-se a expedição de guia de recolhimento provisória, a fim de possibilitar ao condenado a postulação da progressão de regime. Comunga o autor com a possibilidade de ser o acusado retirado da prisão "onde nada justifica que ele ali permaneça", contudo, não admite a progressão.<sup>8a</sup> Vide,

<sup>8a</sup> Alude o autor em referência: "Está fora de dúvida que a questão em estudo apresenta dois aspectos relevantes: a) admitindo-se, por hipótese, que cada um dos diferentes regimes prisionais se cumpra em local diverso, dada a diferença legal entre eles, de um lado, estamos diante de alguém com a justa pretensão de não se encontrar recolhido no presídio onde se encontra (pois tem o indiscutível direito de obter a progressão do regime inicial de cumprimento da

também, *Revista citada*, v. 1, pp. 153/157, comentário de Leônidas Ribeiro Scholz a respeito do que ficou decidido no HC 68.572-2/130-DF, 2ª Turma STF, onde se discutiu quanto à aplicabilidade da LEP ao preso provisório, cuja conclusão é neste sentido, conforme se verá.

Interessante anotar, inobstante em votos vencidos, o que aludiram os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, no HC 69.964-RJ in *RTJ* 147/243:

"Concluo que o paciente tem direito à progressividade assegurada pela ordem jurídica, tendo em vista até mesmo que, indeferido o *habeas corpus* relativamente à primeira causa de pedir, assentada estará a premissa de que essa prisão é provisória e, como tal, dá-se a incidência, a meu ver, do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 7.210", e: "Concedo a ordem. E também, quanto ao segundo ponto, sem mais comentários, acompanho o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio. Não vejo como a prisão especial, que é privilégio, que é prerrogativa, que é vantagem, possa se transformar em impedimento à progressão da pena ou, amanhã se vai dizer, até à liberdade do réu, se esgotar o tempo da pena a cumprir, no curso da prisão especial. Prisão especial é prisão: é quanto basta."

Elucidativa a Ementa ao HC 70.266-0 - RJ-STF, in *DJU* 15.4.94, p. 8.061:

"*Habeas corpus* - A decisão sobre os benefícios previstos na Lei de Execução Penal, que são aplicáveis também ao preso provisório, é da competência do Juiz da Execução (arts. 2º, parágrafo único, e 66 da Lei nº 7.210/84), não tendo praticado qualquer ilegalidade o acórdão atacado por entender não ser cabível, em embargos de declaração, o exame de pretensão dessa natureza."

Releva observar o parecer do Ministério Público Federal, apresentado nos autos em questão, onde se consignou:

"Em verdade, a Lei de Execução Penal assegura ao preso a aplicação das

pena que lhe foi imposta para regime diverso, mais brando, se se encontrasse ele em cumprimento de pena); b) de outro lado, não pode ele obter essa progressão exatamente porque, a rigor, ainda não se iniciou o cumprimento da pena, sendo seu encarceramento de natureza puramente processual."

regras precipuamente destinadas aos condenados em definitivo (art. 2º, parágrafo único da Lei nº 7.210/84).

A aplicação em favor da paciente dos benefícios que o impetrante considera postergados constitui matéria de expressão competência do Juízo da Execução (art. 66, III, b e d da Lei nº 7.210/84)."

Também:

"I. Prisão preventiva: impugnação superada dada a superveniência de sentença condenatória e de decisão de segundo grau que a confirmou, sujeita a última apenas o recurso extraordinário ou especial, o que - segundo se firmou na jurisprudência do STF (v.g. HC 68.728, Plen., 28.6.91, Néri da Silveira, *Lex* 170/358; HC 69.605, 1ª Turma, 13.10.92, Gallotti, *Lex* 173/383; HC 68.968, 2ª Turma, 11.2.92, Brossard, *RTJ* 141/523) - contra o voto do relator -, autoriza, por si só, a prisão imediata do acusado, independentemente a demonstração da sua necessidade cautelar.

II. A prisão do condenado por decisão sujeita a recurso extraordinário ou especial, apenas porque despidos de efeito suspensivo, não tendo, por isso, natureza cautelar, configura execução provisória da condenação, o que basta para inviabilizar a fiança." (HC 70.798-0 - RJ - STF in *DJU* - 6.5.94, p. 10470).

Paulo Lúcio Nogueira, in *Comentários à Lei de Execução Penal*, Saraiva, 1994, 2ª ed., pp. 142/143, consigna que:

"... não há execução provisória de sentença condenatória, pois a execução só se inicia com o trânsito em julgado da sentença, com expedição da guia de recolhimento para a execução." Remete a julgados para embasar seu entendimento. (*RT* 660/292 e 649/261).

Mais adiante, entretanto (p. 151), admite a existência da "execução provisória da sentença" ao aduzir:

"Contudo, o que nos parece perfeitamente admissível e até mesmo necessário, havendo vagas nos estabelecimentos de regime semi-aberto, sendo o réu condenado a iniciar a pena nesse regime e tendo somente ele apelado, já que não poderá haver reforma da sentença para piorar sua situação, é que se expeça guia

de recolhimento para execução provisória da sentença, como exceção à regra de que se aguarde o trânsito em julgado da decisão para expedir-se a guia de recolhimento para execução definitiva."

Mirabete, *ob. cit.*, ao referenciar julgado contido na *RT* 625/277 entende que o juiz da condenação é o competente para apreciação do pedido, "quando ainda não se operou o trânsito em julgado da decisão". Enfatiza que "entendimento diverso implicaria tratamento mais severo para o preso provisório do que o submetido o condenado" (p. 296, 3ª ed.).

As implicações de ordem prática são várias. Como poderia o juiz sentenciante executar se não dispõe dos autos do processo? (remetidos que foram à instância superior).

Ora, sendo aplicável ao preso provisório os ditames da LEP, quando de recurso exclusivo deste, seria expedida guia provisória para a execução, com expressa menção nos autos. A nosso ver, nada obsta que o juízo sentenciante decida a respeito dos diferentes direitos eventualmente outorgáveis ao réu. Aliás, a tendência gradativa deverá ser neste sentido, devendo os diferentes juízos executarem as penas dos réus custodiados em estabelecimentos sob a responsabilidade do juízo da condenação. É mera questão de vontade política. O 1º Simpósio Nacional sobre Execução Penal, a cujas conclusões remetemos, discutiu o assunto em pauta, entendendo viável a execução pelo próprio juízo sentenciante, conforme ali se encontra descrito.

Sabido que existe um vasto contingente de réus presos aguardando decisão de recurso. Propõe-se, à falta de regulamentação, que os pedidos visando progressão de regime, livramento condicional, etc. sejam formulados junto ao juízo de execução ou ao próprio juízo prolator da sentença, instruindo-se com cópia da decisão condenatória e certidão comprobatória quanto à interposição de recurso exclusivo do réu - prova do trânsito em julgado para a acusação -, sem possibilidade de *reformatio in pejus*. Recomendável, também, o atestado de permanência e comportamento carcerário, além de outros informes (artigo 106-LEP). Desconhecemos precedentes no Paraná.<sup>9</sup> É tempo de pro-

<sup>9</sup> Em 23 de fevereiro de 1995, foi julgado o *habeas corpus* nº 75.575-3, 4ª C.Cr. TA-PR., assim ementado "*habeas corpus* - Preso Provisório - Expedição de guia de recolhimento - denegação a pretexto de que não houve o trânsito em julgado da condenação - Processo pendente de recurso especial - obstáculo

vocar. Não é demasiado lembrar que o recurso próprio de eventual decisão denegatória é o agravo. Por força da prevenção, o órgão julgador na instância *ad quem* deverá conhecer de eventual irresignação. Quem sabe não seja, ao menos, uma solução para agilizar os recursos? O tempo dirá.

Para remate final: qual a razão de os diferentes decretos concessivos de indulto e comutação (incidentes de execução) expressarem que a concessão “aplica-se ainda que a sentença esteja em grau de recurso interposto pela defesa...”(?)

Vide, a respeito: Decretos nºs 1.242(15.9.94); 953(8.10.93); 668(16.10.92); 244(28.10.91); 99.915(24.12.90); 98.389(13.11.89), dentre outros.

Ora, admitindo-se, como se admite, e aí parece que não há discordância, que o acusado deva permanecer preso, ou possa vir a ser, em excepcionalíssimas situações, necessário que se extraia as lógicas consequências dentro do sistema colocado nas mãos do intérprete.

Assumem relevo, a nosso ver, as premissas salientadas por Sérgio Médici, assim como as colocações de Afrânio Silva Jardim “... a prisão em decorrência de sentença penal recorrível não tem a natureza cautelar, tratando-se de execução provisória da pena...”. Reconhece o autor último os posicionamentos contrários<sup>10</sup> contudo, conforme atrás aludimos, a execução provisória nenhum prejuízo traz ao réu.

Demais disso, salienta Afrânio Silva Jardim que as características próprias da tutela cautelar (accessoriedade - preventividade - instrumentalidade hipotética e provisoriedade) não estão presentes quando se trata de “prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível”. A oposição que se efetiva a tais colocações, sem dúvida, é da mais alta respeitabilidade.

Na esteira das colocações já referidas, Leonidas Scholz, em comentários à decisão do STF no HC 68.572-2/130, j. em 14.5.91, relator o Min. Néri da Silveira, diz:<sup>11</sup>

inexistente - ordem concedida. Referindo-se a LEP, expressamente, quanto à sua aplicabilidade, ao preso provisório, inexistem obstáculos à expedição da guia de recolhimento, em caráter provisório.” (O Ministério Público, opinando favoravelmente à concessão do *habeas corpus*, invocou o contido no HC nº 2.600-4-940129351, STJ, 6ª T. DJU 15.8.94).

<sup>10</sup> Por todos, cita Romeu Pires de Campos Barros - *Processo Penal Cautelar* - Forense, 1982, pp. 275/278.

<sup>11</sup> Vide *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 1/153-157.

“Acentuada relevância - jurídica e, sobretudo, prática - encerra o julgado em pauta, conduzido pelo voto do eminente Ministro Néri da Silveira. Primeiro, por afastar o preciosismo formal no qual se consubstancia o entendimento de que a progressão de regime prisional pressupõe a existência de execução penal definitiva, a qual, por seu turno, depende da expedição da guia de recolhimento e, pois, nos termos do art. 105 da Lei de Execução Penal, do trânsito em julgado da condenação para acusação e defesa.

Elimina esse expressivo pronunciamento da Suprema Corte, com efeito, o manifesto e inaceitável contra-senso caracterizado pela vedação da progressão de regime prisional, enquanto não julgado o seu recurso, ao acusado preso e com situação penal insuscetível, em face do trânsito em julgado da condenação para o órgão acusatório, de agravamento. Debela-se, assim, o paradoxo que se define na equação a teor da qual a utilização de tão importante instrumento do direito de defesa, o recurso à superior instância, prejudica gravemente o acusado ao mantê-lo à margem da possibilidade de, nesse entretempo, poder galgar regime penitenciário menos severo, obrigando-o a permanecer submetido, o mais das vezes, indefinidamente, a condições prisionais em larga medida mais rigorosas do que aquelas inerentes ao regime compatível, qualitativa e quantitativamente, com a reprimenda imposta.”

O julgado em questão está assim ementado:

“*Habeas corpus* - Preso provisoriamente - Lei nº 7.210/1984, art. 2º.

Decisão que transitou em julgado para o Ministério Público, pendendo de julgamento o recurso interposto pelo réu, ora paciente. Pretensão à progredir do regime fechado para o semi-aberto. *Habeas corpus* deferido, em parte, para que o paciente possa gozar do benefício da progressão para o regime semi-aberto, afastada, porém, a possibilidade da prisão-albergue domiciliar, na hipótese de não existir estabelecimento apto à execução da pena em prisão especial no regime semi-aberto. Precedente do STF, no HC 68.118-2/SP.”

STF HC 68.572-2/130-DF 2ª T-j. em

14.5.91, Rel. Néri da Silveira.

Vale referir que o Ministério Público Federal posicionou-se favoravelmente à pretensão, embora em parte, mas no ângulo do que ficou decidido.

Outras posições merecem destaque. Já aludimos ao que dizem Paulo Lúcio Nogueira e Júlio Fabbrini Mirabete, quando transcrevemos trecho de nosso livro<sup>12</sup>. Da Silva & Boschi (ob.cit.) consignam a p. 21:

“Atento ao princípio constitucional da igualdade, a Lei de Execução consagra idêntico tratamento ao condenado definitivo e ao preso provisório, mesmo que oriundos de justiças especializadas, como a eleitoral ou militar. Recolhidos a um mesmo estabelecimento prisional, não haveria como dispensar-lhes tratamento diferenciado, inclusive no que tange a seus próprios direitos.”

Queremos crer que não estariam contemplados aí apenas os direitos referidos no artigo 40 da LEP, mas todos os que exurgem da condição de preso, vale dizer, utilizar-se das normas existentes para auferir condições mais brandas na execução da pena (ainda que provisórios), preenchidos os requisitos legais.

Júlio Fabbrini Mirabete<sup>13</sup>, em se referindo ao artigo 2º, parágrafo único da LEP, alude que:

“Diante de tal dispositivo, deixou de existir a dúvida criada durante a vigência do ordenamento jurídico anterior sobre a competência e atribuições do juízo da execução penal comum na hipótese...”

Ao abordar o asseguração da LEP aos presos provisórios esclarece que :

“Durante a tramitação do projeto que se transformou na Lei de Execução Penal tentou-se a aprovação de uma emenda para a exclusão do “preso provisório” do âmbito das normas da LEP sob fundamento de que em relação a ele não há que se falar em execução penal. Refutou-se tal idéia no parecer da Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados afirmando-se que as normas de execução estão permeadas de dispositivos de direito material, aplicáveis, indubitavelmente, ao preso provisório, como as dos artigos 12 a 24, 39, parágrafo único, 40 e 42, 44, pa-

rágrafo único etc.” (p. 47).

Analisando o art. 112 da LEP, muito embora aluda que :

“A sentença penal condenatória transitada em julgado constitui-se no título executivo necessário e imprescindível ao processo de execução penal” (p. 262, 5ª edição, cit.), leciona:

“Competindo a decisão ao juiz encarregado da execução, não se pode recorrer à superior instância sem que se provoque a manifestação do Juízo de primeiro grau. Impede-se, assim, a concessão da progressão através do pedido de *habeas corpus*. É admissível, porém, a apreciação do pedido pelo juiz da condenação quando ainda não se operou o trânsito em julgado da decisão e, por força da detração e demais requisitos, faz jus o réu ao benefício (RT 625/277). Entendimento diverso implicaria tratamento mais severo para o preso provisório do que o submetido o condenado. Como a progressão é regulada integralmente na Lei de Execução Penal, o recurso cabível da decisão é o agravo em execução.”

Roberto Gomes Lima e Ubiracir Peralles<sup>14</sup>, de forma enfática, aduzem:

“Avaliação à parte merece o preso provisório por sentença condenatória recorrível em que apenas a defesa interpôs recurso, senão vejamos.”

Analisam a legislação do Rio de Janeiro, concluindo que:

“... a execução provisória ou a aplicação da Lei de Execução Penal aos presos provisórios passa para o juízo da cognição ou onde correu a ação penal.”

Destacam que:

“Assim, aos presos provisórios por sentença condenatória com interposição de recurso unicamente pela defesa, em razão da impossibilidade da *reformatio in pejus*, aplicam-se todos os dispositivos da Lei de Execução Penal destinados aos presos definitivamente condenados.”

Oportunas, repita-se, as colocações de Aduino Suannes<sup>15</sup> às quais nos reportamos, onde transcreve o Acórdão ao HC nº 2.648-9-

<sup>12</sup> *Doutrina e Prática da Execução Penal* - 2ª ed. - Juruá - Curitiba, 1995.

<sup>13</sup> *Execução Penal*, Atlas, 5ª ed., 1993.

<sup>14</sup> *Teoria e Prática da Execução Penal*, Forense, 1995.

<sup>15</sup> *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RT, nº 7/167 e ss.

RJ do qual se extrai matéria pertinente às considerações que estamos efetivando, com a posição doutrinária, por igual, de Paulo Lúcio Nogueira.

A jurisprudência, não diríamos de forma iterativa e pacífica, mas com vasta gama de julgados, tem acolhido a tese que entendemos perfeitamente adequável, não só porque tende apenas e tão-somente a beneficiar o réu, mas também porque, dentro de uma interpretação sistemática, põe em realce o contido no artigo 2º, parágrafo único da LEP.

Aliás, é um verdadeiro paradoxo a discussão que se trava. De um lado, a invocação ao princípio relacionado à presunção de inocência, num posicionamento aberto em defesa dos acusados; de outro, a defesa destes, a fim de que não sejam postergados os direitos assegurados pela LEP quando se tratem de presos provisórios. Situações, reafirme-se, que só tende a beneficiá-los.

Vê-se de diferentes julgados que a condição do acusado é exaltada, não se permitindo a execução em homenagem à presunção de inocência.

Por outro lado, admite-se a prisão cautelar ou processual, embora repelida por inúmeros segmentos que reconhecem, entretanto, que a sua necessidade, deverá estar, *quantum satis*, motivada e fundamentada.

De várias situações já submetidas aos Tribunais, destacamos:

1. "O princípio da presunção da inocência, preexistente à Constituição de 1988, formalmente por ela proclamado, impede a execução provisória da sentença penal. Impõe-se ocorrência da coisa julgada. Até então, inexistente sentença firme, como escrevem os autores da língua espanhola. Não se esgotou, pois, a plenitude do exercício do direito de defesa. Viável somente prisão cautelar ou processual" (STJ - HC 1714-5 - RJ - Rel. Min. Vicente Cernicchiaro DJU 7.6.93, p. 11.273).

Como embasamento à decisão em referência, as manifestações de seu próprio relator, Ministro Vicente Cernicchiaro (v. nota 1).

"Passo, por fim, ao último tópico da exposição, ou seja, início do cumprimento da condenação penal.

O tema invoca o dispositivo constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII). Antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não sur-

ge o *status* de condenado.

A jurisprudência, *data venia*, não tem seguido à risca esse mandamento da Lei Maior. Prefere aplicar princípios de Direito Processual, ou seja, executa-se a sentença condenatória, se o recurso não contiver efeito suspensivo.

Assim, tem-se mantido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora já se manifestem douts votos dissidentes.

Com efeito, o título executório reclama decisão transitada em julgado. Conclusão oposta gera flagrante contradição no Direito.

A execução provisória, no processo civil, reclama caução do exequente, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor. Apesar disso, não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro (CPC, art. 588, I e II).

Na execução penal, está em jogo a liberdade, bem mais valioso do que o patrimônio. Este, no caso de reforma do julgado, será compensado por perdas e danos. A liberdade, no entanto, pode tornar-se irrecuperável.

A solução, buscando resguardar a eficácia do decreto condenatório, é outra. Está nas cautelas, especificamente, na prisão processual. Em havendo o *periculum in mora*, evidente, tomar-se-á a medida rigorosa."

Não vemos, como tal linha de argumentos, possa se dissociar de uma interpretação que só tende a favorecer ao réu.

Em recentíssima decisão (HC 3.116 - RJ - STJ - DJU 3.4.95, p. 8146), contando com o aval do Ministro Cernicchiaro, o STJ, reafirmando outras decisões já prolatadas, principalmente da lavra do Ministro Adhemar Maciel, ementou:

I.....

II - A LEP, que se aplica também ao "preso provisório" por força do parágrafo único de seu art. 2º, fala no art. 105 em expedição de guia de recolhimento quando houver transitado em julgado a sentença condenatória. Tal dispositivo tem de ser interpretado em harmonia com todo o sistema jurídico. Refere-se, evidentemente, à "sentença transitada em julga-

do” ou seja, ao “caso julgado” e não à “coisa julgada”. Basta a existência do “caso julgado”, como aconteceu *in casu*. É a lição de Eduardo Espínola Filho. Ninguém pode ficar prejudicado por utilizar-se de recursos permitidos legalmente. É direito assegurado na própria Constituição Federal.”

Novamente buscamos os ensinamentos de Afrânio Silva Jardim, já tão mencionado, quando assim se manifesta:

“Nota-se uma incontida repulsa dos mais renomados especialistas em admitir, no processo penal, a chamada execução provisória, tão comum no processo civil. Alguns vêem na execução provisória penal um instituto prejudicial aos réus, que começariam a cumprir pena antes da apreciação de seu recurso pela superior instância.

Assim, torna-se imperioso afastar essa falsa impressão, incorporada à doutrina do Direito Processual Penal, resultante mais de uma visão errônea dos efeitos do instituto do que de uma interpretação científica e sistemática do processo.”

Conclui, na parte que nos interessa, repetindo-se as expressões:

“e) O reconhecimento da natureza de execução provisória à prisão em decorrência de sentença condenatória recorrida permite ao réu se beneficiar dos direitos outorgados pela Lei de Execução Penal, mesmo antes da apreciação do seu recurso. Assim, o exercício do direito de recorrer não prejudica a situação processual do réu.”

Dentro de uma perspectiva que também atinge o objetivo que colimamos, a posição de Maria Lúcia Karam ao admitir, de forma excepcional, uma execução provisória, repelindo, contudo, qualquer embasamento, como efeito da sentença condenatória recorrida<sup>16</sup>. Enfatiza que, em qualquer situação, a necessidade da prisão precisa estar demonstrada. Convém que se transcreva parte do que afirma a nominada:

“Demonstrada esta necessidade, através da presença de fatos (e não simples presunções, como a reincidência, a quantidade da pena, ou a natureza do delito pelo qual foi o réu condenado) revelado-

res da existência do *periculum in mora* e, aí sim, mantida ou decretada a prisão, se poderia admitir uma execução provisória da pena imposta na sentença, de modo a permitir que o réu eventualmente se beneficie dos direitos (a progressão ou o cumprimento inicial em regime aberto ou semi-aberto, o livramento condicional, a remição da pena pelo trabalho, etc.) reconhecidos na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).”

Mais adiante, assinala que tal afirmação é feita:

“... pela intuitiva razão de que uma garantia não pode funcionar em prejuízo daquele que se pretende garantir...”

Acrescenta ainda:

“Para concretização da garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado, como também para o efetivo exercício da ampla defesa, impõe-se o entendimento de que, em princípio, há que ser dado efeito suspensivo a todo recurso do réu contra sentença penal condenatória (não só a apelação, mas qualquer recurso, inclusive o especial e o extraordinário), nada obstando que, uma vez demonstrado o *periculum in mora* e assim presente a necessidade da prisão (de inafastável natureza cautelar), sendo esta efetuada, excepcionalmente se retire aquele efeito do recurso, para a única razão de permitir que o réu então preso se beneficie de uma igualmente excepcional execução provisória da pena, restabelecido o efeito suspensivo do recurso por ele interposto caso seja esta execução interrompida por uma eventual fuga.”

Não se pretenda ver, na exposição, a defesa de instrumentos que não estariam albergados pelo novo Mandamento Constitucional. Independentemente de aspectos tais, que já mereceram estudos aprofundados - nota última citada - Maria Lúcia Karam - indispensável a leitura da excelente monografia de Luiz Flávio Gomes<sup>17</sup>.

Na introdução ao desenvolvimento do tema proposto, objetivamos chamar a atenção para uma realidade que está a nosso lado.

<sup>16</sup> Prisão e Liberdade Processuais, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 2/83-93.

<sup>17</sup> *Direito de Apelar em Liberdade* - RT, 1994.

No cotidiano, as notícias relacionadas aos diferentes problemas penitenciários estão a preocupar. Já não é novidade que as diferentes Unidades da Federação apenas demonstram preocupação quando ocorrem as rebeliões, motins, revoltas, mortes, reféns, etc. Aparecem, nessas ocasiões, aqueles que são execrados pelos meios de comunicação, como também outros que são exaltados, quando logram, sem que haja violência, minimizar o quadro de revolta.

O último censo penitenciário anota 12.468 presos, a nível de Brasil, em situação provisória. Afora tal número, outros 4.618 não estão com situação definida. O pior: 42.954 pessoas cumprem pena irregularmente em delegacias de polícia ou cadeias públicas das Secretarias de Segurança. Somados tais números, encontraríamos aí, em situação irregular, número compatível com a capacidade carcerária brasileira.

Urge, pois, que medidas sejam tomadas, precisamente num momento de reflexão, de estudos, acerca dos novos instrumentos de ordem penal, em nosso ordenamento jurídico.

Não há como fugir da realidade quando é salientado que a prisão avilta, deturpa, degenera, conspurca, transforma o ser humano em animal.

Nossa experiência na área da execução penal não se restringiu a cinco anos de convivência com os diferentes processos relacionados à execução da pena. Durante onze meses dirigimos a Colônia Penal Agrícola Manoel Ribas, unidade de regime semi-aberto, onde procuramos implantar filosofia adequada aos postulados do regime em semi-liberdade. Incrementamos o trabalho externo, ensejando a que, em curto espaço de tempo (ao assumirmos a Direção da Unidade, não mais do que cinco presos prestavam serviços externos), mais de uma centena de condenados (quase duzentos), usufrissem de tal modalidade laborativa, embora percebendo salário mínimo. Se continuassem na unidade, os problemas disciplinares se avultariam, e o propósito ressocializador e reintegrador (se é que existe!) não ensejariam qualquer tentativa de, ao menos, pensarmos em meios preparatórios.

A semente que lançamos, felizmente, produziu frutos, eis que o índice de ociosidade, mantido já há alguns anos na unidade referida, é zero.

As diferentes notícias que ouvimos, relaci-

onadas a presos com situação executória parcialmente definida (pende recurso, apenas da defesa), e a não-outorga dos direitos assegurados pela LEP, no que tange à progressão de regime, livramento condicional, etc., apenas coloca tais pessoas em nível de extrema revolta.

Indague-se a qualquer preso, dos cubículos infectos das delegacias, distritos policiais, etc. quanto à pretensão de usufruir de direitos assegurados aos "definitivamente condenados" e veja-se qual a resposta.

De nada valerá o apregoamento de que não se executa a pena a que foi condenado, diante da sua presumível inocência, para não obrigá-lo a sujeitar-se a uma condenação ainda não definitivamente apurada. Isto é o que pouco importa, pois, a quem conhece, ainda que superficialmente o "sistema", prefere que se sujeite (e o preso dirá o mesmo) o homem a uma execução, quer seja antecipada, provisória ou rótulo que se lhe empreste, mas, ao menos, dentro de uma perspectiva de mais humanidade. Malgrado as deficiências, (e são muitas) indubitavelmente, o recolhimento em unidades do sistema penitenciário condiz mais com a dignidade da pessoa humana, do que seu "depósito" em antros infectos das delegacias, distritos policiais, etc.

O ideal é que não houvesse preocupações desta ordem. Os investimentos no setor penitenciário avultam e o Estado deixa de aplicar em outras obras sumamente importantes: escolas, habitação, saneamento básico, etc.

Inexistentes, por ora, outras perspectivas, necessária a convivência com este que, segundo alguns, é um mal necessário, qual seja a prisão.

Nossa proposta, pois, na linha dos argumentos expendidos, e acorde com inúmeras decisões, é no sentido de que a execução provisória ou antecipada, a pedido do próprio preso (quando sua prisão estiver convenientemente fundamentada e dentro da estrita necessidade) trãnsita em julgado a decisão para o Ministério Público, seja efetivada, expedindo-se a guia de recolhimento provisória, conforme atrás salientado, cabendo a disciplina, no que concerne a competência para a execução, aos Estados respectivos.

A lei atual, em que pesem as respeitáveis opiniões em sentido contrário, não proíbe o que procuramos salientar, ao contrário, contempla os mecanismos adequados.

# A contribuição da Justiça Eleitoral para o aperfeiçoamento da democracia

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

## SUMÁRIO

*1. Evolução histórica da Justiça Eleitoral. Síntese. 2. Características institucionais da Justiça Eleitoral no final do século XX. 3. A entrega da prestação jurisdicional eleitoral de acordo com a reforma defendida pelo Tribunal Superior Eleitoral. 4. Conclusões.*

### *1. Evolução histórica da Justiça Eleitoral. Síntese*

O exame do ordenamento jurídico eleitoral brasileiro revela que sua formação foi iniciada, na época do Império, com a Lei nº 3.029, de 9.1.1881, à época, cognominada de Lei Saraiva, e operacionalizada por meio de instruções.

Com a vigência da Constituição Imperial (25.3.1824), o Ministro dos Negócios do Império recebeu competência para expedir decretos reguladores do procedimento a ser adotado nas eleições gerais no País, oportunidade em que foram eleitos os deputados e senadores e os membros dos conselhos gerais das províncias, conselhos esses que, em 1834, se transformaram em assembléias.

Anota Roberto Rosas, em trabalho intitulado "Estrutura Constitucional da Justiça Eleitoral", (*in* Arq. Minist. Just., Brasília, 45 (179:5-21), jan./jun.1992), que as referidas eleições obedeciam a um ritual que, conforme descreve, era compatível com a carga imperialista vivida pela Nação, simbolizada pela autoridade estatal e pela ausência de qualquer respeito à manifestação popular.

Registra o eminente professor que no dia marcado para as eleições, uma assembléia eleitoral era constituída em cada freguesia imperial, assembléia essa que era presidida pelo Juiz de

José Augusto Delgado é Juiz do TRF-5ª R, Prof. Dir. Administrativo e Processual Civil, Sócio Honorário da Academia Brasileira de Direito Tributário.

fora ou ordinário da cidade ou vila a que a freguesia pertencesse, sem se dispensar a assistência do pároco. O povo era convocado a comparecer às eleições e se obedecia ao ritual que assim descreve:

“No dia marcado para a eleição, o povo na igreja matriz ouviria missa, e a seguir era colocada uma mesa no corpo da igreja, ocupada pelo presidente e o pároco, juntamente com dois secretários e dois escrutinadores. O presidente perguntaria sobre a existência de denúncia de suborno ou conluio, e provado o fato, o acusado perderia o direito ativo e passivo do voto. Entregues todos os votos, estes seriam lidos, e proclamando o resultado em voz alta, eram resolvidas as dúvidas surgidas. Aos eleitos, o Secretário da Mesa fazia aviso por carta, e extrairia cópia do livro que serviria de diploma.”

Palhares Moreira Reis complementa o registro de Roberto Rosas, explicando que:

“Desde o Império que a verificação dos resultados eleitorais e o reconhecimento dos eleitos eram atividades próprias das respectivas Câmaras. Na verdade, não existiam senão essas eleições, posto que os chefes executivos não saíam de eleição popular: o municipal era o intendente, ou seja, o vereador mais votado; o provincial, um presidente nomeado pela Coroa, e a nível nacional, o imperador, vitalício e hereditário e, mais tarde, o presidente do Conselho de Ministros nomeado pelo Imperante” (in “Justiça Eleitoral Cinquentenária”, art. publicado no *Diário de Pernambuco* de 7.6.95).

A mencionada forma de apuração, rápida e simples, como se observa, só se aplicava às eleições dos conselheiros-gerais das províncias, mais tarde, em 1934, deputados locais.

A eleição dos deputados era apurada pela Câmara da capital, conforme observa Roberto Rosas, no trabalho acima referido, p. 5.

Uma análise conjuntural do procedimento adotado para as eleições, na época do Império, não obstante desvinculado, integralmente, de qualquer fluido de liberdade de escolha, por existir a coerção social em benefício de determinado candidato, revela, porém, dois aspectos de profunda aceitabilidade: o primeiro era a preocupação em se combater a corrupção existente na época e caracterizada pela prática de su-

bornos ou conluio para viciar as eleições; o segundo era o modo desburocratizado e rápido como se procedia à tomada de votos e à apuração. A constatação desses dois fatores com caracteres de positividade conduz o analista de tais fatos a considerar como sendo eles as fontes essenciais do princípio da moralidade que, hoje, a sua obediência, se constitui, fim maior a ser alcançado pela Justiça Eleitoral.

Proclamada a República, em 1889, nova ordem jurídica eleitoral foi implantada no País. Ressalte-se, no referido período, como documento mais importante, a denominada Lei Rosa e Silva, a de nº 1.269, de 15.11.1904, que se apresentou com a estrutura de um verdadeiro Código Eleitoral, sem, contudo, avançar para entregar todo o processo de preparação e realização das eleições ao Poder Judiciário. A filosofia adotada na época do exercício da força estatal, combinada com os interesses políticos dos representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, continuou a se fazer presente nas eleições do País, com a produção de episódios que enlutam o referido passado, conforme registram as páginas da nossa história.

Entre os ideais inspiradores da Revolução de 30, localiza-se o da instituição da Justiça Eleitoral, cujo objetivo determinante foi o de purificar o procedimento eleitoral, evitando as fraudes identificadas no período antecedente, contribuidoras para a deformação dos mecanismos de assunção do poder e provocadoras de verticalizadas instabilidades na estrutura organizacional política da Nação. Foi a partir de tal quadra de nossa história republicana que se começou o culto à instituição do direito do sufrágio feminino, da diminuição da idade eleitoral, da valorização do voto secreto como expressão do atuar da vontade da cidadania e de ser entregue à Justiça Eleitoral, integrada por juízes com garantias constitucionais de independência, todas as tarefas relativas ao procedimento eleitoral, a se iniciar com o alistamento dos eleitores até a diplomação dos eleitos.

É do referido período, conforme se considera, o nosso primeiro Código Eleitoral. Ele foi resultado da publicação do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932.

O sistema adotado pela Revolução de 30 foi ratificado pela Constituição de 1934, quando, pela primeira vez, se colocou, a nível constitucional, a Justiça Eleitoral entre os órgãos integrantes do Poder Judiciário, conforme revela o art. 63, letra *d*, e arts. 82 e ss. da referida Carta Magna.

Merece registro, pelos aspectos históricos e identificadores dos primeiros movimentos determinadores da contribuição da Justiça Eleitoral para o aperfeiçoamento das instituições políticas democráticas, o que a respeito escreveu Mário Guimarães, em sua conhecida obra *O Juiz e a Função Jurisdicional* (Forense, Rio, 1958):

“A Justiça Eleitoral, entre nós, teve nascimento com o Código de 1932. Antes os juizes tomavam parte em vários atos eleitorais, sem que houvesse, porém, organização especial.”

Mais adiante, completou:

“E foi então que se recorreu à magistratura para conseguir o que, na época, parecia sonho – a verdade das urnas. Criou-se a Justiça Eleitoral” (pp. 420 a 421 da obra citada).

Os impactos do Estado Novo, com a sua saga ditatorial, determinaram, por força da Constituição de 1937, a extinção da Justiça Eleitoral, que só foi soerguida em 1945, com o Decreto nº 7.586, de 28.5.1945. Tais transformações ocorreram pela influência da evolução dos princípios democráticos que, no referido momento, se desenvolviam na Europa, que, mesmo em estado de guerra, se encontrava influenciada pelas idéias dos pregadores do respeito aos direitos dos cidadãos e da utilização de um regime de governo com participação mais ativa do administrado.

Há, também, de se considerar que a Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945, que determinou a realização de eleições diretas para Presidente da República, representa o marco originário definidor do restabelecimento da Justiça Eleitoral no País, haja vista que, em seu art. 4º, se afirmava que seriam considerados “eleitos e habilitados, independentemente de outro reconhecimento, os cidadãos diplomados pelos órgãos incumbidos de apurar a eleição” (Palhares Moreira Reis, *in* artigo já citado).

Instituída, assim, de forma definitiva, em 28.5.1945, pelo Decreto nº 7.586, foi a Justiça Eleitoral consagrada pela Constituição de 1946, como integrante do Poder Judiciário, conforme registra o art. 94, VI, da referida Carta. A partir desse momento, a Justiça Eleitoral tem sido homenageada pelas Cartas Magnas posteriores. A Constituição de 1967 a consagrou, como Poder, em seu artigo 107, VI, e a atual Constituição prestigiou a sua posição no arcabouço organizacional diretivo da Nação, como se observa no art. 92, V, estabelecendo que a sua estrutura-

ção compreende: “o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, os juizes eleitorais e as Juntas Eleitorais” (art. 118).

As dificuldades enfrentadas pela Justiça Eleitoral para se afirmar como uma das formas do Poder Judiciário atuar, em patamar de independência e ao mesmo tempo preservando a harmonia com os demais Poderes, o Executivo e o Legislativo, têm merecido, ao lado dos processos científicos, jurídicos e investigatórios das razões de tais acontecimentos, a atenção da literatura brasileira. Suficiente lembrar que em Vila dos Confins, Mário Palmério realça a figura do Juiz Eleitoral, explorando as aventuras do Dr. Braga, quando, em decorrência do exercício da função do cargo, presidindo uma eleição concorridíssima, ter sido obrigado a enfrentar violências praticadas pelos candidatos e pelos eleitores, a resistir pressões e a se posicionar em face de determinados desafios que surgiam com o fito de impossibilitar o exercício da sua autoridade.

É conhecido, também, o descrito na obra *Coronel, Coronéis*, da autoria de Marcos Vilaça e Roberto C. de Albuquerque, a respeito do drama vivido pelo Juiz Antônio Correia de Araújo para poder se afirmar como juiz, em Serrita (PE).

A evocação dos fatos históricos da Justiça Eleitoral e a sua abordagem pela literatura, esta narrando fatos verídicos e fictícios, mostram a contribuição que os seus juizes têm dado para o aperfeiçoamento das instituições políticas democráticas e para o aumento do respeito ao direito da dignidade humana no exercício da liberdade exercida pelo eleitor, através do voto, quando da escolha dos dirigentes da Nação, tudo feito com o mais potencializado sacrifício pessoal e familiar e testemunhado, apenas, pelo trabalho frutificado do silêncio das suas meditações e da coragem patriótica com que se revestem para o exercício da função.

## 2. As características institucionais da Justiça Eleitoral no final do século XX

Tem se pregado, de mãos unidas e por uma só voz, que a “essência do Direito está na sua realização prática”. Esta máxima, produzida por Ihering, está insculpida no pensamento e nas ações de todos os operadores da Ciência Jurídica. Tornando-a efetiva e eficaz, busca-se, no final deste século, que sejam atuantes todas as entidades jurídicas e que se voltem para atender às necessidades buscadas pelo cidadão contemporâneo, que são, em um elenco não exaustivo, primeiramente, o respeito aos seus direi-

tos de liberdade, de harmonia, de paz, de preservação de sua saúde, da sua dignidade como pessoa humana, dos valores sociais, do trabalho e da família cultivados e, em segundo lugar, o de poder se expressar, politicamente, de acordo com a sua vontade livre e soberana.

A Justiça Eleitoral, por se encontrar imbuída dos princípios acima relacionados, busca se aperfeiçoar como instituição constitucional neste final de século, para que possa, no cumprimento de sua missão, alcançar o desejo contido no âmago de cada cidadão, o de que possa merecer a dignidade dela exigida porque a tanto ela alcançou através dos juizes que a constroem.

Ocorre que a busca desse aperfeiçoamento, e o da contribuição para o fortalecimento do regime democrático, não se faz de modo facilitado. Por isso, a Justiça Eleitoral, ao atravessar as quadras temporais já percorridas, tem enfrentado e há de enfrentar uma série de dificuldades, até atingir o climax de sua missão.

Entre os obstáculos existentes, identifico o enfrentado pelo Estado Contemporâneo e, conseqüentemente, pela Justiça Eleitoral, como Poder, relacionada com a crise das instituições, no momento em que várias delas apresentam e desenvolvem as suas atribuições em desconformidade com os anseios do homem do final do século XX e que se prepara para enfrentar os desafios que lhe serão apresentados pelo século XXI. Destaco, entre tantos, o determinado pelo temor que se tem com o presságio de um movimento mudo existente nas ruas, pregando o fim de um ciclo democrático em países onde a pobreza não conseguiu ser erradicada ou onde tal índice é crescente e assustador, por ser sentida, pelos analistas e estudiosos dos temperamentos sociais, a tendência do povo em aceitar a substituição da liberdade gerada em um Estado democrático por um pouco de pão e circo, mesmo que sejam ofertados por um Estado de regime especial, quicá autoritário.

A Justiça Eleitoral brasileira não deixa de lançar olhos sobre a conduta dos homens que constroem o Estado e que aperfeiçoam ou destroem as suas instituições. Os processos de degradação da democracia em países onde se busca, apenas, saciar a fome dos que a têm e de se ofertar um diminuto leque de trabalho a quem o procura, em troca do sacrificio da liberdade individual e dos direitos da cidadania, são fenômenos que merecem ser visualizados com atenção desdobrada pelos responsáveis por qualquer parcela de poder, a fim de que eles

possam ditar mecanismos capazes de fazer com que o Estado, ao buscar a maior eficácia e efetividade de suas ações em relação ao homem, supere ou diminua as crises de tais espectros que tentam dominá-lo.

No contexto em que situo as minhas idéias, merece destacar a mensagem pregada pelo Ministro Carlos Mário Velloso, em trabalho intitulado *A Reforma Eleitoral e os Rumos da Democracia no Brasil*, apresentado no Simpósio realizado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em homenagem ao Ministro Djaci Falcão, do teor seguinte:

"Meus senhores, a democracia é o melhor dos regimes políticos. E tanto é o melhor dos regimes políticos que todos os povos se dizem democráticos. Reparem que não há um povo, não há um Estado, que não se qualifique como democrático; não obstante muita vez ajuntar ao substantivo, um adjetivo.

Hoje, então, parece-me que está comprovado, porque muitas das democracias adjetivadas ruíram. Isto comprova que a democracia é, na verdade, o melhor dos regimes políticos ou, para ficarmos com a frase de Winston Churchill, no Parlamento britânico: 'Vamos admitir que a democracia seja o pior dos regimes políticos, com exceção de todos os outros que já foram praticados'. Mas a democracia, mesmo assim, é um regime político difícil de ser praticado. Rousseau escreve, e neste escrito ressei um grande pessimismo. Escreveu Rousseau que 'se houvesse um povo de deuses, esse povo certamente que se governaria democraticamente'. Na linha do pessimismo rousseauiano, Maurice Duverger acrescentou, nos nossos dias, que 'nunca se viu e nunca se verá um povo governado por si mesmo.'"

Mais adiante, dando curso às suas idéias, o eminente Ministro afirma que:

"A democracia, além dos pressupostos, tem condições. É condição da democracia, do regime democrático, a existência, em primeiro lugar, de um mecanismo que possa captar e transmitir com fidelidade a vontade popular. Porque, vejam, a democracia é o governo do povo; povo que vai mandar por intermédio de representante, porque a democracia possível é a democracia indireta. Então, é condição da democracia que haja, que exista,

um mecanismo impermeável à corrupção, que faça a captação da vontade popular e a transmita, e a torne efetiva. É também condição da democracia, a existência de um processo eleitoral, impermeável, também, à corrupção. Um processo eleitoral que possa conduzir aos postos de mando aqueles que realmente o povo quis, quer que lá estejam mandado por ele, povo.”

Concluindo o referido pensamento, diz o Ministro Carlos Velloso:

“De sorte que à Justiça Eleitoral, no Brasil, incumbe tornar verdade a verdade das urnas, a verdade eleitoral e ainda estabelecer um processo eleitoral racional, base da operação a ser desenvolvida por esse órgão, condições da democracia representativa, indireta, possível. O Brasil já optou por um órgão judicial para fazer a verdade das urnas. A Justiça Eleitoral foi criada pelo Código Eleitoral de 1932, que se inspirou no famoso Tribunal Tcheco de 1920, que surgiu sob a inspiração luminosa de Hans Kelsen.”

A Justiça Eleitoral da atualidade é a que será exercida no próximo século XXI há de criar raios de atuação que não abalem a confiabilidade do jurisdicionado nos seus propósitos institucionais, para que possa cada vez mais afirmar-se como instituição e cumprir a finalidade a que se destina. Ela, por ser instituição permanente e que se envolve com o direito da cidadania de eleger aqueles que representam a vontade do povo nos atos dirigentes da Nação, não pode ficar indiferente à inquietude das massas e às dificuldades que se opõem à eficiência estatal, tudo a detonar uma distância muito acentuada entre o poder e o destinatário de suas ações – o cidadão.

“O encontro de solução destinada a vencer crises institucionais passa, com certeza, pela atuação dos agentes que as integram e se vinculam, em linha reta, com o bom atuar dos valores dominantes pregados e cumpridos. É uma missão difícil e complexa a ser desempenhada por todos aqueles que têm a incumbência de gerir qualquer fatia do Estado, por aumentada se apresentar, cada vez mais, a sua responsabilidade perante a sociedade, no torvelhinho dos dias atuais.” (“*Perspectivas do Direito Administrativo para o Século XXI*”, de minha autoria, in

*Perspectivas do Direito Público*, obra coletiva coordenada por Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ed. Del Rey, 1995, p. 57.

Essa preocupação que manifesto é compartilhada, com o mesmo grau de ação e profundidade, pelo Exmo. Sr. Ministro Francisco Rezek, conforme denunciou ao saudar o Exmo. Sr. Ministro Octávio Gallotti, quando este assumia a Presidência do Colendo Supremo Tribunal Federal, em abril de 1993. Em tal oportunidade, Sua Excelência destacou que:

“A imprensa recolhia uma semana atrás vossas idéias a respeito da crise e do aparente descrédito das instituições públicas. Na interpretação, que vos foi pedida, do fato de ser o Judiciário o mais preservado entre os poderes, dissestes da singularidade do nosso ofício, mas também do vosso repúdio pela idéia preconceituosa de que certos seres humanos possam ser melhores que os demais tão-só porque juízes, ou soldados, ou sacerdotes. Sabeis, como vossos pares, que o momento induz à reflexão e à autocrítica.”

E, na pregação feita, o ilustre ensaísta prega a adoção de técnica que resolva, de uma vez por todas, a sobrecarga de responsabilidades enfrentadas no momento vivido pelo Poder Judiciário, especialmente a de se adotar um limite para o absolutismo do juízo natural.

O propósito contido nas mensagens acabadas de ser destacadas é o de se fazer despertar o surgimento de novos métodos que, se aplicados, tornem mais eficiente a atuação do Poder Judiciário e façam crescer a credibilidade que nele há de, necessariamente, ter o homem comum, por ser, ele, o Judiciário, instrumento eficaz e potencializador do aperfeiçoamento do regime democrático.

A complexidade presente no funcionamento da Justiça Eleitoral não constitui, ao meu pensar, embaraço para a implantação das transformações que se apresentam como necessárias para que o cumprimento de sua missão institucional se concretize. Ela, por ser ente organizado de forma hierárquica e por atuar de forma sistêmica, rege-se por um complexo de normas da mesma natureza e finalidade, com um raio de ação muito mais amplo do que imaginado pelos seus operadores, pois todas elas contêm diretrizes conducentes para o cumprimento de missões institucionais com caracteres mais duradouros e com responsabilidade engrandecida, sempre voltadas para ser instrumento de servir

ao cidadão, expressão maior dentro do Estado.

A Justiça Eleitoral, muito embora regida por um ordenamento jurídico já cristalizado por características de essencialidade, produtividade, aceitabilidade e de alcance de suas finalidades constitucionais, não pode deixar de examinar, de modo constante, os problemas dele emergentes, em razão da pluralidade das normas que o compõem e da necessidade de se apresentar e se desenvolver sempre com vistas a manter a sua unidade, sem perder a coerência que o sistema nele contido deve preservar, além de se completar com o encontro de soluções preenchedoras das lacunas que se retratem em seu curso.

É fundamental que a Justiça Eleitoral detecte a carência do direito legislado em se adaptar e de acompanhar as mutabilidades enfrentadas pelos agentes políticos em suas relações com o poder e com a sociedade, suprindo, pela evolução de sua jurisprudência e pela competência normativa, embora limitada, que o sistema lhe outorga, tais necessidades fortalecedoras do direito de ser bem exercido pelo indivíduo agasalhado pela garantia da cidadania.

É oportuno, no particular, lembrar e cumprir a observação de Tércio Sampaio Ferraz, ao apresentar a obra de Noberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, quando, após destacar realidades do mesmo nível como as acima enfocadas, disse:

“A Ciência do Direito precisa estabelecer novos e chegados contatos com as Ciências Sociais, superando-se a formação jurídica departamentalizada, com sua organização sobre uma base corporativo-disciplinar, de compartimentos-estancos” (p. 18, da obra referida).

É certo, ao meu entender, que o impacto provocado pela atuação do ordenamento jurídico-eleitoral não tem merecido preocupações constantes da maioria dos nossos doutrinadores. A atestar essa afirmativa basta se apurar o resultado de qualquer pesquisa a respeito de literatura jurídica sobre a Justiça Eleitoral e suas leis, quando se verifica que é, ainda, limitada a produção a respeito.

Tomo, por exemplo, a inexistência de um culto a determinados princípios de cunho absolutamente voltado para a eficácia e efetividade das normas eleitorais, bem como não haver uma sistematização científica a respeito da função normativa que é exercida constantemente pela Justiça Eleitoral.

A respeito dessa importante e autorizada constitucionalmente função normativa da Justiça Eleitoral, merece se destacar, na literatura jurídica brasileira, o esforço de Roberto Rosas em traçar o seu perfil, no trabalho já mencionado (*Estrutura Constitucional da Justiça Eleitoral*, in Arq. Minist. Just. Brasília, 45 (179); 5-21, (jan/jun. 1992).

Do referido texto, extraio as características e delimitação do exercício de tais funções:

a) a do Tribunal Superior Eleitoral de “responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político”, conforme competência que lhe é outorgada pelo Código Eleitoral, art. 23, nº XII;

b) a dos Tribunais Regionais Eleitorais, em igual sentido, e com as limitações postas pelo art. 30, nº VIII, do Código Eleitoral;

c) a de que as respostas a tais consultas possuem caráter normativo na Justiça Eleitoral e serem irrecorribéis, salvo se, em se tratando de matéria constitucional, ser possível o controle do Supremo Tribunal Federal;

d) a do Tribunal Superior Eleitoral expedir instruções que julgar convenientes à execução do Código Eleitoral (art. 23, nº IX, do Cód. Eleitoral), instruções essas que têm força de lei e ensejando, quando violadas por decisões dos tribunais regionais, a interposição do recurso especial;

e) a da adoção do precedente com força vinculativa, especialmente para o mesmo pleito, que o Código Eleitoral chama de prejudgado, conforme expresso no art. 263;

f) a normatividade das decisões da Justiça Eleitoral tem caráter político; por essa razão é que se denota uma certa flexibilidade em suas conclusões, adequando a decisão ao momento eleitoral vivenciado.

Ao lado da função normativa da Justiça Eleitoral há de se destacar a sua competência regulamentar, que é exercida com base em uma estrutura mais alargada do que a do regulamento comum emanado do Poder Executivo. Ela tem um vulto mais acentuado, em razão da escala hierárquica em que se situa. A construção de sua configuração jurídica pela doutrina contribuirá para tornar o regulamento cada vez mais eficaz e servir como instrumento apto a facilitar a execução dos atos eleitorais, em regra envolvidos por situações complexas.

No exame do tema, a primeira dificuldade encontrada é a apreciação da sua dinâmica funcional no ordenamento jurídico-eleitoral, a fim de que possam valer condições aceitas pela ciência jurídica dentro de um sistema de coexistência e de articulação do regulamento com a lei. Isso decorre da tendência sempre crescente dos operadores da Lei Eleitoral, quando da expedição do regulamento, em assentar regras que extrapolam os condutos hierárquicos postos no dispositivo normativo.

Identifica-se, no particular, uma inclinação do poder regulamentador de monopolizar a criação do Direito, tornando mais rigorosa do que os da lei, os ditames expedidos, esquecendo-se aquele de que há de se homenagear o primado de que a lei sempre se apresenta superior ao regulamento.

Certo é que, não obstante tais crises de compatibilidade da lei com o regulamento, este cresce de importância no âmbito de atuação da Justiça Eleitoral, pelo que há necessidade de se fixar uma teoria a seu respeito, tomando-se emprestado, para tanto, alguns princípios já fixados sobre ele pelo Direito Administrativo.

O nosso apego às idéias tradicionais levamos ao cultivo do princípio de que o objetivo primordial do regulamento é o de complementar a lei, explicando, unicamente, o seu raio de ação. Ocorre que, por ter avançado em seu prestígio como norma reguladora, concebe-se, hoje, o de ter recebido uma característica de cunho supletivo e criador, desde que não resulte, a sua aplicação, em se tornar incompatível com a norma positivada.

A respeito, merece destacar a lição de Luci Benévolo de Andrade, contida em seu *Curso Moderno de Direito Administrativo*, Saraiva, 1975, p. 166, quando, na linha do que está sendo exposto, afirmou:

“De início, entendia-se que o poder regulamentar tinha sentido meramente complementar da lei. Hoje, todavia, admite-se uma função muito mais ampla, conferindo-se-lhe um caráter supletivo e criador. É que, apesar da vedação constitucional de delegação de atribuições, as realidades vivenciais são mais poderosas do que os esquemas abstratos. Exata a advertência de Hely Lopes Meirelles de que ‘os juristas devem, hoje, abandonar certos preconceitos, e, conservando-se, embora guardas fiéis da lei, considerar que a Administração Pública desem-

penha certa atividade legislativa, que é justamente a chamada faculdade regulamentadora’ — observação que tem o abono de eminentes publicistas.”

Não há dúvida de que a expedição do regulamento é um comportamento cultivado pela Justiça Eleitoral pela necessidade que tem de firmar regras abstratas exigidas pela conjuntura complexa com que se apresentam o executar de suas atividades administrativas e judiciais.

Uma adequação do que já se escreveu, em sede de Direito Administrativo, sobre o regulamento, bem ajuda a se conceber o poder regulamentar da Justiça Eleitoral. Ouso apresentar as principais regras a que o regulamento eleitoral deve se subordinar, para que se apresente, no curso do ordenamento jurídico que ele integra, com grau de pureza e sem máscara de autoritarismo.

Ei-las:

a) o regulamento tem sua base jurídica na extensão da função normativa da Justiça Eleitoral, constituindo-se uma forma menos qualificada de tal função ser exercida;

b) esse poder regulamentar é inerente à peculiaridade da tarefa administrativa e judicial exercida pela Justiça Eleitoral, por lhe ser impossível se manifestar, para poder exercer o controle, em todos os casos concretos;

c) a possibilidade do regulamento dispor de modo abstrato, para o futuro, só tendo efeito retroativo em situações excepcionais, como no caso do reconhecimento da prática de atos atentatórios à dignidade da Constituição que, por possuírem tal vício, são nulos, facilita a execução dos variados procedimentos eleitorais existentes e serve como veículo educativo para todos os agentes envolvidos com o fenômeno eleitoral;

d) é aceitável que, em se tratando de Direito Eleitoral, a ação do regulamento não se limite, apenas, a interpretar a lei e a ditar regras ligadas à sua execução, pelo que deve-se-lhe permitir, com caráter normativo, impor a obrigatoriedade de determinadas condutas aos sujeitos ativos e passivos do processo eleitoral;

e) há de se valorizar a simples expedição do regulamento por ele expelir a sua pujança hierárquica, tornando obrigatório o seu cumprimento por parte dos subordinados à autoridade eleitoral e por esta, em face de sua integração regular ao ordenamento jurídico-eleitoral;

f) a hierarquização no ordenamento jurídico-eleitoral torna-se útil, de modo específico, ao prestigiar a esfera da eficácia e da efetividade

de do regulamento, tendo em vista que o expedido por uma autoridade superior prevalece sobre outro, embora já existente, mas que tenha se originado de ato de autoridade subordinada àquela;

g) os conceitos estatuídos pela Ciência Jurídica a respeito da força normativa, no final deste século, foge do apoio a que sejam instituídas leis que pretendam esgotar, por inteiro, todos os fatos que pretende alcançar, tendo em vista a impossibilidade prática de tal patamar ser atingido com êxito, pelo que se defende um maior prestígio para os decretos, portarias, circulares, provimentos, instruções etc.;

h) o regulamento eleitoral, quando expedido, deve se submeter às limitações legais que sobre ele, normalmente, recaem, pelo que não deve, em nenhuma hipótese, alcançar a integridade de qualquer direito ou garantia fundamental do cidadão, nem diminuir ou aumentar os limites dos direitos subjetivos constituídos pela lei eleitoral;

i) o objetivo fundamental do regulamento em Direito Eleitoral deve ser o de disciplinar as situações em que cabe atuação discricionária da Justiça Eleitoral para fazer cumprir a legislação que rege os atos por ela produzidos, quer administrativos, quer judiciais;

j) não devem ter força de criar direitos nem obrigações que não se encontrem, de modo implícito ou explícito, contidos na lei;

l) não deve revogar, nem contrariar a letra nem o espírito da lei, limitando-se, apenas, a desenvolver os princípios e a completar a sua dedução, facilitando o seu cumprimento.

Outras entidades jurídicas que compõem o ordenamento jurídico-eleitoral merecem análise detalhada. O limite de espaço imposto a este trabalho não me permite desenvolver o referido estudo.

Resta, em fechamento às idéias expostas, afirmar que as características da Justiça Eleitoral no final deste século contêm subsídios de grande valia para se aproximar dos direitos do cidadão no sentido de fazer valer a verdade das urnas. É evidente que elas, no patamar em que se encontram, não são absolutamente suficientes para enfrentar as exigências dos jurisdicionados no próximo século XXI. É conveniente, em face do que foi desenvolvido, se estabelecer propostas visando colaborar com a Justiça Eleitoral na busca de se aperfeiçoar na contribuição de consolidação do regime democrático a ser vivenciado no próximo século, iniciativa

já tomada pelo Superior Tribunal Eleitoral, sob o comando do Ministro Carlos Mário Velloso.

3. *A entrega da prestação jurisdicional eleitoral de acordo com a reforma defendida pelo Tribunal Superior Eleitoral*

A pureza da entrega da prestação jurisdicional eleitoral só será alcançada quando a Nação extirpar, de uma vez por todas, qualquer forma de fraude no sistema de preparar as eleições, do cidadão votar e no de se apurar a vontade manifestada por cada eleitor nas urnas.

A conscientização dessa realidade é que incentiva o esforço desenvolvido pelo atual Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Carlos Mário Velloso, devidamente autorizado por seus ilustres pares, a propor reformas na forma do atuar da Justiça Eleitoral e a sugerir modificações no sistema eleitoral posto na Constituição atual.

Os trabalhos para o alcance de tais objetivos estão em fase avançada. De forma sintética, tomando por base depoimento do próprio Ministro Carlos Mário Velloso, em conferência pronunciada no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, conforme já anunciado, os pontos vitais reformistas são os seguintes:

a) ser realizado um estudo aprofundado para que as eleições, em todo o País, sejam informatizadas, eliminando-se, assim, as urnas, as cédulas eleitorais, os mapas de urnas, o trabalho com a apuração e, conseqüentemente, a possibilidade de fraudes nas eleições;

b) o Poder Legislativo aprovar, com a contribuição do Poder Executivo e da Justiça Eleitoral, bem como de todos os demais segmentos da sociedade, uma lei permanente para reger e disciplinar todas as eleições, tendo em vista que, conforme comprovado das experiências hodiernamente vividas, uma lei para cada eleição não presta bom serviço à democracia;

c) em decorrência dessa lei permanente, se estabelecer uma jurisprudência estável, após decisões trabalhadas pelos tribunais que buscarão, com certeza, o aperfeiçoamento da lei, dando, ainda, lugar a uma doutrina com princípios definidos;

d) o estabelecimento de regras jurídicas que resultem no fortalecimento dos partidos políticos, pois eles são os agentes propulsores da vivência de uma democracia representativa e tendo em vista que a pulverização dos mesmos os enfraquecem, porque torna-os presos de aventureiros políticos;

e) ser prestada homenagem à fidelidade partidária, causa determinante, entre outras, do fortalecimento dos partidos políticos;

f) modificar o sistema eleitoral, isto é, o sistema pelo qual os candidatos são eleitos, por se considerar que o sistema proporcional hoje adotado está comprometido com "os abusos do poder econômico, com os abusos do poder político, que falseiam a vontade do titular do poder, porque rompem o equilíbrio entre os candidatos;

g) a adoção do sistema distrital, quer o puro, hoje adotado na Grã-Bretanha, na Inglaterra, no País de Gales, na Escócia, na Irlanda do Norte, quer o misto existente na Alemanha, tudo a depender das manifestações dos vários segmentos sociais e do que for melhor para o Brasil;

h) instituir uma nova sistemática para as campanhas eleitorais, com a participação do poder público, quer fiscalizando, quer financiando com a concessão de estímulos fiscais para aqueles que contribuírem para os partidos políticos, com a proibição de doação a qualquer candidato.

As propostas acabadas de ser registradas recebem, por parte do Ministro Carlos Mário Velloso, na conferência acima anotada ("A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil") detalhada análise e discriminação dos aspectos específicos e genéricos abrangentes.

Saliente-se que, para aperfeiçoar as idéias reformistas anunciadas, o Colendo Tribunal Superior Eleitoral, na atual gestão do Ministro Carlos Mário Velloso, como seu Presidente, criou a Comissão Central de Notáveis, integradas por juristas e representantes de outros escalões da sociedade, para estudá-las e, após concluídos os trabalhos, preparar e encaminhar os anteprojetos de lei aos Poderes Executivo e Legislativo. Conta ainda a Comissão Central, com a colaboração de subcomissões. Estas subcomissões apreciam, cada uma, temas específicos. Temos, assim, a Comissão de Informatização, a de Temas de Lei Eleitoral, a de estudar o fortalecimento dos partidos políticos, a de estudar as modificações no sistema eleitoral e a de firmar propostas para a reformulação da propaganda política.

#### 4. Conclusões

Democracia, representação política e Justiça Eleitoral são entidades jurídicas que sustentam a estabilidade de um governo voltado para a realização dos ideais de seu povo. No referen-

te à Justiça Eleitoral, mesmo com as dificuldades de estruturação e de funcionamento que enfrenta, ela vem contribuindo para o fortalecimento do regime democrático, desejo contido no íntimo de cada cidadão brasileiro e que se constitui em sua mais legítima aspiração. Vale aqui repetir a afirmação de Fernando Andrade de Oliveira, na conclusão do seu trabalho intitulado "Democracia, representação política e Justiça Eleitoral" (*Rev. Inf. Legisl.*, Brasília, a. 26, n. 104, out./dez. 1989) que:

"A grande e incontestável verdade é que no curso deste período histórico, com momentos de amargura e frustrações, mas passageiros, vivemos dias gloriosos de vitalidade democrática. Dias de fé, de alegria cívica, que devemos à Justiça Eleitoral, projetados no futuro que esperamos ainda melhor, pela dignidade dos seus juizes, pela confiança na instituição."

Ao se aproximar o final do século XX e se estabelecer a espera do desconhecido que nos será imposto pelo século XXI, era que será voltada, inteiramente, para a valorização dos direitos do cidadão, há de a Justiça Eleitoral acompanhar essa evolução e de se apresentar como entidade jurídica de poder, com capacidade de impor regras de atuação que contribuam para o atendimento da pretensão universalizada no interior de cada um dos seus jurisdicionados – o de uma democracia participativa e com absoluto respeito à dignidade humana e de prestígio ao direito de exercer, livremente, o direito do voto.

Há, assim, a Justiça Eleitoral de transformar-se substancialmente para o cumprimento de sua missão, pela conscientização dos seus integrantes, certa de que está servindo aos valores maiores buscados pelo sentimento nacional, que é o da convivência com um regime que não só se proponha como faça efetivamente o estabelecimento de uma paz social, com reverência integral aos direitos do homem. Só alcançará, porém, tais metas se olhar para a pessoa do Juiz como o instrumento único capaz de executar os seus propósitos, embora dele tenha de exigir mais, pois o seu papel, como destacado por Carmen Lúcia Antunes Rocha, em "O Juiz na Nova Ordem Estatal", in *As Perspectivas do Direito Público*, ob. já citada, é o de "possibilitar a concretude dos direitos, a sua afirmação libertadora dos métodos anteriormente adotados e superados pela experiência política da sociedade".

Complementa a ilustre autora:

"A partilha dos bens da terra por

todos os homens talvez esteja mais próxima do que nunca visto, porque a consciência dos direitos atingiu pelo progresso das coisas e da tecnologia, uma pos-

sibilidade inédita. O homem – afirmava Paulo Mendes Campos – é um gesto que se faz ou não se faz. A Justiça, hoje, é o gesto feito.”

# Uma leitura jurídica da prostituição infantil

JOSIANE ROSE PETRY VERONESE

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O sistema jurídico. 3. Algumas reflexões.

### 1. Introdução

A CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) da Prostituição Infanto-Juvenil, realizada em 1994, tornou ainda mais explícito o que vinha sendo denunciado através dos meios de comunicação e da literatura, a respeito da prostituição e da exploração sexual de crianças e adolescentes brasileiros.

O "Relatório Final" desta CPI afirma que tal situação antes de ser um "choque", um "escândalo social", é, na verdade, um crime, pois "não é fácil para nossas consciências sequer acreditar que há crianças de apenas seis anos de idade sendo usadas em práticas sexuais remuneradas, ou meninos de cinco anos contracenando com meninas de doze, em filmes pornográficos. Numa idade em que crianças brincam de boneca e jogam bola, estas crianças, para quem a Constituição Federal proclama obrigatório o ensino básico, já são brutalizadas por seus pais, parentes e exploradores"<sup>1</sup>.

A análise deste tema faz-nos ver que muitas vezes a "história" da prostituição tem sua origem no próprio lar, pelos pais, padrastos, irmãos, tios..., e deste modo, a casa, ao invés de ser um ambiente de conforto, carinho, segurança, transmutou-se num lugar que oferece perigo; em outros casos é a história de meninas e meninos que vivem nas ruas e se prostituem

Josiane Rose Petry Veronese é Professora de Criminologia da UFSC. Coordenadora de Pesquisa do Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito da Criança e do Adolescente.

Palestra apresentada no *Seminário sobre Exploração Sexual de meninas e adolescentes no Brasil*, realizado em Brasília, de 29 a 31 de março de 1995.

<sup>1</sup> Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a apurar a responsabilidade pela exploração e prostituição infanto-juvenil. *Relatório final*. Brasília, Câmara dos Deputados, 1994 (mimeo), p. 22.

por uma simples refeição ou para terem um abrigo, outros são atraídos (sobretudo os provenientes de classes média e alta) pela fantasia das “agências de modelos”; existem também os que se prostituem e são usados naquilo que se convencionou como os “pacotes de pornoturismo”.

O Relatório sintetiza algumas importantes considerações, frutos desta investigação, deste mapeamento do fenômeno da prostituição a nível nacional. Cite-se:

“1. *A prostituição e a exploração infanto-juvenil são realidades disseminadas por todo o território nacional e permeiam todas as classes sociais.*

2. O número de meninas prostituídas é maior que o de meninos, mas estes são encontrados também em grande quantidade.

3. Não existe idade mínima para a vitimização.

4. Há distinção entre a prostituição familiar e a destinada à obtenção de bens de consumo ou acesso a locais da moda. As meninas que se prostituem para conseguir o sustento se enquadram no primeiro grupo: a prestação de favores sexuais serve à subsistência ou à proteção contra autoridades a que se submetem (o explorador, o líder de um grupo de rua, os policiais, os pais e padrastos). De maneira diversa, a menina de classe média se prostitui para adquirir a “roupa da griffe”, frequentar dispendiosos locais da moda ou para beneficiar uma ilusória carreira de modelo.

5. Não raro, a prostituição de crianças e adolescentes está relacionada à escravidão e ao cárcere privado.

6. Existe um mecanismo típico de chegada ao submundo da prostituição: as meninas são captadas por agenciadores, que as tiram de seus lares, ou com o conhecimento das famílias (casos em que o aliciador retira as jovens do lar a pretexto de empregá-las em outras cidades).

(...)

8. O uso de drogas tem estreita relação com o que estudamos. Em primeiro lugar, o jovem, de qualquer classe social, que se vicia, pode chegar a se prostituir para obter a droga. Em segundo lugar, os exploradores incentivam os vícios em álcool e drogas para manterem ascendência e

controle sobre os explorados. Por último, a alienação trazida pelas drogas é o refúgio último da criança e do jovem submetidos às mais odiosas formas de degradação. Frequentemente a menina que serve de “avião” (entregando drogas ou acompanhando quem as transporta) também se prostitui para os traficantes e usuários.

(...)

11. *Registram-se, em todas as classes sociais, altíssimos níveis de incesto, o que também pode acabar por levar as crianças e adolescentes à prostituição.*

12. *Influi decisivamente na violência sexual no lar, o fato de as populações de baixa renda ou de condições miseráveis viverem em habitações que convidam à promiscuidade.*

13. *Há um profundo e arraigado componente cultural no fenômeno sobre o qual nos debruçamos: a prostituição é vista como “normal” pela sociedade brasileira. A valorização da menina jovem e, ainda mais, daquela virgem, é encarada como afirmação lícita da sexualidade masculina.*

(...)

15. *A polícia é responsável, muitas vezes, pela impunidade dos exploradores, com quem é conivente, em troca de propinas. A CPI recebeu, inclusive, denúncias de corrupção policial, segundo as quais agentes da lei exploram, eles próprios, a prostituição.*

(...)<sup>2</sup>

## 2. O sistema jurídico

A nossa Constituição Cidadã, de 1988, precebe em seu art. 227 que:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

E ainda em seu § 4º, preceitua:

“A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança

<sup>2</sup> *Relatório final* – Op. cit., pp. 23-27.

e do adolescente”.

Diante de tal prescrição constitucional, podemos indagar se a atual legislação penal consegue atender ao que naquele está exposto.

Antes de analisarmos como a matéria é apreciada no Código Penal, convém colocar que o mesmo contém arcaísmos e distorções, sobretudo ao revelar uma indisfarçável opção pelas classes mais abastadas.

Para comprovar isso, basta compararmos os crimes de lesão corporal – art. 129, e o de roubo mediante violência ou ameaça – art. 157: enquanto que para o primeiro a pena é de detenção de 3 meses a 1 ano, a do segundo é de reclusão de 4 a 10 anos e multa; isso revela que o patrimônio, segundo a ideologia de tal Código, tem um valor maior do que a vida. Dessa forma percebe-se que o Código Penal Brasileiro de 1940 é todo ele imbuído de um cunho patrimonialístico extremo.

Assim, inegável é o fato de que se faz imperiosa uma reforma das normas penais, com a adoção de princípios mais modernos, seja no que diz respeito à tipificação dos atos entendidos como antijurídicos, seja na quantificação e espécie de pena a ser aplicada no caso concreto.

O Código Penal trata, ou melhor, tenta tratar, das condutas acerca da exploração sexual, no Título VI: *Dos Crimes Contra os Costumes*.

O primeiro tipo penal que entendemos estar relacionado com a prostituição e abuso sexual contra crianças e adolescentes, ainda que indiretamente, é o *estupro*.

“Art. 213 – Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”

Antes de mais nada, uma breve crítica, este dispositivo é um exemplo do arcaísmo do Código Penal, pois entendemos que não há que se falar em “mulher” e sim em pessoa, portanto, há que se lutar para que tais crimes integrem o Capítulo *Dos Crimes Contra a Pessoa*, e não meramente os crimes contra os costumes.

Ao se estudar o art. 213 do Código Penal, convém que saibamos que a Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, havia acrescido à redação original do Código de 1940 o seguinte parágrafo único:

“Se a ofendida é menor de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.”

No entanto, ocorre que, pelo art. 6º da Lei nº 8.072/90, que classificou e disciplinou os crimes hediondos, a pena do *caput* dos arts. 213 e 214 (Atentado Violento ao Pudor) passou a ser de 6 a 10 anos de reclusão. E isso gerou uma série de confusões, mas, na realidade, tratou-se de uma falha do legislador dos crimes hediondos, que não expressou a revogação deste parágrafo único, bem como o parágrafo único do art. 214.

Inclusive, esta questão é referendada e elucidada pelos expoentes do Direito da Criança e do Adolescente: Munir Cury, Paulo Afonso Garrido de Paulo e Jurandir Noberto Marçura que, na obra: *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*, esclarecem que o art. 263, do ECA, “na parte que comina aumento de pena aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, descritos nos arts. 213 e 214 do Código Penal, encontra-se revogado pelo art. 9º da Lei nº 8.072, de 25.7.90, (...), uma vez que a lei posterior regulou as mesmas hipóteses tratadas pelo Estatuto, prevendo o agravamento mais severo das penas”.<sup>3</sup>

Além do que, se não aceitássemos a revogação do art. 263 do Estatuto, ter-se-ia, recorda Damásio de Jesus, as seguintes e absurdas hipóteses:

“1ª) estupro contra vítima adulta: trata-se de crime hediondo, apenado no mínimo com seis anos de reclusão, não sendo permitidos indulto, graça, liberdade provisória, devendo a pena ser executada inteiramente em regime fechado, com livramento condicional com o cumprimento de dois terços e prescrição mínima de pretensão executória em doze anos;

2ª) estupro contra vítima de treze anos de idade: não seria crime hediondo, apenado com quatro anos de reclusão, permitidos os institutos do indulto, graça, liberdade provisória, progressão na execução da pena, livramento condicional com o cumprimento de metade ou um terço e prescrição mínima da pretensão executória em oito anos.”

Neste caso, tal qual o artigo anterior, o parágrafo único encontra-se revogado pela Lei nº 8.072/90.

<sup>3</sup> CURY, Munir *et alii*. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*. São Paulo: RT, 1991, p. 132.

Outro crime intrinsecamente relacionado com a prostituição infantil e a exploração sexual é o delito denominado *corrupção de menores*:

“Art. 218 – Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.”

Percebe-se pela leitura do dispositivo penal citado que o objeto jurídico é a moral sexual dos maiores de 14 e menores de 18 anos. Portanto, não há crime, e aí reside, justamente, a primeira crítica que podemos tecer sobre esse dispositivo, no caso de menor de 14 anos que for levado a presenciar ato de libidinagem, tendo em vista o limite mínimo de idade estabelecido para a vítima: não o será, de igual modo, pelo delito do art. 214, uma vez que este não prescreve sobre a “assistência” de ato libidinoso. Portanto, o fato é atípico.

Outra crítica é a que diz respeito ao entendimento que vem sendo dado pela jurisprudência, no sentido de se excluir o crime quando o menor já se encontra corrompido. Há que se colocar que a corrupção é algo escalonável.

Diante destas colocações, faz-se necessário que o sistema legal não se preocupe apenas em punir aquele que corrompe o menor, como também o que o mantém na corrupção, ou ainda, o que obstaculiza a sua saída do meio degradante.

E mais, a corrupção do menor de 14 anos que presencia ato de libidinagem também, entendemos, deveria integrar este tipo, hipótese em que haveria agravamento da pena, por estar presumida a violência.

Quanto ao raptamento violento ou mediante fraude:

“Art. 219 – Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.”

A primeira falha do dispositivo em apreço está neste “mulher honesta”; advogamos a tese de que uma atualização da legislação penal deveria se preocupar com o raptamento de *pessoa*.

Alerte-se que esta norma não contempla a questão do menor de 18 anos, não dando importância à idade da vítima, o que é um grave erro.

O Código Penal, no Capítulo V – Do Lenocínio

e do Tráfico de Mulheres – ainda, no Título VI, aponta algumas espécies de delito que são de extrema relevância nesta abordagem, quais sejam:

- mediação para servir a lascívia de outrem;
- favorecimento de prostituição;
- casa de prostituição;
- rufianismo;
- tráfico de mulheres.

a) Mediação para servir a lascívia de outrem:

“Art. 227 – Induzir alguém a satisfazer a lascívia alheia:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.”

O lenocínio diferencia-se dos demais delitos contra os costumes porque o agente, ao invés de satisfazer a própria lascívia, libidinagem, procura satisfazer a luxúria alheia.

Este tipo penal tem, justamente, ao penalizar tais condutas, o objetivo de evitar o desenvolvimento da prostituição ou da corrupção moral.

O § 1º é-nos especial pelo fato de considerar qualificado o delito, se praticado contra vítima maior de 14 anos e menor de 18. Em se tratando de vítima menor de 14 anos, a violência será presumida, consoante o que dispõe o art. 232 c/c o 224, a, do Código Penal, o que implica um agravamento da pena.

Nos termos do § 2º, ou seja, quando o crime for cometido com o emprego de violência, grave ameaça ou fraude, o crime é igualmente qualificado.

b) Favorecimento da prostituição:

“Art. 228 – Induzir ou atrair alguém a prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1º – Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do artigo anterior:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 2º – Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º – Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também, multa.”

c) Casa de prostituição:

“Art. 229 – Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar

destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

Há os que definem a “casa de prostituição” como o “local onde as prostitutas exercem o comércio carnal”<sup>4</sup>, no entanto, o próprio tipo diz claramente: “haja, ou não, intuito de lucro”, sendo que, existindo o lucro, aplica-se, além da pena, a multa – § 3º, art. 228.

Este dispositivo é praticamente ineficaz, tendo em vista a orientação dos próprios tribunais. Porque:

Os motéis e hotéis de alta rotatividade licenciados não são alcançados pela norma penal, mesmo que constituam locais em que exista a prática de libidinagem, alega-se que a sua manutenção não é dirigida à prostituição.

O mesmo se dá com os *Drive in*, Casas de Massagem, etc.; portanto, o licenciamento conduz à presunção de licitude de suas atividades.

É neste ponto que vem o grande problema do “pornoturismo”, pela dificuldade de seu “enquadramento” num tipo penal.

Há que se ressaltar, ainda, que o art. 229 não aborda o problema da vítima menor de 18 e maior de 14 anos.

#### d) Rufianismo:

“Art. 230 – Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º – Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do art. 227:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, além da multa.

§ 2º – Se há emprego de violência ou grave ameaça:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, além da multa e sem prejuízo da pena correspondente à violência.”

#### e) Tráfico de mulheres:

“Art. 231 – Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no es-

trangeiro:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º – Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do art. 227:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 2º – Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º – Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.”

Como podemos constatar, o Código Penal, ao tratar das questões relativas à prostituição, situa-a, genericamente, dentro do mundo dos maiores de idade e com ênfase na prostituição feminina, não dando a devida importância à prostituição infantil.

É certo que, quanto ao menor de 14 anos, em todas as hipóteses descritas a violência já se encontra presumida na forma do art. 224 do Código Penal, com o conseqüente agravamento da pena. No entanto, as vítimas maiores de 14 anos e menores de 18 foram totalmente desconsideradas.

Temos, dessa forma, ao contemplar o nosso Código Penal, um sistema punitivo que não pune e sequer contramotiva a prática da prostituição infantil.

Em matéria de exploração sexual, é possível constatar que o Estatuto da Criança e do Adolescente também se preocupara com a questão, como não poderia deixar de ser. Assim, o Estatuto retoma e complementa o crime de *corrupção de menores* como o seguinte tipo penal:

“Art. 240 – Produzir ou dirigir representação teatral, televisiva ou película cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, nas condições referidas neste artigo, contracena com criança ou adolescente.”

O *nomen juris* deste delito é: *utilização de criança ou adolescente em cenas de espetáculos pornográficos ou de sexo explícito*.

Entendemos que a *ratio legis*, ou seja, os motivos que fundamentaram este dispositivo é impedir que crianças e adolescentes sejam utili-

<sup>4</sup> JESUS, D. – Op. cit., p. 643.

zados em cenas pornográficas ou de sexo explícito, seja no teatro, na televisão ou no cinema, em espetáculos entendidos como pornográficos.

Com muita precisão afirma Ester Kosowski que a

“diferença de conceituação entre a arte e a pornografia, ou erotismo e pornografia, situa-se na forma grosseira e vulgar como a pornografia costuma ser apresentada. As cenas de sexo explícito em filmes e espetáculos são anunciadas pela mídia em espetáculos para atrair público específico e a participação de adolescentes é um chamariz”.<sup>5</sup>

Lembra a citada professora que o

“momento consumativo, mesmo sendo o crime considerado material, será o da filmagem ou até dos ensaios, em caso de peça de teatro. Não é necessária a exibição do espetáculo para ser atingida a *meta optata*. A tentativa é possível apenas nos atos preparatórios, que são o planejamento dos espetáculos, uma vez que o enunciado do dispositivo refere-se à utilização e não à exibição”.<sup>6</sup>

### 3. Algumas reflexões

Um outro aspecto importantíssimo nesta reflexão em torno dos crimes sexuais infanto-juvenis, sobretudo se considerarmos que a pessoa que está sendo manipulada, explorada, é uma criança ou adolescente, refere-se à “peculiaridade” do Código Penal, incluí-los nos crimes contra os costumes e, portanto, tenta penalizar os que lesariam a moral sexual, os princípios familiares, etc., segundo a moral da sociedade de 1940.

Ora, como se tem entendido, e de fato é uma verdade, que a nossa moral tem sofrido grandes alterações, que a sociedade está mais livre das reprimendas sexuais do passado, este tipo de argumento acaba por justificar a omissão da sociedade e do Estado neste campo.

No entanto, entendemos que, em se tratam-

<sup>5</sup> KOSOWSKI, Ester. “Art. 240” in CURY, M. et alii. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 728.

<sup>6</sup> KOSOWSKI, Ester – Op. cit., pp. 728-729. Acrescenta, ainda, a autora que “é o dolo direto ou eventual. A forma culposa não pode ser considerada. A negligência, imprudência ou imperícia na verificação da idade dos participantes do espetáculo pode ser considerada como dolo eventual” (p. 728).

do de crianças e adolescentes, na realidade tais condutas não seriam, simplesmente, contrárias à moralidade pública, antes são condutas que atentam contra a integridade física e psíquica destes sujeitos; pois não é possível concebermos que o problema de meninos e meninas de 7, 8 anos, que são sexualmente explorados, muitas vezes à força, seja uma questão simplesmente “moral”. É bem mais do que isso, é uma situação de horror, de barbárie.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1990, da qual o Brasil é um dos signatários, determina em seu art. 34, que:

“Os Estados-Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados-Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir:

a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal;

b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais;

c) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos.”

Tal dispositivo, portanto, assegura à criança a proteção contra a exploração sexual e o abuso, incluídos a prostituição e o envolvimento em pornografia.

Convém ressaltar que, no Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, sendo promulgado em 21 de novembro desse mesmo ano, foi finalmente promulgado pelo Decreto nº 99.710.

Desta forma, a negligência de nosso País no que tange à prostituição infantil é na verdade um desrespeito à Constituição Federal, um descaso para com a citada Convenção e para com os direitos proclamados no Estatuto da Criança e do Adolescente; em síntese, uma profunda negação dos direitos fundamentais da pessoa humana, sobretudo tendo-se em conta que esta negativa de cidadania atinge justamente aqueles que são merecedores de proteção especial e integral, por estarem num processo de desenvolvimento. E o que mais nos indigna nesta abordagem é que todo o sistema político é condescendente com tais abusos.

Por outro lado, ao tentar se elaborar uma leitura jurídica da prostituição infantil e, portanto, quais os mecanismos que o sistema penal teria para oferecer, a fim de se evitar a degradante exploração sexual infanto-juvenil, somos também levados a questionar se o mero advento de normas que dessem à questão um enfoque mais severo, no sentido de, simplesmente, impor penas mais drásticas já seria suficiente.

Parece óbvio que não, pois, como acertadamente coloca Garcia Pablos,

“a eficaz prevenção do crime não depende tanto da maior efetividade do controle social formal, senão da melhor integração ou sincronização do controle social formal e informal”.<sup>7</sup>

E o que isso significa? Significa que a verdadeira prevenção de um problema tão sério como o é o da prostituição infantil, se dará através de uma ação conjunta entre a sociedade e o Estado, se servindo de métodos, programas, capazes de neutralizar o problema em sua origem. É lógico que a solução não se dará a curto prazo, mas isto não deve servir como um argumento para um não-agir.

Além do que, também há que se considerar que a sociedade civil deve cobrar do Estado uma maior fiscalização em hotéis, motéis e congêneres, e inclusive, parece oportuno o estabelecimento de medidas administrativas que impliquem a imposição de multas significativas, e até mesmo a interdição de estabelecimentos nos quais fossem flagrados o uso sexual de crianças e adolescentes, sem detrimento da responsabilidade penal.

Certamente, temendo mais as multas ou o fechamento de suas “atividades”, do que a punição penal, ter-se-ia, acreditamos, uma diminuição dessa exploração. Pois, pensar em resolver estas questões com a mera prevenção pelo Direito Penal é uma ilusão, porque, em primeiro lugar, a intervenção penal implica elevados custos sociais e em segundo, nem sempre o rigor das leis importam em sua efetividade.

Estes dois fatos como que “geram” o problema da impunidade.

A este respeito, já se pronunciara o jovem Marquês de Beccaria, em 1764:

“Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. *A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresente alguma esperança de impunidade*”.<sup>8</sup>

#### Bibliografia:

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a apurar a responsabilidade pela exploração e prostituição infanto-juvenil. *Relatório final*. Brasília, Câmara dos Deputados, 1994 (mimeo).

CURY, Munir et alii. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*. São Paulo: RT, 1991.

———. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 1992.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. Trad. de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 1992.

JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Acesso à Justiça: a defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente – ficção ou realidade?* Tese apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do Título de Doutor em Direito. Florianópolis, 1994.

<sup>7</sup> GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. Trad. de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 1992, p. 78.

<sup>8</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994, p. 80.

# Contratação direta: dispensa de licitação com base no art. 24, inc. VIII, da Lei nº 8.666/93

JORGE ULISSES J. FERNANDES

## SUMÁRIO

*1. Noções. 2. Requisitos. 2.1. Que o contratante seja pessoa jurídica de direito público interno. 2.2. Que o contratado seja órgão ou entidade que integre a Administração Pública. 2.3. Que o contratado tenha sido criado para o fim específico do objeto pretendido pela administração contratante. 2.4. Que a criação do órgão ou entidade contratada tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.666/93. 2.5. Que o preço seja compatível com o praticado no mercado. 3. Sobre a constitucionalidade do inciso. 4. Conclusão.*

Entre os vários dispositivos da Lei nº 8.666/93 que autorizam a contratação direta, sem licitação, um tem merecido especial atenção por parte do controle da Administração Pública, especialmente pelo seu elevado componente político, no sentido científico do termo.

Efetivamente, nenhum outro dispositivo da Lei nº 8.666/93, que regula o tema licitações e contratos na Administração Pública, na sua operacionalização prática, se põe em plena sintonia com a necessidade da sociedade rever a estrutura administrativa da Administração, ao mesmo tempo em que expõe as constrangedoras situações decorrentes de modelos ultrapassados da intervenção do Estado na economia, nem permite, com segurança, definir os contornos do princípio da descentralização administrativa.

Estabelece o art. 24 do precitado diploma legal que é dispensável a licitação:

“VIII - para a aquisição, por pessoas jurídicas de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que a Administração Pública e que tenha sido criado para

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, instrutor do Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, onde ministra a disciplina Análise de Licitações e Contratos, e do Centro Brasileiro para Formação Política. É professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UDF.

esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

#### 1. Noções

Esse é um dos dispositivos que teve maior alteração de redação, em busca de adequado equilíbrio entre o interesse público e a estrutura da Administração.

Sob a égide do Decreto-Lei nº 2.300 era permitida a contratação direta quando a operação envolvesse *concessionário de serviço público* e o objeto do contrato fosse pertinente ao da concessão e, também, quando envolvesse pessoas jurídicas de direito público interno, ou entidades paraestatais ou, ainda, aquelas sujeitas ao seu controle majoritário, excetuando-se se houvesse empresas privadas que pudessem prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, quando, então, seria obrigatória a licitação (art. 22, incisos VII e X).

Já a redação original da Lei nº 8.666/93 estabelecia o seguinte:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

.....  
VIII - quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, exceto se houver empresas privadas ou de economia mista que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipóteses em que ficarão sujeitas à licitação;”

Criava-se, assim, um tipo diferenciado de dispensa de licitação que, na verdade, tratava-se de *inexigibilidade*, pois seria *inviável* a competição.

O atual delineamento legal, como dito, alterou a fisionomia da dispensa, preservando da salutar concorrência órgãos da Administração, exigindo apenas a *compatibilidade de preços* com os praticados no mercado.

A justificativa jurídica para essa dispensa repousa no fato de que a descentralização das atividades não poderia obrigar a licitação. Assim, se o Estado possui um órgão na sua estrutura que realiza um serviço, ao conceder-lhe autonomia e personalidade, continuaria podendo contratar, diretamente, sob pena de inviabilizar a própria descentralização.

O assunto, contudo, não é pacífico, e o Doutor Toshio Mukai, um dos mais expressivos expoentes sobre o tema (*Boletim de Licitações e Contratos*, nº 9/94, pp. 417/8), sustenta que a alteração da redação do inciso, promovi-

da pela Lei nº 8.883/94, conquanto omissa sobre a questão da possibilidade de competição com a iniciativa privada, merece maior reflexão. Lembrando que o texto do Decreto-Lei nº 200/67 “contemplava como uma das hipóteses de dispensa de licitação entre órgãos e entidades públicas (art. 126, § 2º, letra f)” traz à colação o seguinte caso:

“Com base nessa disposição, reproduzida no texto da Lei paulista nº 89/72, o Sr. Governador do Estado de São Paulo dispensou de licitação a Petrobrás para instalar postos de gasolina (com os complementos de praxe) ao longo da Rodovia Castello Branco. Diversas empresas (*Shell, Esso etc.*) ingressaram com mandado de segurança reivindicando a necessidade de licitação. A resposta do Judiciário veio no RE nº 87.347, 1ª T. 4.3.80, Rel. o Min. Xavier de Albuquerque: “Não cabe dispensa de licitação, em favor da Petrobrás, para instalar postos de gasolina e de socorro mecânico em estrada estadual. Essa atividade não se inclui no monopólio ou exclusividade de serviço, não se caracterizando a hipótese do art. 126, § 2º, letra f, do Decreto-Lei nº 200/67” (*Vox Legis*, v. 137, pp. 20 e ss., maio/1980).”

No corpo do referido acórdão, o Ministro-Relator deixou consignado o seguinte:

“O advérbio ‘exclusivamente’, utilizado pelo art. 24, nº VII, da atual Lei nº 89, que copiava o art. 126, § 2º, letra f, do Decreto-Lei nº 200/67, tem o significado de que a operação haverá de ser feita entre o Estado e outra pessoa jurídica de direito público interno, ou entidade sujeita ao seu controle majoritário, em caráter exclusivo, isto é, sem a possibilidade de fazer a mesma operação, indiferentemente, com pessoas jurídicas de direito público interno, ou com entidades sujeitas ao seu controle majoritário, e também com particulares, não haveria serviço público e teria de vigorar não a exceção, mas a regra geral, que exige a licitação.”

Para melhor compreensão é o seguinte o texto do Decreto-Lei nº 200/67, que copiada para aquela legislação estadual gerou a manifestação precitada do Pretório Excelso:

“Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observân-

cia do princípio da licitação.

§ 1º ...

§ 2º É dispensável a licitação:

f) quando a operação envolver concessionário de serviço público ou, exclusivamente, pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário;”

Do confronto entre a atual redação do inc. VII do art. 24, e tendo subjacente o acórdão em tela, verifica-se que o atual normativo ainda carece de aperfeiçoamento, vez que não foi alcançado o exato equilíbrio entre os princípios da descentralização das atividades estatais, onde seria possível a contratação direta, e o da licitação e da livre iniciativa.

#### 2. Requisitos

Para que se opere legitimamente a contratação direta é necessário:

a) que o contratante seja pessoa jurídica de direito público interno;

b) que o contratado seja órgão ou entidade que integre a Administração Pública;

c) que o contratado tenha sido criado para o fim específico do objeto pretendido pela Administração contratante;

d) que a criação do órgão ou entidade contratada tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.666/93;

e) que o preço seja compatível com o praticado no mercado. Cabe, agora, analisar cada um dos requisitos, para adequada compreensão do tema.

#### 2.1. *Que o contratante seja pessoa jurídica de direito público interno*

Pessoa jurídica de direito público interno é uma expressão jurídica que abrange determinados tipos de pessoas com regime jurídico próprio e peculiar, onde conservam prerrogativas próprias do poder de *imperii*. No Ordenamento Jurídico pátrio são: a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e suas autarquias.

Com profundo dissenso doutrinário e legal, até o advento da CF/88, as fundações instituídas e mantidas pelo poder público oscilavam ao sabor das conveniências, ora ostentando nítidas características do direito privado, ora se afirmando como pessoas jurídicas de direito público.

Somente após o Estatuto Político de 1988, foram as fundações adequadamente situadas como *tertium genus*, em relação à natureza ju-

rídica de sua personalidade, mas muito bem situada sob adequada e integral jurisdição do controle.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Adin nº 926/93 (publicado no DJU de 6.5.94) definiu com absoluta precisão os novos contornos constitucionais das fundações para aproximá-las das autarquias, sob vários aspectos.

Na atualidade, deve-se classificar as fundações instituídas e mantidas pelo poder público como pessoas jurídicas de direito público, e, portanto, podem elas integrar o elenco de órgãos contratantes que se podem servir dessa possibilidade de dispensa.

#### 2.2. *Que o contratado seja órgão ou entidade que integre a Administração Pública*

O outro sujeito da futura relação contratual deverá ser órgão ou entidade integrante da Administração Pública.

Se o contratante foi precisamente definido pelo inciso em comento, o mesmo não ocorreu em relação ao contratado. Primeiro porque admitiu a contratação de órgão, expressão de larga amplitude, abrangendo partes despersonalizadas da Administração. Mesmo no mais autorizado magistério do saudoso Hely Lopes Meirelles o conceito de órgão não se identifica com o de pessoa jurídica capaz de ser sujeito de direitos e obrigações, muito embora se lhe atribua capacidade de expressar parcela de vontade do Estado, fato que estabelece uma zona intermediária, bastante dissociada dos elementos clássicos do direito privado. Para o renomado autor, “órgãos públicos são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem”. Mais adiante, amparado em Gierke, afirma que o órgão é parte do corpo da entidade e, assim, “todas as suas manifestações de vontade são consideradas como da própria entidade”. (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 18ª ed., 1993, p. 63 e nota 20 do rodapé). Nada obstante a clareza dessas afirmativas iniciais, mais adiante o autor admite a capacidade dessa parte, ou centro de competência, para depois ratificar a inexistência de personalidade jurídica do “órgão”, como se observa: “os órgãos integram a estrutura do Estado e das demais pessoas jurídicas como partes desses corpos vivos, *dotados de vontade* e capazes de exercer direitos e obrigações para a consecução de seus fins institucio-

nais. Por isso mesmo, os órgãos não têm personalidade jurídica nem vontade própria, que são atributos do corpo e não das partes, mas na área de suas atribuições e nos limites de sua competência funcional expressam a vontade da entidade a que pertencem e a vinculam por seus atos, manifestados através de seus agentes (pessoas físicas)". Acrescenta, em seguida, que "embora despersonalizados, os órgãos mantêm relações funcionais entre si e com terceiros, das quais resultam efeitos internos e externos, na forma legal ou regulamentar. E, a despeito de não terem personalidade jurídica, os órgãos podem ter prerrogativas funcionais próprias que, quando infringidas por outro órgão, admitem defesa até mesmo por mandado de segurança" (grifos não são do original — *ob. cit.*, pp. 64/65).

Sobre entidades é possível defini-las, seguindo corrente já firmada, como centros de competência específica, providas de personalidade jurídica de direito público ou privado e criados por lei, para o desempenho de funções descentralizadas (*Estudos para uma lei orgânica da Administração Federal*, Brasília: IPEA, Luiz Zaidman e Lincoln T.M.P. da Luz, p. 107).

Deve ficar adequadamente estabelecida substancial diferença entre a prerrogativa de contratação direta, que o inciso em comento estabelece em favor do contratante, e a possibilidade de venda ou prestação direta de serviços por parte do órgão ou entidade contratada.

Como regra a Administração está sujeita ao processo licitatório, seja para comprar ou vender, contratar a prestação de serviços ou realizá-los, exsurgindo daí que o contratante pode ter autorização legal para promover a contratação direta, mas o contratado, se pretender promover a alienação direta dos seus bens, deverá também ter amparo legal expresso nesse sentido, o mesmo podendo ser afirmado em relação aos serviços, quando está na condição de prestador.

Para a dispensa de licitação por parte do contratado, na sua área de atuação deve ser observado o disposto no art. 17, inciso II, alíneas e e f.

Mais uma vez renova-se aqui a noção básica elementar de que as entidades da Administração podem ocupar qualquer dos pólos da relação contratual, mas apenas uma é, no estrito âmbito da legalidade, a "contratante", possuindo a outra a condição de "contratada", sendo que à primeira cabe a utilização de cláusulas exorbitantes, como regra.

A propósito insta ressaltar que o dispositivo não alberga as contratações diretas com as executoras de serviços públicos mediante delegação, como ocorre em relação aos serviços concedidos, permitidos e autorizados.

Na concessão se dá o trespasse contratual dos serviços públicos para o particular, permanecendo o poder público com a titularidade do mesmo e a prerrogativa de fiscalizar-lhes a execução, além de impor as alterações que se fizerem necessárias como cláusulas exorbitantes.

Já a permissão, que guarda pontos de contato com a concessão, é mais precária e se realiza por ato unilateral, transferindo aos particulares que preenchem determinados requisitos a execução de um serviço público; a seu turno, serviços autorizados, na lição de Hely Lopes Meirelles, são aqueles que o poder público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular para atender a interesses coletivos instáveis ou emergenciais.

Nenhum dos executores dos serviços delegados pode ser contratado diretamente com fulcro nesse inciso, mesmo os concessionários ou permissionários. Quando a Administração Pública transfere ao particular a execução do serviço, embora tal ação possa ser compreendida como descentralização *lato sensu*, não mais lhe é permitido contratar como ente integrante da Administração Pública. É particular, para fins de contratar seus serviços ou fornecimentos.

Pontuando a diferença de tratamento entre o Decreto-Lei nº 2.300/86 e a Lei nº 8.666/93, a Secretaria do Tesouro Nacional deixou assentado que "foi suprimido do Estatuto das Licitações o dispositivo que previa a dispensa de licitação para concessionários de serviço público". Quanto ao art. 24, inc. VIII, da nova Lei, dispõe sobre operações entre órgãos e entidades públicas, excluindo a hipótese das concessionárias (Mensagem CONED/STN nº 402268, de 24.2.94, interessado DRTN/RJ).

2.3. *Que o contratado tenha sido criado para o fim específico do objeto pretendido pela Administração contratante*

O outro requisito inafastável da lei, para que ocorra a contratação direta é que o objeto a ser contratado pela Administração seja coincidente com a finalidade precípua ou fundamental do órgão.

Nesse sentido, os elementos ensejadores da criação do órgão estão diretamente relacionados com o objeto de interesse da Adminis-

tração contratante.

Exemplos clássicos seriam: a contratação de divulgação de informativos do interesse da Administração por uma emissora de rádio estatal, criada para promover a divulgação das atividades do Governo, como finalidade institucional; a realização de concursos por órgãos integrantes da Administração Pública, encarregados dessa tarefa.

Questão relevante diz respeito ao fato da alteração dos atos constitutivos do órgão para neles fazer inserir a realização de um objeto pretendido pela Administração, como ocorreria com a alteração de uma lei que criou o Departamento de Imprensa, para inserir entre as suas finalidades a impressão de volantes de loteria. Essa alteração ensejaria o enquadramento da contratação desse novo objeto de forma direta, sem licitação?

A literalidade do dispositivo em comento afastaria essa possibilidade da Administração contratar a impressão de cartelas de loteria, diretamente. Contudo tal exegese pode conduzir ao rigor de que hoje a maior parte dos órgãos já tiveram seu universo de atividades bastante expandidos, e, em várias hipóteses a Administração já vem efetuando a contratação com dispensa de licitação. Num contexto mais amplo, seria admissível acolher essa expansão do objeto, desde que também nesse caso fosse atendido o requisito temporal inscrito no dispositivo pela Lei nº 8.883/94, ou seja, que a alteração da atividade do órgão tivesse ocorrida antes da vigência da Lei nº 8.666/93.

Com essa possibilidade ficaria resguardado o ordenamento jurídico sem necessidade de grandes pesquisas sobre a finalidade inicial, que ensejou a criação do órgão, ao tempo que se evitaria o absurdo de permitir a contratação direta de um órgão que foi criado bem posteriormente, sem contudo admitir-se igual tratamento para outro que, mesmo criado anteriormente, teve seu ramo de atividade expandido, arditosamente, após o advento da Lei nº 8.666/93.

Merece reflexão o fato de um órgão possuir a finalidade genérica de prestar serviços numa determinada área, sem haver referência a execução dos mesmos para a Administração Pública. Nesse caso, por não ficar caracterizada a "finalidade específica", deverá ser procedida a licitação.

Efetivamente, não há amparo legal para a Administração Pública ficar contratando diretamente qualquer órgão da Administração. Quis o legislador colocar em destaque que na cria-

ção do órgão o que deve ficar em evidência é a *finalidade específica*, não podendo agora o intérprete ignorar a dimensão dessa expressão. Afinal, presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas; "devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva". (Carlos Maximiliano, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 10ª ed., p. 110).

Se o exercício da atividade mercantil pautar-se pelo princípio da livre-concorrência tendo o Estado igualado-se à iniciativa privada para a execução de um serviço ou o fornecimento de bens não poderá pretender afastar a disputa no momento em que tiver que promover a contratação de seu interesse, sob pena de violar um dos princípios fundamentais da República (ver arts. 170, inc. IV, 173, § 1º, da CF/88).

Afinal, lembrando De Ferrara, se o Estado abandona o seu pedestal para entrar em coordenação com os súditos, deve pautar-se pelas normas a ele aplicáveis. O dispositivo só resguarda o fato da descentralização: a pessoa jurídica criada pelo Estado para criar serviços inerentes às atividades da Administração Pública para ela própria.

Em remate ao exposto, é oportuna a seguinte assertiva de Marcus Juruena Villela Souto equacionando com sabedoria a questão: "é mister frisar que só cabe a contratação direta com a entidade descentralizada se ela foi criada para o fim específico de só atender à Administração independentemente da data de sua criação – a busca de clientes externos, mesmo em outras Administrações, já descaracterizada a descentralização administrativa para transformar a entidade em concorrente da iniciativa privada, o que, na maioria dos casos, além de exigir a licitação, ultrapassa os limites impostos pelo art. 173, § 1º, CF" (extraído do *Boletim de Licitações e Contratos* nº 11/94, p. 536, em comentário ao inc. XVI, do art. 24).

É desconcertante verificar que alguns órgãos públicos, menos atentos ao texto legal e ignorando os princípios constitucionais da ordem econômica adotada em nosso País, vêm promovendo contratações de empresas públicas que não foram criadas para a finalidade específica de atender às necessidades da Administração, pretendendo amparar a contratação direta nesse inciso VIII do art. 24, em comento.

Seria o caso do órgão público pretender adquirir combustível diretamente da Petrobrás, empresa pública que se insere na mesma dimen-

são das atividades prestadas por outras distribuidoras e não tem a finalidade específica de distribuir combustíveis a órgãos públicos (a jurisprudência é pacífica a respeito, mas merece ser citado o parecer da Secretaria do Tesouro Nacional/ CONED nº 89 de 28.3.94).

Por outro lado, se o serviço, ou a produção, estiver sendo realizada em caráter de monopólio, o enquadramento legal da contratação direta estaria nos incisos I e II, do art. 24, ou mesmo no *caput* do art. 25, face à inviabilidade de competição, mas deveria ocorrer nos estritos termos do monopólio. Em alguns casos, entidades criadas para a realização de serviço ou produção em caráter de monopólio – que, a propósito, só pode ser exercida se houver previsão constitucional, porque restringe o ingresso de particulares no desenvolvimento da atividade econômica, afetando o princípio da livre iniciativa – tendem a expandir o seu objeto e concorrer com a iniciativa privada. Seria o caso dos Correios confeccionarem envelopes, de uma empresa de saneamento se dedicar a construção e reparos em esgotos internos de residências, e de uma empresa de fornecimento de água realizar construção de reservatórios de água e encanamento interno em propriedades privadas, ou conservação de piscinas etc.

Nesse aspecto, para avaliar a possibilidade da contratação direta voltam-se aos parâmetros definidos anteriormente: se na criação dos órgãos a prestação dos serviços ou a produção dos bens, mesmo fora do âmbito do monopólio, para o poder público, constitui finalidade específica da entidade criada, não há óbice a sua contratação direta com supedâneo nesse inciso VIII.

Ao ensejo, cabe lembrar que concessionária exercendo, a atividade em nome próprio não pode ser beneficiária do dispositivo porque não é órgão integrante da Administração Pública.

*2.4. Que a criação do órgão ou entidade contratado tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.666/93*

A Lei nº 8.883, quando alterou a Lei nº 8.666/93, fez inscrever esse limite temporal como condição *sine qua non* para a contratação direta.

Superiores interesses de conter a expansão estatal, notadamente no momento em que se discute o seu verdadeiro papel, levaram o legislador a limitar a contratação direta aos órgãos e entidades criados anteriormente à sua vigência.

Não fica com isso a Administração vedada

a criar outros órgãos, após o advento da Lei nº 8.666/93, mas tão-somente de contratar diretamente, isto é, sem o adequado processo licitatório, seus serviços ou produtos que produzir.

Releva notar, além do que foi discutido no tópico anterior sobre alteração das finalidades do órgão ou entidade, que o legislador não guardou simetria ao promover tal restrição, pois, logo adiante, no inciso XVI, permitiu que a criação do órgão se efetivasse a qualquer tempo, para os serviços ali descritos. Embora de natureza mais restritiva em relação ao objeto a ser contratado, é fato que ficou amplamente admitida a possibilidade da contratação direta, naquele dispositivo.

Importante registro deve ser feito em relação à data-limite da criação do órgão ou entidade, para que possa se efetivar a dispensa de licitação: embora a restrição temporal tenha seus efeitos iniciados em 8 de junho de 1994, com a Lei nº 8.883, o limite a ser considerado é o da vigência da Lei nº 8.666/93. Assim os órgãos ou entidades criados entre 22 de junho de 1993 e 8 de junho de 1994 não podem ser beneficiários dessa dispensa de licitação, pois conquanto a restrição só tenha sido erigida a partir da última data, atualmente é indeclinável que o limite temporal foi fixado com a retroação à vigência da Lei nº 8.666/93.

*2.5. Que o preço seja compatível com o praticado no mercado*

Esse requisito é enfatizado no inciso em comento, apesar de igual obrigação ter sido imposta genericamente no art. 26, inciso III.

Na fase da licitação, quando essa é necessária, a Comissão deve declarar a compatibilidade dos preços ofertados com os praticados no mercado como expressamente dispõe o art. 43, inciso IV. Já, nos casos de dispensa e inexigibilidade, o art. 25, § 2º, dispõe expressamente que, se comprovado o superfaturamento, responderão solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou prestador do serviço e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Mesmo no caso deste inciso, portanto, deverá o responsável pela contratação direta, sem licitação, demonstrar no processo a compatibilidade dos preços cobrados com os praticados no mercado, significando que *compatível* é o que se ajusta a uma média do mercado, sendo despicando que seja o mais vantajoso, ou o menor: há de ser compatível, razoável, tão-somente.

Poderiam os menos avisados sustentar que nesta hipótese não há dano à Fazenda Pública, vez que os recursos, mesmo que superfaturada a contratação, continuam integrando a Administração Pública, *lato sensu*, e em qualquer cofre os recursos estariam voltados à satisfação do interesse público.

Tal argumentação, à primeira vista sedutora, não deve ser acolhida, posto que chancela com o desvio de finalidade o carreamento dos recursos públicos, maculando com a eiva de ilegalidade a sua prática.

Questão que impõe certa reflexão foi formulada no I Seminário de Direito Administrativo, promovido pela Editora Novas Dimensões Jurídicas – NDJ, na cidade do Recife, em novembro de 1994, consistindo na exposição do seguinte fato: um determinado Município decidiu constituir uma empresa pública para construir e reformar prédios públicos. Se uma determinada Secretaria contratar essa empresa necessitaria fazer pesquisa de mercado para verificar os preços, ou como a empresa pública contratada promove a licitação, seria dispensável que a Secretaria contratante avaliasse o preço de mercado? A resposta foi no sentido de que compete ao órgão contratante verificar a compatibilidade de preços. Não raros são os casos em que a intermediação, supervisão ou fiscalização promovidas por um órgão público acabam por onerar a Administração Pública, carreando, por via oblíqua, recursos públicos para uma “empresa” do organismo estatal, onerando o contribuinte com o acréscimo de preços. Mais tarde essas empresas sob o pretexto de serem superavitárias fomentam a multiplicação de uma privilegiada política de recursos humanos, colocando em proveito de poucos o que foi obtido de muitos, pela via compulsória do imposto.

### 3. Sobre a constitucionalidade do inciso

Encontram-se referências sobre a inconstitucionalidade do dispositivo por ferir o princípio da isonomia, vez que exclui órgãos da Administração, criados posteriormente sem justificativa plausível ou lógica. Também seria inconstitucional o inciso porque interfere na pos-

sibilidade de auto-organização das Administrações estaduais e municipais.

Em princípio, parecem improcedentes tais argumentos, vez que há uma justificativa de natureza política a fundamentar a exclusão da possibilidade de contratação direta dos órgãos criados posteriormente à promulgação da lei: evitar a continuidade da expansão do aparelho estatal e garantir que as novas pessoas jurídicas criadas e vinculadas ao Estado ficassem restritas ao atendimento dos requisitos do art. 173 da Constituição Federal, quais sejam o exercício de atividade econômica por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Efetivamente, não pode o poder público continuar, por intermédio de criação de empresas que se estabelecem como verdadeiras reservas de mercado, acabar por obstruir a livre concorrência que é um dos princípios fundamentais da República (v. arts. 1º, inc. IV, e 170, inc. IV, da Constituição Federal).

Por outro lado, a União Federal, no inciso em comento, não impediu a criação de empresas estatais por parte de Estados e Municípios, mas, apenas no âmbito da competência constitucional privativa – v. art. 22, inc. XXVII – como norma geral, vedou que tais entidades fossem apaniguadas com a possibilidade de contratação direta, sem licitação. Poderão, as que forem criadas após a Lei nº 8.666/93 ser contratadas, desde que sejam vencedoras do certame licitatório.

### 4 Conclusão

As restrições legais impostas à contratação direta sem licitação, conquanto obviem a continuidade de empresas e organizações formadas para gravitar ao redor do Estado, na verdade constituíram sensível avanço em relação à legislação anterior, na medida em que estampou a necessidade de a descentralização da Administração Pública ser efetivada de modo vantajoso para o próprio Estado, pela apreciação da compatibilidade de preços. É o corolário do princípio da eficácia e da eficiência que o constituinte erigiu como postulado da Administração Pública. Sinal dos tempos!

# Empresa agrária e estabelecimento agrário

FÁBIO MARIA DE-MATTIA

## SUMÁRIO

*1. A empresa agrária - empresário agrário. 2. Diferença entre empresa agrária e sociedade comercial tendo por escopo atividade agrária. 3. Obrigações do empresário agrário. 4. As empresas coletivas agrárias. 5. As associações de empresas agrárias. 6. O pequeno empresário agrário. 7. Contrato agrário e empresa agrária. 8. A noção de unidade produtiva. 9. Empresa agrária no Direito brasileiro. 10. Estabelecimento agrário.*

### *1. A empresa agrária - empresário agrário*

Ettore Casadei inicia sua exposição sobre a matéria com uma reflexão válida para o Direito Agrário brasileiro, assevera que a disciplina da empresa agrária adequa-se ao paradigma da empresa, mas é deficiente, escassa de conteúdo, pobre de normas particulares de onde se iniciam os desvios dos princípios comuns que proporcionam relevo ou vida à autonomia do instituto.

A consequência da configuração do instituto empresa agrária encontra-se no entendimento de que as obrigações estatuidas pela norma legal recaem sobre o empresário e não sobre o proprietário da terra. Este é um princípio basilar da disciplina da empresa, a qual se dirige aos seus titulares e não aos proprietários dos bens agregados na empresa.<sup>1</sup>

Admitida a noção de empresário centrada na atividade econômica exercida, profissionalmente, com o escopo de produção ou troca de

Fábio Maria De-Mattia é Professor Titular do Departamento de Direito Civil - área Direito Agrário - da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>1</sup> CASADEI, Ettore, *Diritto Agrario*, 1975, apostila utilizada pelos alunos da Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Bologna e Modena, p. 27.

bens ou de serviços, considerado o interesse da empresa revelado através de dois tipos – a empresa agrária e a empresa comercial em sentido lato – o aparecimento de outros esquemas não-qualificáveis como integrando os dois tipos referidos, mas, caracterizadas mais propriamente como pessoas jurídicas denominadas civis, a empresa agrária destas se distinguiria tão-somente pelo *objeto* e não pela estrutura, o que lhe negaria qualquer autonomia classificando-a como uma sub-espécie de uma categoria mais ampla de empresa civil.

Ettore Casadei, numa lição aplicável à empresa agrária como regulada no Direito brasileiro, encontrou como justificação mais verdadeira para a disciplina das empresas agrárias, como reguladas no Código Civil italiano, a tarefa de conter o impulso expansionista da comercialidade. Referido ordenamento não se inspirou num esquema simétrico, mas seguiu nas consequências o método realístico da economia, quando subtraiu a atividade agrária da aplicação de regras que constituem a textura dos institutos característicos do direito comercial e quando atribuiu uma relevância, ainda que negativa, à empresa agrária.

O estudo comparativo da disciplina dos dois tipos de empresa conclui que o empresário agrário não está sujeito em regra, à luz do Código Civil italiano: 1) à inscrição no registro das empresas; 2) não são previstas formas de publicidade para a procuração do representante, do preposto no exercício da empresa; 3) o empresário agrícola não é obrigado a manter e conservar livros contábeis; 4) não se lhes aplicam as regras pertinentes aos institutos da falência e concordata preventiva; 5) não estão previstas limitações particulares quanto à sua capacidade.

Estes aspectos constituem traços diferenciadores das empresas comerciais e industriais em comparação com a empresa agrária.

A publicidade, a manutenção de livros contábeis, a falência ou o *favor legis* da concordata preventiva, são garantias destinadas a facilitar o fluxo de crédito, a estabelecer rapidamente relações negociais, a simplificar as contratações, como ocorre nas empresas comerciais, que têm por objeto de atividades bens e serviços, e nas empresas industriais, que adquirem matérias-primas para pô-las à disposição do público depois de havê-las transformado.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Id., *ibid.* p., 28.

Giuseppe Ragusa Maggiore sustenta que o Direito Agrário e o Direito Comercial não se encontram em dois planos distintos e não-comunicantes, mas constituem ambos o Direito da empresa em uma particular manifestação da atividade econômica. Pode-se recorrer, portanto, a um dos ramos do Direito para interpretar espécies que pareçam obscuras, isto porque os dois ramos constituem um sistema unitário disponível para regular a atividade produtiva do homem.<sup>3</sup>

A distinção entre empresa agrária e empresa comercial se depara com a diferença de atividade.

O agricultor não é um intermediário na troca dos bens, mas é o produtor que coloca em circulação o bem novo produzido pela terra ou não: o ato de alienação do agricultor está em uma das extremidades daquela cadeia de passagens, através das quais os bens vão de quem os produz a quem os consoma. Em verdade a atividade negocial do agricultor desenvolve-se na prevalência da alienação. O agricultor, normalmente, adquire no mercado somente em parte os bens auxiliares, sendo certo que o próprio fundo, herdado, produz muitos deles: sementes, estume, palha, feno e até animais de trabalho.<sup>4</sup>

Um argumento que poderia ser contraposto ao acima asseverado fundamenta-se no fato de o agricultor necessitar de uma aquisição inicial, e porque inicial, enquadra-se na atividade preparatória e organizadora do estabelecimento. A agricultura necessita do apoio de meios químicos e mecânicos, de produtos de indústrias especializadas e de outras empresas agrárias, daí o recurso a atos de aquisição ser uma necessidade também para o empresário agrário.

O agricultor não se abastece no mercado livre, por um complexo de motivos, segue caminhos já predispostos: os instrumentos, as máquinas, os adubos químicos, os produtos anticritogâmicos, as sementes, etc. lhes são fornecidos a crédito ou através de pagamento à vista, pelas associações de agricultores, constituídas com o fim de abastecer nas melhores condições os sócios ou associados com os bens necessários aos seus estabelecimentos.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> MAGGIORE, Giuseppe Ragusa, *L'impresa agricola e suoi aspetti di Diritto commerciale e fallimentare*, Napoli: Morano Editore, 1964, p. 31.

<sup>4</sup> CASADEI, Ettore, *op. cit.*, p. 29.

<sup>5</sup> Id., *ibid.*, p. 29.

O empresário agrário apresenta-se isolado das atividades mercantis, daí se justificar a exigência de menos formalidades, tais como as já acenadas de publicidade da empresa, existência de procuração, conservação e manutenção de livros habituais no Direito Comercial. Com efeito, a atividade agrária se desenvolve, prevalentemente, no campo técnico e não no negocial, enquanto a empresa agrária, por causa de sua consistência fundiária, oferece garantias mais sólidas e infalíveis.<sup>6</sup>

Quando o objeto da empresa é a atividade de cultivo, de criação de animais ou de silvicultura, a existência ou a falta da personalidade jurídica não tem relevo.

Igualmente, pouco importa para a natureza da atividade que a empresa de cultivo, por exemplo, com mão-de-obra assalariada, seja gerida por uma pessoa física, por uma coletividade de pessoas físicas ou por uma pessoa jurídica.<sup>7</sup>

O exercício da empresa agrária não requer, necessariamente, que o empresário seja o proprietário do fundo, basta um poder de fato, cujo conteúdo é uma relação de senhoria material que enseja os atos de fruição e de apropriação econômica no interesse próprio, empresário, assim se qualificando, assume a álea da empresa e, por conseguinte, executa a atividade produtora em nome próprio.<sup>8</sup>

A categoria empresário agrícola é assim variada, pois engloba o proprietário, o possuidor, o usufrutuário, o arrendatário, o parceiro-ou-torgado, o concedente.

Ao contrário, não são empresários agrários os proprietários de bens concedidos em usufruto, nem os proprietários ou usufrutuários de bens arrendados, dados em parceria, nem os arrendatários de bens subarrendados.

A distinção entre empresário-proprietário e empresário não-proprietário, terminologia acolhida pelos chamados economistas da agricultura, não é privada de relevância jurídica.<sup>9</sup>

Ressalte-se que, através do reconhecimento da empresa agrária como instituto central do Direito Agrário, conclui-se que o imóvel rural se enquadra como bem de produção, na medida em que passa a prevalecer a idéia do desdobra-

mento da unidade econômica, representando a propriedade o ângulo estático, reservada a empresa o ângulo dinâmico do mesmo fenômeno, coordenando-se, assim, a idéia do bem, o imóvel rural, com o sentido de produção, representado pela empresa.<sup>10</sup>

Daí prevalecer a idéia de constituir a empresa agrária uma universalidade de fato do mesmo modo como o são as empresas comercial e industrial. A empresa agrária, observada a estruturação de sistema destinado à produção de gêneros de origem agropecuária, confirma um todo organizado cuja coordenação, disposta de certa forma, constitui aquilo que se pode entender por universalidade de fato.<sup>11</sup>

Hoje, ao invés de agropecuária, optamos pela expressão agrobiológica.

A empresa agrária resulta da conjugação de terra, investimento nela realizado e destinado à produção, da organização do trabalho desenvolvido no bem imóvel, dos bens móveis e se-moventes nela existentes, os elementos integrados que determinam a destinação à produção. Tais elementos, analisados em conjunto e sistematizados, visam a produção de bens com o intuito de lucro. A idéia de universalidade de fato corresponde ao instituto que reúne o conjunto de bens de que se compõe a empresa agrária.<sup>12</sup>

A noção de empresa agrária se submete a atualizações para integrar formas emergentes de atividade agrária, o que representa aproximação significativa e importante àquele que é o sistema comunitário europeu de disciplina da agricultura. Relevante assinalar é a consciência da necessidade de se adotar um critério objetivo e merceológico, como o fez, o sistema comunitário referido, o que consente a superação de controvérsias em torno da agrariedade desta ou daquela atividade.<sup>13</sup>

## 2. Diferença entre empresa agrária e sociedade comercial tendo por escopo atividade agrária

A empresa agrária pode servir-se de qual-

<sup>10</sup> SCAFF, Fernando Campos, *A empresa e o Direito Agrário*, em *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, nº 57, julho - setembro de 1991, pp. 61 e 62

<sup>11</sup> Id., *ibid.*, p. 62.

<sup>12</sup> Id., *ibid.*, p. 62.

<sup>13</sup> DI PEPE, Giorgio Schiano, *Impresa agricola e agrarietà*, em *L'impresa agricola*, Milano: Giuffrè Editore, 1978, p. 159.

<sup>6</sup> Id., *ibid.* p., 30.

<sup>7</sup> Id., *ibid.* p., 34.

<sup>8</sup> Id., *ibid.* p., 44.

<sup>9</sup> Id., *ibid.*, p., 44, indica normas legais aplicáveis aos sujeitos de direito agrário, artigos 2.137, 2.088 e seguintes e 838 do Código Civil italiano.

quer forma prevista para as empresas comerciais ou não-comerciais; entre as não-comerciais há o modelo da sociedade simples.

As formas de sociedades comerciais serão, sobretudo, preferidas para as atividades de alienação e de transformação, as quais devem estabelecer, necessariamente, relações mais intensas externamente.<sup>14</sup>

Os empresários rurais estão livres para escolher as formas societárias mais idôneas aos fins perseguidos; contudo na disciplina dos vários tipos não está prevista nenhuma adaptação para as exigências particulares da agricultura.

A qualificação de empresário agrário não se aplica quando dois ou mais empresários fundam uma sociedade para a transformação ou a venda dos produtos de seu fundo ou a criam para operar na aquisição de bens necessários aos seus estabelecimentos, ou em geral, para o exercício de uma atividade não essencialmente agrária. Mas este tipo, pela norma do artigo 2135 do Código Civil italiano, seria qualificável como agrária porque conexa, ou considerada conexa, da agricultura, criação de animais, silvicultura. Acrescente-se as atividades agrárias inseridas na noção de agricultura biológica e as atividades agrárias atuantes sem terra.<sup>15</sup>

Quando se caracterizar o acima descrito, a atividade social não pode ser considerada agrária, porque a empresa, o empresário, não está operando nem na área da agricultura, nem na silvicultura, nem na criação, ou seja, em nenhuma das atividades idôneas a qualificar a empresa como agrária, nem mesmo se trata de existência da atividade conexa.<sup>16</sup>

### 3. Obrigações do empresário agrário

As obrigações, como se apontou, são as mesmas quer se trate de empresário-proprietário, quer empresário não-proprietário.

A ambos cabe a obrigação pela conservação do solo, preservação das reservas naturais, manter o fundo agrário produtivo, constituindo tais deveres verdadeiras tarefas a executar.

O cumprimento de referidas obrigações presuppõe que o bem produtivo — a terra — integre o estabelecimento e daí decorre existir a empresa.

A autonomia do titular do domínio ou do

<sup>14</sup> Id., *ibid.*, p. 160.

<sup>15</sup> CASADEI, Ettore, *op. cit.*, p. 34

<sup>16</sup> Id., *ibid.*, p. 45.

direito de usar fundo agrário para exercer ou cessar uma atividade econômica não é ilimitada, porém não pode descuidar da destinação do bem agrário.

Há, contudo, respeito à vontade individual quanto à criação e cessação de empresas agrárias, quanto à plena iniciativa de escolha da destinação econômica e sua transformação ou até de mudar sua destinação.<sup>17</sup>

O proprietário de um fundo idôneo ao cultivo, mas inculto, não está obrigado a exercitar uma empresa de cultivo ou o proprietário de um fundo cultivado proibido de transformá-lo em um parque, jardim, reserva de árvores, plantas, etc.

O que ao proprietário é vedado é o abandono da conservação ou do cultivo, pois tal comportamento negativo causa a depreciação progressiva do bem, o que deve ser obstado quando repercutir danosamente na economia.

Daí a sanção: a expropriação. Esta atinge o proprietário, e não o empresário, porque se a gestão do bem produtivo cabe à personalidade econômica do empresário, a atividade de conservação diz respeito ao proprietário.<sup>18</sup>

O que acaba de ser asseverado vale, também, quando não coincidam as duas pessoas econômicas em uma única pessoa (física ou jurídica) quando a conservação seja confiada pelo proprietário ao empresário, usufrutuário, arrendatário, parceiro-outorgado, mas, nesse caso o proprietário, desejando retomar o fundo agrário, no estado em que o entregou, é legitimado para reclamar do empresário a atividade conservadora a que se obrigou.<sup>19</sup>

A inércia do proprietário leva-o a sofrer sanção seja quando deixa o exercício da atividade econômica, descuidando de dar ao fundo destinação útil, seja quando negligencia em suprimir o direito do empresário que abandonou o cultivo, a destinação acordada.<sup>20</sup>

O empresário está obrigado a tutelar as condições de trabalho de seus empregados. É a ligação entre o direito do trabalho e o direito agrário. Esta obrigação é prevista na legislação agrária brasileira.

<sup>17</sup> Id., *ibid.*, p. 45.

<sup>18</sup> Id., *ibid.*, p. 45.

<sup>19</sup> Id., *ibid.*, p. 45.

<sup>20</sup> O Direito italiano prevê que a inobservância, pelo empresário, das obrigações pode levá-lo à suspensão do exercício da empresa ou a se nomear um administrador que assuma a gestão ou se for pessoa jurídica que haja a substituição dos administradores, como dispõe o artigo 2091 do Código Civil italiano.

O empresário está obrigado a assegurar as condições objetivas necessárias ou úteis para a proteção da saúde dos trabalhadores. Fala-se, atualmente, em direito agrário sanitário.

#### 4. As empresas coletivas agrárias

Empresa coletiva agrária é aquela onde a titularidade pertence contemporaneamente a vários sujeitos.

Existem vários tipos de empresas coletivas agrárias:

1º – Vários proprietários, ou usufrutuários, ou arrendatários ou parceiros-outorgados utilizam, conjuntamente, suas terras com os fins de uma gestão comum, objetivando dividir as rendas em proporções às quotas respectivas.

2º – Várias pessoas se unem com o escopo de obter capital para adquirir terra, para constituir a empresa que, após, gerem unitariamente; o exemplo mais importante reside nas cooperativas de trabalho, mediante as quais trabalhadores (comumente braçais) se associam para adquirir uma herdade ou obtê-la em arrendamento ou parceria.

3º – A empresa coletiva soluciona o problema da organização do trabalho, por exemplo, como quando o titular do direito de fruição do fundo rústico diligencia fixação de forças laborativas, não através de contrato de trabalho, mas mediante associação com um grupo de trabalhadores, os quais, conjuntamente com o empresário, dirigem a empresa e dividem os riscos e proveitos.

4º – Tendo presente a combinação descrita no item anterior, as empresas de parceria agrária oferecem exemplos. Serão empresas coletivas de cultivo, nas quais o estabelecimento se organiza através de associação de capital e trabalho.

5º – A empresa de parceria pecuária apresenta, às vezes, o exemplo de uma empresa coletiva para criação de animais, resultante da associação com um capitalista ao mesmo tempo trabalhador rural; a parceria rural simples corresponde, provavelmente, a uma associação com participação sendo o parceiro outorgante o titular da empresa.

6º – Particular forma de pequena empresa coletiva de cultivo configura-se cada vez que a empresa é exercida por uma família.

7º – Empresas coletivas dirigidas a satisfa-

zer fins determinados ou exigências especiais de gerência.<sup>21</sup>

8º – Há, também, empresas constituídas por agricultores com o escopo de aquisição de produtos, mercadorias, instrumentos rurais e máquinas; existem, outrossim, empresas geridas por uma coletividade de produtores agrícolas, cujo escopo é a transformação e venda de produtos pelas várias empresas de cultivo. Exemplos são fábricas de queijo e cantinas, dirigidas por produtores de queijo e uva. Tais empresas serão agrícolas apenas quando a atuação da cantina e fábrica de queijo se enquadrem no exercício normal da agricultura da região.

Para que uma empresa coletiva exista é necessário que sua atividade seja exercida, profissionalmente, em nome e por conta de todos os empresários agrários, que cada um colabore mediante concessões para a constituição do organismo produtivo e assumam a álea concorrendo nos ganhos e nas perdas.<sup>22</sup>

Ressalte-se, contudo, quando a coletividade dos empresários se constitui em pessoa jurídica é inexacto falar-se em empresa coletiva. Aí, o ente, o novo sujeito, será o titular da empresa, em seu nome e por sua conta a gestão é conduzida e apenas o novo sujeito assume as obrigações e se beneficia com os direitos.<sup>23</sup>

Neste tipo de empresa coletiva típica da atividade agrária, originada em suas várias formas, no exercício dos contratos de parceria, parceria pecuária e contrato de trabalho agrário, a disciplina que a rege está toda polarizada na relação interna entre co-empresários, sendo certo que a atividade comercial se apresenta, quase sempre, como um aspecto marginal da empresa.<sup>24</sup>

Estas empresas coletivas agrárias constituem a mais típica expressão da empresa agrária, em sua essência e, principalmente, uma forma de utilização do fundo, enquanto a empresa comercial é sempre atividade desenvolvida "per negociationes".

#### 5. As associações de empresas agrárias

Para alcançar escopos lucrativos às respectivas empresas, os empresários agrários se associam e constituem novas empresas.

<sup>21</sup> CASADEI, Ettore, *ibid.*, p. 31.

<sup>22</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 31.

<sup>23</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 31.

<sup>24</sup> *Id.*, *ibid.*, pp. 31 e 32.

Tais associações, normalmente reconhecidas como pessoas jurídicas, alcançaram um desenvolvimento importante a ponto de se terem transformado numa das maiores expressões da tutela e da defesa da atividade agrária nos mercados.

A maior parte da atividade negocial que tem por objeto os reabastecimentos para o agricultor e a alienação de seus produtos agrícolas se desenvolve através de associações com esta conformação.

Tais associações, geralmente, não são qualificáveis como empresas agrárias.

Podem ser reagrupadas, conforme seu escopo, segundo Ettore Casadei, do seguinte modo:<sup>25</sup>

a) associações destinadas a alienar produtos agrícolas (consórcios agrários e cooperativas);

b) associações que exercem atividade dirigida à transformação dos produtos agrícolas e à alienação de produtos transformados (sociedades cooperativas para a gestão de fábricas de queijo, cantinas, fabricação de óleo, dessecadores de gordilhão de lã, casulos ou de tabaco);

c) associações fornecedoras aos agricultores de máquinas, instrumentos, sementes, adubos, anticritogâmicos, mercadorias e materiais úteis ao exercício da agricultura (consórcios, cooperativas etc.);

d) associações que objetivam a concessão de crédito em favor dos agricultores (sociedades cooperativas que gerem caixas sociais, consórcios agrários);

e) associações com atividade securitária em favor dos agricultores (sociedades de seguro contra os riscos do grão e doenças de animais);

f) associações prestadoras de serviços diversos de caráter assistencial em favor de agricultores associados (associação nacional de cultivadores de plantas herbáceas, plantas oleaginosas, associação nacional de tabacocultivadores, ente assistencial de usuários de motores agrícolas etc);

g) associações que desenvolvem atividades dirigidas à transformação fundiária (consórcios de melhoria fundiária).

<sup>25</sup> Id., *ibid.*, p. 34.

Quanto às entidades sob a letra *c*, assinala-se, que quando aperfeiçoam aquisições em nome próprio para revenda de mercadorias aos sócios, configuram indubitavelmente uma atividade de intermediação na circulação dos bens, e, pois, são consideradas empresas comerciais.

As entidades sob as letras *d*, *e* e *f* desenvolvem em favor dos sócios, empresários, uma série de atividades diversas, nenhuma das quais possa ser considerada agrária; as atividades creditícia e securitária são irrefragavelmente comerciais.<sup>26</sup>

A classificação de entidades sob a letra *g* exige análise mais detida.

A obra de adaptação do solo ao cultivo parece desde logo não se diferenciar do cultivo, mas quase sempre nessa compreendida, como uma das atividades de que o ato de cultivar se compõe, de modo a não se considerar utilmente distinta.

As obras de regulação das águas, de viabilidade de alqueive, as construções edilícias, são obras que o próprio agricultor executa, à medida que cultiva o fundo, tornando-o mais apto ao cultivo; são pequenas e grandes melhorias.<sup>27</sup>

Há, porém, casos, a propósito infreqüentes, em que a atividade de adequação do solo apresenta-se com caracteres particulares, seja porque é executada separadamente na época do cultivo, quando a época deste se finalizou, ou quando se refere a áreas nunca antes submetidas a plantio, ou porque fora explorada por outra empresa.<sup>28</sup>

A natureza da atividade pode ser modificada quando há cisão dos sujeitos da atividade agrária (pessoa jurídica do consórcio e as pessoas físicas dos consorciados).

A execução das obras de adequação fundiária, quando é efetuada pelo próprio titular da empresa que cultiva (isto ocorre, particularmente, nas pequenas transformações fundiárias, limitadas a um único estabelecimento e que se configuram em melhoria do sistema agrário existente), constitui atividade dirigida à atuação do estabelecimento e, pois, incindivelmente coligada ao da organização e do exercício da empresa agrária.

As relações jurídicas encetadas pelo titular da empresa de cultivo com quem dispõe do fun-

<sup>26</sup> Id., *ibid.*, p. 35.

<sup>27</sup> Id., *ibid.*, p. 35.

<sup>28</sup> Id., *ibid.*, p. 36.

do são agrárias, do mesmo modo o são as atividades direcionadas a melhorar as condições de aproveitamento da herdade.

Quando as melhorias são assumidas e executadas por um consórcio, por sujeito de direito diferente do empresário titular das empresas agrárias investidas na exploração do fundo, esta atividade de transformação fundiária está despojada de qualquer caráter agrário.

A atividade de beneficiamento do solo é objeto de incumbência atribuída a uma empresa industrial; as atuações das duas empresas – a que executa a benfeitoria e a que explora o fundo – são nitidamente distintas, como distintos são os seus produtos – uma visa beneficiar o terreno e a outra a exploração agrícola racional do solo.<sup>29</sup>

#### 6. O pequeno empresário agrário

O trabalho como fator de produção nunca falta numa empresa agrária e não é irrelevante a circunstância de que o trabalho seja fornecido pessoalmente pelo empresário e pelos seus familiares ou que o obtenha junto a terceiros.<sup>30</sup>

Na primeira eventualidade, estamos perante o tipo econômico do cultivador direto, objeto de muitas normas legais, mas não é o único exemplo de empresário agrário que forneça, pessoalmente, o trabalho necessário para o exercício da empresa ou o obtenha na família, vez que tal fenómeno se verifica não só nas empresas dedicadas ao cultivo, mas, também, nas empresas zootécnicas, e naquelas cujo objeto é a silvicultura. Mas a presença do trabalho como fator de produção está mais presente no primeiro tipo econômico a despeito da presença cada vez mais atuante da mecanização.

A análise deve-se concentrar na figura do cultivador direto, mas as considerações, a seguir desenvolvidas, concernem a outras figuras de agricultor, apesar das adaptações que se impõem, mas, num sentido mais amplo, que são suscetíveis de serem enquadradas na primeira mencionada.<sup>31</sup>

A empresa de cultivador direto se caracteriza por dois interesses fundamentais: o primeiro é empregar o trabalho familiar no estabelecimento, dentro dos limites os mais extensos possíveis; o segundo é de prover, diretamente, ao que é necessário sob o aspecto doméstico, com

a consequência de uma limitação nas trocas com o exterior e a presença de atrofia na atividade negocial da empresa, acentuada pelas escasas possibilidades financeiras.

Para traçar um paralelo entre a empresa de cultivador direto, que emprega o trabalho familiar, e a que se vale de trabalhador alheio, esta com caracteres extrínsecos, às vezes semelhantes aos existentes nas empresas industriais, temos: neste tipo que se vale do trabalhador alheio trata-se de empresas de grande arrendatário ou proprietário que se vale de mão-de-obra assalariada e mais numerosa, onde o recurso ao crédito é maior e mais freqüente, onde o escopo de especulação é mais evidente, a produção sendo destinada quase exclusivamente ao mercado.<sup>32</sup>

Ettore Casadei ensina que a configuração do cultivador direto enquadra-se perfeitamente na definição de pequeno proprietário.

Na empresa do cultivador, o trabalho é, em regra, fornecido pela família, mas também por uma comunidade de trabalhadores dirigida e que obteve eficácia através da orientação do empregador, apesar de o emprego da mão-de-obra estranha manter, sempre, uma função complementar, por sua natureza excepcional e transitória, recorrendo-se a ela nos momentos em que a família cultivadora não baste às necessidades do estabelecimento.<sup>33</sup>

A unidade laborativa permanece de caráter familiar enquanto o trabalho oferecido pela família continue sempre predominante sobre o proveniente do exterior, mesmo quando o trabalho fornecido pelos estranhos seja permanente na empresa do cultivador direto, isto é, não tenha caráter irregular, em relação às irregularidades das estações do ano, e do diagrama anual do trabalho. Trata-se, sempre, de forças acrescentadas à família que não se alteram.<sup>34</sup>

Esta noção de cultivador direto abrange o arrendatário ou parceiro-outorgado, cultivador direto do fundo com trabalho prevalecentemente próprio e de pessoas de sua família.

Na pequena empresa em geral e, portanto, na pequena empresa agrária, o trabalho executado pelo sujeito da relação agrária, por conta própria e no próprio interesse, não é alçado na avaliação jurídica à natureza de bem, e mesmo concorrendo sob o ponto de vista econômico,

<sup>29</sup> Id., *ibid.*, p. 36.

<sup>30</sup> Id., *ibid.*, p. 39.

<sup>31</sup> Id., *ibid.*, p. 39.

<sup>32</sup> Id., *ibid.*, p. 39.

<sup>33</sup> Id., *ibid.*, p. 40.

<sup>34</sup> Id., *ibid.*, p. 40.

com todos os outros elementos da produção, parece não figurar como bem sob o ponto de vista jurídico.<sup>35</sup>

A consideração permanece verdadeira, também, quanto às prestações executadas pelos familiares e exigidas pelo empresário familiar, para que tenham o direito de utilizar o estabelecimento e em vantagem da família. As energias laborativas e a prestação de trabalho da mulher e dos filhos menores não são consideradas um bem objeto de particular relação jurídica.

A estrutura familiar não muda ao se recorrer ao trabalho alheio por exigências marginais e excepcionais ou mesmo constantemente, desde que em quantidades tais a não configurar forças predominantes da empresa.<sup>36</sup>

A relação entre capacidade de trabalho dos cultivadores e necessidade de trabalho do fundo, face às conseqüências do desenvolvimento da técnica, pode ser modificada.

#### 7. Contrato agrário e empresa agrária

O contrato agrário permite que o futuro empresário não-proprietário utilize o solo que é o núcleo central ao redor do qual se dispõem organicamente todos os outros bens destinados ao exercício da empresa agrícola.

O contrato agrário, às vezes, serve para alcançar não apenas a fruição do fundo, mas pode se constituir no embrião do estabelecimento que seria o fim mais freqüentemente perseguido. A constituição do estabelecimento pode não ser o fim almejado por ele já existir e ser operante como ocorre com o arrendamento de um fundo equipado e pronto para desenvolver a sua função produtiva; neste caso, o estabelecimento já existe e através do contrato agrário se possibilita a fruição por parte do concessionário.<sup>37</sup>

#### 8. A noção de unidade produtiva

Unidade produtiva é o objeto do contrato de arrendamento e não mais o fundo tradicional, reavaliada economicamente e gerida em sintonia com as exigências da assim denominada nova agricultura, em medida tal que justifique a redução dos contratos agrários (instituto pelo qual um negócio jurídico que objetiva atividade agrária se transforma em arrendamento).

Unidade produtiva se caracteriza pelas condições objetivas de rentabilidade ou produtividade que permitam a formação de uma empresa

agrária válida sob o perfil técnico e econômico.

A sanção, quando o fundo objeto de contrato associativo não constitua, nas suas condições atuais ou em seguida à execução de um plano de desenvolvimento empresarial, uma unidade produtiva, será a conversão do contrato de parceria em arrendamento, conforme o modelo adotado na moderna legislação agrária italiana, em cumprimento às disposições comunitárias que motivaram mudanças legislativas em outros países da Comunidade.<sup>38</sup>

A unidade produtiva é um ponto de referência que concerne à renda do trabalho na agricultura, sempre comparável com a renda do trabalho em alguns setores produtivos. A unidade produtiva se revela, sem dúvida, adequada aos objetivos de uma agricultura moderna.<sup>39</sup>

A reavaliação da unidade produtiva em agricultura – objeto do arrendamento – encontra sua fonte também nos programas de política no âmbito da Comunidade Econômica Européia.

A quantidade de terreno de que o empresário dispõe, para alcançar o nível de unidade produtiva, deve consentir a obtenção de uma renda comparável com aquela de uma unidade extra-agrícola.<sup>40</sup>

É necessário que o empresário agrícola disponha não-somente de uma extensão de terra capaz de lhe consentir a obtenção de uma renda mínima, mas, também, disponha de uma unidade idônea a produzir validamente. No mesmo sentido as diretrizes da política agrícola da Comunidade Econômica Européia, com referência à melhoria das estruturas agrárias produtivas, cuja funcionalidade prevalece sobre a tutela da propriedade do fundo.<sup>41</sup>

O instituto da unidade produtiva equivale no Direito brasileiro ao instituto do módulo rural ou aos índices GUT para avaliar o grau de produtividade da terra como previsto no Estatuto da Terra ou nas decisões normativas dos

<sup>38</sup> SALARIS, Fernando, *La riduzione al "tipo unico dei contratti agrari"*, Torino, G. Giappichelli, 1989, p. 85. O artigo 31 da lei italiana número 203/82 regula os parâmetros para a configuração de unidade produtiva. Esta lei reduziu os contratos agrários ao arrendamento. Adaptando a noção de unidade produtiva ao Direito Brasileiro diremos que a unidade produtiva tem por objeto os contratos agrários como regulados na legislação especial.

<sup>39</sup> Id., *ibid.*, p. 86.

<sup>40</sup> Id., *ibid.*, p. 86.

<sup>41</sup> Id., *ibid.*, pp. 92 e 93

<sup>35</sup> Id., *ibid.*, p. 40.

<sup>36</sup> Id., *ibid.*, p. 40.

<sup>37</sup> Id., *ibid.*, p. 3.

órgãos federais competentes.

Os institutos da unidade produtiva, mínima unidade cultural, módulo rural, propriedade familiar, exigem uma nova concepção das dimensões do estabelecimento agrário por causa da mecanização e especialização das culturas.

No passado havia uma economia de consumo, conexas à família campesina, a qual produzia bens mais para si do que para o mercado. A produtividade competitiva no mercado interno e internacional constitui um novo parâmetro de quem dirige uma empresa agrária.

O trabalho não mais tem o escopo de obtenção de bens de consumo essenciais, mas é um fato produtivo e deve ser avaliado com base no seu custo e sua renda. Não apenas a renda da unidade produtiva prevaleceu sobre a familiar, mas a mecanização do processo produtivo que multiplica a potencialidade laborativa da unidade empresarial. Esta se transforma não apenas sob o perfil econômico, mas, particularmente, sob o técnico.<sup>42</sup>

O instituto da unidade produtiva desloca a importância da função social da terra para a função social da empresa agrária com a ampliação e ausência de formalidades objetivadas na regulação desta última.

A eficiência da unidade produtiva está estreitamente conexa à tutela do meio ambiente. As novas técnicas produtivas, com efeito, se não forem racionalmente controladas, podem conduzir à exploração intensiva da unidade fundiária com critérios irracionais, pois, anti-sociais e anti-econômicos. Subsiste então uma correlação entre a eficiência produtiva e a conservação e melhora do meio ambiente onde a empresa agrária opera.<sup>43</sup>

A unidade produtiva se revela instrumento eficaz contra a degradação da terra.<sup>44</sup>

#### 9. Empresa agrária no Direito brasileiro

No Direito brasileiro, Emílio Alberto Maya Gischkow se ocupou com o tema empresa agrária.<sup>45</sup>

Accepta a orientação de que a empresa rural passou para uma posição de preeminência, deslocando-se a propriedade rural para um segundo

plano. Fundamenta a modificação porque:

“As relações jurídicas no direito agrário são impositivas, cogentes, evidenciando a prevalência de um critério publicístico, submetendo o sujeito de direito à precedência do interesse social e a transcendência dos fatores econômicos de progresso e desenvolvimento.”<sup>46</sup>

O legislador pátrio, a partir de 1964 e com a reforma das normas agrárias, optou por entender que a

“utilização do solo para fins produtivos foi colocada, no plano positivo, como conceitualmente distinta do exercício dos poderes e direitos de propriedade da terra”.<sup>47</sup>

Ressalta que “a empresa”, no campo do direito agrário, “é uma instituição que deve servir principalmente ao trabalhador”, daí concluir que

“o trabalho seria valorizado hierarquicamente a ponto de ser considerado como elemento principal da organização empresarial. A empresa seria contemplada como autêntica comunidade de trabalho e produção. O trabalho humano seria o título mais legítimo para caracterizar o direito de propriedade”.<sup>48</sup>

O conceito de empresa rural para o Direito brasileiro consta do artigo 4º, inciso VI do Estatuto da Terra, Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964:

“VI – empresa rural é o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente imóvel rural, dentro de condição de rendimento econômico ... de região em que se situa e que explore área mínima agricultável do imóvel segundo padrões fixados, pública e previamente, pelo Poder Executivo. Para esse fim, equiparam-se às áreas cultivadas as pastagens, as matas naturais e artificiais e as áreas ocupadas com benfeitorias.”

O enunciado da concepção do legislador brasileiro de empresa rural demonstra tratar-se de noção vinculada à propriedade fundiária, à submissão aos parâmetros da sua função social.

Basta ler o parâmetro determinado no artigo 44 do Decreto nº 72.106, de 18 de abril de 1973:

“Art. 44. O imóvel rural será classificado

<sup>42</sup> Id., *ibid.*, pp. 102 e 103.

<sup>43</sup> Id., *ibid.*, p. 122.

<sup>44</sup> Id., *ibid.*, p. 136.

<sup>45</sup> GISCHKOW, Emílio Alberto Maya, *Princípios de Direito Agrário – Desapropriação e Reforma Agrária*, São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

<sup>46</sup> Id., *ibid.*, p. 143.

<sup>47</sup> Id., *ibid.*, p. 143.

<sup>48</sup> Id., *ibid.*, p. 144.

como empresa rural, na forma do disposto no art. 4º, item VI, e art. 50, § 7º, da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, desde que sua exploração satisfaça às seguintes exigências: I – que a área utilizada nas várias explorações represente porcentagem superior a 70% (setenta por cento) de sua área agricultável, equiparando-se, para esse fim, às áreas cultivadas, as pastagens, as matas naturais e artificiais e as áreas ocupadas com benfeitorias; II – que obtenha coeficiente de condições sociais e de produtividade igual ou inferior a 1 (um).”

Já o artigo 22, inciso III, do Decreto nº 84.685, de 6 de maio de 1980, estatui:

“empresa rural, o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore economicamente e racionalmente imóvel rural, dentro das condições de cumprimento da função social da terra e atendidos simultaneamente os requisitos seguintes: a) tenha grau de utilização da terra igual ou superior a 80% (oitenta por cento), calculado na forma da alínea a do artigo 8º; b) tenha grau de eficiência na exploração, calculado na forma do art. 10, igual ou superior a 100% (cem por cento); c) cumpra integralmente a legislação que rege as relações de trabalho e os contratos de uso temporário da terra”.

A empresa rural, como regulada entre nós, se diferencia do que desenvolvemos neste capítulo ao analisarmos o instituto como concebido na legislação e doutrina italianas, onde nasceu e se desenvolveu a estruturação da empresa agrária influenciando de modo acentuado o entendimento da matéria.

A insuficiência do conceito legal que trata de empresa rural e não de empresa agrária foi detectada por Emílio Alberto Maya Gischkow ao apontar:

“Para encontrar fórmula capaz de propiciar o conceito de empresa rural, sustenta-se que seria a caracterizada como forma associativa de produção, na qual as participações de capital e trabalho se realizariam em igualdade de condições, assegurando aos associados a co-propriedade dos rendimentos e as responsabilidades de gestão, administração e trabalho.”<sup>49</sup>

A concepção de empresa rural no direito

<sup>49</sup> Id. *ibid.*, p. 146.

positivo brasileiro engloba a chamada propriedade familiar, instituto previsto no artigo 4º, II, do Estatuto da Terra:

“propriedade familiar o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente, trabalho com a ajuda de terceiros”

Emílio Alberto Maya Gischkow inclui a propriedade familiar como definida acima como tipo de empresa rural pois:

“Não existe dúvida em que o Estatuto da Terra, no plano legal, admite a propriedade familiar como empresa rural, desde que o imóvel rural garanta a subsistência e o progresso social e econômico do agricultor e sua família”, calçado na lição do pioneiro e saudoso Mestre Fernando Pereira Sodero.<sup>50</sup>

Fernando Pereira Sodero aponta que o instituto da propriedade familiar é organizado em empresa rural e invoca a lição de Antonio Ballarin Marcial referindo-se, ao Estatuto da Terra, que implantará um sistema de agricultura empresarial, de base familiar e associativa.<sup>51</sup>

Paulo Torminn Borges não insere a propriedade familiar no quadro da empresa rural, definindo-a como a unidade de produção para conjunto familiar, enquanto define a empresa agrária como “unidade de produção para uma comunidade mais ampla, onde se associam terra, trabalho, capital e técnica, tudo dirigido organicamente a um fim econômico”<sup>52</sup> E ao abordar a natureza da empresa rural, indica ser de natureza civil e depender de registro. E ressalva:

“Salvo, evidentemente, quanto à natureza, que será comercial se a empresa girar sob a forma de sociedade anônima.”<sup>53</sup>

No mesmo sentido Luís de Lima Stefanini<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Id. *ibid.*, p. 147.

<sup>51</sup> SODERO, Fernando Pereira, *Direito Agrário e Reforma Agrária*, 1ª ed., São Paulo, Livraria Legislação Brasileira, 1968, p. 92.

<sup>52</sup> BORGES, Paulo Torminn, *Institutos básicos do Direito Agrário*, 4ª ed. rev. e at., São Paulo, Ed. Saraiva, 1983, p. 62.

<sup>53</sup> Id. *ibid.*, p. 65.

<sup>54</sup> STEFANINI, Luis de Lima, *A propriedade no Direito Agrário*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 287.

notando também que a lei agrária brasileira

“*não expendeu um conceito jurídico de empresa, mas um conceito econômico, que, à parte disso, congrega, também, falhas lamentáveis*”.<sup>55</sup>

Entre nós, o Professor Waldírio Bulgarelli ensina que a empresa agrária atinge certo grau de desenvolvimento e passa naturalmente para o âmbito empresarial comum, geralmente através da adoção da forma de sociedade anônima, tipo societário que a comercializa obrigatoriamente.

Fala numa *visão quantitativa* que está

“*continuamente presente, como se pode verificar desde logo pela noção de empresa rural do Estatuto da Terra em que procurou conceituá-la através dos critérios de rentabilidade e de dimensão, ficando inserida entre o minifúndio e o latifúndio*”.<sup>56</sup>

O eminente jurista ressalta que o Direito Fiscal não ficou imune às considerações quantitativas, tanto que o Decreto nº 66.095, de 20.1.70, sobre o imposto de renda das propriedades rurais, estabeleceu três faixas de receita para efeito de contabilidade: até 600 vezes o maior salário mínimo, basta a declaração por estimativa; de 600 até 6.000, exige escrituração rudimentar ou simplificada e de mais de 6.000 exige a contabilidade regular.<sup>57</sup>

O ilustre comercialista caracteriza a especialidade da empresa agrária baseada na visão quantitativa a qual se revela nos dois aspectos: rentabilidade e dimensão.

Pela redação final do Projeto de Código Civil Brasileiro, aprovado pela Câmara dos Deputados, no artigo 969: “*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”, o que levou Waldírio Bulgarelli a asseverar que

“*ligada à agrariedade, demonstrando a dualidade de perspectiva do exercício dessa atividade, ora, pelo aspecto da produção ora, pelo aspecto geral ou da distribuição*”<sup>58</sup>

O referido Projeto de Lei nº 634-B, de 1975, em sua redação final, define no artigo 973, I:

“*o empresário rural, assim considerado o que exerce atividade destinada à produção agrícola, silvícola, pecuária e outras conexas, como a que tenha por finalidade transformar ou alienar os respectivos produtos, quando pertinentes aos serviços rurais*”,

o que levou o Professor Waldírio Bulgarelli a concluir pela exclusão da atividade extrativa.<sup>59</sup>

Comenta o regime do Projeto concluindo que “*embora reconhecendo o exercício da atividade rural como empresária, dispensou o empresário rural*” de inscrição e das restrições e deveres impostos aos empresários inscritos (art. 1.007, *caput*), admitindo entretanto, que aquele “*cuja atividade rural constitui sua principal profissão*” requeira sua inscrição no Registro de Empresa, ficando após a inscrição, “*equiparado para todos os efeitos ao empresário sujeito a registro*” (art. 1.008). Certamente, que não passara incólume, sem interpretações contraditórias, a expressão “*principal profissão*”, que bem poderia ter sido dispensada. O artigo 1.007, *caput*, corresponde ao artigo 973, *caput* e o artigo 1008 ao artigo 974 da redação final do Projeto de Lei nº 634-B, de 1975, publicado no *DOU* em 17 de maio de 1984.

Apontamos o caráter especial da empresa agrária como regulada no Código Civil italiano, o que se repete quatro décadas após no Projeto de Código Civil brasileiro, daí a conclusão do Professor Waldírio Bulgarelli:

“*Tem-se pois um regime facultativo instituído pelo Projeto que irá atuar cumulativamente com o regime implantado pela legislação que integra o chamado Direito Agrário. Não vemos nessa orientação nenhum desacerto, apresentando-se coerente a posição do Projeto, levando-se em conta de um lado, a realidade complexa da agrariedade brasileira e de outro, a existência de um sistema legal voltado para o exercício da atividade produtiva, passando inclusive, pelo âmbito das obrigações, através dos contratos agrários e dos títulos de crédito rural. Enquanto o setor rural não alcançar um harmônico desenvolvimento, adquirindo condições, as suas empresas, de ingressarem plena-*

<sup>55</sup> Id. *ibid.*, p. 278.

<sup>56</sup> BULGARELLI, Waldírio, *A teoria jurídica da empresa (análise jurídica da impresariedade)*, São Paulo, tese, 1984, p. 431.

<sup>57</sup> Id. *ibid.*, p. 431, nota 194. Na mesma perspectiva consultar LUIS DE LIMA STEFANINI, *op. cit.*, pp. 279, 280, 282 e 283.

<sup>58</sup> BULGARELLI, Waldírio, *ibid.*, p. 433.

<sup>59</sup> Id., *ibid.*, p. 433.

mente no regime da empresarialidade, parece que a fórmula adotada pelo Projeto não merece reparos.”<sup>60</sup>

#### 10. Estabelecimento agrário

A seqüência lógica é examinar o estabelecimento, a “azienda”, após a análise da empresa agrária.

Giuseppe Ragusa Maggiore ensina que no âmbito da teoria da empresa, para se apreender a essência da categoria, é necessário proceder ao estudo dos elementos subjetivo e objetivo sendo certo que ao elemento objetivo corresponde o *estabelecimento*.<sup>61</sup>

Rosalba Alessi esclarece que os elementos do estabelecimento variam igualmente como ocorre com a noção de *agrariidade da empresa* que não pode ser contraposta à noção de comercialidade da empresa em geral, isto porque a distinção entre agrariidade e comercialidade tende a perder fundamento, mormente quando os processos de integração que cruzam a agricultura acarretam a dificuldade em se identificar, no interior desta, modos de produção típicos e/ou peculiares; igualmente, sob o aspecto externo à agricultura visualiza-se que vão desaparecendo os limites que deveriam separar do corpo uno do sistema econômico, notadamente, quando temos presente a relação entre as categorias jurídicas e os fatos econômicos.<sup>62</sup>

O estabelecimento é um complexo de bens heterogêneos e entre si interdependentes, destinados ao exercício da empresa. Esses bens podem ser de natureza assaz diversa: bens móveis, dinheiro, mercadorias; bens imóveis, terrenos, casas, oficinas; bens imateriais, tais como direitos, razão social, insígnias, marcas, patentes, segredos industriais, patentes de novas espécies vegetais etc.

O elemento organização é primordial no estabelecimento. Este é um complexo de bens, reunidos pelo empresário para o exercício da empresa, resultante do ato de destinação material levado a efeito pelo empreendedor, pelo qual cada bem é posto em combinação com outros com o escopo de permitir o exercício da atividade de produção e de troca.<sup>63</sup>

Para Carlos Fuenzalida Vattier trata-se de uma organização patrimonial, estática e objetiva, instrumentalmente ligada ao exercício da empresa agrária, de uma complexidade técnica e dogmática maior que o simples fundo, ou seja, um meio com o qual a atividade econômica do empresário se leva a cabo.<sup>64</sup>

O estabelecimento constitui a projeção patrimonial da empresa: ele é o conjunto de bens, o instrumento de exercício da atividade empreendedora. O estabelecimento é um objeto e a empresa é uma atividade.

A natureza unitária do estabelecimento, tal como um complexo orgânico de bens, considerado sob o ponto de vista econômico, é pacífica; o mesmo não ocorre quando se a examina sob o perfil jurídico.<sup>65</sup>

O estabelecimento é disciplinado como objeto de circulação jurídica, como objeto de usufruto, de locação, de tutela contra atos de concorrência desleal. Também são tutelados os direitos de individuação, tais como os sinais distintivos da firma, a insígnia, a marca.

A empresa agrária, no campo da disciplina de empresa, assume posição de pequena relevância; o estabelecimento agrário, por outro lado, nunca concretiza o modelo ao qual se aplica, em sua plenitude, a regulamentação prevista para o estabelecimento em geral.<sup>66</sup>

Para o estudo da matéria recorre-se aqueles aspectos característicos da empresa, da atividade agrária e às diferenças entre empresas agrárias e comerciais. A necessidade de uma tutela dos produtos de mercado apresenta-se com menos intensidade porque a atividade agrária não se desenvolve, essencialmente, através de uma atividade de troca.

O conceito de estabelecimento não é estranho à atividade agrária, mas pelo que se acaba de indicar, essa não se apresenta essencialmente como uma atividade de troca. Encontra-se aí a verificação do motivo que impede a aplicação integral da disciplina do estabelecimento em geral ao estabelecimento agrário.<sup>67</sup>

Luigi Costato conclui que a tese que ressal-

<sup>60</sup> Id., *ibid.*, pp. 433 e 434.

<sup>61</sup> MAGGIORE, Giuseppe Ragusa, *op. cit.*, p. 34.

<sup>62</sup> ALESSI, Rosalba, “L’impresa agricola”, em *Il Codice Civile - Commentario*, coordenação de Piero Schlesinger, Milano, Giuffrè Editore, 1990, p. 61.

<sup>63</sup> CASADEI, Ettore, *op. cit.*, p. 74.

<sup>64</sup> FUENZALIDA, Carlos Vattier, *Concepto y tipos de empresa agraria en el derecho español*, 1ª ed., Leon, Editora do Colégio Universitário de Leon, 1978, p. 93.

<sup>65</sup> CASADEI, Ettore, *op. cit.*, p. 74.

<sup>66</sup> Id., *ibid.*, p. 74.

<sup>67</sup> Id., *ibid.*, *op. cit.*, p. 75

ta tão-somente o elemento terra não é convincente. Daí afirmar que sobretudo em relação aos contratos agrários com concessão de terreno, não se poderá ressaltar a terra sem falar no estabelecimento, que, também como complexo de bens, pode ser objeto de arrendamento; ao contrário nas empresas sem terra, o estabelecimento se impõe e pode ser concedido a terceiros sem que a legislação especial se aplique.<sup>68</sup>

O fundo equipado não coincide com o estabelecimento. As vezes foi o empresário e não propriamente o proprietário do fundo quem criou o estabelecimento.<sup>69</sup>

O fundo é um trecho de solo cultivável destinado à produção agrícola. A terra como fator essencial e característico do processo produtivo agrário recebe a denominação de fundo.

A qualificação agrária do fundo não deduzirá da existência da empresa agrária. Assim também será definido o fundo, cultivado por quem não tenha o requisito de empresário, como quando o fundo é cultivado por puras exigências familiares.<sup>70</sup>

O *fundus instructus* corresponde a um conceito mais extenso de fundo. A atenuação da autonomia da disciplina jurídica a que estão submetidas as pertenças faz com que animais e instrumentos de trabalho sejam integrados ao fundo. Dessa forma, o fundo será guarnecido, provido de um complexo de pertenças.<sup>71</sup>

A tutela do vínculo de pertença não chega, contudo, ao ponto de criar uma unidade substancial, porque a pertença conserva, ainda que atenuadamente, a própria autonomia individual e pode ser objeto de atos e negócios jurídicos separados.<sup>72</sup>

Pode-se definir fundo pressupondo necessariamente a existência de uma organização de bens (estabelecimento agrário) enquanto não é de se excluir a hipótese da existência de um fundo que não integra o estabelecimento.

O terreno cultivável não é terra nua, mas terra e capital nela investido. Pode-se até afirmar ser uma criação do capital como testemu-

nam as culturas irrigadas da planície, as culturas dispostas em degraus na colina.

Há um complexo de relações surgidas com o exercício da empresa, negócios, direitos, garantias, que juntamente com o fundo e outros bens, constituem os elementos do estabelecimento agrário.

O fundo, por sua vez, não se constitui, necessariamente, por um único trecho de terra, mas podem compô-lo vários lotes de terra distintos e separados e mesmo situados longe uns dos outros como, por exemplo, propriedades com áreas cultivadas sitas num vale e outras para pastos e bosques localizados em sítios montanhosos integrando-se, revezadamente, na gestão unitária.

O fundo não coincide com o conjunto de terras de propriedade do empresário, porque pode ocorrer fundos em condomínio de várias pessoas, cada uma das quais é proprietária de outros fundos, elementos de outros estabelecimentos, como também pode ocorrer empresários sejam proprietários de vários fundos, elementos de estabelecimentos diversos.

A existência de estabelecimentos distintos, geridos por uma mesma pessoa física, origina-se na autonomia da gestão. O outro exemplo é o do empresário que dirige um estabelecimento em sua propriedade e, contemporaneamente, adentra em imóvel alheio, arrendado.<sup>73</sup>

A autonomia de gestão será mais evidente quando se tratar de imóveis distantes entre si, onde as trocas entre herdades tornam-se raras e inteiramente excepcionais. Poder-se-ia, porém, observar que também nesses casos ligações entre os fundos não faltam porque as administrações, ainda que separadas, têm bases comuns e os locais produtivos são dirigidos por diretrizes unitárias que determinam, sempre, certa coordenação entre cada herdade.<sup>74</sup>

Poder-se-ia responder que, na realidade, são coligações redutíveis a meros reflexos da coincidência dos diversos empresários em uma única pessoa física, não sendo suficientes para negar a independência entre os vários estabelecimentos, por causa da existência de cálculos e balanços econômicos distintos.<sup>75</sup>

A herdade pode não ser propriedade do empresário, pois, para constituir a relação entre

<sup>68</sup> COSTATO, Luigi, "Cis e Comunitario", Padova, CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989, p. 183.

<sup>69</sup> CASADEI, Ettore, op. cit. p. 75.

<sup>70</sup> Id., *ibid.*, p. 49.

<sup>71</sup> Id., *ibid.*, p. 63.

<sup>72</sup> Id., *ibid.*, p. 64. O capítulo sobre pertenças encontra-se às pp. 63 a 71.

<sup>73</sup> Id., *ibid.*, p. 76.

<sup>74</sup> Id., *ibid.*, p. 76.

<sup>75</sup> Id., *ibid.*, p. 77.

empresário e imóvel, basta uma relação possessória que possibilite atos de fruição e de apropriação econômica no interesse próprio. Basta citar o direito pessoal decorrente da existência de contratos agrários, negócios jurídicos que convergem para a organização do estabelecimento.<sup>76</sup>

Eis o caráter peculiar do estabelecimento agrário que, salvo a exceção acima referida, consiste na necessária presença do fundo que representa uma nota diferencial em relação à empresa comercial um pouco atenuada no estabelecimento zootécnico.

Há, porém, a possibilidade de estabelecimentos que exercem, alternativamente, suas atividades em locais diversos, por exemplo, em pastos longínquos onde se admite que o fundo também esteja presente.<sup>77</sup>

Há como característica neste tipo acima descrito de estabelecimento a mutabilidade do fundo em relação à mobilidade da empresa, o que exsurge como causa de enfraquecimento da relação entre empresa e fundo e retira deste a preeminência que lhe cabe em outras empresas agrárias. O liame ainda mais se atenua<sup>78</sup> quando, em certos períodos do ano, a empresa de pastoreio não mais desfrute o pasto de modo direto, mas passe a se valer de produtos adquiridos. É difícil afirmar se o fundo, nestes períodos, deixa de integrar o estabelecimento, resultado das relações contratuais complexas que se estabelecem entre o pastor de animais e o agricultor junto ao qual o rebanho ou manada passa o inverno.<sup>79</sup>

A título de conclusão sobre as considerações a respeito de empresa de pastoreio, note-se o fato de, às vezes, várias empresas atuarem sobre o mesmo fundo, e, pois, um mesmo fundo pode abrigar vários estabelecimentos, cada um provido de sua própria regulação e combinação autônoma dos meios produtivos. O exemplo concreto que se pode apresentar é o da empresa de pastoreio cujo exercício ocorre em pastos em descanso: enquanto o empresário agrícola conduz a empresa de cultivo, o pastor cuida da criação de animais em terreno para pasto, o qual integra outro estabelecimento que, por sua vez, mantém culturas produtivas.<sup>80</sup>

Há uma exceção sobre a presença necessária do fundo rústico: este falta nas empresas zootécnicas, cujas atividades se desenvolvem em sede fixa, independentemente da atividade de cultivo ou quando os alimentos para os animais são trazidos de fora.

Aqui falta a terra, sem que se possa referir ao cultivador, aquele de quem o criador de animais adquire as forragens necessárias, ao mesmo tempo que não exsurgem como elementos do fundo rústico os bens imóveis utilizados pelo empresário (estábulo, depósito de feno etc.). Trata-se de bens de natureza diversa.<sup>81</sup>

Ao retomar o exame dos elementos do estabelecimento, acenemos aos instrumentos fixos: o gado de trabalho, de leite, animais para a obtenção de lã, máquinas e utensílios.

Há, também, os chamados instrumentos circulantes: forragens, leiteiras, estrume, sementes. Entre esses, parte considerável é comumente produzida pelo fundo, enquanto outra é adquirida (especialmente as sementes).

Trata-se de produtos que são, sempre, utilizados no estabelecimento e, portanto, estão constantemente presentes, ou como instrumentos de produção, ou como produtos.<sup>82</sup>

A vicissitude cíclica, através da qual se opera a mudança da forma, fornece-lhes a denominação de "instrumentos circulantes". Sejam instrumentos fixos ou circulantes, inserem-se na categoria das pertenças e, então, sua relação com o fundo adquire precisa relevância jurídica.

Os economistas reúnem outros elementos heterogêneos, concorrentes à formação do estabelecimento em uma classe única, denominada capital por antecipação.

O capital por antecipação, sob o ponto de vista econômico, é o capital representado por um poder de aquisição (em moeda, em créditos, em produtos disponíveis para alienação), de que o empreendedor lança mão para o emprego de outros meios de produção necessários, matérias-primas e auxiliares, serviços exigidos pelo mercado, prestação de trabalho etc., durante o ciclo de produção em momento precedente à finalização dos produtos.<sup>83</sup>

O capital por antecipação, para o jurista, integra o estabelecimento sob espécies diversas: como bens materiais (normalmente são bens

<sup>76</sup> Id., *ibid.*, p. 77.

<sup>77</sup> Id., *ibid.*, p. 77.

<sup>78</sup> Id., *ibid.*, p. 77.

<sup>79</sup> Id., *ibid.*, p. 78.

<sup>80</sup> Id., *ibid.*, p. 78.

<sup>81</sup> Id., *ibid.*, p. 78.

<sup>82</sup> Id., *ibid.*, p. 78.

<sup>83</sup> Id., *ibid.*, p. 78.

enquadrados como instrumentos), como contratos (de execução contínua ou periódica) ou créditos inerentes ao exercício da empresa. Este capital nunca falta na empresa, não importando a forma mutável que possa assumir e o tipo de pessoa jurídica escolhida.<sup>84</sup>

Ressalte-se que não se pode falar em empresa e estabelecimento no regime de economia fechada e na organização de atividade econômica com fins meramente familiares em que todos os meios de produção sejam adquiridos no mercado. Esses dois tipos de atividade econômica representam os limites para qualquer empresa que se localize num grau intermediário, para o qual correspondem relações jurídicas encetadas com o estabelecimento, onde o capital por antecipação exerce um papel diferente sem o qual haverá apenas fundo equipado e não estabelecimento e, pois, inexistirá empresa se os liames vitais entre agricultor e mercado tiverem sido cortados.<sup>85</sup>

Outros elementos comuns a todo tipo de estabelecimento – a razão social, a marca e o fundo de comércio – no estabelecimento agrário têm importância reduzida por razões diversas, se comparados com seu relevo no estabelecimento comercial.

A firma, a razão social tem valor dispensável, por causa das características particulares do crédito na agricultura.

Quanto ao fundo de comércio, ele adquire uma característica importante na disciplina do estabelecimento agrário.

O fundo de comércio pode ser encarado como a atuação do estabelecimento, enquanto organização, para alcançar o escopo de lucro. Este tem por causa a eficiência da organização e em estreita relação com a combinação produtiva dos diversos fatores.<sup>86</sup>

Esta combinação (ordenação do estabelecimento) é determinada na agricultura por uma série de escolhas que têm por objeto o fundo; tais são as escolhas concernentes às combinações de culturas, às espécies cultivadas, ao revezamento destas, à distribuição da superfície entre as diversas culturas, aos sistemas de transformação dos produtos não vendidos imediatamente, às atividades manufatureiras ou de transformação, à escolha dos contratos com o proprietário fundiário e mão-de-obra, à escolha

dos modos de execução das obras rurais e à escolha dos modos de fertilização do terreno etc.

A caracterização do estabelecimento agrário resulta do complexo das seguintes escolhas econômicas: da potencialidade da produção, da qualidade do produto e, indiretamente, da facilidade no escoamento da mercadoria. Em resumo, o escopo de lucro.<sup>87</sup>

Sucedem que ao se aplicarem as qualidades pessoais do empresário, estas objetivam certos fatores duradouros do estabelecimento, tais como o nível de produção unitária, a qualidade do produto, a energia dos empregados etc.

Exemplificando, com um estabelecimento voltado para o cultivo, é possível a substituição de um titular por outro sem se configurarem repercussões apreciáveis. Daí decorrer a transferibilidade sempre mais plena do estabelecimento e de seu fundo de comércio.<sup>88</sup>

Não se deve desprezar um outro aspecto da fisionomia do fundo de comércio. O processo opera principal, embora não exclusivamente, através da valorização das qualidades naturais do fundo, o que contribui para exaltar as peculiaridades da produção. E isto nos interessa sob o aspecto da tutela do fundo de comércio.<sup>89</sup>

Pode ocorrer que a proibição de concorrência por ocasião da transferência de estabelecimentos agrários contraste com o direito comunitário europeu. Isto sucederá quando o pacto contendo proibição de concorrência não tenha sido estipulado com o fim de assegurar – o que não se poderia ter realizado de outra forma – ao cessionário a exploração comercial dos conhecimentos tecnológicos cedidos.<sup>90</sup>

É manifesto que o setor agrário dificilmente poderia estar interessado em uma tal decisão, todavia, a hipótese não seria completamente impossível (pensemos na cessão de estabelecimento agrícola que vende fruta em invólucros idealizados pelo cedente, que precisou construir maquinaria especial). A incompletude e atraso do enfoque em matéria de concorrência na agricultura (pensemos no caso de um empresário agrário que tenha criado uma nova variedade de uvas que fornecem vinho de sabor particularíssimo e apreciado ou produto de mesa especial); no caso a concorrência do ce-

<sup>84</sup> Id., *ibid.*, p. 78.

<sup>85</sup> Id., *ibid.*, p. 79.

<sup>86</sup> Id., *ibid.*, p. 83.

<sup>87</sup> Id., *ibid.*, p. 83.

<sup>88</sup> Id., *ibid.*, p. 83.

<sup>89</sup> Id., *ibid.*, p. 83.

<sup>90</sup> COSTATO, Luigi, *op. cit.*, p. 181.

dente poder-se-ia realizar não tanto ao desviar clientela produzindo vinho ou cachos de uva iguais mas, vendendo videiras ou transferindo – por formas diversas, mas substancialmente equivalentes – a técnica do enxerto, operando, pois, numa fase diferente das tipificadas como atividades conexas.<sup>91</sup>

Em festejada monografia Luís de Lima Stefanini, após indicar o artigo 4º, número VI do Estatuto da Terra e os artigos 6º, número III, e 25 do Decreto nº 55.891, de 31 de março de 1965, conclui que:

“Este mesmo decreto regulamentador, mais abaixo, em seu art. 25, confunde ainda mais a noção de empresa rural, aproximando a acepção de empresa da noção de estabelecimento agrário... Ora, uma classificação tem que ser afeta ao primado conceituativo da coisa – no caso, a

empresa rural. Através dessa classificação *compreende-se filiada a idéia de empresa rural à estabelecimento agrário...* Afinal, poder-se-ia perguntar: o que é empresa rural? O empreendimento explorativo (noção da Lei nº 4.504, de 1964), ou o imóvel rural, objeto desta exploração? Certo é que empresa rural não pode ser as duas coisas ao mesmo tempo; tampouco ser a unificação destas duas idéias, pois cada uma é integrante de noções heterogêneas.”<sup>92</sup>

A matéria não é versada entre nós. Justifica-se porque o estudo da empresa agrária não tem sido desenvolvido na bibliografia nacional e quanto ao estabelecimento, por consequência, permanece esquecido de análise. Dai permanecer a confusão acima detectada na legislação.

---

<sup>91</sup> Id., *ibid.*, p. 182.

---

<sup>92</sup> STEFANINI, Luís de Lima, *op. cit.*, pp. 278 e 279.

# Neoliberalismo e desadministrativização

GLADSTON MAMEDE

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *O Direito Administrativo e a estrutura de Estado.* 3. *Administrativização no Brasil.* 4. *O interesse público.* 5. *O Direito Administrativo e as atividades desadministrativizadas.* 6. *Conclusão.*

### 1. *Introdução*

Muitos dos países da América Latina, neste final de século XX, abandonaram políticas estatizadoras, reservas de mercado e discursos nacionalistas para adotarem os caminhos definidos e defendidos pelo denominado neoliberalismo. Sá Costa, após advertir que “a expressão *neoliberalismo* é um eufemismo muito gracioso que designa o que há de mais ortodoxo neste antigo conjunto de idéias construído a partir do grande John Locke” (1995: 6), afirma, com propriedade, que “vivemos um período de indisfarçável fascínio pelo canto dos liberais. Progresso, desenvolvimento, felicidade, consumo (o sacrossanto consumo), inflação controlada, a vida planejada a longo prazo, enfim, estamos no empíreo. Caronte não mais conduz nossa barca do destino, nos sublimamos, tudo graças aos miraculosos efeitos do mercado. Como, e com que coragem, um espírito maldoso poderia levantar sua voz contra tal estado de coisas?” (*idem*: 6).

A opção neoliberal, não obstante este inconfundível fascínio que provoca em muitos, tem provocado um debate acirrado entre seus simpatizantes e seus opositores, numa disputa que ocupa palanques, tribunas, além dos meios de comunicação. O próprio Sá Costa põe-se, confortavelmente, no rol dos opositores, asseverando que “a livre interação de atitudes ego-

istas pode gerar um progresso para o país, mas, será esse processo real? Qual o preço a ser pago por ele?" (*idem*: 6).

Neste trabalho, pretendo tomar parte neste debate, refletindo sobre a opção neoliberal; desejo, especificamente, apontar e analisar um de seus subprodutos jurídicos, ao qual denominei "desadministrativização" e que, creio, merece a consideração de administradores públicos, legisladores, estudiosos do Direito e, sobretudo, da sociedade civil.

## 2. O Direito Administrativo e a estrutura de Estado

Contextualizando o surgimento de normas jus-administrativas e de sua disciplina de estudo, leciona Caetano: ao passo que "as idéias fundamentais do Direito Privado que no continente europeu chegaram ao século XX foram elaboradas pelos juristas romanos", [...] o Direito Administrativo surge como sistema de doutrina apenas nos alvares do século XIX." (1989: 19). É, sem dúvida, uma forma *nova* de regulamentação jurídica, que surge com uma tendência bem recente do Direito que Aguiar denomina "autolimitação do Estado" (1984: 40), empregando-a para referir-se a certa qualidade de normas constitucionais (sua validade, contudo, atinge outros ramos do Direito considerado público, entre os quais a disciplina administrativa, certo que, como afirma Caetano, "o Direito Administrativo está intimamente ligado à Constituição Política de cada país" (1989: 23).

A gênese do Direito Administrativo é, como se verá a seguir, um dos subprodutos da evolução política experimentada por muitas sociedades ocidentais nos últimos séculos, com alterações em diversos campos do fenômeno político-jurídico, permitindo disciplinar-se os mecanismos de funcionamento da máquina de Estado<sup>1</sup> e o relacionamento desta com os administrados. Esta autolimitação do poder de Estado, aliada a sistemas eleitorais que procuram determinar certa re-

presentatividade política, é saudada como democracia, não obstante se verifique que todo o sistema legislado, bem como efetivado, possui "n" elementos que afastam da sociedade civil a verdadeira possibilidade de "participação de Estado". Como já o disse, o regime participativo "requer um perfil de formação dos cidadãos, hábil a tornar efetivamente democrática a existência do Estado (para participar, é necessário que se tenham condições de compreender as condições políticas postas em jogo e, conscientemente, optar)" (1995: 96).

Ainda assim, não se pode deixar de reconhecer que uma das grandes contribuições das normas administrativas é a definição dos "parâmetros que o poder estatal estabelece para si mesmo" (Aguiar, 1984: 40), mérito que conunga com outras normas, mormente as constitucionais. O contraste pode ser verificado em Meirelles, ao indicar o absolutismo como o ambiente histórico que sucede o surgimento do Direito Administrativo, tempo em que "dominava a vontade onipotente do Monarca, cristalizada na máxima romana *quod principi placuit legis habet vigorem* e subsequentemente na expressão egocentrista de Luís XIV: *L'État c'est moi*." (1991: 35) Em oposição a este poder extremado, o Direito Administrativo surge no contexto da Revolução Francesa, ainda segundo Meirelles (*idem*: 35). Aliás, é inegável o débito do pensamento ocidental para com a produção intelectual, nesta destacadas as idéias políticas, para com o iluminismo francês (pré-revolucionário, revolucionário e, até mesmo, pós-revolucionário).

Ao menos em tese, a existência do Direito Administrativo, esse conjunto de normas que encerram modelos comportamentais dirigidos à redução do arbítrio indiscriminado na administração da sociedade ou, como posto anteriormente, normas que traduzem uma autolimitação do poder de Estado e regulamentação dos procedimentos que devem ser respeitados por seus agentes, assinala uma evolução social: evitar-se que a estrutura de Estado seja utilizada para beneficiamento daqueles que a controlam, em desprovelimento dos interesses da coletividade. Na vigência do sistema jus-administrativo, "os fins da Administração se consubstanciam na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros" e que, por conseguinte, "o ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade" (*idem*: 77).

<sup>1</sup> Como procurei demonstrar em *Semiologia e Direito*, é possível compreender o termo "Estado" como um adjetivo, "referindo-se a uma característica específica com que a cultura, em sua evolução histórica, revestiu determinados aspectos políticos da vida social humana. Esta característica pode ser conceituada como um valor institucional dado a determinados tipos de organização, e mais, a mecanismos protetores de uma certa forma em que a sociedade deve se estruturar. Esta estrutura social resultante e todos os instrumentos que a asseguram revestem-se de uma completa significação específica (significam "Estado")" (1995: 87).

Disse "ao menos em tese" certo que este conjunto de normas destinadas a disciplinar os atos de Estado, estabelecendo-lhes limites específicos (demandando lisura, publicidade, legalidade etc.), possui existência apenas na potencialidade da previsão normativa, vale dizer, carece de efetivação, quer pelo cumprimento voluntário por seus sujeitos passivos diretos (os agentes de Estado), quer pela aplicação das sanções previstas para o descumprimento pelos órgãos jurisdicionais competentes (cf. MAMEDE, 1995: 134 e ss.). Não obstante, trata-se, por mínimo, de uma promessa de evolução da sociedade: considerar – em certos limites – a coletividade como alvo privilegiado em relação à individualidade, sendo de estranhar que o sistema jurídico brasileiro imponha tantas dificuldades para que o cidadão, substituindo eventuais órgãos fiscalizadores inertes, provoque o Poder Judiciário para manifestar-se sobre qualquer lesão ao Direito Administrativo. Tal como posto em nossa legislação, essa – efetiva – participação de Estado é praticamente impossível de ser exercida: o ordenamento jurídico brasileiro cria, assim, uma *cidadania parcial*, na medida em que retira do cidadão o poder de agir para a preservação dos interesses sociais (depois de já ter retirado, da grande maioria da população, o poder de compreensão, não lhe fornecendo condições para uma formação educacional, minimamente satisfatória que fosse). A isto acresça-se uma exegese judicial que dificulta ainda mais o exercício da cidadania: o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, erige todas as dificuldades possíveis para o exercício das ações diretas de inconstitucionalidade<sup>2</sup>, fugindo ao exercício de suas funções constitucionais a

<sup>2</sup>Na ADIn 1.234-7 (rel. Min. Ilmar Galvão), como já se houvera feito na ADIn 894-3 (rel. Min. Néri da Silveira), considerou-se a União Nacional dos Estudantes (UNE) parte ilegítima "para acionar o controle abstrato de constitucionalidade, tendo em vista que não se enquadra como entidade de classe de âmbito nacional, na interpretação que tem sido conferida à segunda parte do inciso IX do artigo 103 da Carta da República" (DJU de 10 mar. 95, p. 4.898). Ressalvando os votos vencidos dos ministros Francisco Rezek, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso, tal interpretação concretiza uma fuga de nossa sobreeminente Corte de suas obrigações para com a sociedade brasileira, o que, em minha opinião, constitui um absurdo inominável. Aquela Corte, contudo, tem reiterado comportamentos que merecem a crítica da sociedade brasileira, como quando declarou a inconstitucionalidade da cobrança do empréstimo compulsório sobre a aquisição de gasolina ou álcool, instituída no ano de 1986 (Lei nº 2.288), apenas em 1º de dezembro de 1994.

partir de exegeses que limitam as garantias constitucionais.

Aquelas peculiaridades caracterizadoras do Direito Administrativo, entretanto, não são, por si só, um obstáculo às propostas neoliberais. Afinal, defensores do neoliberalismo defendem uma sensível redução das dimensões alcançadas pelo aparelho de Estado e por suas atividades, com o que se terá, conseqüentemente, uma redução de sua influência sobre a sociedade. Ora, se o grande mérito do Direito Administrativo é a regulamentação do poder de Estado, impedindo a manipulação para atender a interesses individuais ou para lesar interesses de cidadãos<sup>3</sup>, se forem passadas partes de suas atividades para a iniciativa privada, não há risco de mau uso da estrutura de Estado. Com efeito, o empreendedor privado que se incumba de determinada atividade não estabelece relações de comando, vale dizer, "relações verticais", termo que procura traduzir à superioridade que o aparelho de Estado possui quando da manifestação de uma "vontade de Estado". O argumento é bem simples: não se faria necessário um controle jus-administrativo quando uma atividade é privatizada ou transferida (concessão) ao empreendedor privado, situações em que ficariam resguardados tanto os bens quanto os recursos públicos: a iniciativa privada, ao assumir o controle de empresas e/ou atividades antes sob o controle e a responsabilidade estatal, passa a investir capital próprio.

Outro argumento relevante já foi expressado neste texto: toda norma jurídica define apenas "modelos hipotéticos de comportamentos (e de situações) devidas", como já tive ocasião de examinar (1995: 86), ou, como define Vasconcelos, "a norma é pura e simplesmente previsão" (1986: 5). Assim, a evolução do Direito Administrativo não significa que comportamentos antinormativos não irão se concretizar. Da mesma forma, como cedo, se à má utilização de bens e recursos públicos não se fizer corresponder processo judicial para apenar os agentes de Estado responsáveis, de nada serviria toda a evolução desse ramo do Direito.

E, finalmente, não se pode olvidar que os defensores do neoliberalismo ainda possuem "n" outros argumentos relevantes, como o mau de-

<sup>3</sup>Havendo que destacar, na defesa de tais interesses, diplomas como as Leis nºs 4.898/65 e 8.429/92 que, como ensina Mello, licenciam qualquer pessoa a "suscitar o controle da Administração para que seja sancionado o agente que haja incidido em 'abuso de autoridade'" (1994: 109).

sempenho das empresas estatais, sua utilização para atender interesses corporativos, a necessidade de se reduzir o tamanho da máquina do Estado (cujo gigantismo impede seu bom e perfeito funcionamento) e retira do país a capacidade de se inserir na economia global deste fim de século XX a necessidade de se destinar verbas públicas para determinados fins prioritários que não aquelas atividades a serem entregues à iniciativa privada, a ausência de recursos públicos suficientes para corresponder às necessidades de investimentos nos mais variados setores, demandando parceria com os setores privados etc. É neste sentido, aliás, que se manifesta Wald: "a modernização da economia brasileira e a retomada do desenvolvimento pressupõem que a política de concessões e de privatizações, já agora complementada pelo projeto de ajuste fiscal, seja efetivamente implementada" (1994: 1).

### 3. Administrativização no Brasil

Como, por definição, as normas jus-administrativas relacionam-se com os "atos de Administração Pública", concretizados por agentes de Estado devidamente investidos em órgãos da máquina estatal, será necessário concluir que quanto mais se dilarga a estrutura de Estado, maior é a "administrativização" da vida social e, principalmente, econômica. Digo administrativização no sentido de que a atividade trazida para o âmbito de Estado passa a reger-se pelas normas do Direito Administrativo: só pode consubstanciar-se pelas formas e para os fins definidos em lei; sua iniciativa deve ser fundamentada (requisito não contemplado por alguns autores) e de conhecimento público; algumas não podem ser renunciadas, por representarem um dever, mais que um poder de Estado.

O Brasil, não obstante a vasta literatura jornalística sobre escândalos na Administração Pública, possui uma vasta parte de sua economia administrativizada, quero dizer, submetida às normas jus-administrativas; afinal, é inegável que possuímos uma "tradição estatizadora" e, portanto, diversas áreas e atividades econômicas foram trazidas para dentro da máquina de Estado. Nosso gigantismo administrativo (ao qual sempre corresponderam "n" procedimentos burocratizados) remontam ao Segundo Império, quando uma política empreguista já se fazia notar. A Proclamação da República não significou, em instante algum, uma reversão nesta tendência: a extensa malha dos tantos órgãos de Estado, e seus milhões de funcioná-

rios públicos (muitos dos quais contratados em função de clientelismos políticos), motivou a enunciação do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal<sup>4</sup>.

Para além do gigantismo da estrutura orgânica do aparelho de Estado, nossa "tradição estatizadora" sobre a economia também remonta ao 2º Império (quando fez do Barão de Mauá uma vítima de um liberalismo excessivamente precoce para o país). Entretanto, foi na República que o esforço estatizante manifestou-se com mais veemência, impulsionado por onda ufanista e nacionalista que, com o passar do tempo, foi tomando nitida configuração anti-americanista. Já nas primeiras décadas do século XX, movimentos nacionalistas voltavam-se, por exemplo, contra a exploração de ferrovias, portos, eletrificação e telefonia, entre outros empreendimentos, pelo norte-americano Percival Farquhar, ou contra a *holding Brazilian Traction* que "controlava bondes, luz, gás e energia em várias capitais brasileiras", como narra Moraes (1994: 82,98).

O recurso da estatização de determinadas áreas econômicas, a bem de uma política de proteção aos então considerados "interesses nacionais", foi sendo paulatinamente dilargado no Brasil, abrangendo ferrovias, portos, empresas de exploração de minérios, companhias de eletricidade e telefonia etc. Moraes, melhor do que ninguém, deixa-o patente: Epitácio Pessoa estatizou o porto de Rio Grande e as ferrovias da *Compagnie Auxiliaire des Chemins de Fer du Brésil. A Itabira Iron Ore*, depois de enfrentar óbices à sua plena instalação no país, foi transformada em Cia. Vale do Rio Doce durante a Segunda Grande Guerra; a Cia. Açoes Especiais Itabira, também de capital estrangeiro, teve seu controle acionário assumido pelo Banco do Brasil em 1952 (*idem*: 123,125). A justificar o temor nacionalista, basta uma referência feita por Moraes: todos estes empreendimentos pertenciam ao *quaker* norte-americano, aos quais se pode somar a *Rio de Janeiro Light & Power*, a Cia. Telefônica Brasileira, *Port of Pará* (proprietária do porto de Belém, além de várias estradas de ferro).

Neste ponto, faz-se necessário esclarecer que, ao contrário do que comumente se imagina, as interferências de Estado na economia, inclusive e principalmente assumindo atividades econômi-

<sup>4</sup> E que, segundo denúncias publicadas pela imprensa, ainda não obteve plena eficácia jurídica, certo que muitos administradores públicos insistem em desrespeitá-lo.

cas (via de regra, por intermédio de entidades paraestatais), não foi um movimento exclusivamente brasileiro, como também o nacionalismo não o foi. Como afirma Eizirik, “a partir da 1ª Guerra Mundial, as Constituições dos diversos países passaram a conter preceitos disciplinando a intervenção estatal no domínio econômico, visando basicamente suprir as faltas da iniciativa privada e fornecer à sociedade determinados serviços que não eram suficientemente providos pelo sistema do livre mercado. [...] Após a 2ª Guerra Mundial, intensificou-se a atuação estatal no domínio econômico, seja visando à recuperação das economias nacionais abaladas pela guerra, seja aumentado (*sic!*) o número de serviços que passaram a ser atendidos pelo Estado, no movimento em direção ao chamado *Welfare State*” (1993: 66).

Os governos de Getúlio Vargas, mormente o 2º (ou seja, já no pós-guerra), constituíram um grande impulso na tendência estatizadora, concretizando uma política de investimentos de Estados que pretendiam assumir o lugar da iniciativa privada nas atividades econômicas de infraestrutura, como a siderurgia (Cia. Siderúrgica Nacional) e a exploração e beneficiamento de petróleo e derivados (Petrobrás). A máquina de Estado conservou-se agigantada durante os governos que seguiram ao seu suicídio e foi ainda mais dilatada durante os governos militares, fase em que o tenentismo, finalmente, alcançou o poder político brasileiro e pôde exercitar sua intransigência, seu ufanismo etc, chamando para a estrutura de Estado mais atividades infra-estruturais ou aquelas que considerava “estratégicas”.

Somente com a Constituição Federal de 1988, procurou-se criar condições para a redução desta “atuação empresarial” de Estado. É esta, aliás, a constatação de Eizirik, para quem “a Constituição anterior, em seu art. 170, § 1º, estabelecia um regime de complementariedade ampla da iniciativa estatal sobre a privada. Na vigente Carta, passou-se a um sistema de complementariedade restrita, nos termos do art. 173, *caput*, que reduz as hipóteses de atuação do Estado na economia, ao dispor expressamente quais são os casos em que ela se justifica (*segurança nacional e relevante interesse coletivo, conforme definido em lei*)” (*idem*: 68).

Como não poderia deixar de ser, esse crescimento da área de atuação do aparelho de Estado implicou na necessidade de uma elevação no nível qualitativo das normas jus-administrativas, bem como uma ampliação de sua área de abran-

gência. O Direito Administrativo, assim, foi ganhando maior importância na medida em que mais áreas foram sendo administrativizadas, ou seja, quanto maior foi se tornando sua área de regulamentação; a efetivação deste conjunto dilargado de normas, contudo, é um dado que pode dar margens a discussões.

#### 4. O interesse público

O ponto que merece destaque, a esta altura, é que a evolução representada pela disciplina Direito Administrativo e todo o seu conjunto de normas não se restringiu à regulamentação dos procedimentos da Administração Pública. Como há pouco afirmei, as normas e princípios jus-administrativos representam uma evolução social na medida em que procuram colocar o interesse coletivo como o seu valor máximo (em oposição ao interesse – note-se: interesse e não direito – individual). É o que se encontra, aliás, estampado nos princípios basilares do Direito Administrativo, tais como definidos por Mello, ou seja, a “supremacia do interesse público sobre o privado” e a “indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos” (1994: 16). O elemento que pretendo destacar, neste contexto, é justamente o “interesse público” constituído na qualidade de bem jurídico a ser protegido, tutelado. Mais do que procedimentos regulamentadores das atividades levadas a cabo para administrar a sociedade, o Direito Administrativo consagrou a superioridade do interesse da coletividade como “um verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público [...], pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados” (*idem*: 19).

O que se verifica, portanto, é que as normas de Direito Administrativo atribuíram ao interesse da coletividade o valor de bem juridicamente protegido. Não se pode refutar, é claro, que em muitas oportunidades, implementou-se uma interpretação que, creio, é equivocada: nestes casos, a expressão “interesse público” acabou por ser compreendida como “interesse dos agentes (dirigentes) de Estado”. Nestas (infelizmente, não raras) oportunidades, manipulou-se a superioridade que gozam os órgãos da Administração Pública em relação aos denominados “particulares” (superioridade esta que busca fundamentação justamente na primazia e na defesa do “interesse social”) para beneficiar detentores do poder de Estado, bem como corporações diversas (funcionários, grupos econômicos, regiões eleitorais etc.) cujos interesses eram representados por aqueles.

Ao contrário, parece-me inquestionável que, na sua melhor exegese, o conceito de interesse público, elevado à condição de bem juridicamente protegido, representa uma evolução social cujos benefícios podem ser colhidos por todos. Estruturas de Estado fundadas em desequilíbrios (como a brasileira) tendem ao caos, ao confronto, ao descontrole (como, de uma forma bem nossa, estamos vivendo), ao passo que estruturas sociais menos polarizadas parecem tender a um maior equilíbrio (o que determina um quadro de segurança social). Eis porque afirma Meirelles que aqueles que prestam serviços públicos “são, na feliz expressão de Brandeis, *public servants*, isto é, criados, servidores do público. O fim precípua do serviço público, ou de utilidade pública, como o próprio nome está a indicar, é servir ao público e, secundariamente, produzir renda a quem o explora” (1991: 294).

Aqui se pode apontar uma crítica ao neoliberalismo: o aparelho de Estado, existindo (em sua concepção mais atual – e constitucionalmente prevista) para o bem de todos, funciona como árbitro, impedindo que a polarização acima mencionada determine um quadro de excessiva injustiça (quadro este a que, infelizmente, muitos setores da sociedade brasileira estão efetivamente condenados). Neste ponto, é possível temer uma crítica engendrada contra o neoliberalismo, afirmando que seus defensores estão a pregar a “igualdade entre lobos e galinhas dentro do galinheiro”.

##### 5. O Direito e as atividades desadministrativizadas

Em meio ao que se tratou até aqui, parece-me estreme de dúvidas que o conceito de *interesse público* guarda consigo um valor jurídico que, creio, a sociedade não pode abrir mão, sob pena de enfrentar um retrocesso político (e mesmo econômico – logicamente, tomando este termo num sentido menos “neoliberal”): é minha opinião que não se pode permitir que aquilo que esteve anteriormente juridicamente protegido, por destinar-se à coletividade, perca tal proteção, ficando à mercê de vontades individuais (que, em muitas oportunidades, não estão limitadas e abalizadas por estruturas morais

<sup>3</sup> O emprego do vocábulo “particulares” entre aspas procura respeitar a qualidade de adjetivo que o mesmo possui em seu “sentido de base” (cf. MA-MEDE, 1995:79 – nota 122), traduzindo uma qualidade de delimitação do substantivo referido, delimitação que, em regra, pode ser apropriada, ou seja, tornar-se objeto de uma situação de domínio.

que lhes façam considerar outros seres humanos). Feitas tais considerações, será interessante observar que, na medida em que certas atividades são entregues para a iniciativa privada, tem-se por consequência necessária que tais empreendimentos deixam, em maior ou menor grau, de se submeter ao controle jurídico das normas jus-administrativas. Eis, então, o que denomino de *desadministrativização*: a retirada (total ou parcial) de certa atividade do âmbito de regulamentação do Direito Administrativo pela redução da amplitude do aparelho de Estado (e de sua atuação). A atividade que se “desestatiza” ou, antes, que é privatizada, como cediço, passa a ser regulamentada pelas normas de “direito privado”.

Já de princípio, faz-se necessário separar uma categoria determinada de atividades desempenhadas pelo aparelho de Estado, cuja desadministrativização reveste-se de certa peculiaridade. Refiro-me às empresas públicas que, como afirma Caetano, “procuram atuar no mercado com objetivos de interesse coletivo” (1989: 69). Ora, esse interesse coletivo na exploração, pelo aparelho de Estado, de determinados ramos econômicos pode ser superado. Houve, acredito que inequivocamente, um interesse público envolvendo a criação da Companhia Siderúrgica Nacional, da Usiminas e de outras empresas do ramo siderúrgico; entretanto, a maturidade econômica do país assinalou com a desnecessidade de uma continuidade na intervenção de Estado nestas áreas, abrindo margem aos processos de privatização. O mesmo deu-se em outras áreas, como a indústria petroquímica, aeronáutica etc.

Nesta primeira categoria, como é de fácil percepção, a transferência de atividades para a iniciativa privada implica uma completa desadministrativização do empreendimento. A empresa privatizada retorna ao *status* irrestrito de pessoa jurídica de direito privado, com administração desregulamentada: embora tenha que respeitar o que é proibido em lei, não mais precisa estar restrita ao que é permitido em lei; possui liberdade para contratação de empregados e pagamento de salários (havendo apenas que respeitar as normas trabalhistas e previdenciárias), liberdade para compra de matéria-prima, bens, de outras empresas (podendo negociar livremente qualidade, preços, prazos de pagamento, fornecedores), bem como para a venda de produtos etc. Indubitavelmente, nesta hipótese, há uma completa desadministrativização da atividade.

Afastada essa primeira categoria, será neces-

sário que minha análise se ocupe de uma segunda categoria, os serviços, conceituados por Meirelles como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado” (1991:290). É a entrega destas classes de serviço à exploração pelo capital privado (vale dizer, uma das categorias de descentralização, segundo as previsões do Decreto-Lei nº 200/67) que vai ocupar o final deste meu exame. Zanobini, a propósito, refere-se ao “exercício privado das funções e dos serviços públicos”, (1948/1950: v.3, 301 – *traduzi*<sup>6</sup>), cujos “elementos essenciais”, teoriza, são o caráter público da função ou do serviço e o caráter privado do sujeito que o exercitará (*idem*: v.3, 302 – *traduzi*<sup>7</sup>). Este sistema de valer-se de sujeitos de Direito Privado para concretizar os fins públicos, ainda segundo Zanobini (*idem*:303), já se encontrava no Direito Romano e na Idade Média (mormente quanto à arrecadação de impostos). No Direito Moderno, a aplicação de tal sistema, em alguns casos, “é justificada pela necessidade: são situações nas quais a intervenção do órgão do Estado se demonstra impossível ou insuficiente, criando a necessidade de autorizar e, em alguns casos impor, aos *particulares* a agirem em sua substituição” (*idem*:303 – *traduzi*<sup>8</sup>).

Entretanto, numa antecipação do que será aqui tratado de forma mais detalhada, Zanobini deixa patente que esta entrega de um serviço à iniciativa privada sujeita-se a requisitos, entre os quais o controle da atividade pelo titular da função ou serviço (*idem*: 304), ou seja, “a atividade do concessionário, em função dos fins públicos a que é dirigida, deve ser constantemente controlada pela Administração Pública” (*idem*: 314 – *traduzi*<sup>9</sup>).

Assim, ainda que seja certo que a transferência de empreendimentos à iniciativa privada

<sup>6</sup> No original: “L’esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici”.

<sup>7</sup> No original: “Il carattere pubblico della funzione o del servizio e il carattere privato del soggetto da cui questi vengono esercitati”.

<sup>8</sup> No original: “In alcuni casi, tale applicazione è giustificata dalla necessità: vi sono situazioni nelle quali l’intervento degli organi dello Stato si dimostra impossibile o insufficiente, ed è quindi necessario autorizzare, e talora obbligare, i privati ad agire in loro sostituzione.”

<sup>9</sup> No original: “L’attività del concessionario, a causa dei fini pubblici cui è diretta, deve essere costantemente controllata dalla pubblica amministrazione.”

possa representar, por certo ângulo, uma evolução, na pior das hipóteses, por livrar tais atividades dos grilhões dos atos de expediente que se entrelaçam numa terrível cadeia burocrática, bem como impedir o mal uso dos bens e recursos públicos, não se pode perder a evolução representada pela estrutura de normas administrativas no que se refere à “defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade” (Meirelles, 1991: 76).

O que se deve destacar nos âmbitos dos serviços de Estado que são transferidos à iniciativa privada é a sua importância para a sociedade. O país, em razão do avanço da siderurgia privada, estava preparado para que as indústrias siderúrgicas controladas pelo aparelho de Estado brasileiro fossem transferidas para empreendedores privados. O mesmo pode-se dizer das empresas de fertilizantes, de uma parte do setor bancário, uma parte do setor petroquímico etc., cujo impacto social é um pouco mais reduzido (e absorvido diante da notória incompetência de Estado para gerenciá-los). Isto para não abordar absurdos como hotéis, entre outras atividades cujo controle estatal merece a adjetivação de esdrúxulo. Setores como o aeronáutico incluem-se numa categoria estratégica cujo enfoque privilegiador cambia ao longo do tempo. Agora, no que se refere a atividades como eletricidade, comunicações, aos combustíveis de uso generalizado etc., há que haver uma atenção especial. Afinal, o impacto social destes serviços é enorme, merecendo todo um cuidado em sua desadministrativização, vale dizer, mantendo-os, em parte, administrativizados.

Refiro-me, assim, à necessidade de o país desenvolver uma legislação administrativa especial, dirigida aos setores parcialmente desadministrativizados. Tais conjuntos de normas just-administrativas cumpririam a função de preservar a proteção ao interesse público, detalhando-a em referência à nova realidade a ser instaurada. Neste sentido, transmutando princípios já consagrados para a Administração Pública, será necessário que se preveja as conseqüências para o abandono pelo empreendedor particular da exploração de determinado serviço, para desempenhos insatisfatórios e para a não-consecução dos fins visados (e especificados – de forma renovável e negociável – nas concessões). Determinados atos necessários à condução do empreendimento (vale dizer, aqueles de realçável impacto social) deverão ser motivados e necessitar da aprovação estatal (seja pelo Executivo, seja pelo Legislativo), não se permitindo qualquer iniciati-

va que não garanta a todos os setores da sociedade (enfim, todos os cidadãos) possibilidade de igual acesso ao serviço. A estas garantias deveriam ser acrescentadas outras que fossem produto de um amplo debate que, até o momento, o Governo Fernando Henrique Cardoso tem curiosamente evitado.

Este cuidado aqui proposto, creio, constitui um mínimo necessário para aqueles que, mais do que defender os interesses dos que já muito possuem, estão efetivamente preocupados com todos aqueles cuja dignidade humana encontra-se esquecida (e que, mais do que nos discursos e artigos, podem ser encontrados nas periferias das cidades e no interior do país, para quem se disponha a percorrê-los).

### 6. Conclusão

Para Wald, "é incontestável que o Brasil precisa investir rápida e maciçamente em infraestrutura, em energia, em transporte e em comunicações" (1994:1), para o que, como viu-se anteriormente, manifesta-se favoravelmente a uma "política de concessões e de privatização". Ainda assim, leio em seu artigo a necessidade de um certo controle sobre os empreendedores privados, não obstante defenda que tal política desestatizadora deva "deixar de ser o que era no passado", ou seja, "o direito de comando, da burocracia, do privilégio, do controle e da desconfiança", para tornar-se um *partnership*, vale dizer, "confiança recíproca, num clima de liberdade com responsabilidade, mediante garantias mútuas e adequadas que cada uma das partes deve à outra" (*idem*: 9).

Digo ler em seu trabalho a necessidade de controle quando se refere à exigência de "medidas rápidas, por parte do Governo, para estabelecer a eficiência dos concessionários", ou à "regulamentação" e "fiscalização do Poder Executivo" das "obras e serviços de interesse da coletividade" quando "numa gestão privada" (*idem*: 1). Por derradeiro, diz que "a privatização de alguns serviços públicos pode ser a solução adequada, desde que definamos claramente as premissas e o quadro jurídico e econômico que se quer implantar" (*idem*: 1-2).

Assim, acredito ser fundamental que esta transformação da estrutura de Estado, proposta e conduzida pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, seja concretizada de forma responsável e detalhada, discutida por amplos setores da sociedade, inclusive por juristas (destacados estes nos momentos de concretizá-las, certo que o instrumento de tal concretização

são as normas jurídicas). O país, aliás, já sofreu muito com a irresponsabilidade jurídica de seus administradores, que entregaram a técnicos de outras áreas a responsabilidade de legislar. O Prof. Washington Albino, a propósito, denuncia que este desrespeito ao debate, inclusive jurídico, dos destinos do país "levou a estrutura social brasileira a uma composição injusta, na qual milhões de pessoas vivem em estágio além da pobreza, por que da miséria, enquanto uma elite de empresários, políticos e servidores públicos dos três poderes compõem uma cúpula privilegiada por uma legislação elaborada meticulosamente para manter esse estado de vantagens e opressões" (*apud* Muniz, 1994:12).

Em meio a estas considerações, pretendo que este artigo construa suas conclusões e posicione-se nos debates sobre o atual momento político brasileiro (ao qual se atribui uma classificação de opção neoliberal) de forma diferida dos parâmetros comuns da discussão: acredito que uma política de privatizações e de concessões corresponde a uma escolha administrativa entre tantas outras (escolha esta que pode ser justificada a partir de dados colhidos na realidade política brasileira e mundial; dados igualmente colhidos podem, a bem da verdade, ser utilizados para desaconselhar tal escolha). A redução das dimensões alcançadas pelo aparelho de Estado que esta política proporciona, entretanto, não pode corresponder a uma redução no poder que este aparelho de Estado deve possuir para garantir a concretização dos "princípios fundamentais" enunciados no Título I da Constituição Federal.

Esta conservação dos poderes de Estado a serviço de uma crescente democratização do Estado brasileiro, com respeito à "cidadania" e à "dignidade humana", onde se possa, efetivamente, "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais", promovendo "o bem de todos, sem preconceitos [...] e quaisquer outras formas de discriminação", é um imperativo que constitui verdadeiro requisito de soberania nacional e de justiça social, ao qual deveria estar atento um Governo social-democrata.

Outro problema que, neste contexto, merece a consideração dos legisladores, diz respeito à excessiva ausência de efetividade que sofre o Direito Brasileiro, neste, destacando-se as normas jus-administrativas. Causa apreensão uma certa ineficácia dos órgãos até hoje encarregados do controle interno e externo da Administração, deixando estupefatos os setores

esclarecidos da sociedade brasileira com o contraste entre sua atuação e a situação geral das contas públicas, bem como os "sinais aparentes de enriquecimento" de "n" administradores públicos e seus correligionários, que se faz acompanhar de uma inércia apenadora (de acordo com os meios de comunicação e a opinião geral da sociedade). A Constituição Federal, em muitos de seus dispositivos, carece de uma hermenêutica e uma aplicação extensiva pelos Tribunais, a garantir-lhe um alcance abrangente, vale dizer, a garantir à sociedade (e sua estrutura de Estado que procura regulamentar) uma evolução que beneficie a coletividade, em oposição a interesses localizados, beneficiando grupos reduzidos. É neste contexto que se coloca a preocupação com uma política de concessões, ainda que a legislação que a autoriza preveja órgãos administrativos encarregados de garantir a proteção aos interesses públicos.

A pergunta que se coloca é: estará a sociedade brasileira garantida com a implantação desta política? Esta sociedade beneficia-se, verdadeiramente, de um aparelho de Estado reduzido, como prega o neoliberalismo? Garante-se à sociedade civil instrumentos para, substituindo agentes de Estado com legitimidade ativa (e, conseqüentemente, dever), supervisionar e garantir a qualidade dos serviços entregues à iniciativa privada?

A exemplo do que afirmei em duas oportunidades passadas<sup>10</sup>, será necessário que o Poder Judiciário assuma sua qualidade de intérprete autorizado das normas (não apenas enquanto poder, mas, mormente, enquanto *dever*) e garanta a efetivação do "interesse público" como bem juridicamente protegido, garantindo, inclusive, legitimidade ativa aos cidadãos para a sua defesa. Neste sentido, esta legitimidade ativa é a regra defendida por Meirelles, afirmando a "viabilidade da ação do particular para obter em Juízo o serviço concedido que lhe fosse recusado ou retardado pelo concessionário" (1991: 295-296).

Entendo que se faz necessário uma nova categoria de normas de Direito Administrativo, procurando conter eventuais prejuízos sociais com a desadministrativização de setores da economia e de serviços de utilidade pública. Mais:

<sup>10</sup> Conferir: "Ermächtigung: proposta de leitura da hermenêutica na teoria pura do Direito". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 109, pp. 223/234, jan./mar. 1991. E "Direito e Jurística". *Revista da Amagis*. Belo Horizonte, v. XXIII, pp. 167/178, junho de 1994.

afirmo que esta nova categoria de normas deve encampar a previsão (inclusive e mormente constitucional) da legitimidade ativa de qualquer cidadão para a defesa junto ao Judiciário, dos interesses sociais, o que nos colocaria mais próximos de uma verdadeira situação democrática de Estado. A Carta Constitucional, nunca é demais lembrar, já evoluiu ao estabelecer, ainda que genericamente, que o poder que emana do povo pode ser exercido diretamente; a condição expressa de que tal exercício necessita dar-se nos termos da Lei Maior precisa de uma maior atenção de um Congresso Nacional, forma pela qual se garantiria, efetivamente, uma evolução democrática.

#### Bibliografia

- AGUIAR, Roberto A.R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- EIZIRIK, Nelson. "Monopólio estatal da atividade econômica". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 194, pp. 63/76, out./dez. 1993.
- MAMEDE, Gladston. *Semiologia e direito: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*. Belo Horizonte: 786, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MORAIS, Fernando. *Chatô, o rei do Brasil*. São Paulo, Cia. das Letras, 1994.
- MUNIZ, Marco Antônio (Coord). *Direito e Processo Inflacionário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SÁ COSTA, Frederico Carlos de. "O canto da seara". *Boletim Informativo da UFMG*. Belo Horizonte, 24 de março de 1995. Palavra da Comunidade, p. 6.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- WALD, Arnoldo. "Novos aspectos da concessão de obras e do seu financiamento". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 197, pp. 1/9, jul./set. 1994.
- ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1948/1950.

# Prestação de contas – instrumento de transparência da Administração

FLÁVIO SÁTIRO FERNANDES

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Princiologia do controle. Princípio da universalidade. Princípio da totalidade. Princípio da legalidade. Princípio da imparcialidade. Princípio da autonomia. Princípio da independência. 3. Aspectos do controle. Controle da legalidade. Controle da legitimidade. Controle da economicidade. Controle da moralidade. 4. Objetos do controle. Controle dos contratos. Controle da propaganda oficial. Controle da aplicação das subvenções. Controle da renúncia de receitas. Controle da admissão de pessoal. Controle da inatividade. 5. Instrumentos do controle. Controle contábil. Controle orçamentário. Controle financeiro. Controle patrimonial. Controle operacional. 6. Oportunidades do controle. 7. Órgãos do controle. 8. A prestação de contas.*

### 1. Introdução

O poder público, como sabemos, é o agente do bem comum. Cabe-lhe satisfazer as necessidades coletivas, diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização, notadamente aquelas relativas à educação, saúde, saneamento, energia, transporte coletivo etc. Para disseminar tais benefícios à população, é indispensável a realização de despesas que implicam na utilização de recursos públicos, arrecadados dessa mesma população para que a ela voltem sob a forma de escolas, hospitais, estradas, iluminação etc. Vê-se, logo aqui, que o dinheiro arrecadado pelo poder público, com base em seu poder de império, não lhe pertence e sim ao povo. O poder público é, apenas, o seu guardião, o seu fiel depositário e o seu administrador, atuando através dos agentes políticos e dos servidores públicos e visando, precipuamente, à obtenção daquele desiderato, isto é, o bem comum.

As despesas a que acima aludimos cobrem

Flávio Sátiro Fernandes é Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado e Professor da Universidade Federal da Paraíba.

Palestra proferida em 24 de maio de 1995, no Fórum de Secretários Municipais de Finanças do Nordeste – SecFin –, realizado no Salão de Convenções do Hotel Tambaú, em João Pessoa (PB), numa promoção do Conselho Regional de Administração – CRA/PB.

também o funcionamento da própria máquina estatal, indispensável para a consecução daqueles benefícios, máquina esta que requer não só pessoal para conduzi-la e cujo trabalho é, evidentemente, remunerado, mas igualmente aparelhamentos materiais, uns, perecíveis no dia-a-dia de suas atividades, ou seja, materiais de consumo; outros, duráveis, de longa utilização, tais como imóveis, máquinas, equipamentos etc.

Se ao poder público não pertence o dinheiro que ele utiliza e do qual é mero gestor, nasce para os seus titulares o dever de informar ao povo a maneira como os recursos a este arrecadados foram empregados, durante o exercício para o qual foi legalmente autorizada a sua utilização. Essa informação se presta ao Poder Legislativo, que é, como sabemos, o Poder que, em nome do povo, autoriza as despesas, mediante discussão e aprovação da Lei Orçamentária. No modelo brasileiro, o Poder Legislativo conta para o exercício do controle com o auxílio de um órgão técnico, que é, conforme o caso, o Tribunal de Contas da União, os Tribunais de Contas dos Estados, os Tribunais de Contas dos Municípios, os denominados Conselhos de Contas dos Municípios ou, ainda, os Tribunais de Contas Municipais, nos dois únicos Municípios que os possuem, São Paulo e Rio de Janeiro. Embora o administrador da coisa pública esteja obrigado a informar como usou o dinheiro do povo, tal obrigatoriedade não representa de maneira alguma uma desconfiança em relação aos procedimentos por aquele adotados, mas apenas uma oportunidade que se concede ao povo de conhecer a destinação dada ao seu dinheiro e se esta destinação se pautou pelos ditames legais pertinentes.

## 2. *Principiologia do controle*

O controle dos gastos públicos se orienta por uma série de princípios que tentaremos, aqui, enumerar e interpretar.

Tendo em vista as disposições legais que o instituem e o regem, podemos identificar e assim denominar os princípios orientadores do controle das despesas públicas:

- a) princípio da universalidade;
- b) princípio da totalidade;
- c) princípio da legalidade;
- d) princípio da imparcialidade;
- e) princípio da autonomia;
- f) princípio da independência.

O princípio da universalidade submete ao

controle todos os gestores públicos, do mais graduado aos mais hierarquicamente inferiores na escala funcional: Presidente da República, Governadores de Estados, Prefeitos Municipais e demais administradores e entidades que atuam como ordenadores de despesas e que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público, bem como aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, encontram-se, sem exceção, sujeitos ao controle, nos moldes definidos a partir da própria Constituição Federal, cujas normas a este respeito se aplicam de maneira genérica à União, aos Estados e aos Municípios. O princípio da universalidade encontra-se acolhido pelos artigos 70, parágrafo único e 71, I e II, da Constituição Federal.

O segundo dos princípios acima elencados, o princípio da totalidade, sujeita ao controle a totalidade do patrimônio público, representado por dinheiros, bens e valores, consoante a referência expressa no artigo 71, II da Constituição da República.

O princípio da legalidade, por sua vez, obriga a que o controle aja com estreita obediência aos ditames legais que regem a sua atuação, os quais se acham definidos, como já dissemos, a partir da própria Constituição Federal, e na legislação complementar e ordinária, bem como em normas regimentais, de âmbito federal, estadual ou municipal, conforme o caso. O princípio da legalidade impõe ao controle que se sujeite às normas jurídicas e não o extrapole, sob pena de invalidar-se sua ação controladora.

Imprescindível a uma boa atuação do controle é, sem dúvida, sua submissão ao princípio da imparcialidade, pelo qual deve ele agir sem permitir que se imiscuem no desenvolvimento de suas atividades questões de ordem política. Tal não significa que os agentes do controle não possam professar idéias ou ideologias. O que lhe é defeso é permitir que tais idéias ou ideologias interfiram em seus atos de controle.

Não se pode compreender o exercício do controle sem a plena vigência do princípio da autonomia, tanto no que tange à sua própria existência, como também em relação ao exercício de suas atividades. Assim é que a Constituição Federal dá aos Tribunais de Contas au-

tonomia administrativa, inclusive quanto à iniciativa de leis que digam respeito a questões de seu interesse, assim como lhes confere autonomia para o pleno exercício do controle, atribuindo-lhe competência para realizar, *por iniciativa própria*, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nas diferentes unidades administrativas dos três Poderes, bem como nas demais entidades das administrações direta, indireta e fundacional.

Finalmente, cabe-nos referir ao *princípio da independência*, que obriga o controle a manter independência em relação a todos os agentes políticos ou servidores públicos, qualquer que seja sua posição na escala hierárquica da Administração Pública. Sem independência não há controle. Daí a Constituição haver dado aos membros dos Tribunais de Contas os mesmos predicamentos, bem como os mesmos direitos e vantagens conferidos aos membros do Poder Judiciário.

São estes os princípios que, no nosso entender, orientam o exercício do controle dos gastos públicos. É possível que outros possam ser detectados ou observados no desenrolar dessa atividade essencial para a Administração Pública. Por ora, contudo, são estes os que podemos vislumbrar sem esgotar, talvez, a matéria.

### 3. Aspectos do controle

Com a promulgação da Constituição de 1988 inovações significativas foram introduzidas na dinâmica e no conteúdo do controle dos atos que mediata ou imediatamente geram despesas para os cofres públicos. Com base nos diferentes dispositivos da Carta Magna em vigor, podemos identificar os seguintes tipos de controle, exercitados pelos órgãos encarregados da fiscalização:

- a) controle da legalidade;
- b) controle da legitimidade;
- c) controle da economicidade;
- d) controle da moralidade.

*Controle da legalidade.* Até pouco tempo, a legalidade era o único aspecto da pública administração envolvido no controle. Ela diz respeito à adequação da despesa e dos procedimentos a ela inerentes com a legislação que rege a matéria. Despesa legal ou regular é a que se submete estritamente aos termos da lei, não discrepando desta em momento algum. Para a sua regular efetuação, a despesa deve seguir os

sucessivos estádios da autorização, liquidação e pagamento, levados a efeito segundo os ditames legais. Se em algum instante, ao efetuar uma despesa o administrador se afasta da lei, irregular se torna o gasto, sendo a irregularidade tanto mais grave quanto maior é esse afastamento.

*Controle da legitimidade.* Abandonando a exclusividade que até então fora dada à legalidade, como preocupação maior no exercício do controle, o ordenamento constitucional em vigor manda que o controle se faça também em relação à legitimidade. Que significa legitimidade da despesa? Dissemos, acima, que o poder público é o agente do bem comum. A despesa para ser legítima tem de ser direcionada no sentido da concretização do bem comum. Despesa ilegítima, pois, em nosso entendimento, é aquela que se afasta do fim último do Estado, que é o bem coletivo. Em outras palavras, e como preleciona Manuel Gonçalves Ferreira Filho, a legitimidade concerne à substância do ato. Vê-se, assim, que uma despesa pode ser legal, efetuada segundo as normas financeiras em vigor, mas se mostrar ilegítima, na medida em que não se dirija àquele fim primordial. A inserção da legitimidade como aspecto do controle das despesas representa um avanço, vez que deixa de lado o exame meramente formal da legalidade para exigir também a apreciação de algumas particularidades que cercam as despesas, tais como, oportunidade e prioridade, como exemplo.

*Controle da economicidade.* É, igualmente, inovação da atual Constituição. As Constituições anteriores não se referiam a esse aspecto do controle. Ele diz de perto com o exame da despesa sob o ponto de vista da obtenção de resultado a custo adequado, não necessariamente ao menor custo possível, pois nem tudo que é de custo reduzido atende bem à coletividade.

*Controle da moralidade.* A Constituição de 1988 insculpiu em seu texto, como um dos princípios orientadores da Administração Pública, o princípio da moralidade. Os atos administrativos devem estar, pois, imbuídos de um substrato ético, cuja realização é objeto, sem dúvida, do controle, como o são a legalidade, a legitimidade e a economicidade.

### 4. Objetos do controle

O controle, atuando para a verificação dos aspectos acima referidos, há de incidir sobre diferentes atos da administração, praticados com vistas à realização dos programas, projetos e metas por ela traçados, assim como para a satisfação de outras obrigações. Poderíamos di-

zer, então, que o controle compreende, exemplificativamente, os seguintes objetos:

*Controle dos contratos.* A Administração contrata permanentemente com terceiros, visando à aquisição de bens, à prestação de serviços e à realização de obras. O controle desses atos engloba todas as suas fases, notadamente a verificação das licitações que os devem preceder, nos casos e modalidades exigidos em lei. Com o advento da Lei nº 8.666/93, papel significativo emprestou-se à ação dos órgãos de controle, aos quais foram deferidas competências expressas para exames, inspeções e decisões em relação aos procedimentos licitatórios.

*Controle da propaganda oficial.* Uma das atividades que acarretam maiores despesas para a pública administração é, com certeza, a publicidade que os órgãos públicos fazem dos atos, programas, obras, serviços e campanhas. O disciplinamento que a Constituição deu a tal matéria fez surgir a indispensabilidade de um controle de tais despesas. De fato, a ênfase dada pela Constituição à questão da publicidade não deixa dúvidas quanto à necessidade de um acompanhamento de tais gastos. Diz a Carta Magna que "a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos, imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos".

Vê-se que a Constituição teve em mira coibir o vezo continuado dos nossos administradores de valer-se da publicidade para o fim único da promoção pessoal. A publicidade, segundo a norma constitucional deve ter cunho educativo, informativo ou de orientação social. Em outras palavras, diríamos que a publicidade visando à educação, à informação e à orientação social é prática legítima, ou seja, que se coaduna com o bem comum, enquanto a publicidade visando à promoção pessoal, da forma como sempre se fez e, às vezes, ainda se teima em fazer, é procedimento ilegítimo, que se afasta da realização do bem comum.

*Controle da aplicação das subvenções.* O poder público é, constantemente, assediado por entidades privadas para que lhes concedam auxílios, contribuições, ajudas financeiras, sob a forma de subvenções. A concessão de tais subvenções cria para a entidade beneficiada a sujeição ao controle dos gastos por ela efetuada, pois os recursos transferidos são recursos

públicos que, por sua natureza, não podem ter a utilização subtraída ao mesmo controle. O afrouxamento do controle sobre tais instituições redundou, como sabemos, no desvio de milhões de dinheiros, conforme vimos no desenrolar da chamada CPI do Orçamento.

*Controle da renúncia de receitas.* Como bem observa Manuel Gonçalves Ferreira Filho, em seus *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, a atual Carta Magna submete ao controle a aplicação dos recursos oriundos de renúncia de receitas. Assim, por exemplo, se se dão incentivos fiscais, para cuja concessão a Administração renuncia a parcela da receita pública, o controle deve verificar se tal concessão obedeceu às disposições legais e se o beneficiado utilizou os recursos de acordo com a legislação vigente.

*Controle da admissão de pessoal.* A sujeição de tais atos ao controle externo é inovação da atual Constituição. Esta, como se sabe, exige que toda e qualquer investidura em cargo público só se faça com obediência ao princípio da prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. Foi mais além a Carta Magna: não só criou a obrigação universal do concurso público para os cargos efetivos, como também deu aos órgãos de controle a competência para o exame da sua legalidade.

*Controle da inatividade.* O controle da inatividade compreende o exame dos atos de aposentadorias, pensões e reformas, concedidas pelo poder público. Era controle já contemplado nas Constituições anteriores e mantido na atual Carta Magna. Vê-se, assim, que tanto os atos que autorizam o ingresso do indivíduo nos quadros de pessoal da Administração, como os atos que assinalam a sua passagem para a inatividade estão submetidos ao controle, da mesma forma que os atos de concessão de pensões.

#### 5. Instrumentos do controle

Para o seu eficaz exercício, em relação aos diversos aspectos de que se reveste e que foram acima repassados, o controle se utiliza de diferentes instrumentos, tais como, demonstrações contábeis, financeiras, orçamentárias, patrimoniais, bem como procedimentos de natureza operacional, de modo a lhe dar pleno e multifário conhecimento da gestão da coisa pública. O controle, autorizado pela Constituição, efetua diferentes tipos de fiscalização, a saber:

- a) controle contábil;
- b) controle financeiro;

- c) controle orçamentário;
- d) controle patrimonial;
- e) controle operacional.

*Controle contábil.* A contabilidade é o meio pelo qual a Administração procede ao registro, controle e análise das diferentes operações de caráter orçamentário, financeiro e patrimonial, levadas a efeito em seu âmbito, durante o exercício. A escrituração contábil dá ao administrador a possibilidade de medir a sua ação em termos financeiros, fornece-lhe os elementos para elaboração de sua prestação de contas, além de dar-lhe as informações indispensáveis à tomada de decisões e ao aperfeiçoamento da administração. Os registros contábeis são objeto de análise por parte dos órgãos de controle, os quais deles se servem para verificação dos procedimentos levados a efeito pela Administração, no tocante aos aspectos orçamentários, financeiros e patrimoniais da gestão pública. Os órgãos de controle não estão adstritos à mera verificação dos registros contábeis, mas, ao contrário, incumbem-lhes a retificação desses registros, quando errados, para que as demonstrações a que se referem devam, então, ressurgir escoimadas dessas falhas.

*Controle financeiro.* Tal controle se exerce sobre a movimentação financeira realizada no exercício, desde o primeiro ao último dia deste, a qual se encontra espelhada no balanço financeiro que engloba a receita e a despesa orçamentárias, bem como os recebimentos e os pagamentos de natureza extra-orçamentária, conjugados com os saldos em espécie provenientes do exercício anterior, e os que se transferem para o exercício seguinte.

*Controle orçamentário.* As receitas públicas se acham estimadas e as despesas se encontram autorizadas na Lei Orçamentária, a chamada lei de meios, mediante cuja execução o poder público arrecada os recursos de que necessita e efetua os gastos visando à consecução do bem comum. Toda e qualquer despesa só pode ser validamente efetuada se estiver legalmente autorizada. O controle orçamentário diz respeito, pois, à verificação da obediência ao princípio da legalidade, no que tange à realização de despesas. O balanço orçamentário é que, demonstrando as receitas previstas e as despesas autorizadas em confronto com as realizadas, faculta ao controle o conhecimento do modo como se deu a execução da Lei Orçamentária.

*Controle patrimonial.* O controle patrimonial diz respeito ao conhecimento dos elementos que compõem o patrimônio público e que se acham espelhados no balanço patrimonial.

Além disso, o controle patrimonial abrange o conhecimento dos bens de caráter permanente pertencentes à entidade pública, bem como os responsáveis por sua guarda e administração.

*Controle operacional.* Os controles precedentemente vistos eram contemplados nas Constituições federais anteriores, representando uma tradição no campo da fiscalização dos órgãos públicos. Contudo, eles sempre se mantiveram com eficácia aquém daquela que seria desejável por quantos se interessam pela matéria. Isso decorria do fato de tais controles se apresentarem como de índole meramente formal, significando tão-somente a verificação da adequação formal dos procedimentos da administração às normas da contabilidade orçamentária, financeira e patrimonial. A Constituição de 1988, demonstrando sua preocupação em inovar, sobretudo no campo do controle da Pública Administração, criou o chamado controle operacional, cujo entendimento tem atraído a atenção de especialistas.

Segundo observa o Ministro Luciano Brandão de Sousa, a gênese do controle operacional está na criação do orçamento-programa. Para ele "a evolução qualitativa desse instrumento de planejamento oficial norteou-se pela necessidade de mecanismos legais autorizativos de receitas a arrecadar e despesas a realizar, com indicações claras e objetivas que permitissem a identificação de programas e projetos prioritários. Daí adveio a possibilidade de um aproveitamento mais racional dos valores e bens disponíveis, e da fiscalização do desempenho operacional". Com isso surgiu o sentimento de que também se fazia imprescindível a verificação em termos de rendimento gerencial ou de execução das atividades e ações que materializam os empreendimentos do Estado, todas lançadas na Lei Orçamentária. O novo enfoque complementaria o controle tradicional, restrito ao exame dos aspectos contábeis e legais.

Assim, a execução das funções públicas passou a ser apreciada também pelo ângulo operacional, compreendendo a *economia*, a *eficiência* e a *efetividade*.

O *princípio da economia* direciona a administração no sentido de que ela se conduza com austeridade e cautela na utilização dos dinheiros públicos, "procurando sempre o custo mais baixo, sem prejuízo da qualidade dos serviços e

aquisições”.

O *princípio da eficiência* leva a administração a extrair os *benefícios máximos* de qualquer atividade governamental.

Finalmente, o *princípio da eficácia* projeta sobre a administração a necessidade da consecução dos objetivos visados.

A auditoria operacional tem, pois, um relevante papel na melhoria dos procedimentos administrativos, porquanto cabe-lhe “*atuar como instrumento de gerenciamento tendente a detectar imperfeições ou deficiências, avaliar causas e efeitos decorrentes de distorções, propor soluções ou alternativas, tudo em referência às funções desenvolvidas pelo poder público.*”

Luiz Fernando Alcoba de Freitas faz uma distinção entre a auditoria tradicional, embasada nos aspectos contábeis, orçamentários, financeiros e patrimoniais, e a auditoria operacional.

O controle tradicional busca, segundo ele:

- analisar as transações, contas, relatórios e balanços de um determinado período;
- verificar o cumprimento das disposições legais e normas regulamentadoras;
- verificar os sistemas internos de controle financeiro;
- fiscalizar o passado.

Já o controle operacional, além desses objetivos, pretende:

- analisar o planejamento, a organização e os sistemas internos de controle administrativo;
- avaliar a eficiência e a economicidade com que são utilizados os recursos humanos, materiais e financeiros;
- avaliar o resultado das operações realizadas em relação aos objetivos pretendidos.

Observe-se, contudo, que a Constituição Federal, ao instituir o controle operacional, não afastou o controle tradicional, de índole contábil, orçamentária, financeira e patrimonial, com ênfase na crítica ao passado, na divulgação das irregularidades e na aplicação de sanções.

#### 6. Oportunidades do controle

Qual o momento para exercitar-se o controle? O controle pode ser efetuado em caráter concomitante ou posterior. Tem-se alardeado que somente o controle posterior é possível hoje em dia. Enganam-se os que assim pensam. O que foi retirado foi, evidentemente, o chama-

do registro prévio das despesas, pelo qual estas só podiam ser processadas depois de registradas no Tribunal de Contas competente.

O controle concomitante permanece válido e a ele se referem algumas leis, a exemplo da Lei nº 8.666, que trata das licitações, a qual autoriza aos Tribunais de Contas acompanhar as licitações a partir dos respectivos editais, e adotar medidas visando à sua correção.

O controle posterior é aquele exercido após a realização da despesa, levado a efeito, sobretudo, quando do exame das contas oferecidas ao órgão de controle.

Podemos dizer que o controle posterior é ligado estreitamente ao controle de índole contábil, orçamentária, financeira e patrimonial, enquanto o controle concomitante diz mais de perto com o controle operacional de que acima falamos.

#### 7. Órgãos do controle

Estabelece a Constituição que a fiscalização em suas diversas modalidades é exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder. As disposições a respeito do controle no âmbito da União aplicam-se, como sabemos, aos Estados e Municípios, de tal modo que nessas entidades estatais a fiscalização da Administração também será exercida pelo Poder Legislativo respectivo, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder, no âmbito correspondente.

O controle externo, exercido pelos órgãos legislativos, é levado a efeito com o auxílio dos Tribunais de Contas. A complexidade do controle fez a Constituição transferir para estes órgãos a maior parte das atividades fiscalizadoras, inclusive a de julgamento das contas dos responsáveis por bens, dinheiros e valores públicos, além das contas daqueles que derem causa a prejuízos ao erário.

Por sua vez, o controle interno, que deve existir no âmbito da Administração, tem por finalidades:

I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos de governo e dos orçamentos da União;

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração Federal, bem como da aplicação de recursos públicos

por entidades de direito privado;

III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão constitucional.

No desempenho de suas atribuições, que são mais de acompanhamento e de avaliação, o controle interno não substitui ou se sobrepõe ao controle externo, mas servem de apoio a este, obrigado, além disso, a dar conhecimento ao Tribunal de Contas correspondente de qualquer irregularidade ou ilegalidade, sob pena de responsabilidade solidária.

#### 8. *A prestação de contas*

Ao estabelecer, em seu artigo 70, parágrafo único, que “prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos, ou pelos quais responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”, e ao determinar que as normas da Seção IX (Título IV, Cap. I), se aplicam à fiscalização exercida pelos Estados e Municípios, a Constituição criou um sistema nacional de fiscalização e deixou claro que pessoas estão submetidas ao controle nela delineado.

Todo o aparato institucional e normativo, estabelecido em normas constitucionais e infraconstitucionais a respeito do controle, visa a que se conheçam os atos praticados pelos gestores públicos na utilização dos recursos pertencentes ao povo. Para isso, cria a Constituição a obrigação para esses gestores do oferecimento de suas contas, organizadas e elaboradas conforme as normas de caráter financeiro emanadas do Poder Legislativo e subsidiadas pelas normas expedidas pelos órgãos de controle. A prestação de contas a que estão obrigados os administradores públicos não representa, como dissemos no início, uma desconfi-

ança em relação às atividades por estes desenvolvidas. Representa, apenas, uma informação que é prestada ao povo, a respeito do modo como seu dinheiro foi utilizado. É o mínimo a que o povo tem direito, no tocante à condução dos seus negócios, por parte dos que dele receberam delegação.

As informações prestadas ao povo devem conter os elementos a que aqui nos referimos ao longo desta palestra, assim como se revestir dos princípios que orientam a sua elaboração e se subordinar ao controle dos órgãos constitucionalmente encarregados da fiscalização. Assim fazendo, o administrador público age com a necessária transparência, que é, hoje, sob o pálio da Constituição atual, o vinco que caracteriza o comportamento da Administração.

Transparente quer dizer, segundo os léxicos, claro, límpido, cristalino. O que é claro é desprovido de sombras ou de manchas. Administração transparente é aquela em relação à qual nada é encoberto, manchado, sombreado. Tudo é revelado. E melhor instrumento para a transparência da Administração não há do que a prestação de contas dos atos por ela praticados. Prestação de contas que não significa apenas aquilo que a esse título é remetido aos Tribunais de Contas ao fim de cada exercício, mas a demonstração correta e sincera, a qualquer época, do que a Administração vem fazendo pela coletividade.

É esse o espírito que deve imbuir os administradores e que eu vejo, com alegria, estar perpassando a mente dos Excelentíssimos Secretários Municipais de Finanças do Nordeste, que aqui se reúnem nestes dias, para o debate e o conhecimento dos mais variados temas de interesse da administração financeira municipal, pelo que os parabênizo, certo de que a transparência nas respectivas administrações será muito mais praticada depois deste Fórum.

# Regimes de concorrência e políticas de concorrência na América Latina: o caso do Mercosul

JOSÉ MATIAS PEREIRA

## SUMÁRIO

*1. Apresentação. 2. Introdução. 3. Regimes de concorrência e políticas de concorrência na América Latina: o caso do Mercosul. 4. As regras de concorrência na União Européia. 5. A importância das políticas de concorrência no Mercosul. 6. Conclusão.*

### *1. Apresentação*

A tendência mundial à formação de blocos e espaços econômicos específicos, em virtude da inadequação do modelo de desenvolvimento estruturado pelos países do primeiro mundo, após a Segunda Guerra Mundial, demonstram que o mundo se está orientando para uma nova ordem econômica internacional.

Em princípio, a adoção desta política para os países em desenvolvimento tende a refletir na diminuição das suas potencialidades de integração econômica, à medida em que os grandes blocos passam a adotar mecanismos de proteção intra-mercado e criar dificuldades em relação ao mercado externo, através de práticas protecionistas contra os países não membros dos respectivos acordos, e restringindo as suas oportunidades de participação nos mercados internacionais.

Pode-se afirmar que essas barreiras impostas pelos grandes blocos econômicos para o regime de concorrência dos países em desenvolvimento são bastante preocupantes. A livre concorrência que os países desenvolvidos praticam está fundamentada em razões e pressupostos distintos daqueles que procuram ditar aos países em desenvolvimento.

Por outro lado, cumpre aos países em desenvolvimento buscar alternativas que possam superar essas dificuldades apontadas. É nesse

José Matias Pereira é advogado e economista. Mestre pela Universidade de Brasília - UnB. Técnico de Planejamento e Pesquisa do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - IPEA. Exerce o mandato de Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, do Ministério da Justiça. Representante do Brasil na Comissão de Defesa da Concorrência do Mercosul.

sentido que os países-membros do Mercado Comum do Sul – Mercosul se estão direcionando.

É oportuno destacar que o Mercosul não deve ser entendido como uma organização internacional consolidada, considerando que ainda se encontra numa fase de transição. O atual estágio, de *união aduaneira*, está de acordo com o fenômeno de organizações internacionais que buscam se aperfeiçoar no tempo, especialmente no campo da integração econômica regional.

Visa assim o presente trabalho sobre “Regimes de Concorrência e Políticas de Concorrência na América Latina: O Caso do Mercosul”, contribuir para estimular o debate sobre esse importante tema.

## 2. Introdução

Antes de entrar no exame do tema “Regimes de Concorrência e Políticas de Concorrência na América Latina: O Caso do Mercosul”, creio necessário destacar alguns aspectos relevantes do Tratado para a constituição do Mercado Comum do Sul – Mercosul, firmado pelos Governos do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, na cidade de Assunção, Paraguai, no dia 26 de março de 1991.

O Mercosul, vale reafirmar não deve ser entendido como uma organização internacional consolidada. Somente a partir de 1.º de janeiro de 1995, começou a ter as suas estruturas decisórias e suas instituições definidas. O seu estágio atual está de acordo com o fenômeno de organizações internacionais que buscam se aperfeiçoar no tempo, e de forma especial as que buscam uma integração econômica regional. O melhor paradigma é o da União Européia.

O Tratado que instituiu o Mercosul tem como objetivos principais a inserção mais competitiva das economias dos quatro países num mundo em que se consolidam grandes blocos econômicos e onde o progresso tecnológico se torna cada vez mais essencial para o êxito dos planos de desenvolvimento. Visa também favorecer economias de escala, reforçando as possibilidades de cada um dos países-membros com o incremento da produtividade, além de estimular os fluxos de comércio com o resto do mundo, tornando mais atraentes os investimentos na região. Nesse sentido, não se trata de reproduzir, num plano regional, uma política de substituição de importações. Busca ainda promover esforços de abertura nas economias dos quatro países, que deverão conduzir à integração gradual da América Latina, bem como balizar as

ações dos setores privados e da sociedade como um todo, que deverão ser os principais agentes do processo de integração.

Tem o Mercosul como características primordiais a livre circulação de bens e serviços e de fatores produtivos entre os países; o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamento de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais, regionais e internacionais; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transporte e comunicações, entre outras.

Dos instrumentos adotados pelo “Tratado de Assunção”, sobressai o programa de liberação comercial, que visa alcançar reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, acompanhadas de eliminação de restrições não-tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os países, para chegar a uma tarifa zero sobre a totalidade do universo tarifário.

Nos avanços experimentados no processo de integração do Mercosul, deve-se ressaltar a importância da assinatura do Protocolo de Ouro Preto, no dia 17 de dezembro de 1994, instrumento esse que conferiu personalidade jurídica ao Mercosul, dotando-o de representação externa e capacidade para negociar com terceiros países ou grupo de países. O protocolo criou também novo arcabouço institucional do Mercosul, ao dispor sobre seus principais órgãos decisórios e de execução. Quanto à institucionalização definitiva do Mercosul, está claro que a sua estrutura só deverá ocorrer a médio prazo, visto que o fenômeno da integração do Mercosul implica em uma gradualidade com vista à instituição definitiva de órgãos decisórios e legisladores, cuja função, no futuro, terá o poder de alterar os procedimentos para consolidar a integração.

Com a aprovação da Tarifa Externa Comum pelo Conselho do Mercado Comum, deu-se uma nova dimensão política ao processo de integração em curso, permitindo o encerramento do período de transição, elevando o processo de integração do Mercosul ao estágio de *união aduaneira*. Busca assim o Mercosul, no campo da integração econômica regional, como uma *união aduaneira*, com tarifas externas comuns e

política externa comum, permitir a liberdade de movimentação dos fatores de produção, a exemplo do que ocorre na União Européia.

Assim, é possível afirmar que o processo de integração do Mercosul avança rapidamente no sentido de sua consolidação, caso prevaleçam os pressupostos atuais de confiança recíproca entre os Estados-Partes, determinação política, crescente envolvimento empresarial e de outros segmentos da sociedade civil, bem como o constante ajustamento macroeconômico e coordenação de políticas macroeconômicas.

Nesse sentido, é necessário reconhecer a importância do Acordo de Cooperação Interinstitucional assinado entre a União Européia e os países do Mercosul em 1992. Os avanços observados no relacionamento com a União Européia, em especial a recente decisão do Conselho Europeu de negociar com o Mercosul "Acordo-Quadro Inter-Regional", ocorrida na reunião de cúpula de Essen, nos dias 9 e 10 de dezembro de 1994, demonstram o interesse de se consolidarem os entendimentos em curso entre a União Européia e os países-membros do Mercosul. A negociação de um tratado para a formação de uma associação inter-regional de comércio, especialmente nos setores industrial e de serviços, cooperação científica e tecnológica, meio ambiente, transferência de capital, entre outros, deve ser estimulada, considerando os interesses recíprocos que existem atualmente, e que tenderão a aumentar gradativamente entre ambos os blocos econômicos.

3. Regimes de concorrência e políticas de concorrência na América Latina: o caso do Mercosul

### 3.1. Conceitos básicos

Preliminarmente, creio necessário ressaltar que as expressões *concorrência*, em português, e *competencia*, em espanhol, no seu sentido literal, possuem o mesmo significado gramatical. E nesse sentido, numa concepção ideal, o termo *concorrência* pode ser definido como *uma ação desenvolvida entre competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de forma permanente ou duradoura, no preço dos bens ou serviços.*

Quanto à definição de *regime de concorrência*, aqui exposto, deve ser entendido, em princípio, como *um conjunto de normas e instituições criadas com a função de regular e as-*

*segurar as condições adequadas de concorrência e o livre acesso ao mercado.*

Por sua vez, *posição dominante é o poder de se comportar de forma independente sem ter em conta os concorrentes, ou poder criar obstáculos a uma concorrência eficaz. Correlacionado à posição dominante está o abuso de posição dominante, que é o exercício dessa faculdade.*

### 3.2. Legislação comparada e política de concorrência no Mercosul

Considerando a especificidade do espaço geográfico da América Latina em análise, ou seja, os países integrantes do Mercosul, creio oportuno destacar inicialmente, de forma genérica, a evolução legislativa no que se refere a defesa da concorrência na região.

As primeiras iniciativas de estabelecer medidas de controle de práticas monopolísticas e colusivas na América Latina tiveram como precursores a Argentina, em 1919, o México, em 1934, o Brasil, em 1938, e o Chile, em 1959. Vale destacar que a inspiração que levou esses países da América Latina a adotarem, no passado, leis de defesa da concorrência, tiveram objetivos mais amplos do que a simples repressão às práticas comerciais restritivas. Estavam preocupados, acima de tudo, com a questão da autonomia tecnológica, desnacionalização de empresas locais, bem como a defesa dos interesses específicos do país.

A Argentina, em 1919, promulgou a Lei nº 11.120, que dispunha sobre formas puníveis de monopólios. Esse diploma legal tinha uma visão estritamente penal da questão. Aquele Estado-Membro somente veio a ter uma legislação de defesa da concorrência pura, em 1980, com a entrada em vigor da Lei nº 22.262, que sofreu forte influência da legislação européia, ao introduzir o conceito de "posição dominante", afastando-se da rigidez do direito norte-americano, mantendo, porém, a defesa instrumental da liberdade de iniciativa pela livre concorrência. No texto da citada lei foi criado também o órgão de aplicação, denominado Comissão Nacional de Defesa da Concorrência - CNDC, com características semelhantes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, existente no Brasil.

O Brasil tratou da matéria em 1938, através do Decreto-Lei nº 869, num contexto de segurança nacional, incluindo também o conceito de "economia popular". Em 1962, através da Lei

n.º 4.137, foi sancionada a primeira lei de defesa da concorrência brasileira, inspirada na lei Sherman, norte-americana. Criou-se, assim, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, órgão com características de um verdadeiro tribunal administrativo. Posteriormente foram aprovadas as Leis n.ºs 8.158, de 1991, e na fase mais recente, a de n.º 8.884, de 1994.

É possível afirmar que as revisões feitas ou propostas nas legislações de defesa da concorrência, tanto no Brasil, como na Argentina, estão orientadas não apenas para conciliá-las no âmbito do Mercosul, mas também para adequá-las às suas necessidades internas. O Uruguai e o Paraguai terão, certamente, que se ajustar a essa nova realidade.

Os avanços alcançados nas decisões adotadas, até o momento, pelo Conselho do Mercado Comum demonstram uma crescente preocupação com a questão dos regimes de concorrência no Mercosul. Pode-se afirmar que a compatibilização dos regimes de concorrência dos Estados-Membros do Mercosul é um pré-requisito para a deflagração, de forma consistente, dos estímulos e incremento das atividades econômicas na região, e de seu desempenho conjunto depende o sucesso do processo de integração regional.

No que se refere às legislações da Argentina e do Brasil, constata-se que são bastante semelhantes, no que se refere às competências legislativas, na parte instrutória de apuração de infrações e na imposição de medidas administrativas ou de segurança, na adoção de medidas preventivas e na tipologia dos dois sistemas jurídicos, na admissão em defesa do interesse público da prestação do compromisso de cessação, assegurando, ainda, no processo administrativo, o amplo direito de defesa. Contemplam também, ambos os sistemas jurídicos, o controle judicial da legalidade dos atos administrativos decorrentes da aplicação da legislação de defesa da concorrência.

Os resultados obtidos, por sua vez, por parte das instituições encarregadas de aplicação dessas legislações, na Argentina e no Brasil, nas últimas décadas, demonstram pouca experiência concreta desses países na implementação de políticas de concorrência, em decorrência das políticas de desenvolvimento por eles praticadas nesse período.

Na medida em que a Argentina e o Brasil direcionaram suas políticas de desenvolvimento para a estruturação de mercados concentrados, com uma forte participação do Estado na

economia, criou-se nesses países, um vazio, em termos de cultura concorrencial. A substituição estatal pela iniciativa privada, por ser recente, ainda não permitiu que se sedimentasse uma cultura de concorrência nessas sociedades, notadamente entre os agentes econômicos.

Por outro lado, em quase todos os países da América Latina os regimes de concorrência terão que ser organizados a partir da reestruturação da participação do Estado nessas economias, que levou a formação de setores oligopolizados e monopolizados, os quais inibiram de forma marcante a competição, com reflexos negativos no desempenho do mercado.

### 3.3. Políticas de privatização e desregulamentação das economias dos países do Mercosul

A recente abertura das economias de diversos países latino-americanos, e em especial da Argentina e do Brasil, ainda não se efetivou de forma completa. As políticas de desregulamentação, e mais especificamente a de privatização, em curso nesses países, demonstram que é preciso ter cautela no encaminhamento desse processo, visto que para a concorrência seria um erro permitir que os monopólios privados venham a substituir o Estado no controle do mercado. Na verdade, a liberalização econômica continua sendo, na prática, um processo polêmico. As dificuldades econômicas que se abateram sobre o México, a partir da crise de liquidez ocorrida em dezembro de 1994, ajudou a elevar a temperatura desse debate.

Outro fato que deve ser levado em consideração, nesse contexto, é que vem prevalecendo, a partir da última década, nos Estados Unidos da América, o pensamento da Escola de Chicago, de adoção de políticas antitrustes liberalizantes, com o conseqüente esvaziamento das agências responsáveis pela defesa da concorrência naquele país. Como decorrência inevitável da busca de maior eficiência econômica, o que antes era proibido, passou a ser admitido.

Nesse sentido, a experiência da UE se distancia da norte-americana, na medida em que a defesa da concorrência tem uma função instrumental na realização da política de integração econômica. Essa também vem sendo a política de concorrência adotada no âmbito do Mercosul, cujo objetivo maior é a integração dos quatro países, em função do qual se busca proteger e fomentar a concorrência.

Assim, os esforços estão sendo direcionados com vista à busca da harmonização das

políticas de concorrência nos países-membros do Mercosul, apesar da pouca experiência concreta desses países de implementação dessas políticas de defesa da concorrência, carência de instituições supranacionais capazes de atuar de forma neutra e competente no campo administrativo e na esfera judicial, ausência de uma cultura concorrencial na América Latina, e relativo distanciamento das elites empresariais e políticas no Brasil, em relação às vantagens da viabilização do Mercosul.

#### 4. As regras de concorrência na União Européia

No texto deste trabalho, várias são as referências à legislação da União Européia sobre concorrência, contida nos artigos 85 a 90 do Tratado de Roma. Creio necessário fazer algumas considerações sobre a mesma.

Diretamente aplicáveis em todo o território da UE, as regras européias sobre concorrência aplicam-se aos casos em que exista efeito sobre o comércio entre Estados-Membros. O artigo 85 proíbe acordos que possam afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham como objeto ou efeito produzir um impedimento, restrição ou distorção na concorrência no interior do Mercado Comum. Isso inclui, de modo particular, fixação de preços, divisão do mercado, restrição de produção ou de desenvolvimento tecnológico, bem como imposição de condições discriminatórias de fornecimento ou quaisquer outros condicionamentos não razoáveis. Tais acordos são automaticamente inválidos, a menos que tenham sido objeto de uma isenção pela Comissão Européia, órgão executivo da UE.

Essas isenções, previstas no artigo 85, parágrafo 3, que têm como fonte de inspiração a forma de aplicação da "regra da razão" norte-americana, só poderão ser outorgadas se o acordo contribuir para a produção, distribuição, ou progresso econômico, ao mesmo tempo que permita aos consumidores uma participação razoável nos benefícios e concomitantemente não imponha quaisquer restrições indispensáveis ou suscite a possibilidade de eliminar a concorrência. A Comissão pode conceder uma isenção individual a um acordo, caso este tenha sido notificado, assim como pode também conceder isenção em bloco para certas categorias de acordo.

O artigo 86 proíbe o abuso de uma posição dominante, na medida em que ela possa afetar o comércio entre os Estados-Membros. O referi-

do artigo contém uma lista não excludente de práticas que poderiam ser consideradas como constituindo abusos, tais como a imposição de preços desleais da compra e venda, ou outras condições comerciais desleais.

Em relação aos atos de concentração o Regulamento Europeu de Controle de Fusões, de 21 de setembro de 1990, prevê que a Comissão Européia controlará as fusões que tenham dimensão comunitária. Isso é definido como uma fusão em que as partes tenham um faturamento mundial global que exceda 5 bilhões de ECU, e em que pelo menos uma das partes detenha um faturamento comunitário superior a 250 milhões de ECU, a menos que cada um dos empreendimentos alcance mais do que dois terços de seu faturamento em um único Estado-Membro. Regras especiais aplicam-se a instituições bancárias, financeiras e seguradoras. Qualquer fusão dentro deste patamar tem de ser pré-notificada à Comissão Européia dentro de uma semana.

Nas seções 2 e 3, das regras da concorrência do Tratado de Roma, estão contidas as práticas de *dumping* (artigo 91), e os auxílios concedidos pelos Estados-Membros (artigo 92).

#### 5. A importância das políticas de concorrência no Mercosul

Torna-se recomendável observar que qualquer processo de integração tem o sentido da construção de um futuro comum. Busca-se, dessa forma, assegurar uma união que venha a permitir soluções criativas, notadamente no campo econômico, com reflexos no social e no político. Deve ser entendida como a forma de diminuir as distâncias entre os povos e os Estados-Membros, através da consolidação de um esforço cooperativo, que resulte em vantagens efetivas para as economias dos países participantes dessa integração.

Assim considerando, fica evidente que o processo de integração econômica internacional é um projeto reconhecidamente complexo, considerando que envolve questões de livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais. Cinco são as fases que deverão ser superadas, para que ocorra a referida integração econômica, que vai desde a criação de zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica, até alcançar a união econômica e monetária.

Em princípio, a proteção da concorrência possui características peculiares em cada país, o que torna impossível poder contar com a ajuda de um país para coibir práticas nocivas a

outro país. Por outro lado, quando se refere a países em processo de integração econômica, o estabelecimento de políticas de concorrência compatibilizadas apresenta-se como uma condição indispensável para o êxito da própria integração.

Assim, a partir dos estágios iniciais da integração econômica regional, torna-se necessária a existência de instrumentos de defesa da concorrência. Isto porque a "defesa da concorrência" tem como objetivo *garantir e defender* a liberdade dos mercados dos países-membros, mediante a proibição de atos e práticas comerciais que possam impedir, restringir ou prejudicar a livre concorrência.

Feitas essas considerações, registre-se que o "Tratado de Assunção" não incluiu no seu texto, como no caso europeu (artigos 85 a 90 do Tratado de Roma), a questão da defesa da concorrência, razão pela qual se criou a necessidade da aprovação de um instrumento legal para garantir a defesa da concorrência e o livre acesso ao mercado no âmbito do Mercosul. Essa lacuna começou a ser suprida com a aprovação dos parâmetros comuns para a defesa da concorrência no Mercosul, firmada em Ouro Preto, Brasil, no final de 1994, de modo a possibilitar ação coordenada dos Estados-Partes para coibir as práticas contrárias à livre concorrência no Mercosul.

Na referida decisão (Defesa da Concorrência no Mercosul/CMC/ n.º 21/94), foram definidas regras comuns para a defesa da concorrência no âmbito do Mercosul, ficando estabelecido que a Comissão de Comércio do Mercosul submeterá ao Grupo do Mercado Comum, até 30 de junho de 1995, proposta de Estatuto de Defesa da Concorrência do Mercosul. O GMC decidirá se o Estatuto constituirá em um instrumento de referência, ao qual deverão estar adequadas as legislações nacionais sobre a matéria, ou se implementará como um Protocolo.

Nesse sentido, visto que a união dos quatro mercados nacionais requer que as atividades econômicas sejam exercidas sob as mesmas condições de liberdade e igualdade jurídica, em todos os Estados-Partes, entendendo que o diploma legal, que certamente será adotado em nível de Protocolo, a ser assinado até 30 de junho de 1995, tendo em vista os efeitos que deverá provocar nos Estados-Partes, em especial nos sistemas administrativo e jurídico, deverá afirmar a proibição de acordos colusórios entre empresas, que tenham por objeto ou como efei-

to impedir, restringir ou prejudicar a concorrência em todo ou em parte substancial do Mercosul. É importante cuidar-se, também, nesse diploma, de evitar que agentes econômicos que detenham posição dominante num dos mercados nacionais utilize sua condição privilegiada, em prejuízo da concorrência. Deverá o Protocolo atentar para a questão da concentração econômica, manifestada sob qualquer forma, que importe em efeitos para o mercado concorrencial.

Com relação à questão dos monopólios e empresas governamentais, o Brasil ainda possui alguns obstáculos, de natureza constitucional, a serem resolvidos. Vale observar que o governo brasileiro está empenhado, através de proposta de alteração constitucional, em discussão no Congresso Nacional, em superar esses problemas. Registre-se que o princípio do monopólio legal, no interesse comum e benefício do Estado, tem tratamento favorecido na Constituição Federal do Brasil. Os monopólios em questão, bem como as empresas governamentais, no que se refere a condutas específicas, objeto de leis especiais, portanto, não poderiam ficar submetidos às regras do acordo acima citado.

Dessa forma, a Constituição Brasileira indica que cabe à União a exploração, diretamente ou mediante concessão dos serviços públicos de telecomunicações, os quais são concedidos apenas a empresas sob controle acionário estatal, e ainda da difusão audiovisual, de transporte ferroviário e aquaviário, rodoviário interestadual e internacional de passageiros, bem como dos portos marítimos, fluviais e lacustres.

O artigo 177 da Constituição do Brasil coloca sob o monopólio da União a exploração do petróleo e seus derivados, proibindo, ao mesmo tempo, a concessão de qualquer participação nessa exploração (contrato de risco).

Diante desses aspectos, tal regime de intervenção estabelecida não proporciona nenhuma via integracionista, nem possibilita um regime preferencial que desse vantagens aos estabelecimento de empresas dos países contíguos com os quais se busca criar um mercado comum, senão levantados os obstáculos de natureza constitucional mencionados.

Assim, embora a própria Constituição Federal do Brasil abrigue, entre os princípios gerais da atividade econômica, o da livre concorrência, em que qualquer um tem a liberdade de atuar no mercado, independentemente de autorização de órgãos públicos, estabeleceu exce-

ções que se justificam pela necessidade do atendimento ao interesse social ou da segurança coletiva.

#### 6. Conclusão

Feitas essas considerações, deve-se observar que não basta que sejam harmonizadas, a nível do Mercosul, as políticas de concorrência dos Estados-Membros. É indispensável, para a viabilização da integração regional, que essa política seja respeitada. E, para que isso ocorra, é necessário que seja estruturada no Mercosul, num prazo razoável, uma instituição neutra e competente, colocada acima dos conflitos dos interesses nacionais, como é o caso da Comissão Européia.

Nesse sentido, é importante destacar que os países desenvolvidos possuem condições de manter relações econômicas equilibradas, mesmo utilizando-se de normas poucos rígidas ou mesmo dispensado a sua existência. Essa é a diferença básica entre os países em desenvolvimento e os desenvolvidos. Nos países em desenvolvimento a igualdade e o equilíbrio nos intercâmbios só podem ser assegurados através do Direito ou dos organismos criados pelos poderes públicos.

Há que se mencionar, ainda, que a presença do Estado na economia, na condição de agente regulador ou como produtor de bens e serviços, em muitos casos utilizando subsídios ou incentivos fiscais, se apresenta como um fator inibidor do processo de integração do Mercosul. Deve-se ressaltar, porém, que a influência estatal, direta e indireta, nos países da UE é mais significativa do que na maioria dos países latino-americanos. A diferença entre o estatismo europeu e o latino-americano está na forma autoritária de estruturação dessas empresas na região, que as tornaram mais resistentes às mudanças.

Em relação ao tema "subsídios e incentivos fiscais", trata-se de questão polêmica, que deverá passar por um longo processo de discussão, a nível dos parlamentos e nos fóruns empresariais nos países-membros do Mercosul. A visão de que é necessária, numa economia de mercado, de livre competição, a extinção das ajudas oficiais desvirtuadas, do protecionismo e de todas as barreiras alfandegárias, para que os países em desenvolvimento criem as condições de ingressar no mundo dos países desenvolvidos ainda não é aceita pacificamente na região.

É necessário lembrar que os incentivos fiscais constituem instrumentos jurídicos destinados a criar melhores condições de desenvolvimento para certas áreas geográficas ou setores econômicos. São instrumentos de que se vale o Estado para a realização de sua política econômica. Sem exceção, todos os países desenvolvidos praticaram ou ainda praticam o protecionismo. Nos países em desenvolvimento, e em especial na América Latina, a questão que se coloca é o desvirtuamento de sua aplicação.

Essas distorções, que necessitam ser superadas, no menor prazo possível, pelos países-membros do Mercosul, observadas de maneira ampla, se devem, ainda, à falta de políticas econômicas consistentes, de critérios na forma de concessão desses subsídios e incentivos, no acompanhamento da aplicação desses recursos e à ausência de uma fiscalização rigorosa, para evitar desvios.

Creio oportuno, ainda, reafirmar que não se chega a uma integração regional sem compromissos efetivos. Se aos países desenvolvidos interessa uma integração superficial, aos países em desenvolvimento, como é o caso da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, no meu entendimento, interessa uma integração profunda, operacionalizada pela harmonização das legislações dos Estados-Membros, a adoção de um programa de liberalização comercial, através de coordenação de políticas macroeconômicas, de maneira gradual e convergente com os programas de desgravação tarifária e eliminação dos obstáculos tarifários e não-tarifários, que permitam evitar desvios nas políticas de concorrência dos quatro países, que possam vir distorcer ou prejudicar a livre concorrência e o livre acesso ao mercado no âmbito do Mercosul.

Cumprе acrescentar, ao final, que o principal esforço a ser realizado, nesse novo estágio de integração do Mercosul, do ponto de vista prático, é a compatibilização das políticas de concorrência dos Estados-Partes, visto que se afiguram como instrumentos importantes para ajudar a viabilizar o processo de desenvolvimento da região, buscando assim solucionar os graves problemas sociais existentes nesses países. E nesse contexto, é necessária, também, a aprovação de uma legislação, com conceituações não rígidas, de defesa da concorrência para o Mercosul, e a médio prazo, a criação de organismos colegiados supranacionais, tendo como

paradigmas o Tribunal de Justiça e a Comissão Europeia. Instituições essas que possam aplicar, com base em critérios político-econômicos, os dispositivos legais pertinentes e decidam sobre a conveniência de aplicação dessas normas na solução dos conflitos, que eventualmente, em virtude do exercício das atividades econômicas, venham a ocorrer no âmbito do Mercosul.

### Bibliografia

- ALMEIDA, Paulo Roberto de. Solução de Controvérsia no Mercosul: O Protocolo de Brasília ao Tratado de Assunção. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. V. XLV, n.º 77/78, jan./jun./1992.
- AMORIM, Ana Beatriz Nazaret. O Mercosul e a Integração Latina-Americana. *Boletim de Integração Latino-Americana, MRE*, Brasília, n.º 14 - jul./set./1994, pp. 62/65.
- BARBOSA, Rubens Antônio. *América Latina em Perspectiva: a integração da retórica à realidade*. Ed. Aduaneira, São Paulo, 1991.
- COELHO, Inocêncio Mártires. A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988. *Anais do II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. CADE*. Brasília, 12 a 16.9.94.
- DAWSON, Frank Griffith. Regime de integração de empresas da Comunidade Europeia. *Anais do II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. CADE*. Brasília, 12 a 16.9.94.
- FARIA, Werter R. *Constituição Econômica. Liberdade de iniciativa e concorrência*. Sérgio Antonio Fabris Ed., Porto Alegre, 1990.
- FAUNDEZ, Júlio. Jurisdição Internacional e concorrência - Do confronto à harmonização. *Anais do II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. CADE*. Brasília, 12 a 16.9.94.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. O Conceito jurídico de oligopólio e a legislação sobre o abuso do poder econômico. *Anais do II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. CADE*. Brasília, 12 a 16.9.94.
- GATT, Rodada de Negociação Comerciais Multilaterais (Ata Final da Rodada do Uruguai, concluída em 15.12.93). Câmara dos Deputados Mensagem n.º 408/94, do Poder Executivo.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 - Interpretação e crítica*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.
- MATIAS PEREIRA, José. A Defesa da Concorrência no Mercosul. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 1, n.º 4, novembro de 1994, pp. 1/15.
- PROTOCOLO de Ouro Preto, 1994.
- REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1991.
- SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico. Direito e experiência antitruste no Brasil e nos EE. UU.* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966.
- THORSTENSEN, Vera. *Relações Comerciais entre a União Europeia e o Mercosul. Boletim de Integração Latino-Americana, MRE*, Brasília, n.º 14, jul./set./1994, pp. 33/61.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros Editores, 9.ª ed., São Paulo, 1993.
- TRATADO de Roma, 1957.
- TRATADO de Assunção, 1991.
- TRATADO de Roma, 1957.
- TRATADO de Assunção, 1991.
- TRATADO de Maastricht, 1992.
- VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993.

# A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos

JETE JANE FIORATI

## SUMÁRIO

*1. Os sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos. 2. A jurisprudência dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos. 3. Considerações finais.*

### *1. Os sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos*

A expressão “direitos humanos” sempre foi utilizada em diversos contextos. Boa parte da doutrina jurídica originária dos Estados que se regem pelo Direito Continental prefere a denominação “direitos fundamentais da pessoa humana” enquanto nos Estados que se filiam ao sistema do Direito Consuetudinário é usual a expressão “direitos humanos”. Apesar das diferenças relativas à sua designação, inexistem dúvidas quanto ao significado da expressão “direitos humanos”: são direitos essenciais da pessoa humana e seu reconhecimento configura um imperativo para o desenvolvimento da civilização.

Se não restam dúvidas quanto ao seu significado, tal não ocorre com o conteúdo da expressão “direitos humanos”. Historicamente os primeiros doutrinadores a prefigurar um conteúdo mínimo de tais direitos foram os iluministas e contratualistas durante o século XVIII, cujas idéias terminaram por influenciar as Declarações americana e francesa de Direitos. Vislumbra-se nestas Declarações que os direitos à vida, à propriedade e à igualdade, também conhecidos por Direitos Cívicos ou Direitos Humanos de Primeira Geração, eram aclamados como direitos essenciais à pessoa humana.

Posteriormente, no final do século XIX e início deste século, foram acrescentados ao rol

dos direitos humanos os direitos ao trabalho, à educação gratuita, à previdência e assistência social e à proteção do Estado, dentre outros. Tais direitos, conhecidos como Direitos Econômicos e Sociais ou Direitos Humanos de Segunda Geração, tornaram-se objeto de disciplina jurídica constitucional, seguindo o caminho trilhado pelos Direitos Civis e Políticos.

Na segunda metade deste século, novos direitos fundamentais se fizeram presentes com as profundas modificações tecnológicas, demográficas e democráticas advindas: os direitos à informação, à privacidade, ao ambiente sadio, do consumidor, enfim, os direitos que dizem respeito a uma sadia qualidade de vida, também conhecidos por direitos difusos ou Direitos Humanos de Terceira Geração, igualmente objeto de proteção jurídica constitucional nos sistemas ocidentais.

A partir do término da Segunda Guerra Mundial, os Direitos Humanos e sua proteção tornam-se objeto de preocupação internacional, uma vez que os Estados, esgotados com a guerra e com o genocídio, dispuseram-se a criar uma organização internacional que congregasse todos os povos em torno dos ideais de paz e justiça e de respeito aos direitos humanos. Surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 e já em 1948 foi aprovada no seu âmbito a "Declaração Universal dos Direitos Humanos". É aceitação geral que a Declaração Universal não possui natureza obrigatória, por não se tratar de uma Convenção ou Tratado embora seja imensa a sua influência nos ordenamentos jurídicos nacionais e sua jurisprudência e em Convenções Internacionais. Hersch Lauterpach, em interessante estudo, enfatizou o posicionamento dos representantes dos Estados à época da Declaração, demonstrado o consenso geral em não se aprová-la com cunho de obrigatoriedade<sup>1</sup>. No Brasil, Francisco Rezek<sup>2</sup> e Cançado Trindade<sup>3</sup> enfatizam a natureza de compromisso moral conferido à Declaração pelos Estados à época de seu nascimento e hodiernamente.

Em 1966 foram adotados dois Pactos complementares à Declaração de 1948: o Pacto das

Nações Unidas para os Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos e Sociais. Ambos os Pactos criaram um sistema próprio para a implementação dos direitos humanos neles contidos.

Relativamente ao Pacto das Nações Unidas para os Direitos Civis e Políticos nota-se que a existência da previsão de um sistema de relatórios e reclamações interestatais dotando-se o Comitê de Direitos Humanos (órgão vinculado à ONU) de competência facultativa para o exame das reclamações e, por último, de um sistema de petições individuais ao mesmo órgão. Este sistema terminou por criar obrigações aos Estados-Partes na Declaração no que tange à promoção de medidas completas para a implementação dos Direitos Civis e Políticos.

No que tange aos Direitos Econômicos e Sociais, que também se consubstanciam em objeto de um Pacto da ONU, este somente possui um sistema de relatórios, uma vez que sua implementação somente poderá ser apreciada se forem observados o grau de desenvolvimento específico de cada Estado e a atuação da ONU através de suas agências especializadas. Embora o Pacto dos Direitos Econômicos e Sociais tenha influenciado algumas Convenções Internacionais como a Carta Social Européia, este ainda se apresenta com alto grau de dificuldade para a sua implementação, uma vez que suas prescrições são tomadas como *standards* não obrigatórios ficando sob a égide das autoridades nacionais o poder de transformá-las em deveres coercitivos a serem respeitados pelo próprio Estado pela sociedade ou pelos indivíduos em relação a outros indivíduos.

Destarte observa-se que a proteção global dos direitos humanos sofre uma série de revezes, principalmente devido às diferenças de todo o gênero existentes entre os Estados, o que dificulta a formulação de um *minimum standard* necessário à aplicação e interpretação das normas consubstanciadas nos Pactos, que possam servir como parâmetros inderrogáveis pelos Estados. Por outro lado, inexistente um Tribunal Especializado em Direitos Humanos no âmbito da ONU e a Corte Internacional de Justiça não possui jurisdição obrigatória, apenas jurisdição subsidiária no que se refere à aplicação e interpretação das normas imperativas (dentre elas as normas de proteção aos direitos humanos), uma vez que o art. 66, alínea *a* da Convenção de Viena sobre Tratados de 1969 estabelece que apenas o Estado-Parte na controversia referente à norma imperativa poderá submetê-

<sup>1</sup> LAUTERPACH, H. *The Universal Declaration of the Human Rights*, in 25 *BYIL*, pp. 354 a 381.

<sup>2</sup> REZEK, J. F. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro. Forense. 1984. pp. 76 a 77.

<sup>3</sup> CANÇADO TRINDADE, A.A. A Evolução Doutrinária e Jurisprudencial dos Direitos Humanos nos Planos Global e Regional: As Primeiras Quatro Décadas, in *Revista de Informação Legislativa* n. 90, p. 236.

la à Corte, não sendo necessária a aceitação da outra parte para julgamento do litígio, desde que tenham sido tentadas outras formas de solução pacífica. Indivíduos e grupos sociais não têm acesso à Corte Internacional de Justiça.

No entanto, a proteção regional dos direitos humanos, iniciada no imediato pós-guerra na Europa vem obtendo sucesso, quer pelas experiências comuns de violações contra os direitos humanos acarretadas pelas práticas do nazi-fascismo, quer pela relativa semelhança de valores e condições econômicas existentes no plano interno dos Estados-Partes. Da Europa a sistematização regional de proteção aos direitos humanos se espalhou para a América.

O Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos surgiu em 4 de novembro de 1950 quando representantes de treze Estados europeus reunidos em Roma firmaram a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais. Esta Convenção entrou em vigor em 3 de setembro de 1953 com o depósito do décimo instrumento de ratificação pelo Grão-Ducado de Luxemburgo. Sofrendo modificações em 1952, 1963, 1966, 1983, 1984, 1987 e 1992 por nove Protocolos, esta Convenção possui efeito vinculante sobre os seguintes Estados: Áustria, Alemanha, Bélgica, França, Chipre, Dinamarca, Espanha, Grécia, Irlanda, Islândia, Itália, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suíça, Suécia, Malta, Finlândia, Turquia, República Tcheca, Eslováquia, Hungria, Polónia e Bulgária.

A Convenção Européia de Direitos Humanos contém no seu bojo sessenta e seis artigos sendo que os primeiros dezoito prescrevem direitos substanciais, de Primeira e Terceira Geração, enquanto que os restantes estabelecem um sistema jurisdicional de proteção aos direitos enunciados na Convenção, através da formação de uma Comissão e de uma Corte Europeias de Direitos Humanos, bem assim a sua organização e funcionamento. Esta Convenção foi complementada por nove Protocolos e pela Carta Social Européia de 1961, que tem por modelo o Pacto dos Direitos Econômicos e Sociais da ONU, disciplinando os Direitos de Segunda Geração.

A diversidade na implementação dos direitos civis e políticos, sociais, econômicos e difusos é estabelecida pelo art. 11, inc. II da Convenção Européia: enquanto os direitos civis e políticos são inderrogáveis, os direitos sociais, econômicos e difusos não gozam do mesmo

caráter. Segundo Rosalyn Higgins os direitos civis e políticos possuem caráter de *Jus Cogens*, enquanto os direitos econômicos, sociais e difusos somente podem ser implementados gradativamente<sup>4</sup>.

Já o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos teve seu embrião na Quinta Reunião de Ministros das Relações Exteriores da OEA, realizada em Santiago do Chile, onde foi constituída a Comissão Jurídica Interamericana, que conforme o art. 105 da Carta da OEA tinha funções consultivas para questões jurídicas e também a incumbência de elaborar uma Convenção sobre defesa e garantia das liberdades, bem assim a de definir uma estrutura jurídica especializada nas controvérsias decorrentes dos direitos humanos. Nessa reunião acertou-se também a criação de uma Comissão de Direitos Humanos semelhantes à existente no âmbito do Conselho da Europa.

Em 1960 foi aprovado o Estatuto da Comissão de Direitos Humanos e eleitos os seus integrantes, sendo que em 1969 aprovou-se a Convenção Americana de Direitos Humanos que entrou em vigor em 1978, instituindo-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1969. São Estados participantes da Convenção: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Granada, Jamaica, México, Nicarágua, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela.

A Convenção Americana de Direitos Humanos não difere muito de sua congênere européia<sup>5</sup>. De forma semelhante à Convenção Européia, a Convenção Americana não disciplinou direitos sociais, econômicos e culturais, recomendando aos Estados-Partes no seu art. 26 a progressiva realização dos direitos econômicos e sociais contidos na Carta da OEA. Em 1988 foi firmado o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mais conhecido por Protocolo de El Salvador que traz no seu art. 1 a obrigação de adotar medidas previstas na medida de suas reais condições econômicas, adotando disposições de di-

<sup>4</sup> HIGGHINS, R.. Derogation under Human Rights Treaties, in 48 *BYIL*, p. 283. Vide também: ROZAKIS, C. *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*. Amsterdam, 1976, p. 42.

<sup>5</sup> RODAS, J.G. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, in *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 10, p. 174.

reito interno que permitam a sua real implementação.

No entanto, a grande inovação trazida pelos Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos foi a criação de órgãos com jurisdição para decidir acerca da aplicação e interpretação das Convenções. No entender de Robertson, as Convenções Européia e Americana criaram uma Ordem Jurídica Comum em ambos os Continentes no que se refere aos Direitos Humanos. Diz Robertson: "As the Law of Convention, not only creates obligations for States, but also rights which are enforceable by individuals, it is established in the field of civil liberties, a new legal order designed to substitute for the particular systems of individual States a common European order. The jurisdiction and operation of the Commission and Court are subject to rules in which the common public interests is overriding"<sup>6</sup>.

Ambas as Cortes, Européia e Interamericana, exercem funções de interpretação e aplicação das respectivas Convenções aos casos concretos, independentemente da autorização *in casu* dada pelos Estados envolvidos para que referidos tribunais conheçam das lides. A autorização é concedida pelo Estado por determinado período e renovada automaticamente, desde que não haja objeções do mesmo. Se houver qualquer objeção, a autorização anterior se estenderá até o término dos processos em curso. Hodiernamente no Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos apenas a Turquia, a Eslováquia, a Bulgária, a Polónia e a Hungria não conferiram a jurisdição obrigatória ou o reconhecimento de competência à Corte. No Sistema Interamericano a Argentina, a Costa Rica, o Equador, Honduras, o Uruguai, o Suriname e a Venezuela concederam a autorização para o julgamento de litígios em que sejam Parte Demandada à Corte Interamericana.

Em ambos os Sistemas Regionais as denúncias de violações às Convenções perante as Cortes somente poderão ser feitas pelas Comissões Européia e Interamericana de Direitos Humanos, conforme prescrições contidas no arts. 47 da Convenção Européia e 48 da Convenção Americana. No que tange ao Sistema Europeu, em 1992, com a assinatura do Protocolo nº 9 à Convenção Européia, torna-se possível às vítimas o acesso direto à Corte Européia. Este Protocolo ainda não se encontra em

vigor devido ao fato de não ter sido ratificado pela metade dos Estados-Membros da Convenção, número necessário para a sua vigência.

A Comissão Européia de Direitos Humanos possui funções jurisdicionais, que se consubstanciam na conciliação, e administrativas visando à averiguação, informação e interposição de demandas perante a Corte Européia. No *Caso Lawless*, a primeira sentença prolatada pela Corte Européia de Direitos Humanos a Comissão é caracterizada como *amica curie*, "um auxiliar do Tribunal a quem deve ajudar e ilustrar"<sup>7</sup>.

Diversamente de sua congênera européia, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos possui, além das funções administrativas ligadas à averiguação e interposição de demandas perante a Corte Interamericana e funções jurisdicionais consubstanciadas na conciliação, também funções políticas presentes no art. 41 da Convenção que estabelece que a principal função da Comissão é o estímulo da conscientização das realidades envolvendo o respeito aos direitos humanos entre os povos da América, formulando Recomendações aos governos dos Estados Membros da OEA no sentido de adotarem medidas progressivas em prol dos direitos humanos. Destarte a Comissão Interamericana faz relatórios e visitas *ad hoc* para avaliar a real importância e as possíveis violações aos direitos humanos.

Em ambos os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos, dois são os atos que contêm as decisões das Cortes acerca das questões que lhes são submetidas: as sentenças e os pareceres. As sentenças decidem dos litígios envolvendo violações às Convenções, enquanto os pareceres são opiniões emitidas pelo Plenário das Cortes, quando consultadas pelos Estados Signatários da Convenção (no sistema europeu) ou da OEA (no sistema interamericano).

As sentenças possuem caráter meramente declaratório, não tendo o poder de desconstituir um ato interno como a anulação de um ato administrativo, a revogação de uma lei ou a cassação de uma sentença judicial. A única exceção prevista ocorre quando a decisão da autoridade da Parte Contratante é oposta às obrigações derivadas da Convenção e o direito da Parte Contratante não puder remediar as con-

<sup>6</sup> ROBERTSON, D. *Human Rights in Europe*. Manchester University Press. 1977, pp. 231 a 232.

<sup>7</sup> ANNUAIRE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, IV. *Caso Lawless*. Sentença de 14.11.60, § 20. Tradução da autora.

seqüências desta disposição, caso em que as Cortes deverão conceder ao lesado uma reparação razoável, conforme se deflui dos arts. 50 da Convenção Européia e 63 da Convenção Americana. Quanto aos Pareceres, é digno de menção o fato de serem mais comuns no âmbito americano, haja vista de que poucos Estados-Partes autorizaram a jurisdição da Corte em casos em que estivessem em situação de Parte Demandada.

2. *A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos*

2.1. *Jurisprudência dominante na Corte Européia de Direitos Humanos*

Sendo função do Tribunal de Estrasburgo a interpretação da Convenção Européia de Direitos Humanos e sua aplicação aos casos concretos, é possível, após uma análise perfunctória, observar que nestes mais de trinta anos de labor jurisprudencial foram cristalizadas algumas regras de interpretação no seio da Corte Européia e houve uma delimitação do alcance de algumas expressões jurídicas inseridas na Convenção Européia.

Embora tenha elaborado nestes trinta anos alguns paradigmas interpretativos, inexistente a vinculação de interpretação para a solução de controvérsias a eles submetidas, nos moldes do direito consuetudinário (*stare decisis*). Em sua atividade jurisdicional, a Corte Européia de Direitos Humanos (também conhecido por Tribunal de Estrasburgo) se assemelha a uma Corte ou Tribunal Supremo segundo o modelo jurídico vigente na Europa Continental. No entanto, enquanto um Tribunal Continental interpreta a Constituição e as leis infraconstitucionais à luz de um sistema jurídico que evoluiu durante mais de dois milênios (não se pode esquecer que o direito continental deriva do direito romano) e hodiernamente se apresenta consolidado, o Tribunal de Estrasburgo tem como paradigma legislativo, de caráter genérico, apenas a Convenção e Nove Protocolos que se consubstanciam em palavras vagas e ambíguas a serem interpretadas à luz de princípios gerais de direito internacional. Este fato motivou a Corte a estabelecer parâmetros e princípios gerais em suas decisões.

A primeira tendência dominante na Jurisprudência da Corte Européia diz respeito ao acesso à Comissão e, indiretamente, à própria Corte. O art. 25 da Convenção Européia estabelece: "A Comissão pode conhecer de qualquer

petição dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa por qualquer pessoa física, organização não-governamental ou grupo de particulares, que se considere vítima de uma violação...". Portanto, somente as vítimas da violação poderão peticionar à Comissão.

No seu labor inicial, a Corte entendeu que vítima era aquela que sofresse diretamente a violação dos direitos previstos na Convenção, conforme se deflui da leitura do *Caso Linguístico Belga*<sup>8</sup>. Posteriormente no *Caso X contra República Federal da Alemanha* cuja conciliação foi viabilizada perante a Comissão Européia, visível o entendimento de que a vítima não era somente aquela que sofresse diretamente a violação, mas também aquelas indiretamente afetadas por esta violação. No caso em lume, X fora internado em um hospício e sua mulher peticionou à Comissão denunciando as violações aos direitos do marido e a Comissão compreendeu que a peticionária era considerada vítima nos termos do art. 25 da Convenção<sup>9</sup>.

Em 1976, no *Caso Kdjelsen contra a Dinamarca*, a Corte permitiu que Busk Madsen e Pedersen, peticionários conjuntamente com Kdjelsen à Comissão, questionassem também a violação ao art. 2 do Protocolo nº 1 à Convenção, relativamente ao fato de se aferir se a obrigatoriedade de educação sexual nas escolas ofendia a obrigatoriedade do sistema educacional de respeitar as convicções morais e familiares das crianças embora ambos, que eram pais, não possuísem filhos em idade escolar, por considerá-los "vítimas futuras de futuros abusos"<sup>10</sup>.

Por outro lado, no *Caso Kass contra a República Federal da Alemanha*, relativo à *surveillance*, a Corte considerou que uma lei poderia violar os direitos de um indivíduo que potencialmente pudesse ser afetado por ela, em virtude da ausência de meios específicos para a sua implementação. A Corte decidiu que um indivíduo poderia considerar-se vítima de uma

<sup>8</sup> European Court of Human Rights. Case Relating to Certain Aspects on the Use of Language in Belgium: K. Verlag Ed. Köhn. Series A, n. 6. Judgement of 23.5.68.

<sup>9</sup> Application n.º 4.185/69. Collection Texts of European Commission on Human Rights in CANÇADO TRINDADE, A.A. Coexistence and Co-ordination of Mechanisms of Human Rights in 202 HAGUE RECUEIL, p. 266.

<sup>10</sup> European Court of Human Rights. Case Kdjelsen, Busk Madsen e Pedersen. K. Verlag. Ed. Köhn. Series A. n. 23. Sentença de 7.12.76. § 9. Tradução da autora.

violação "ocasionada pela mera existência de medidas secretas ou de uma legislação permitindo medidas secretas, sem ter que alegar que tais medidas foram de fato aplicadas"<sup>11</sup>, o que significa dizer que é possível a existência de uma vítima de violação, mesmo que esta não pudesse comprovar o dano causado.

Esta decisão foi posteriormente repetida nos *Casos Marckx contra Bélgica e Dudgeon contra Reino Unido*. No *Caso Marckx* a Corte considerou que "a existência de uma lei (o Código Civil Belga) que violasse de *per se* o direito do indivíduo devido à ausência de uma medida de implementação, daria a este o direito de reivindicar sua condição de vítima"<sup>12</sup>. Já no *Caso Dudgeon* a Corte enfatizou que a "mera existência de uma legislação - *The 1885 Act* - que interferia contínua e diretamente sobre a vida privada" permitia ao *peticionário sustentar a violação a seus direitos*<sup>13</sup>.

Já no *Caso Campbell e Cosans contra Reino Unido* a Corte considerou os pais dos menores Campbell e Cosans "vítimas indiretas" e os autorizou a demandar o Reino Unido devido à existência, na escola em que estudavam os filhos, de castigos corporais como punição, o que no caso de Campbell, já punido representara segundo a Corte, violação ao art. 3 da Convenção (tratamento desumano e degradante) e no caso de Cosans "risco iminente de violação"<sup>14</sup>. A noção de risco iminente teve sua configuração em outro caso posterior, o *Caso Soering contra Reino Unido*: a possibilidade de extradição de Jean Soering para a Virgínia, onde havia cometido duplo homicídio, acarretava-lhe sério risco de condenação à morte, o que lhe dava a possibilidade de reivindicar ser vítima de "iminente risco de violação futura". Por outro lado, ao decidir, a Corte avaliou o risco iminente, ao analisar a possibilidade de aplicação da pena de morte, sustentando que se a extradição fosse implementada haveria a violação do art. 3, mesmo que na Virgínia, Soering não fosse condenado à morte<sup>15</sup>. Subentendeu a Corte que

<sup>11</sup> ANNUAIRE, XXI. Caso Klass. Sentença de 6.9.78. § 30. Tradução da autora.

<sup>12</sup> ANNUAIRE, XXII. Caso Marckx. Sentença de 13.6.79. § 27. Tradução da autora.

<sup>13</sup> ANNUAIRE, XXIV. Caso Dudgeon. Sentença de 21.10.81, § 41. Tradução da autora.

<sup>14</sup> ANNUAIRE, XXV. Caso Campbell e Cosans. Sentença de 25.2.82, *in fine*. Tradução da autora.

<sup>15</sup> European Court of Human Rights. Caso Soering. Sentença de 7.7.89. §§ 90 a 110. Tradução da autora.

o Estado teria violado o seu dever de diligência em relação à sua função básica de proteção aos direitos humanos.

Outra tendência dominante da Jurisprudência da Corte refere-se à interpretação autônoma própria das expressões que em Direito são denominadas de conceitos indeterminados, sem observância específica da interpretação destes conceitos usuais nos Estados-Membros do Conselho da Europa.

Um dos primeiros casos de interpretação autônoma, visando a determinar o alcance das expressões obscuras contidas na Convenção foi o da norma contida no art. 3: "Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes", quando a Comissão Européia delimitou o conceito de tortura, no chamado *Caso Grego*.

No *Caso Grego*, ocorrido em meados dos anos setenta, oriundo da reclamação dirigida à Comissão Européia pela Dinamarca, Suécia, Noruega e Holanda contra a Grécia, contendo denúncias de que os dirigentes gregos, militares que tomaram o poder em golpe de Estado, estavam, sistematicamente, detendo e torturando seus opositores, numa contínua violação dos direitos mínimos de uma parcela da população grega. Ao elaborar um relatório sobre a reclamação a Comissão definiu os elementos que consubstanciavam a prática de tortura para os efeitos do art. 3 da Convenção Européia: "a tortura implica em sofrimento severo e injustificado, intencionalmente infligido, para obter informações ou confissões, com o consentimento ou aquiescência das autoridades ou funcionários agindo em capacidade oficial"<sup>16</sup>. Após alguns anos, estes elementos foram incorporados pelo art. 1 da Convenção das Nações Unidas para a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.

Relativamente ao "tratamento desumano ou degradante", a Corte clarificou o conceito ao decidir que penas de açoitamento em presídios militares ou não<sup>17</sup>, penas de castigos corporais para infrações de regulamentos escolares<sup>18</sup>, e as "cinco técnicas de interrogatório"<sup>19</sup>, analisa-

<sup>16</sup> Relatório da Comissão Européia de Direitos Humanos do Caso Grego in CANÇADO TRINDADE. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo, Saraiva. 1991, p. 51.

<sup>17</sup> ANNUAIRE, XXI. Caso Tyrer contra Reino Unido. Sentença de 25.4.78

<sup>18</sup> Caso Campbell e Cosans. Vide nota 14.

<sup>19</sup> Durante os graves choques ocorridos entre ca-

das no *Caso Irlanda contra Reino Unido*<sup>20</sup> constituem tratamento desumano e degradante.

Em grande número de processos a Corte foi chamada a julgar a expressão "prazo razoável" presente no art. 5, § 3: "Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no § 1, alínea c, do presente artigo, deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada em prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure o comparecimento do interessado em juízo".

Através de uma leitura atenta dos *Casos Rigeinsein*<sup>21</sup>, *Weimhoff*<sup>22</sup>, *Foti, Lentini e Cerini*<sup>23</sup>, é possível estabelecer alguns critérios para a determinação da "razoabilidade" do prazo de duração da prisão preventiva: a duração da detenção; a duração da detenção e suas relações com a ofensa imputada ao detento; a pessoa do detido e as circunstâncias em que se deram os fatos; o comportamento do acusado no decorrer do processo; as dificuldades e complexidades de cada caso relativamente à persecução penal; a conduta das autoridades judiciais frente ao processo.

Em outros julgamentos a Corte foi chamada a interpretar duas expressões contidas no art. 6, § 1 "direitos e obrigações em matéria civil" e "acusação em matéria penal".

Segundo a Corte "direitos e obrigações em matéria civil serão aqueles reconhecidos como tal no plano interno de cada Estado como direito civil, e aqueles que, embora não tendo natureza civil ou pertencendo ao domínio do direito público ou administrativo, influíssem diretamente sobre a situação jurídica do requerente"<sup>24</sup>. Esta decisão foi confirmada nos *Casos Golder*

tólicos e protestantes na Irlanda do Norte em 1972, as autoridades instituíram procedimentos violentos para interrogatório dos suspeitos: privação do sono, comida e água, simulação de fuzilamento do acusado com os olhos vendados, colocação do acusado com os olhos vendados em salas com barulho ensurdecedor e simulação de enforcamento do acusado.

<sup>20</sup> ANNUAIRE, XXI. *Caso Irlanda contra Reino Unido*. Sentença de 18.1.78. Tradução da autora.

<sup>21</sup> ANNUAIRE, XV. *Caso Rigeinsein contra Áustria*. Sentença de 22.2.72

<sup>22</sup> ANNUAIRE, XI. *Caso Weimhoff contra R.F.A.* Sentença de 27.6.68

<sup>23</sup> ANNUAIRE, XXV. *Caso Foti e outros contra Itália*. Sentença de 10.2.82

<sup>24</sup> ANNUAIRE, XV. *Caso Rigeinsein contra Áustria*. Sentença de 22.6.72, *in fine*. (Tradução da autora)

*contra Reino Unido*<sup>25</sup>, *Sporrong e Lonnroth contra Suécia* que versava sobre decisão administrativa relativa ao uso da propriedade<sup>26</sup>, e *Konig contra República Federal da Alemanha*<sup>27</sup>.

Quanto à "acusação em matéria penal", a interpretação é semelhante: "é acusação em matéria penal não somente aquela que se liga à prática de conduta típica descrita em lei penal, mas todas as acusações, inclusive perante tribunais administrativos que restrinjam a liberdade dos acusados ou quaisquer direitos como o de exercer uma profissão"<sup>28</sup>. Semelhante decisão se encontra no *Caso Konig*, onde um médico teve contra si a proibição de exercer a medicina exarada por um tribunal administrativo responsável por litígios nas áreas relativas à competência de organismos privados com relevante função pública<sup>29</sup>.

Desde a resolução do *Caso Linguístico Belga* uma das grandes conquistas interpretativas do Tribunal versa sobre a questão da dicotomia entre as obrigações positivas e negativas. Inicialmente concebida pelos membros do Conselho da Europa como uma Carta de Direitos Individuais, a Convenção Européia sempre foi interpretada por muitos governantes dos Estados como fonte de obrigações negativas, como a obrigação de não intervir no livre acesso à educação (art. 2. do Protocolo nº 1), obrigação de não intervir no direito de associação sindical (art. 11) ou de não perturbar a vida privada e familiar (art. 8). Tal concepção foi erodida a partir da Sentença do *Caso Linguístico Belga*, quando a Corte afirmou que "a mera abstenção de intervenção do Estado era insuficiente para garantir os direitos previstos na Convenção, sendo necessárias muitas vezes, atividades do Estado para a real implementação de um direito previsto na Convenção, mesmo que sua formulação pudesse ser, inicialmente, negativa. Esta atividade *in casu*, diz respeito à obrigatoriedade do Estado de reconhecimento da validade dos estudos efetuados em escolas particulares que ensinavam em língua minoritária nas diversas regiões da Bélgica"<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> ANNUAIRE, XVIII. *Caso Golder*. Sentença de 1.2.75, §§ 23 a 33.

<sup>26</sup> ANNUAIRE, XXV. *Caso Sporrong e Lonnroth*. Sentença de 23.9.82, § 79.

<sup>27</sup> ANNUAIRE, XXI. *Caso Konig*. Sentença de 28.6.78, §§ 88 a 90.

<sup>28</sup> ANNUAIRE, XXIV. *Caso Le Compte, Van Leuven e De Meyere contra Bélgica*. Sentença de 23.6.81, § 42. (Tradução da autora).

<sup>29</sup> *Caso Konig*, § 98. Vide nota 27.

<sup>30</sup> *Caso Linguístico Belga*. Judgment of 23.7.68, § 34 (Tradução da autora). Vide nota 8.

No *Caso Golder*, a Corte enfatiza que o Estado "tem a obrigação de facilitar a qualquer cidadão o direito e o acesso a um tribunal, uma vez que o direito a um processo justo é primordial condição para a existência de uma sociedade democrática"<sup>31</sup>. Outro dever do Estado se consubstancia na garantia a qualquer cidadão desprovido de meios econômicos, do direito à assistência jurídica gratuita<sup>32</sup>. No *Caso Marcx*, a Corte compreendeu que o respeito à vida privada inclui a obrigatoriedade para o Estado "de oferecer a uma criança nascida fora do matrimônio e à sua mãe os meios jurídicos adequados para levar uma vida familiar normal"<sup>33</sup>. Em 1988, no julgamento do *Caso da Plattform Arzte fur Das Leben* envolvendo a Áustria, a Corte sentenciou que o "direito à liberdade de reunião pacífica (art. 11) não pode se reduzir a um mero dever por parte do Estado de não interferir, e uma concepção puramente negativa não seria compatível com o objeto e propósito do art. 11. Como o art. 8, o art. 11 por vezes requer medidas positivas a serem tomadas, mesmo na esfera das relações entre indivíduos, se necessário"<sup>34</sup>.

Típica preocupação dos anos noventa, a proteção ambiental foi objeto de consideração da Comissão e da Corte Européias de Direitos Humanos. Nos anos oitenta a Comissão chegou a examinar algumas denúncias que versavam sobre questões ambientais, notadamente a poluição sonora nas proximidades de aeroportos, à luz do art. 8 da Convenção, que prescreve o direito à privacidade, e do art. 1 do Protocolo nº 1, relativo ao gozo de bens e posses, como os *Casos Zimmermam contra Suíça e Powell e Rayner contra Reino Unido*<sup>35</sup>. Em 1990 foi tema de uma denúncia à Comissão a construção de uma usina nuclear na França (*Petição X contra França*). Embora o caso não tivesse prosseguimento devido ao não esgotamento dos recursos internos, a Comissão situou a questão como violação potencial ao art.

8, enfatizando que "virtualmente todos os efeitos ambientais, inclusive poluição sonora, poluição do ar, riscos nucleares, ou modificações no clima regional podem afetar a privacidade"<sup>36</sup>. Cançado Trindade argumenta que, "o art. 8 pode também cobrir os efeitos ambientais potenciais, se as consequências para o meio ambiente forem previsíveis (isto é, constituírem um alto risco) se forem graves e irreparáveis e concernirem à privacidade dos indivíduos, e se efetivamente também constituírem uma ameaça de perda de vida ou afetarem a qualidade de vida"<sup>37</sup>.

Como exemplo deste posicionamento pode ser citada a petição de alguns representantes da minoria Lapona da Noruega (*Petição Lapps contra Noruega*) perante a Comissão em que um pastor, um pescador e um caçador alegaram desrespeito potencial ao seu estilo de vida particular, ao seu direito à privacidade, por ato governamental, permitindo a construção de uma usina hidrelétrica cuja represa inundaria parcialmente o vale que constituía a sua morada. Sustentou a Comissão que, embora a petição fosse inadmissível pela ausência de esgotamento de recursos internos, esta modificação ambiental poderia constituir uma interferência na vida privada dos membros da minoria, uma vez que o respeito à vida privada inclui o respeito pelo estilo de vida<sup>38</sup>.

Finalmente a Corte reconheceu no *Caso Fredin contra Suécia* em 1991 que na sociedade hodierna a proteção ambiental é essencial ao compatibilizar o interesse do indivíduo relativo ao gozo de seus bens com o interesse geral ou propósito legítimo da proteção ambiental<sup>39</sup>. Trata-se da limitação do direito de propriedade de um indivíduo como obrigação imposta ao Estado de garantir, através desta limitação, o ambiente saudável a todas as outras pessoas.

A compatibilização do interesse geral e dos direitos fundamentais do homem sempre constituiu fundamento para a interpretação da Convenção pela Corte de Estrasburgo. Enunciada no *Caso Lingüístico Belga* a frase: "A Con-

<sup>31</sup> Caso Golder. Sentença de 1.2.75, § 33 (tradução da autora). Vide nota 25.

<sup>32</sup> ANNUAIRE, XXIII. Caso Ártico contra Itália. Sentença de 13.5.80. § 36 (tradução da autora).

<sup>33</sup> Caso Marcx. Sentença de 13.6.79, § 31 (tradução da autora). Vide nota 12.

<sup>34</sup> European Court of Human Rights. Caso da "Plattform Arzte fur Das Leben". Judgement of 21.6.88, § 32. (Tradução da autora).

<sup>35</sup> CANÇADO TRINDADE, A.A. *Direitos Humanos e Meio Ambiente*. Porto Alegre. S. Fabris Ed. 1993. p. 152.

<sup>36</sup> WEBER, S. Environmental Information and European Convention on Human Rights, in *12 HRLJ*. p. 180 (tradução da autora).

<sup>37</sup> CANÇADO TRINDADE, A.A., *opus cit.*, p. 153. Vide nota 35.

<sup>38</sup> Applications n. 9278/81. European Commission of Human Rights, *Decisions in Reports*, v. 35 1984 in CANÇADO TRINDADE, A.A., *opus cit.*, p. 153. Vide notas 35 e 36.

<sup>39</sup> Texto do Julgamento reproduzido em *12 HRLJ*. 1991, §§ 55 e 48.

venção tem como fundamento um justo equilíbrio entre a salvaguarda do interesse geral da comunidade e o respeito aos direitos fundamentais do homem, ainda que atribuindo um valor particular a estes últimos<sup>40</sup>, foi novamente utilizada nos *Casos Klass e Sporong e Lonroth*<sup>41</sup> além do *Caso Fredin*. Mister a ênfase de que ainda não se pode falar em "Jurisprudência da Corte" no que tange à proteção ambiental, mas já despontam, conforme observado, algumas tendências jurisprudenciais.

Por outro lado, a Corte utiliza-se de princípios para avaliar a interpretação elaborada internamente, pelas autoridades dos Estados-Membros acerca dos arts. 8, § 2<sup>42</sup>, e 10, § 2<sup>43</sup>, que implica em restrições ao gozo dos direitos enunciados na Convenção tendo em vista uma série de argumentos, que vão desde a *raison d'État* até à proteção da saúde pública. Quaisquer restrições são aferidas segundo dois princípios: a "margem de apreciação" que o Estado utiliza para complementar as disposições vagas e ambíguas das normas convencionais, buscando sua real significação frente à situação concreta aos quais serão aplicados e a "interpretação restritiva das restrições ao exercício dos direitos encartados na Convenção ou limitação implícita". Ambos os princípios não se excluem, mas são complementares: a Corte se abstém de examinar as motivações que levaram o tribunal interno a decidir, restringindo os direitos ga-

rantidos na Convenção, porém avalia a Corte se esta restrição é compatível, excessiva ou insuficiente.

Em diversos casos, o Tribunal de Estrasburgo teve que avaliar medidas tomadas pelos Estados-Membros que violavam os direitos consagrados na Convenção, em virtude da ocorrência de situações que colocavam em risco o Estado Democrático. Em todos estes casos, a Corte não contestou a apreciação que o Estado Demandado fez sobre a necessidade das medidas restritivas dos direitos consagrados na Convenção, avaliando apenas se estas medidas eram compatíveis com as previsões da Convenção que restringem os mencionados direitos. Como exemplo podem ser citados o *Caso Irlanda X Reino Unido*, onde a existência de perigo público que ameaçava a vida da nação motivou medidas restritivas aos direitos humanos para estirpá-lo: a Corte apenas examinou se estas medidas eram compatíveis com as restrições aos direitos consagrados, sem entrar no mérito da existência ou não do perigo, bem assim de sua gravidade ou intensidade<sup>44</sup>.

Outro caso elucidativo foi o *Caso Dudgeon*, onde a Corte não discutiu se a proibição de determinadas práticas sexuais era contrária à moral vigente, mas sim se esta proibição para a preservação da moral não interferia excessivamente na vida privada, sem entrar no mérito da legalidade ou ilegalidade das proibições contidas no *1885 Act*<sup>45</sup>.

No entanto, foi no *Caso Sunday Times contra Reino Unido*<sup>46</sup> que melhor ficou expresso o fato de que, as vezes, pode ser muito difícil efetuar a compatibilização destes dois princípios. A Corte admite no quinquagésimo nono parágrafo da sentença que a Câmara dos Lordes, Tribunal Interno, tem uma "margem de apreciação" para averiguar se a interferência das Autoridades (*Attorney General* e Tribunais Inferiores) no direito protegido e sua fruição pelo requerente era necessária para a manutenção do fundamento da sociedade democrática substanciada na garantia da imparcialidade do Poder Judiciário<sup>47</sup>. No sexagésimo parágrafo da

<sup>40</sup> Caso Lingüístico Belga, § 32 (tradução da autora). Vide nota 8.

<sup>41</sup> Caso Klass, § 59 e Caso Sporong e Lonroth, § 69. Vide notas 11 e 26.

<sup>42</sup> Art. 8, § 2: "Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista em lei e constituir uma providência que, em uma sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, a integridade territorial, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção dos direitos e liberdades de terceiros".

<sup>43</sup> Art. 10, § 2: "O exercício da liberdade de imprensa e outras liberdades, porquanto implica em deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas em lei, que constituam providências necessárias, em uma sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do Poder Judiciário".

<sup>44</sup> Caso Irlanda X Reino Unido, §§ 21 e 219. Vide nota 20.

<sup>45</sup> Caso Dudgeon, §§ 43 a 65. Vide nota 13.

<sup>46</sup> ANNUAIRE, XXII. Caso Sunday Times. Sentença de 26.4.79.

<sup>47</sup> Versa a questão sobre artigo publicado pelo jornal inglês *Sunday Times* intitulado "Nossas Crianças da Talidomida: Uma Vergonha Nacional", denunciando que *Distillers Co.*, fabricante do medica-

decisão, a Corte enfatiza que sua função é verificar se a limitação do direito à liberdade de expressão consubstanciada no *Contempt of Court*<sup>48</sup> foi necessária para a garantia da sociedade democrática através da preservação da imparcialidade do Poder Judiciário.

Onze juízes consideraram que o Reino Unido violara a Convenção por excessiva a restrição ao direito de liberdade, fundamentando sua decisão em uma série de argumentos. Segundo estes juízes, injustificada a alegação de que a publicação dos artigos sobre a talidomida pelo referido jornal feria a imparcialidade do Poder Judiciário nas circunstâncias em que se encontrava o processo, suspensão para que as partes negociassem uma indenização, suspensão esta que já completara cinco anos à época da publicação do artigo e que, sendo assim, a obrigatoriedade de não publicar feria não somente o direito da imprensa de informar como o do público de ser corretamente informado (§§ 65-66). Continuando, estes juízes afirmam que é injustificada a proibição porque os processos contra a *Distillers Co.*, estavam suspensos a vários anos e como as negociações pareciam infundáveis, seria de interesse do povo do Reino Unido receber a correta informação sobre o efetivo funcionamento do Poder Judiciário, uma vez que somente o bom funcionamento deste Poder pode efetivamente preservar uma socie-

---

mento *talidomida*, utilizado contra enjões durante a gravidez e que resultava sérias deformações nos fetos e recém-nascidos, ofertara ao público o produto sem realizar os testes necessários. Somente no Reino Unido mais de mil crianças foram afetadas e seus pais iniciaram processos contra a empresa nos anos de 1963-1965. A partir de 1967 os processos foram suspensos e a empresa, sob supervisão do Poder Judiciário, entrou em negociações com as famílias, negociações estas que perduraram até 1972. Além de denunciar a negligência, o jornal deixava subentendido a omissão do Judiciário ante a demoradas negociações. Com fundamento no *Contempt of Court* a empresa pediu aos tribunais que proibissem o jornal de elaborar novos artigos, o que foi concedido até a última instância, a Câmara dos Lordes (tradução da autora).

<sup>48</sup> O *Contempt of Court* é um instituto consuetudinário do direito inglês, originado no século passado, e que tem por finalidade a proibição de divulgação pela imprensa de qualquer informação, questão ou opinião que verse sobre matéria objeto de processo judicial. Seu fundamento é a manutenção da imparcialidade do Judiciário, livrando-o de pressões da imprensa e da opinião pública que poderiam influenciá-lo a decidir contrariamente ao direito.

dade democrática (§§ 66-67 da Sentença). Segundo estes onze juízes, o periódico se encontrava em legítimo exercício de seu direito de publicar o artigo e informar aos cidadãos do Reino Unido sobre o efetivo estado do processo, considerando que este processo versava sobre questão de interesse público, consubstanciada na oferta ao público de medicamentos que poderiam causar danos irreversíveis à saúde.

Nove juízes consideraram apropriada a aplicação do art. 10, § 2 da Convenção pela Câmara dos Lordes, argumentando que no sistema jurídico consuetudinário inglês raras são as leis escritas, o que torna o Poder Judiciário muito mais vulnerável às pressões da opinião pública que afetam a sua imparcialidade, especialmente em casos tão delicados e que, devido às suas proporções, podem levar o público a prejudicar a questão (§§ 57-58 da Sentença).

Em outros casos, a compatibilização entre os princípios da "margem de apreciação" e da "limitação implícita" é resolvida em favor deste último. Em algumas matérias, a limitação implícita é aplicada com intransigência como nos casos que digam respeito ao "acesso a um Tribunal Imparcial"<sup>49</sup>, "Direito a um Julgamento Imparcial"<sup>50</sup> e o "Direito à Assistência Jurídica Gratuita"<sup>51</sup>.

A combinação dos princípios da "margem de apreciação" e da "limitação implícita" resulta em algumas regras que o Tribunal de Estrasburgo adota para julgar os casos litigiosos. Uma delas diz respeito ao respeito, pela Corte, de particularidades jurídicas próprias de um Estado ou uma região ao confrontá-las com a Convenção. Como exemplo pode ser citado o *Caso Lingüístico Belga* onde a Corte enfatizou a diversidade de línguas na Bélgica como necessária e sob perspectiva particular desta necessidade do plurilingüismo a questão foi julgada<sup>52</sup>. Outro exemplo diz respeito a institutos típicos do *Common Law*: o *1885 Act*, originariamente um Decreto Parlamentar Provincial, presente no *Caso Dudgeon* e o *Contempt of Court*, instituto jurisprudencial foram considerados "Lei" (no sentido de regulamentação de caráter genérico com obrigatoriedade de cumprimento por todos) para efeitos dos arts. 8, § 2 e 10, § 2<sup>53</sup>. No

<sup>49</sup> Caso Golder, § 44. Vide nota 25.

<sup>50</sup> Caso Klass, § 43 e Caso Le Compte, Van Leuven e De Meyere, § 59. Vide notas 11 e 28.

<sup>51</sup> ANNUAIRE, XXIII. Caso Ártico contra Itália. Sentença de 13.5.80, § 33 (Tradução da autora).

<sup>52</sup> Caso Lingüístico Belga. § 62. Vide nota 8.

<sup>53</sup> Caso Dudgeon, § 44 e Caso Sunday Times,

*Caso Le Compte, Van Leuven e De Meyere* e no *Caso Konig* uma particularidade de muitos Estados foi levada em consideração, ou seja, a "existência de jurisdição", no sentido de interpretação e aplicação de normas e penalidades pelos Colégios Profissionais de muitos Estados como Bélgica e Alemanha<sup>54</sup>.

Deflui-se da leitura das diversas decisões que o Tribunal procura abordar a Convenção à luz de concepções prevalescentes em nossos dias nos Estados Democráticos<sup>55</sup>. Não se interessa muito por indagar intenção dos governos, utilizando como critério interpretativo o método teleológico, enfocando ainda noções de razoabilidade<sup>56</sup>.

Para finalizar, é importante observar que o próprio Tribunal tem uma perspectiva de seu trabalho e enunciou esta perspectiva durante o julgamento do *Caso Marckx*; "O Tribunal não tem por função um exame abstrato dos textos questionados: verifica apenas se sua aplicação aos demandantes se adequa à Convenção. Sem dúvida sua decisão produzirá fatalmente efeitos que desbordem dos limites do caso em questão: assim o Tribunal declara a violação, deixando ao Estado-Membro a escolha dos meios a utilizar conforme o seu ordenamento jurídico interno para cumprir a decisão. O interesse do governo para conhecer o alcance da presente sentença no tempo não é menos importante. Destarte cabe ao Tribunal fundamentar-se nos princípios gerais de direito... sopesando as consequências práticas de qualquer decisão jurisprudencial com cuidado mas sem chegar no ponto de influir na objetividade do Direito e de comprometer a sua aplicação futura, em razão das repercussões que uma decisão da Justiça pode acarretar sobre o passado... O Tribunal Europeu de Direitos Humanos interpreta a Convenção à luz das condições hodiernas, mas não ignora que diferenças de tratamento entre filhos naturais e filhos ilegítimos na esfera patrimonial, foram consideradas por séculos como lícitas e normais em muitos Estados Contratantes... A evolução para a igualdade de tratamento se processa lenta e gradativamente e, em atenção a estas circunstâncias, o Tribunal, em nome da segurança jurídica, dispensa o Estado Belga de se responsabilizar juridicamente por atos ou

situações jurídicas semelhantes e anteriores à leitura pública desta sentença"<sup>57</sup>.

Portanto, segundo esta perspectiva, a Corte, em seus julgamentos, deve atuar moderadamente, sopesando as consequências práticas de suas decisões, mas deve, ao mesmo tempo, atuar procurando uma maior implementação dos direitos humanos, declarando o direito em vigor, mas criando condições para que algumas idéias e preceitos, tão pouco democráticos, em vigor cedam seu lugar à verdadeira proteção aos direitos humanos. A Corte não somente averigua as tendências atuais da proteção aos direitos humanos, mas também cria fundamentos para que no futuro esta projeção possa ser ampliada. Esta perspectiva assemelha-se muito à *Prospect Jurisprudence* comum no Direito Costumeyro Norte Americano.

## 2.2. A jurisprudência dominante na corte interamericana de direitos humanos

O art. 33 da Convenção Americana de Direitos Humanos prescreve como órgão para conhecer e julgar dos assuntos nela versados, bem assim dos compromissos pelas partes assumidos, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos. Embora a Convenção Americana tenha sido aprovada em 1969, a Corte somente iniciou o seu funcionamento em 1978, tendo julgado o primeiro litígio em meados de 1983, o *Caso Viviana Gallardo contra Costa Rica*. Posteriormente outros litígios foram julgados pela Corte, embora a sua atividade destacada tenha sido a elaboração de pareceres respondendo a consultas dos Estados-Membros da OEA (não necessariamente membros da Convenção) que terminam por fornecer alguns critérios interpretativos a serem utilizados em futuras decisões. Opiniões Consultivas não obrigam aos Estados. Se, em decorrência do não-cumprimento do Parecer da Corte pelo Estado Consulente, for lesado algum direito garantido na Convenção, o interessado terá que fazer denúncia à Comissão e esta denúncia seguirá os trâmites normais, caso o Estado tenha ratificado a Convenção e autorizado a jurisdição obrigatória da Corte. Devido a este fato não se elaborou uma análise investigatória sobre as questões discutidas nas Opiniões Consultivas.

Em virtude da existência de poucos julgamentos até o presente, torna-se complexo fazer uma menção a uma "Jurisprudência Dominante da Corte Interamericana" tendo em vista que

§ 47. Vide notas 13 e 49.

<sup>54</sup> Caso *Le Compte, Van Leuven e De Meyere*, § 55 e Caso *Konig*, § 92. Vide notas 27 e 28.

<sup>55</sup> Caso *Marckx*, § 41. Vide nota 12.

<sup>56</sup> Caso *Dudgeon*, § 63. Vide nota 13.

<sup>57</sup> Caso *Marckx*, § 58 (tradução da autora). Vide nota 12.

ainda não ocorreu a cristalização de decisões pontuais, com a repetição de determinadas tendências de interpretação e aplicação da Convenção aos casos concretos de violações aos Direitos Humanos. Tem-se, ainda, alguns pontos comuns entre as decisões que poderão tornar-se a futura Jurisprudência do Tribunal. Atualmente é possível a ênfase apenas a algumas tendências jurisprudenciais.

Relativamente ao acesso dos interessados à Corte, este se dá por via de petição à Comissão conforme o art. 44 da Convenção. Não há exigências para que sejam as vítimas a apresentar as denúncias. Podem apresentá-las pessoas, grupos de pessoas e Estados. Diversamente do Sistema Europeu que exige o prévio esgotamento dos recursos de jurisdição interna para que o interessado possa peticionar à Comissão<sup>58</sup>, o Sistema Interamericano estabelece algumas exceções contidas no art. 46, §§ 1 e 2 à exigência do prévio esgotamento dos recursos de jurisdição interna: a impossibilidade de acesso a um tribunal imparcial, as demoras injustificadas nos julgamentos dos processos pelos tribunais internos e a inexistência de normas que possibilitem a reparação do dano aos direitos fundamentais. Mister a ênfase de que desde o início, a regra do prévio esgotamento dos recursos de jurisdição interna sempre teve maior utilização no Sistema Europeu, uma vez que a Comissão Interamericana, em virtude de suas funções políticas sempre recebeu denúncias de violações que sequer tiveram qualquer indício de apuração pelo Judiciário interno, através do devido processo legal.

Cumprir mencionar que na grande maioria dos litígios julgados, a Corte considerou não haver necessidade do prévio esgotamento dos recursos de jurisdição interna porque presumiu que os governos dos Estados Demandados

(Suriname, Honduras) não permitiram aos interessados o acesso aos recursos de jurisdição interna<sup>59</sup>.

Nota-se que nos *Casos Hondurenhos* a Corte procurou compatibilizar o dever de diligência dos Estados na proteção dos direitos humanos com o princípio das obrigações positivas conferidas aos Estados. Enfatizou a Corte que é dever dos Estados prevenir, investigar e punir as violações dos direitos consagrados na Convenção<sup>60</sup>. O Estado tem obrigações positivas que compreendem a "manutenção dos meios de natureza jurídica, política, cultural e administrativa para a promoção e proteção dos direitos humanos e as garantias de que as violações contra estes serão consideradas atos ilícitos<sup>61</sup>. Este é um dever legal que "implica em atos concretos do Estado de prevenção, investigação e punição das violações e não mera questão ligada à gestão de conflitos particulares que fiquem na dependência da atividade da vítima ou de seus familiares de iniciarem o processo"<sup>62</sup>.

A grande maioria dos julgados e pareceres versa sobre o direito à vida. Em Parecer de 8.3.83, atendendo a uma consulta da Colômbia, a Corte delimitou o direito à vida: "corresponde a um princípio substantivo em virtude do qual todos os seres humanos tem um direito inalienável à que sua vida seja respeitada e a um princípio processual segundo o qual nenhum ser humano será arbitrariamente privado de sua vida"<sup>63</sup>. A pena de morte consubstancia-se numa limitação implícita ao direito à vida e deveria ser gradualmente suprimida sob pena de ofensa ao art. 4 da Convenção Americana.

Neste sentido, outro Parecer da Corte intitulado "Interpretação da Expressão Leis no art. 30 da Convenção Americana" de 1986 estabelece que "as limitações aos direitos humanos

<sup>58</sup> Hodiernamente a Corte Européia, embora considere primordial o requisito do prévio esgotamento dos recursos de jurisdição interna, vem interpretando flexivelmente esta exigência. No *Caso Van Oosterwijck contra Bélgica* a Comissão Européia peticionou a Corte sem levar em consideração o fato da vítima não ter esgotado os recursos internos. Na data do julgamento da Corte, a questão se encontrava pendente de exame na Corte de Cassação Belga. A Corte Européia não se pronunciou sobre o mérito alegando que no momento do julgamento, todos os recursos internos de jurisdição deverão estar esgotados. Não se exigindo, entretanto este esgotamento dos recursos no momento em que o peticionário se queixa à Comissão (ANNUAIRE, XXIII. Sentença de 6.11.80 *in fine* (Tradução da autora).

<sup>59</sup> OEA. *Caso Velasquez Rodriguez*. Sentenças de 28.8.88 e de 21.7.89 e *Caso Godinez Cruz*. Sentenças de 20.2.89 e 21.7.89. Secretaria da Corte de San Jose. *Caso Aloboetoe* e outros contra Suriname. Sentenças de 4.12.91 e 10.9.93. Secretaria de la Corte de San Jose. OEA.

<sup>60</sup> *Casos Velasquez Rodriguez*. Sentença de 29.8.88, § 165 e *Caso Godinez Cruz*. Sentença de 20.2.89, § 175. Vide nota 59.

<sup>61</sup> *Caso Velasquez Rodriguez*. § 175 e *Caso Godinez Cruz*. § 185. Vide nota 59.

<sup>62</sup> *Idem*, *ibidem*. §§ 46 e 58, respectivamente. Vide nota 59.

<sup>63</sup> Parecer "Restrições à Pena de Morte". OEA. §§ 53-54.

garantidos na Convenção somente poderão provir de leis adotadas por órgãos legislativos eleitos democraticamente e restritivamente interpretadas à luz de justas exigências de uma sociedade democrática<sup>64</sup>. Em outro Parecer intitulado "Garantias Judiciais em Estados de Emergência," de 1987, a Corte enfatizou que mesmo numa situação de urgência as medidas pelo governo deveriam estar abrangidas pelas garantias judiciais e pelo controle da legalidade para a prevenção do Estado de Direito<sup>65</sup>. Assim a Corte deixou claro que todas as garantias judiciais destinadas à prevenção dos direitos humanos não poderão ser surrupiadas pela decretação de "estados de emergência".

Como é impossível o retorno ao *statu quo ante* relativamente a uma violação do direito à vida, a Corte terminou por definir critérios para determinar a fixação das indenizações. As indenizações são arbitradas calculando-se os valores percebidos pelas vítimas no momento de sua morte ou desaparecimento, levando-se em conta circunstâncias pessoais como a idade da vítima e a faixa etária dos herdeiros<sup>66</sup>.

Uma questão importante analisada pela Corte no *Caso Aloeboetoe* diz respeito a aplicação das regras a serem utilizadas para a determinação dos beneficiários da indenização. Nos *Casos Hondurenhos* a Corte não teve maior dificuldade: compreendeu que eram herdeiros ou sucessores de ambos os seus familiares, conforme determinação do direito hondurenho sobre família e sucessões. No *Caso Aloeboetoe* a questão se colocou com maior complexidade porque a vítima Aloeboetoe e as outras vítimas eram saramacas (tribo de ex-escravos africanos que fugiram ao domínio dos holandeses no século XVIII possuindo língua, costumes e crenças diversas dos surinameses). Os saramacas ou *maroons* são polígamos, sua descendência se faz por linha materna e gozam de autonomia interna desde 1762, regendo-se por suas próprias leis.

<sup>64</sup> CANÇADO TRINDADE, A.A. Formación, Consolidación y Perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, in *XVII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. Washington. Secretaria General de la OEA. 1991, pp. 26 a 27.

<sup>65</sup> CANÇADO TRINDADE, A.A., *opus cit.*, p. 34. Vide nota 64.

<sup>66</sup> Casos Hondurenhos. Sentenças de 21.9.89. § 46. Vide nota 59.

Segundo a Corte não havia necessidade de averiguar se os saramacas gozavam de autonomia jurisdicional na área que ocupavam. "A questão que interessa é examinar se as leis do Suriname relativas aos direitos de família se aplicavam aos saramacas. Neste sentido as provas produzidas permitem deduzir que as leis do Suriname não tem eficácia sobre a tribo: seus integrantes a desconhecem e se regem por suas próprias leis e o Estado, por seu turno, não mantém a estrutura necessária para o registro de matrimônios, nascimentos e mortes, requisito indispensável para a aplicação da lei surinamesa. Além disso, os conflitos que ocorrem nestas matérias não são submetidos pelos saramacas aos tribunais do Estado e a intervenção destes em matérias mencionadas no que diz respeito aos saramacas é inexistente. Cabe assinalar que no processo o Suriname reconheceu a existência de um direito consuetudinário saramaca<sup>67</sup>.

Acentuou a Corte que o Suriname não aprovou a Convenção nº 169 da OIT sobre os Povos Indígenas e Tribos em Estados Independentes e que no direito das gentes inexistente norma convencional ou costumeira que determine os sucessores de uma pessoa. Portanto somente os Princípios Gerais de Direito poderiam definir, no caso dos saramaca, quem eram os seus sucessores<sup>68</sup>. Segundo o Tribunal é princípio aceito que os sucessores de uma pessoa são os seus filhos, em alguns casos os cônjuges. No caso em tela os sucessores seriam os filhos e as esposas (no caso dos polígamos as esposas seriam herdeiras sem distinção) e para efeitos de danos morais também os pais.

Se esta decisão for confirmada em outros casos, ela adquirirá foros de grande importância, justamente porque a grande maioria dos Estados Americanos contém no conjunto de sua população tribos indígenas que têm costumes muito diferentes dos costumes do restante da população. Destarte podemos inferir que a Corte, na dúvida sobre a situação jurídica qualificada segundo o direito interno, poderá deixar de utilizá-lo se houver dúvida sobre qual o conteúdo deste direito, aplicando princípios gerais de direito.

No Parecer relativo ao *Caso da Associação dos Jornalistas da Costa Rica* duas questões

<sup>67</sup> Caso Aloeboetoe e outros contra Suriname, § 58. Vide nota 59.

<sup>68</sup> Caso Aloeboetoe e outros. § 58. Vide nota 59 e 67.

foram realçadas: a primeira dizia respeito ao fato de que a eventual obrigatoriedade de inscrição como Membro do Colégio de Jornalistas para o efetivo exercício da profissão ofendia a liberdade de expressão encartada no art. 13 da Convenção Americana e a segunda que se consubstanciava na indagação de se esta mesma obrigatoriedade se encartava no art. 29, que estabelece as restrições aos direitos consagrados na Convenção, que se ligam à proteção da ordem pública e do bem-estar social<sup>69</sup>.

Relativamente à segunda indagação a Corte se colocou perante a interpretação dos limites ao exercício dos direitos encartados na Convenção, o que perante a Corte Européia, é conhecido por "margem de apreciação". Para deslindar a questão a Corte Interamericana aborda a questão citando inicialmente (§ 46 do Parecer) o *Caso Sunday Times. Compreende a Corte que cabe ao governo da Costa Rica a averiguação da necessidade de fixar normas que restringindo direitos protejam a ordem pública e o bem-estar geral, não cabendo à Corte questionamento sobre a concordância que tais medidas manifestem em relação ao direito interno*<sup>70</sup>. No entanto, cabe à Corte examinar se estas limitações não foram excessivas, perdendo seu objetivo protetivo, tornando-se ofensa pura e simples ao direito consagrado na Convenção.<sup>71</sup>

Na avaliação da Corte a obrigatoriedade de prévia inscrição no "Colégio dos Jornalistas" representava uma excessiva limitação aos direitos garantidos na Convenção porque impedia o acesso de pessoas e jornalistas não inscritos aos meios de comunicação para divulgar informações de interesse geral o que ofendia também o direito do leitor a obter estas informações. Para finalizar, importante a ênfase de que a Corte Americana no *Parecer Relativo ao Caso dos Jornalistas da Costa Rica* procurou compatibilizar o interesse geral à proteção dos direitos humanos, ao julgar excessiva a interferência no direito garantido na Convenção em nome da intenção governamental de disciplinar o exercício da profissão, demonstrando que esta

intervenção não se coadunava com o espírito do art. 13, que garante a liberdade de imprensa e o direito do público a uma correta informação.

### 3. Considerações Finais.

Cabe ressaltar que a proteção internacional aos direitos humanos vem configurando-se num imperativo à própria sobrevivência da humanidade. Hodiernamente a massificação social e o grande contingente populacional, geram, além de um imenso contingente de pessoas desprovidas dos meios de subsistência, a idéia de que muitos destes desprovidos são desnecessários ou supérfluos à própria humanidade. Se assim é, somente com a proteção legislativa e a real implementação dos direitos humanos é que se poderá preservar a dignidade humana eliminando o risco que implica o processo de coisificação do ser humano representado, quer pelo totalitarismo, quer pelo desenvolvimento econômico, que não leve em conta o fato de que é o homem o seu sujeito e não o seu objeto.

Como estes riscos são globais, é necessário que a proteção aos direitos humanos seja internacional, objeto não somente de leis internas, mas também de Convenções Internacionais e Cortes Especializadas com cogência sobre os Estados-Partes. Na órbita internacional a grande conquista no campo dos direitos humanos foi a passagem da fase "legiferante" de sua proteção para a fase de sua implementação jurisdicional, que termina por criar para os Estados uma obrigação real de cumprimento dos direitos consagrados nas Convenções Internacionais. A ampliação da proteção jurisdicional dos direitos humanos, a extensão da categoria dos direitos inderrogáveis também aos direitos sociais e difusos, o desenvolvimento e implementação de novos princípios como o da solidariedade internacional, obrigações *erga omnes* e proteção ambiental juntamente com o efetivo reconhecimento dos direitos humanos como *Jus Cogens* tendem a ser os grandes desafios para a proteção jurisdicional internacional dos direitos fundamentais da pessoa humana.

<sup>69</sup> Inter-American Court of Human Rights: Advisory Opinion Concerning Costa Rica Law For the Practice of Journalism. November 13.1985.

<sup>70</sup> Parecer sobre a Questão dos Jornalistas da Costa Rica. §§ 31 a 36. Vide nota 69.

<sup>71</sup> Idem, ibidem, §§ 37 a 39.

# Contribuições sociais: a certidão positiva de débito com efeito de negativa em face do § 3º do art. 195 da Constituição Federal

FABIANA DE MENEZES SOARES

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. A regularidade fiscal na habilitação para licitação. 3. Os atos declaratórios do Estado. 4. Débitos dos tributos e das contribuições sociais: as conseqüências na habilitação. 5. Extrafiscalidade: contribuição social e hermenêutica constitucional. 6. Conclusões.*

### 1. Introdução

A atividade administrativa é diversificada e complexa, aspirando a celeridade e monolidade nos seus procedimentos. Ocorre, entretanto, que, a despeito de termos um sistema jurídico, as peças componentes deste conjunto normativo podem entrar em choque umas com as outras.

O objeto deste breve estudo é a análise de um destes choques (?), ou seja, a comprovação da regularidade fiscal para fins de licitação. Bem sabemos da competência dos órgãos fazendários no que tange ao atestado de tal regularidade. Por outro lado, temos a Constituição Federal no seu artigo 195, vedando ao poder público a contratação com os devedores da Seguridade Social, impedindo-os, inclusive, de receber benesses fiscais ou creditícias...

Qual é a finalidade subjacente àquela exigência? Estariamos diante de uma coerção ilegal para pagamentos de tributos? Possuem as contribuições sociais *status* diferente dos impostos a serem pagos à Fazenda Municipal, Estadual ou Federal? Poder-se-ia cogitar de extrafiscalidade? Qual o valor jurídico e o alcance dos efeitos das certidões positivas de débito fiscal emitidas pelas Fazendas, notadamente a Federal no que tange às contribuições sociais? E, por fim, que interpretação deve ser dada ao dispositivo constitucional?

Fabiana de Menezes Soares é Professora de Introdução ao Estudo do Direito na Universidade Federal de Viçosa. Mestranda em Direito Administrativo na UFMG.

Todas essas questões serão trabalhadas, apesar de trazerem como resposta a nossa opinião que, com certeza, terá novos significados acrescidos. Afinal, a visão do fenômeno jurídico lança dúvidas e incertezas; aí está, contudo, toda a força do Direito, sua construção constante, às vezes pela força, mas antecedendo a esta e sempre pelo velho e "bom combate".

## 2. A regularidade fiscal na habilitação para licitação

O processo licitatório tem como fundamento o atendimento ao comando constitucional consagrador do princípio da isonomia; ou seja, a Administração Pública, no momento em que valora, escolhendo a melhor proposta, já passou por um estágio anterior, no qual também praticou um ato de valoração ao habilitar ou não um possível contratante, dentre muitos. Contudo, tal ato de valoração não obedece a critérios subjetivos, cujas variações são inconcebíveis, e sim, a critérios objetivos que possibilitam ao administrador uma maior segurança nas relações jurídicas que venha a realizar.

Quando os interesses em jogo são do mais alto grau na hierarquia dos diversos interesses existentes numa dada sociedade, *in casu*, o interesse difuso da segurança jurídica, fundamento das relações (e finalidade do próprio Direito), assume uma proporção ainda maior.

A Lei nº 8.666, de 21.6.93, dispõe sobre as licitações e contratos administrativos, e a Seção II elenca as condições sob as quais deverá ocorrer ou não a habilitação.

A habilitação, enquanto ato integrante do procedimento administrativo, apresenta um caráter *bifase*. O primeiro ocorre quando, iniciada uma licitação, a comissão, à luz dos critérios legais, para poder dar prosseguimento à fase seguinte, a abertura das propostas, atesta a idoneidade jurídica, técnica, financeira e fiscal. Desta forma, um licitante que atenda a estes pressupostos é habilitado, permanecendo no certame.

O segundo refere-se a uma fase preparatória, cujo escopo é evitar a análise de uma vasta documentação quando da ocorrência de um processo licitatório. Através do registro cadastral, fica registrada, no cadastro da Administração, uma série de prováveis licitantes para os quais a comprovação da já mencionada idoneidade jurídica, técnica, financeiro-fiscal garante a dispensa de toda a documentação atestatória daquela, graças à emissão do certificado de Registro Cadastral (leia-se CRJF-Certificado de

Regularidade Jurídico-Fiscal).

O art. 29 da referida lei dispõe o seguinte:

"A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

I – prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II – prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III – prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outro equivalente, na forma da lei;

IV – prova de regularidade relativa à seguridade social, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei" (grifo nosso).

Dentre o que a lei prescreve como regularidade, o que nos interessa é exatamente a relativa à seguridade social.

Antes de passarmos ao exame deste tópico, tenhamos em mente a seguinte hipótese:

Seria razoável um comerciante realizar um contrato de prestação de serviços com uma empresa que já tenha descumprido anteriormente uma prestação com ela avençada?

Tal alegoria serviu apenas para ilustrar um dos fins da necessidade de regularidade fiscal, no caso específico da hipótese contemplada, na lei de licitação, ou seja, a presunção de que aquele licitante ou futuro contraente é pessoa idônea<sup>1</sup>.

Não se pode dizer que o poder público torna efetivo o princípio da isonomia consagrada no texto constitucional e na lei de licitação e escolhe o melhor contraente se este não paga os seus tributos. E mais, a existência de norma que exija tal comprovação de idoneidade não é inconstitucional.

Vejamos por que: inicialmente poderíamos falar sobre a extrafiscalidade nos tributos, mas

<sup>1</sup> Tal expressão encontra seu correspondente no vocábulo "honorabilidade" que, ao lado da nacionalidade e capacidade jurídica, constituem-se nos requisitos a serem preenchidos pelos candidatos na adjudicação ou nos ajustes diretos. Segundo Jean Rivero. *Droit administratif*, pp. 140 e 55.

isto abordaremos mais à frente. O fato de haver discriminação entre vários licitantes (usaremos a partir de agora este termo genérico para identificar tanto os que ambicionam o registro cadastral, quanto o que já participa de licitação) não quer dizer que está havendo lesão ao princípio constitucional da isonomia. No mundo fenomênico, os fatos e as pessoas são desiguais. Tendo em vista a função e o valor subjacente a uma relação jurídica para o implemento desta própria relação e a consecução dos seus fins, a adoção de critérios diferenciadores, torna possível a efetivação do valor igualdade.

É equo dizer que são iguais duas empresas, sendo que uma delas deve ao Fisco, por uma mera alegação de que a exclusão da devedora é impedimento ao exercício da atividade empresarial? Por acaso o setor público é a única maneira que o empresário tem para conseguir vender os seus produtos e realizar obras ou serviços? Bem sabemos que não. As súmulas 70, 823 e 547<sup>2</sup> aplicam-se às limitações, que são coercitivas para o pagamento de tributos fora dos meios de que dispõe o Fisco.

O fundamento dessa exigência de regularidade fiscal encontra sua sede no fato da garantia da execução de uma obrigação, objetivamente considerando, pois um dos princípios básicos da Administração Pública é a impessoalidade; assim sendo, aquele que deve ao Fisco corre um risco grande, não razoável que seja aceito, de não vir a honrar as suas obrigações contratuais, mesmo porque poderá até tornar-se insolvente.

Assim, a exigência da regularidade fiscal é constitucional, pois não atenta de forma alguma contra a isonomia. Aliás, por exclusão, temos o seguinte: o art. 29 não singulariza, de forma atual e definitiva, um destinatário determinado; nem muito menos adotou, como critério diferenciador, o fator tempo, cuja existência é independente de objetos, fatos ou pessoas; há uma relação de pertinência lógica entre o discrimen adotado (regularidade fiscal) com ori-

<sup>2</sup> Súmula 70: "É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributos".

Súmula 323: "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos".

Súmula 547: "Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais".

ginal de direito público, dada a natureza da licitação; o discrimen produz efeitos em consonância com os fins da lei em questão e, por fim, a interpretação das normas extraídas das distinções claras e explícitas<sup>3</sup>.

O fim da habilitação no registro cadastral é a formação de um elenco de possíveis fornecedores aptos a participarem de licitações, ou seja, prováveis contratantes da Administração. Assim, a habilitação (apesar de na fase de contrato se exigir toda a documentação do art. 27) atesta previamente a aptidão daquele que pretende um dia realizar um contrato administrativo.

Tal aptidão atestada (via certificado jurídico fiscal) produz efeitos: a certeza de que, em caso da realização de quaisquer das modalidades da licitação, ou seja, concorrência, tomada de preços e convite, há, salvo fato novo, uma habilitação imediata nos certames daquele órgão expedidor e frente a outros órgãos públicos. Portanto, a emissão de um certificado desta natureza é um atestado cujo alcance é enorme. A título de exemplo figuremos a seguinte situação:

A empresa X, juntamente com a Y e Z, concorrem ao fornecimento de bens de consumo para uma dada repartição pública. Todas foram habilitadas, sendo que a X apresentou o Certificado de Regularidade Jurídico-Fiscal (CRJF) e, portanto, foi habilitada imediatamente, tendo inclusive vencido a licitação. Ocorre, entretanto, que, no momento da contratação, ao serem exigidos novamente todos os documentos comprobatórios dos diversos tipos de idoneidade, tal empresa não estava regular com o Fisco, estando em débito com a Fazenda Estadual (ICMS) e também com o PIS/PASEP. O dispositivo constitucional externado no § 3º do art. 195 ao dispor:

"A pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o poder público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios",

autorizou aquela repartição a não contratar com o vencedor da licitação. Tal fato acarretou um grave prejuízo à Administração na medida em que a empresa Y, segunda colocada, não poderia assumir o fornecimento daqueles bens por ter, no momento, outros encargos, o que moti-

<sup>3</sup> Opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello no Seu *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, quando concluiu sobre as hipóteses nas quais há ofensa ao princípio da isonomia.

vou o início de um novo e dispendioso processo licitatório.

No entanto, a empresa X questiona àquela repartição que forneceu o CRJF por que o emitiu, e mais, se ela está negando eficácia às certidões expedidas pela Secretaria Estadual de Fazenda e pela Secretaria da Fazenda Federal, já que elas são positivas de débitos com efeitos de certidão negativa.

Diante disso, levantamos as seguintes indagações:

1ª – Qual o significado e os efeitos das certidões positivas com efeitos de certidão negativa dentro deste contexto? Que ato é esse? Admite prova em contrário?

2ª – O que é regularidade fiscal? É o mesmo para todos os tributos ou difere conforme a natureza, como no caso, por exemplo, das contribuições sociais?

3ª – Tendo em vista os prejuízos que podem ocorrer para a Administração Pública, pode ela deferir o Certificado de Registro Cadastral (que ainda é o velho CRJF) para uma empresa em débito para com a seguridade social sob o fundamento de que aquela possui mera expectativa de vir a contratar com o setor público?

Tendo como norte estes questionamentos, passemos ao desenvolvimento destas questões.

### 3. Os atos declaratórios do Estado

O Direito, enquanto fenômeno social, surgiu para proporcionar aos homens segurança nas suas relações; a previsibilidade das consequências dos atos comissivos e omissivos é fator basilar para a harmonia social.

Assim, ao examinarmos qualquer conflito de natureza jurídica, devemos adotar o que os alemães chamam de *visão de mundo*<sup>4</sup> ou *Weltanschauung*.

O Direito não precede às coisas; qualquer interpretação de fatos ou atos chamados de jurídicos há de ser feita dentro de um contexto de interação entre o homem e o meio, pois a realidade, base da criação jurídica, é obra em construção.

Com o advento do Estado, a busca do homem por segurança atingiu um grau mais alto, muito longe, como sabemos, do estágio ideal, ou seja, de um estado efetivamente de direito.

A despeito disto, por ser o Estado uma ins-

tuição dotada do poder de editar normas e fazê-las cumprir utilizando-se, para isto, de um aparato coercitivo, as suas declarações de vontade têm, como elemento accidental, a presunção de veracidade comumente conhecida como fé pública. O conteúdo que encerra a afirmação da preexistência de uma situação de fato ou de direito<sup>5</sup> é sua essência.

Assim, temos que a regularidade fiscal será atestada pelo órgão competente dentro da organização administrativa, a Fazenda, através de certidão.

Podemos afirmar que a regularidade fiscal é sinônimo de quitação?

O Código Tributário Nacional dispõe o seguinte sobre a matéria:

“Art. 205. A Lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação da sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da entrada do requerimento na repartição.

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.”

O Decreto-Lei nº 1.715, de 22 de novembro de 1979, que regula a expedição de certidão de quitação de tributos federais e extingue a declaração de devedor remisso dispõe:

“Art. 1º ...

...

§ 2º A certidão será eficaz, dentro do prazo de validade e para o fim a que se destina, perante qualquer órgão ou entidade da Administração Federal, Estadual e Municipal, direta ou indireta.

...

Art. 3º O Poder Executivo estabelecerá as condições de dispensa de apresentação da prova de quitação, de que

<sup>4</sup> Prof. Marco Aurélio Greco. RDT - S2 num artigo muito interessante sobre o IPTU, a progressividade e a função social da propriedade.

<sup>5</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 200.

trata o art. 1º, na habilitação em licitações, para compras, obras e serviços no âmbito da Administração Federal, Estadual ou Municipal.

Art. 4º É facultativo às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, criadas, instituídas ou mantidas pela União, deixarem de contratar com as pessoas que se encontram em débito com a Fazenda Nacional.”

O Código Tributário Nacional atribuiu regularidade fiscal e atestada via “certidão positiva com efeito de negativa” nas hipóteses de créditos não-vencidos, ou vencidos tendo havido efetivação da penhora (ou seja, garantia de bens a dívida não paga, ensejará a hasta pública) e de débitos fiscais cuja inexigibilidade esteja suspensa, o que significa questionamento judicial sobre a legalidade da cobrança.

Contudo, as certidões positivas com efeito de negativa costumam não mencionar a razão legal pela qual foi expedida. E a presunção de veracidade desta certidão é *juris tantum*; prova disto é o art. 208 do CTN, que responsabiliza pessoalmente o funcionário que a expedir em caso de dolo ou fraude. Daí que, tendo em vista a finalidade para qual é expedida, ou seja, participação em licitação, a Administração pode requerer documentos para firmar o seu convencimento acerca da idoneidade daquele que pretende contratar com o setor público. Tal exigência coaduna-se perfeitamente com os comandos constitucionais tradutores dos valores da isonomia e moralidade com o trato da coisa pública.

Isto não fere o art. 3º do Decreto-Lei nº 1.715 que determina a eficácia da certidão, pois naquela época vigorava o Decreto-Lei nº 2.300 (antiga lei de licitação) que era menos exigente em termos de regularidade fiscal. Ademais, a eficácia referida no mencionado artigo é em relação ao seu efeito imediato, ou seja, dizer se há ou não débito. O seu efeito mediato (exigência da Lei nº 8.666/93) é a própria habilitação, cumpridos, obviamente, os outros requisitos, ato que foge à alçada de extensão da certidão, pois depende do atendimento da lei especial (Lei nº 8.666/93) e dos princípios informadores da atividade administrativa. Aliás, segundo o Ministro Aliomar Baleeiro<sup>6</sup>, “a comprovação da situação fiscal regular de pessoas físicas, firmas individuais e pessoas jurídicas, nas licitações da Administração Federal, direta e indireta, deve

fazer-se pelo certificado de regularidade de situação jurídica fiscal (CRJF), a que se refere o Decreto nº 84.701, de 13.5.80”.

O art. 3º do supramencionado Decreto-Lei nº 1.715 encontra-se revogado em face da nova lei de licitação que não dispensa a prova de quitação para com as três Fazendas Públicas (Federal, Estadual e Municipal).

Já o art. 4º é muito interessante, pois dispõe ser facultada à Administração indireta e direta a não-contratação com pessoas em débito com a Fazenda Nacional.

Ora, é razoável, juridicamente, admitir que a Administração indireta e fundacional, cuja atividade não é 100% pública, possa se recusar a contratar com pessoas em débito sem se admitir a mesma faculdade para a Administração direta? A luz da Constituição Federal de 1988, que tanto procurou resguardar a atividade administrativa, podemos e devemos, até mesmo por uma questão de lógica, ampliar o sentido do mencionado artigo.

O Decreto nº 84.702, de 13 maio de 1980, simplifica a prova de quitação de tributos, contribuições e outros encargos e restringe a exigência de certidões no âmbito da Administração Federal; nos *consideranda* do mencionado decreto, a alínea *a* afirma a importância do princípio da presunção de veracidade de documentos expedidos por repartições públicas. Obviamente, esta presunção, como já foi demonstrado, não prevalece frente ao dolo ou à fraude e mesmo ao erro. Além disso, permite, por parte da repartição receptora pedir documentos que minudenciem *os termos sob os quais foi feita*. Tanto o Decreto-Lei nº 1.715 quanto o Decreto nº 84.702 admitem a possibilidade da prova de quitação ser feita por meio da exibição do comprovante de pagamento<sup>7</sup>. Contudo, o referido decreto é silente em relação à certidão positiva com efeito de certidão negativa. O Judiciário (Tribunais Regionais e Superiores), até o presente momento, não se pronunciou sobre o tema, por isso ficaremos adstritos ao exame da legislação, bem como sua interpretação.

4. *Débitos dos tributos e das contribuições sociais: as conseqüências na habilitação*

A Lei de Licitação, no seu art. 29, faz uma clara discriminação entre o que chama de tributos federais, estaduais e municipais (para os

<sup>6</sup> *Direito Tributário Brasileiro*. 1ª ed. Rev. e atualizada por Flávio Bauer Novelli, p. 632.

<sup>7</sup> Dec. nº 84.702, art. 1º, incisos I, II e III e § 1º do Dec.-Lei nº 1.715.

quais exige uma prova de regularidade fiscal a ser atestada, como vimos, pela Fazenda ou outra equivalente, na forma da lei, que é o comprovante de pagamento dos tributos) e a seguridade social, sendo que, quando desta trata, o faz da seguinte forma:

IV – Prova de regularidade relativa à seguridade social, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

Antes de abordarmos a “situação regular no cumprimento dos encargos sociais”, passemos ao estatuto jurídico pelas chamadas contribuições sociais.

A Lei nº 8.212/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social no parágrafo único do art. 11, define como contribuições sociais:

a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço;

b) as dos empregadores domésticos;

c) as dos trabalhadores incidentes sobre faturamento e lucro;

d) os incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos.

Assim, são “encargos sociais” que interessam ao nosso estudo: o FGTS, salário-educação, salário-maternidade, o INPS, a gratificação natalina, o PIS/PASEP, o finsocial/cofins.

Durante muito tempo a doutrina discutiu acerca da natureza jurídica das contribuições sociais tomando como ponto de partida a clássica divisão entre tributos não-vinculados e tributos vinculados. Os primeiros são aqueles cuja “hipótese de incidência consiste num fato qualquer que não se constitua numa atuação estatal”, e os vinculados são aqueles cujo aspecto material da hipótese de incidência consiste numa atuação estatal, e conforme, “o modo de conexão entre o aspecto material e pessoal (...) em outras palavras, segundo a atuação estatal, posta no núcleo da N.I. esteja referida direta ou indiretamente ao obrigado, podemos distinguir taxa de contribuição”.<sup>8</sup>

Não foram poucos os que consideraram o salário-educação como taxa (para o empregado), imposto (empregador) e, para a União, dever de natureza administrativa ou dotação or-

<sup>8</sup> ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*, pp.128 e 139.

<sup>9</sup> III Curso de Especialização em Direito Tributário, PUC/SP. Coordenação do Prof. Geraldo

amentária<sup>9</sup>. O Prof. Sacha Calmon Navarro Coelho entende da seguinte forma (...) “as contribuições sociais (...) são, enfim, impostos afetados a finalidades específicas, a teor da Constituição Brasileira<sup>10</sup>, tendo também concluído pela recepção das contribuições sociais existentes anteriormente à nova Constituição Federal, notadamente o finsocial, pela CF/88”.

Não podemos, pois, desconhecer finalidade social subjacente às contribuições sociais, ensejadora de uma disciplina constitucional acerca do tema, no capítulo “da ordem social”, e principalmente a sua natureza tributária.

Desta forma, a “situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei”, sobre a qual dispõe a lei de licitação, deve ser entendida à luz das novas disposições constitucionais. Portanto, o critério de interpretação da matéria segue a lei fundamental não se sujeitando aos critérios emanados da legislação ordinária.

A regularidade fiscal atestada, mesmo com a existência de débitos, nos casos de enumeração taxativa (pois trata-se de uma exceção) contidos nos artigos 205 e 206 do CTN, não é aplicada no caso das contribuições sociais. O sentido aqui é diverso, pois só haverá uma situação regular se houver o cumprimento dos encargos sociais instituídos; “cumprimento” significa “estar quite” em sentido estrito, ou seja, faticamente deve haver uma *inexistência de débito*.

Quando se trata dos tributos federais, estaduais e municipais, a lei de licitação o faz assim:

“prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente na forma da lei”, ou seja, CTN.

Obviamente, se os órgãos dos “Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios outros<sup>11</sup> quiserem requerer docu-

Ataliba. A mesa-redonda em questão foi composta pelos professores Rubens Gomes de Souza, Celso Antônio Bandeira de Mello e Bernardo Ribeiro de Moraes, 1978.

<sup>10</sup> Estudo sobre contribuições sociais à luz da Constituição de 1988. VI Congresso de Direito Tributário.

<sup>11</sup> Lei nº 8.666/93 – Art. 1º – Esta lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

mentos que minudenciem a situação de devedor do particular que apresente certidão positiva com efeito de negativa, poderão fazê-lo devido à finalidade da habilitação.

A Administração Pública (cujo sentido aqui é o exposto na Lei nº 8.666), tendo em vista os critérios de oportunidade e conveniência, pode aceitar ou não (melhor dizendo, habilitar ou não), desde que motive, demonstrando a inidoneidade. Efetua, assim, uma operação que relacione logicamente o pedido de habilitação e o objeto social da pessoa jurídica. Afinal, o particular que pretenda contratar com o setor público candidatar-se-á a um cadastro ou licitação em função de sua *capacidade técnica, que não poderá estar comprometida*.

Deste modo, nos casos dos tributos acima mencionados, os órgãos públicos poderão, (repetindo) motivando, não habilitar as pessoas jurídicas em débito nos casos de certidão positiva com efeito de certidão negativa, pois, nesta hipótese, não há como se negar a existência de inidoneidade, ainda que em menor grau do que aquele que apresenta certidão positiva de débito.

E em relação às contribuições sociais, a Administração tem a faculdade de escolher, ainda que motivadamente, o inidôneo em menor grau? Qual é o “espírito da lei” contido no § 3º do art. 195 da CF/88?

#### 5. *Extrafiscalidade: contribuição social e hermenêutica constitucional*

O fundamento de existência do Estado encontra sua sede na satisfação das necessidades públicas<sup>12</sup>. O que é “público” será determinado pelo Direito Positivo vigente num dado país numa dada época.

As conquistas sociais acabam por formar o *Volksgeist*, ou espírito do povo, inspirador da atividade legislativa, que sob um regime democrático, traduzirá os “algo-devidos”, ou seja, aquilo que falta aos homens para que se aproximem da perfeição e do *Suumum Bonum*.

Para que haja a concretização daquelas *necessidades públicas* cujo conteúdo ontológico não é nada mais, nada menos que *res debitum*, o Estado lança mão de seu *poder-dever* cerne (noção funcional da atividade administrativa) de obrigar os cidadãos a levar compulsoriamente dinheiro aos cofres públicos. Daí a noção primária, e em sentido coloquial, do *imposto*, ou seja, encargo determinado pelo Estado que de-

tém o poder de interferir na vontade dos destinatários das normas jurídicas.

Contudo, o tributo não tem somente a finalidade de levar dinheiro ao Estado. Como o ser humano possui dentro de si a insatisfação que o compele a desejar o mais, na nossa sociedade capitalista o valor econômico materializado na moeda assume singular importância. Deste modo, o tributo pode ser usado como poderosa arma para compelir o contribuinte a realizar princípios de natureza social cuja viabilidade seria difícil, caso não houvesse a utilização do instrumental tributário. Afinal, para a grande maioria dos seres, a privação ou redução do patrimônio é sanção muito maior que a própria privação da liberdade.

O Direito, como fenômeno social e criação humana, para implementar os seus fins, percebeu outras utilidades dos tributos, demonstradas acima, e engendrou a noção de *extrafiscalidade*.

Assim, como um dos modos (mais eficaz, talvez) de se realizar no mundo dos fatos o princípio da função social da propriedade, mais especificamente da propriedade urbana, criou o IPTU progressivo no tempo com futuro parcelamento compulsório.

A Lei nº 8.212/91, viga mestra da Previdência Social, dispõe no seu artigo 1º:

“A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social” (grifo nosso).

O artigo 2º reafirma o comando constitucional no seguinte sentido:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (grifo nosso).

Como vimos, as fontes de custeio da seguridade social são as contribuições sociais.

A lei de licitação, ao exigir a situação regular com a seguridade social, não tem só como escopo o contrato com aquele que apresenta melhor situação financeira. Seu fim é também o de premiar aquele que cumpre com os encargos sociais instituídos por lei (lei complementar a

<sup>12</sup> *Manual de Direito Financeiro*, p. 9.

partir da CF/88, diga-se de passagem), pois a receita desses será o meio para a satisfação das necessidades públicas de saúde e previdência e assistência social assim definidas na Carta Magna e nos artigos já mencionados da Lei nº 8.212/91.

Os órgãos públicos não têm a faculdade de escolher se habilitam ou não a pessoa jurídica em débito com a seguridade social, mesmo a despeito de uma esdrúxula certidão, positiva com efeito de certidão negativa; o conceito de regularidade fiscal neste caso não é dado pela lei infraconstitucional, *in casu*, Código Tributário Nacional, é a própria Constituição da República, Lei Maior, critério de validade na hierarquia das normas, quem ordena que os contratos com o setor público (que inclui os administrativos e privados), finalidade de todo o processo licitatório, não serão realizados com as pessoas jurídicas em débito com a seguridade social. *In verbis*:

Constituição Federal, § 3º do art. 195:

“A pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o poder público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios” (grifo nosso).

*Lei Especial (Previdência Social)*, em seu art. 47, dispõe ser exigido documento *comprobatório de inexistência de débito* relativo às contribuições sociais, fornecidas pelos órgãos competentes, no caso, dentre outros, quando a empresa for contratar com poder público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou creditício concedido por ele.

O art. 48, § 1º, autoriza aos órgãos fazendários intervir nos instrumentos que dependerem de prova de inexistência de débito, desde que esse seja pago no ato ou seu pagamento fique assegurado por garantias reais suficientes após a confissão da dívida.

Qualquer cidadão no curso da licitação, conforme a própria Lei nº 8.666/93, pode fiscalizar e pleitear a nulidade dos atos em caso de qualquer infração a normas e princípios naquela contidos (notadamente, isonomia e moralidade); destarte, a pessoa jurídica que não tenha pago a seguridade social ou que não tenha confessado a dívida fiscal oferecendo garantias suficientes tem conduta inconstitucional, da mesma forma, os órgãos que tutelam os interesses públicos têm o dever de inabilitar o devedor da seguridade social sob pena de respon-

sabilidade pessoal do funcionário. Há um dever institucional de se respeitar não só o espírito da Constituição, mas o próprio poder constituinte originário. Este protegeu o interesse difuso<sup>13</sup>, conteúdo das necessidades públicas, dotando a sociedade de meios para garantir a efetividade daquelas necessidades.

Surgida sob os ventos inovadores inegáveis da CF/88, mesmo frente a tantas críticas, a Lei nº 8.212/93 dispõe no seu art. 52 que é vedado à empresa em débito com os encargos sociais, distribuir, sob pena de multa de 30% sobre as quantias pagas ou creditadas, a serem revertidas à seguridade social, bonificação e dividendo a acionista, dar ou atribuir cota ou participação nos lucros a sócio-cotista, diretor ou outro membro de órgão dirigente, fiscal ou consultivo, ainda que a título de adiantamento.

*As próprias esferas de poder*, ou seja, Estados, Distrito Federal e Municípios em débito com as contribuições do INSS só receberão o FPE e o FPM e poderão celebrar acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como receber empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, caso quitem os seus respectivos débitos, conforme o art. 56 do supramencionado diploma legal.

A Constituição da República Federativa do Brasil, a partir do momento em que foi promulgada, instituiu um Estado cujos fins são a garantia dos direitos sociais, do bem-estar, dentre outros valores. Um dos pilares desse Estado é a dignidade da pessoa humana.

Não se pode falar em “harmonia social” se o Direito não oferecer soluções engenhosas que

<sup>13</sup> Segundo Rodolfo Mancuso “in” *Interesses Difusos. Conceito e legitimação para agir*.

Os interesses difusos “pertencem ao gênero interesses meta ou superindividuais, aí compreendidos aquele que ultrapassam a órbita individual, para se inserirem num contexto global, na ordem coletiva, *lato sensu*. Nesse campo, o primado recai em valores de ordem social, como o bem comum, a qualidade de vida, os direitos humanos, etc. Os conflitos que aí podem surgir trazem a marca da impessoalidade, isto é, discute-se em torno de valores, de idéias, de opções, fazem-se escolhas políticas, não está em jogo a posição de contagem de A em face de B, e sim, cuida-se de aferir qual a postura mais oportuna e conveniente dentre um leque de alternativas, aglutinadas nos diversos grupos sociais interessados, naquilo que se pode chamar, com a doutrina italiana, “intrínseca conflitualista” (...). Os interesses difusos não com-

tornem aplicáveis aqueles direitos básicos, antecedentes de todos os outros, posto que intimamente ligados ao instinto de autopreservação, à vida e à saúde. Sem a sua efetiva aplicabilidade, o estado de direito não passa de uma trôpega construção doutrinária legitimadora da opressão.

Konrad Hesse, corifeu do método concretista de interpretação constitucional, considera essa como individualização, pois como o seu conteúdo não está claro, deverá ser definido sob a integração que ordenará a "realidade".

A interpretação jurídica traz um caráter criador, uma vez que o conteúdo da norma interpretada só finda na interpretação; deste modo, a ação interpretada ficará vinculada à norma<sup>14</sup>.

Destarte, a interpretação de qualquer fenômeno jurídico há de ser feita dentro do sistema jurídico, tendo como "espírito" os comandos constitucionais. Os fenômenos antecedem ao Direito; só haverá equidade se aquele assegurar, frente ao caso concreto, o respeito pela dignidade humana ainda que de forma mediata.

Neste sentido, vale a pena lembrar também a Lei Fundamental de Bonn, diploma máximo de uma potência econômica, quando na alínea *a* do artigo 1º: "A dignidade das pessoas é intangível, respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público".

Não há como negar, a despeito de tantas intempéries, que as noções de respeito humano, concebidas no seio da teoria do Direito Natural, são hoje positivadas.

#### 6. Conclusões

A habilitação, seja ela prévia ou contemporânea à licitação, tem a finalidade de aferir a idoneidade daquele que aspira contratar com o Estado, posto que a garantia de plena satisfação das necessidades públicas e difusas passa pela escolha do melhor contraente.

A regularidade fiscal atestada pelo órgão fazendário (competente para tal dentro da orga-

nização administrativa) não é sinônimo de quitação incontestada.

As certidões expedidas pelas fazendas têm presunção *juris tantum*, daí que é lícito ao órgão público licitante requerer documentos que esclareçam melhor a situação de débito daquele que tem interesse em contratar com o setor público.

O fato de um licitante (aqui em sentido amplo: candidatos ao cadastro e participantes de licitação) apresentar uma "certidão positiva com efeito de certidão negativa" demonstra que o requisito da idoneidade não foi plenamente atendido. É temerária a realização de contrato administrativo cujo objeto é público, carregando, assim, todos os ônus desta condição, no qual o licitante está numa situação de maior risco em face daquele naturalmente inerente ao exercício de atividade econômica.

Não se pode falar em isonomia, princípio constitucional, se concebermos igual tratamento para com o licitante em débito com o poder público em face do licitante idôneo em termos fiscais.

Hão de ser distintos dois efeitos nas certidões emitidas pelas Fazendas: 1º - *imediate*, que atesta a existência ou não de débito, 2º - *mediate*, ou seja, acrescida de outros elementos, forma o juízo de idoneidade disposto na Lei de Licitação e Contratos Administrativos - Lei nº 8.666/93, posto que o atendimento da idoneidade desejará a *habilitação*.

A habilitação não é decorrência da certidão da Fazenda; aquela obedece ao disposto na Lei Especial (Lei nº 8.666/93) e aos princípios informadores da atividade administrativa.

O Certificado de Regularidade Jurídico-Fiscal (CRJF) ainda em vigor é o único documento hábil, expedido pela Administração Federal direta e indireta ou fundacional, garantidor da habilitação do particular que o apresentar. Por isso, o exame feito previamente pelos órgãos públicos deve precisar uma situação de *idoneidade*, pois a finalidade do mencionado certificado é a *contratação*.

Há uma distinção no conceito de regularidade fiscal entre os tributos federais, estaduais e municipais e as contribuições sociais. Nos primeiros, a regularidade é aferida "conforme a lei" (CTN); já nas segundas deve haver uma "situação regular de cumprimento dos encargos sociais instituídos na lei", sujeita em primeiro lugar à interpretação do comando constitucional expresso no § 3º do art. 195.

---

portam atribuição a um titular definido, em termos de exclusividade: eles constituem a "reserva", o "arsenal" dos anseios e sentimentos mais profundos que, por serem necessariamente referíveis à comunidade ou a uma categoria como um todo, são insusceptíveis de apropriação a título reservado.

<sup>14</sup> Corrente alemã iniciada em 1967, exposta por Luiz Afonso Heck no artigo Hermenêutica da Constituição Econômica - *Revista de Informação Legislativa*, jan./mar. 1992, p. 430. No mesmo sentido, Habermas, quando trata da faticidade do Direito.

A Administração Pública (termo este empregado em sentido lato nos termos do art. 1º da Lei nº 8.666/93) pode, desde que motivadamente, habilitar ou não aquelas pessoas jurídicas (ou o comerciante) que tenham a certidão positiva com efeito de certidão negativa, nos casos de tributos das 3 Fazendas Públicas, requerendo para isto, documentos demonstrativos do grau de idoneidade dos particulares.

A vedação de contratação com os devedores da seguridade social segue a um imperativo constitucional que encontra ressonância também na Lei nº 8.212/91. Quando o legislador constitucional e infraconstitucional dispôs como requisito para habilitação a inexistência de débito, os valores subjacentes a este ato de valoração são a realização das necessidades públicas de saúde, assistência e previdência social.

As sanções à existência de débito para com os encargos sociais não se restringem somente à vedação de contratação com o setor público, atinge, até mesmo, a concessão de bônus e dividendos a acionista. São tão graves que interferem na administração da pessoa jurídica. Nem os integrantes da Federação, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios escapam da obrigatoriedade da quitação caso queiram ter meios para exercer suas funções.

O Direito, como fenômeno social, deve ser construção que permita o desenvolvimento do homem. A interpretação constitucional far-se-á, então, sob dois parâmetros: os valores supremos acolhidos pela Constituição, tradutores das aspirações do povo, e a realidade miserável de país de 4º mundo. Sem dúvida, os tributos constituem instrumentos poderosos dos quais dispõe o Estado para encetar avanços sociais.

### Bibliografia

ATALIBA, Geraldo. *Elementos de Direito Tributário. Notas Taquigráficas do III Curso de Especialização em Direito Tributário* realizado na PUC/SP. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1978.

-----, *Hipótese de Incidência Tributária*, 3ª ed. 2ª tiragem. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1987.

ARZUA, Heron. *Contribuição ao Estrito dos Tributos Parafiscais - O tributo previdenciário rural*. Editora Resenha Tributária e IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários: São Paulo, 1974.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10ª ed., Revista atualizada por Flávio Bauer Novelli, Ganerrovelli. Forense: Rio de Janeiro, 1952.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª edição revista, ampliada e atualizada do livro "Elementos de Direito Administrativo", Malheiros Editores: São Paulo, 1993.

VI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO. *Separata da Revista de Direito Tributário*. IDEPE Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial, Malheiros Editores: Setembro 1992, São Paulo.

CARAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 4ª edição revista e ampliada. Malheiros Editores: São Paulo, 1993.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário*. 3ª ed. revista e ampliada. Forense: Rio de Janeiro, 1991.

CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário nos termos da Constituição Federal de 1988*. 5ª ed., Saraiva: São Paulo, 1991.

CARRION, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho - Legislação complementar - Jurisprudência*. 16ª ed. atualizada e ampliada de acordo com a Constituição de 1988. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 3ª ed., Editora Atlas S.A.: São Paulo, 1992.

FEIJÓ COIMBRA, J.R. *Direito Previdenciário Brasileiro*. 4ª edição, adaptada à Constituição de 1988. Edições Trabalhistas: Rio de Janeiro, 1993.

FORSTHOFF, Ernst. *Traité de Droit Administratif Allemand*. Traduit de L'Allemand par Michel Fromont. Etablissement Emile Bruylant, S.A.: Bruxelles, 1969.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, de acordo com a Lei Federal nº 8.666 de 21.6.93*. Aide: Rio de Janeiro, 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos - Conceito e legitimação para agir*. 2ª ed. revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1991.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. *A contribuição do Financeiro - Constitucionalidade e juridicidade*. Brasília, 1992.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Outros Tributos - Estudos nº 6*, Editora Resenha Tributária: São Paulo, 1991.

OLIVEIRA, Regis Fernandes e outros. *Manual de Direito Financeiro*. 1ª ed. Editora Revista dos

Tribunais: São Paulo, 1992.

*PALXÃO, Floriano & Previdência Social. Em perguntas e respostas. 26ª ed. Síntese: Porto Alegre, março de 1993.*

# Invalidação "ex officio" dos atos administrativos pelo juiz

JOSÉ AMÉRICO A. COSTA

## SUMÁRIO

1. Aspectos gerais. 2. Postulados clássicos da invalidação dos atos civis. 3. Analogia no Direito Administrativo. 4. Ampla defesa constitucional, uma questão obstativa? 5. Princípios gerais do Direito: a legalidade e o interesse público. 6. Conclusão.

### 1. Aspectos gerais

No exercício de suas atividades, a Administração Pública manifesta-se mediante atos administrativos, que na lição de Cretella Júnior<sup>1</sup>, "(...) é a manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa".

O ato administrativo é, pois, um ato jurídico, irmão do ato civil genérico, dele diferindo apenas pelo interesse público, não podendo afastar-se do princípio da legalidade, ainda que na sua modalidade discricionária.

Intactos devem estar, dessorante, os requisitos dos atos administrativos, a saber, competência, finalidade, forma, motivação e objeto, esferas nucleares para validade dos atos estatais.

Em relação a tais requisitos, Régis Fernandes de Oliveira<sup>2</sup> leciona que "o conteúdo é o próprio ato, motivo por que trará ele, em seu bojo, a discricionariedade. É a condição atra-

José Americo A. Costa é Juiz de Direito no Estado do Maranhão. Associado ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA)

<sup>1</sup> CRETELLA JUNIOR, José, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1992, pp. 123/124.

<sup>2</sup> FERNANDES DE OLIVEIRA, Régis, *Ato Administrativo*, São Paulo, RT, 1980, p. 76.

vés da qual o ato se revela, se exterioriza. A finalidade é sempre vinculada. Os fins podem ser discricionários. A formalidade é sempre vinculada. A forma poderá ser discricionária”.

O ato vinculado permanece em prisão perpétua no recinto da positividade, ao contrário do ato discricionário, que em prisão domiciliar, movimenta-se no estreito espaço da conveniência administrativa, sem ausentar-se de sua residência normativa.

Fora desses parâmetros, surge o espectro sinistro da invalidade, que pode ser exorcizada através do controle interno (anulação ou revogação) ou mediante controle externo (anulação somente). Até aqui, “Nada de novo sob o Sol”, como consta no *Eclesiastes*. A questão agita-se frente à possibilidade do Juiz, de ofício, invalidar o ato, sem contraditório, haja vista a falta de previsão legal sobre o caso.

No Direito Administrativo brasileiro, duas vertentes formam-se em relação ao tema. Seabra Fagundes nega a invalidação automática face à presunção de legitimidade dos atos administrativos. Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, por sua vez, entende que nenhum obstáculo existe, independente dos atributos do ato. O maniqueísmo permanece, restando ao intérprete duas opções de mapeamento nessa travessia doutrinária: a) recorrer à teoria geral do direito, buscando a integração analógica; b) invocar os princípios gerais do direito, especialmente os relativos ao Direito Administrativo.

#### 2. Postulados clássicos da invalidação dos atos civis

Dispõe o Código Civil, no art. 146, parágrafo único, que em se tratando de nulidades absolutas, pode o magistrado, no universo de uma lide, manifestar-se de ofício, sem audiência das partes. Ora, é conhecido que no âmbito dos atos civis é injuntiva a existência de agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145 do CC).

*Opinio doctorum*, Eduardo Espinola<sup>3</sup> pontifica que a invalidade apresenta as seguintes formas: “a) absoluta e relativa; b) total e parcial; c) originária e subsequente; d) sanável e insanável; e) de inexistência e de anulabilidade”

Nesses casos, a invalidação é medida de tutela pública e de proteção ao equilíbrio social, justificando o pronunciamento judicial, dentro da lide, *inaudita altera parte*.

<sup>3</sup> ESPÍNOLA, Eduardo, *Sistema do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Rio-Sociedade Cultural Ltda., 1977, p. 599.

#### 3. Analogia no Direito Administrativo

Não há previsão legal para esses casos no âmbito administrativo. Convém, portanto, ponderar o cabimento da integração analógica em tais hipóteses, a fim de posicionar-se o intérprete adequadamente numa situação dessa natureza, tendo que proceder ao provimento jurisdicional concreto.

Em regra, as normas de Direito Administrativo interpretam-se restritivamente, em razão do interesse público. Ocorre que a analogia não é fonte do Direito, mas tão-somente forma de integração, a ser utilizada quando inexistir batismo legal, nomeação positiva. Pode ser autorizada pela lei (*analogia legis*) ou por princípios abstratos que embasam certo instituto (*analogia juris*). Encontra descabimento somente nas normas excepcionais, na legislação fiscal e nas normas criminais substantivas.

Não havendo previsão em lei para dada situação, visado está o passaporte da analogia, que não se confunde com exegese sistemática ou com interpretação extensiva, que fornecem solução com base na comparação e ampliação do conteúdo de uma norma já existente.

Ocorre que a obrigação ético-jurídica do magistrado tutelar o interesse público (imponderabilidade, a exemplo do Direito Tributário, do Direito do Trabalho e do Direito Penal), impõe a utilização da analogia frente a uma situação de invalidade, de acordo com o art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, não podendo ficar atado o julgador à necessidade de uma lei que o legitime a decidir.

#### 4. Ampla defesa constitucional, uma questão obstativa?

Aspecto suscitado pelo e. Prof. Carlos Ari Sunfeld diz respeito à necessidade do contraditório antecedente à decisão que invalidou o ato, aderindo à posição de Seabra Fagundes, contraditório este incidente ao conflito já estabelecido na lide a ser apreciada.

*Data maxima venia* não há que ser exigido o contraditório, ou seja, oitiva de terceiros alheios à lide, face ao prevalecimento do interesse público sobre o particular. Pontifica Weida Zancaner<sup>5</sup> citando Almiro do Couto e Silva, que o “anulamento não é uma faculdade, mas algo que

<sup>4</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, *Ato Administrativo Inválido*, São Paulo, RT, 1990, pp. 78/81.

<sup>5</sup> ZANCANER, Weida, *Da Convalidação dos Atos Administrativos*, São Paulo, RT, 1990, p. 61.

resulta imperatividade do ordenamento jurídico. Tanto isso é certo que, se do ato inválido resultou prejuízo para o patrimônio ou para os cofres públicos, como ordinariamente sucede, pode a autoridade que o praticou vir a ser responsabilizada pela via de ação popular. Se o ato de anulamento fosse facultativo, ou discricionário, essa conseqüência jamais poderia reproduzir-se”

5. *Princípios gerais do Direito: a legalidade e o interesse público*

Ainda que fosse barrada no recinto da invalidação *ex officio* a analogia, restaria ao aplicador os princípios gerais do Direito, expressamente autorizados pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

É sabido, de sempre, que na dimensão administrativa, os princípios da legalidade, igualdade, moralidade, além dos relativos ao aspecto geral do direito, impõem a atuação estatal (*interna ou externa*), *sem nódoas à Magna Charta*.

Por isso os atos administrativos detêm executoriedade própria, coercibilidade, presunção

de legitimidade, imperatividade, impondo restrições inclusive no direito de propriedade, independente de processo judicial e/ou administrativo.

Se as autoridades administrativas podem assim proceder, não me parece lícito nem justo impedir o magistrado de pronunciar a invalidade de um ato, sem oitiva de terceiros, no intuito de proteger o interesse coletivo, sem risco, portanto, de dar vazão ao *judge made law*.

6. *Conclusão*

Às nulidades dos atos administrativos aplicam-se os postulados afetos aos atos civis em geral, por integração analógica e com base nos princípios gerais do Direito, especialmente os relativos ao Direito Administrativo.

Pode, dessa forma, o juiz invalidar de ofício, numa pretensão resistida, um ato manifestamente nulo, sem oitiva de terceiros interessados, em homenagem à legalidade e à moralidade administrativas, *sem que ocorra lesão à epiderme constitucional nem ao princípio do contraditório expresso no Texto Magno*.

# A discricionariedade administrativa e o controle judicial de seus limites

AMANDINO TEIXEIRA NUNES JUNIOR

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. O Estado de direito e o princípio da legalidade. 3. As funções do Estado. 4. Os princípios constitucionais da Administração Pública. 5. Os poderes vinculado e discricionário: traços distintivos. 6. Discricionariedade administrativa. 6.1. Conceito. 6.2. Natureza. 6.3. Fundamentos. 6.4. Localização. 6.5. Limites. 7. O Judiciário como órgão de controle dos atos administrativos. 8. A discricionariedade e extensão do controle judicial. 8.1. Exame dos motivos. 8.2. Exame da finalidade (o desvio do poder). 8.3. Exame da causa. 9. Conclusões.*

### *1. Introdução*

Dentre os temas que compõem a vasta seara do Direito Administrativo, a discricionariedade administrativa, e o controle judicial de seus limites, vem desafiando a argúcia dos administrativistas.

Trata-se de tema do mais relevante interesse teórico e prático. Estudado em numerosas obras de direito estrangeiro, notadamente na França, Itália, Espanha, Estados Unidos e Argentina, vem merecendo, no Brasil, nos últimos anos, exame atento.

Destarte, neste momento, sob a égide de uma reforma constitucional, é muito importante a discussão de tema que procura relacionar o princípio da finalidade e a validade do ato administrativo.

É de ressaltar, também, que a eficaz garantia dos direitos do administrado ante as prerrogativas da Administração Pública está em relação direta com a extensão que se reconheça ao controle judicial dos atos praticados no exercício da atividade discricionária.

De tudo isto resulta que o tema se localiza em região crítica, decisiva para a defesa do ad-

Amandino Teixeira Nunes Junior é mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Professor Universitário e Assessor legislativo da Câmara dos Deputados.

ministrado em face daqueles que fazem uso desatado do poder.

Portanto, pretendemos oferecer neste trabalho uma análise da discricionariedade administrativa e do controle judicial de seus limites, num enfoque que venha a abarcar aspectos fundamentais do tema e, ainda, suas questões mais intrincadas, desafio para os juristas.<sup>1</sup>

Inicialmente, examinamos o princípio da legalidade, que se traduz na submissão da Administração às regras jurídicas preexistentes, cujo conteúdo constitui a caracterização principal do chamado Estado de direito. Adiante, enfocamos as funções pelas quais o Estado realiza seus fins e reparte sua atividade – a legislativa, a administrativa e a jurisdicional –, sendo as duas últimas ligadas à realização do direito, formado pela primeira. O estudo dos poderes administrativos, envolvendo a distinção entre o poder vinculado e o poder discricionário, segundo o maior ou menor grau de liberdade que a norma legal confere à ação do administrador, constitui o capítulo seguinte.

A seguir, analisamos a discricionariedade, enfocando as sínteses oferecidas pelos autores sobre seu conceito. Pesquisamos, ainda, a natureza, os fundamentos, a localização e os limites da atividade discricionária, com remissão também à doutrina comparada.

O trabalho continua com a discussão dos aspectos do controle judicial dos atos discricionários da Administração, bem como da sua extensão, visto que administrativistas de renome, quer estrangeiros, quer nacionais, proclamam que a esfera de liberdade administrativa conferida ao administrador como resultado da indeterminação quanto ao modo de satisfazer, no caso concreto, a finalidade abstratamente prevista na lei, é sempre relativa, sempre limitada e sempre contrastável pelo Poder Judiciário, que deverá circunscrevê-la em seus exatos contornos.

## 2. O Estado de direito e o princípio da legalidade

A atividade administrativa não é livre: está limitada pela obrigação de respeitar certas re-

gras de direito. Este é o sentido do princípio da legalidade, uma das vigas mestras do Direito Administrativo.

O princípio da legalidade estabelece a total submissão da Administração ao ordenamento jurídico. Segundo tal princípio, a Administração só pode atuar debaixo da lei, em obediência a ela, a fim de dar satisfação às necessidades coletivas de segurança e bem-estar dos indivíduos.<sup>2</sup>

Seabra Fagundes sintetiza magistralmente o conteúdo do princípio da legalidade numa única frase:

“Administrar é aplicar a lei, de ofício.”<sup>3</sup>

Igualmente, preleciona Ruy Cirne Lima:

“O fim – e não a vontade – domina todas as formas de Administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade pública. Jaz, conseqüentemente, a Administração Pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito.”<sup>4</sup>

Sobre o assunto, escreve Hely Lopes Meirelles:

“Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa poder fazer assim, para o administrador público significa deve fazer assim.”<sup>5</sup>

Atualmente, o princípio da legalidade sofreu grande transformação. A Administração só pode fazer aquilo que estiver de acordo com o direito. Celso Antônio Bandeira de Mello asse-

<sup>2</sup> Classicamente, referenciava-se o princípio da legalidade apenas à lei em sentido material (norma de caráter geral e obrigatória), só assim expressando efetiva garantia do indivíduo contra a arbitrio da Administração. A conceituação atual da legalidade corresponde também à submissão de toda atividade à lei no sentido formal (regra emanada do órgão legislativo). Portanto, a Administração está subordinada não só às regras de direito que lhes são exteriores, caso da Constituição, lei *stricto sensu*, mas também às normas internas por ela própria editadas, caso do Regulamento.

<sup>3</sup> FAGUNDES, M. S. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, Forense, 1984. p. 3.

<sup>4</sup> LIMA, R.C. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p.22.

<sup>5</sup> MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1994, pp. 82/83.

<sup>1</sup> Diogo de Figueiredo Neto, com apoio em Celso Antônio Bandeira de Mello, assinala que a discussão científica da discricionariedade transpassa a esfera do Direito Administrativo (v. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 1)

vera, a respeito:

“A expressão legalidade deve, pois, ser entendida como *conforme ao direito, adquirindo, então, um sentido mais extenso*”<sup>6</sup> (grifamos).

Importante observar, também, que o princípio da legalidade rege o conjunto da atividade administrativa. O seu campo de aplicação abrange tanto a atividade dos órgãos administrativos, isto é, da Administração centralizada, como a atividade das entidades de Administração descentralizada (fundações públicas, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Na conformidade do abalizado magistério de Seabra Fagundes:

“O princípio da legalidade nos interessa, particularmente, quando relacionado com as atividades administrativas do Estado, mas é extensivo a todas as atividades estatais. A submissão à ordem jurídica não atinge apenas os atos do Poder Executivo. Dentro dela hão de exercer todas as atividades estatais. O Estado, nascido de um ato institucional limitativo da sua atividade e tendo por finalidade a edição e realização do direito, tem necessariamente de conformar à ordem jurídica o desenvolvimento de sua ação.”<sup>7</sup>

Nesta perspectiva, preceitua o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 37. A Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade...”

A atividade administrativa é, pois, *serviente, instrumental*. A Administração, por seus órgãos e entidades, cumpre o dever jurídico de alcançar a finalidade estabelecida pela regra de direito. Enquanto no campo do particular reina a autonomia da vontade, no campo da Administração governa a submissão, o jogo à lei.

Sublinhada a importância do princípio da legalidade e estabelecida a sua conceituação, impende verificar a relação que existe entre ele e o Estado de Direito.

Garrido Falla pondera sobre isto, nos seguintes termos:

“El principio de la legalidad es una de

las consagraciones políticas del Estado de derecho y, al mismo tiempo, la más importante de las columnas sobre que se asienta el total edificio del Derecho Administrativo.”<sup>8</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona:

“No Estado de direito, a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinaladas na ordenação normativa.”<sup>9</sup>

Como se percebe, a submissão do Estado às regras que ele próprio estabelece é uma das características mais marcantes do chamado Estado de direito. Por isso, nas suas relações com os administrados, a Administração somente pode agir na estrita consonância com as normas jurídicas preestabelecidas, *desenhando-se, por conseguinte, uma inevitável relação entre a Administração e o Ordenamento Jurídico*.

Observe-se que a noção de Estado de direito não se identifica simplesmente pela submissão do aparelho estatal aos comandos normativos. O que efetivamente o configura é a qualificação das normas inseridas no Texto Básico. Neste sentido, cogita-se do Estado de direito à medida que a Carta Magna venha a assegurar aos administrados a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança, ao domicílio, à manifestação do pensamento, ao exercício da profissão ou da atividade econômica, entre outros. Ademais, essa noção se completa quando se tem um poder autônomo e independente – o Judiciário – capaz de julgar o Estado e, no caso de violada a ordem jurídica, repor a integridade do direito.

Por último, ressalte-se que, adiante, como se verá, a consagração do princípio da legalidade se concilia adequadamente com o exercício da discricionariedade, isto é, à margem de liberdade deferida pela lei ao administrador para o desempenho de determinados cometimentos. A equilibrada compatibilização entre ambos fornece a medida da extensão do controle judicial dos atos praticados no gozo da faculdade discricionária.

### 3. As funções do Estado

O vertiginoso crescimento da intervenção do Estado no domínio econômico tem ampliado

<sup>6</sup> MELLO. C.A.B. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1993, pp. 25/26.

<sup>7</sup> FAGUNDES. M. S., *op. cit.*, p. 81.

<sup>8</sup> FALLA. F.G. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1973, v. 1, p. 24.

<sup>9</sup> MELLO. C.A.B., *op. cit.*, p. 410

o campo de incidência do Direito Administrativo, submetida, que está, a seus regramentos, uma considerável parcela do sistema produtivo. Nesse tema, o desafio com que se deparam os publicistas é o de harmonizar os princípios administrativistas clássicos com o ideário constitucional democrático.

No Estado de direito, os poderes são exercidos por meio de funções pelas quais o Estado reparte sua atividade; seus órgãos são as diferentes personagens, ou corpos públicos, encarregados de desempenhar as diversas funções do poder.<sup>10</sup>

A divisão das funções estatais em *legislação, jurisdição e administração* corresponde, pois, à existência de três órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo. Tal divisão, atribuída a Montesquieu, o publicista do "Espírito das Leis", é hoje adotada por quase todas as organizações políticas.

Ao sistematizar a doutrina da divisão de poderes, Montesquieu assinalou, como experiência eterna, que o homem tende a abusar do poder que lhe é atribuído, agindo até encontrar os limites que lhe são impostos.

Acontece que a simples delimitação do exercício de parcelas do poder por órgãos diferenciados não evita a prática de abusos, donde a necessidade de que um poder possa controlar e limitar o outro, superando-se a noção equivocada de que a divisão de competências se liga à idéia de separação de poderes ou "divisão", centrando sua doutrina na necessidade do equilíbrio entre os poderes.

De modo idêntico, não se pode sustentar a validade da noção de separação de poderes, segundo a natureza das funções correspondentes, pois estas se mesclam nas três esferas da tripartição horizontal, valendo a distinção unicamente em termos de preponderância.

Neste sentido, assinala Seabra Fagundes:

"Cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde, e sim nela sua competência principal ou predominante. Ao Poder Legislativo delega o direito escrito a quase totalidade das atribuições de natureza legislativa, como, de modo semelhante, delega as de natureza administrativa e jurisdicional aos Poderes Exe-

cutivo e Judiciário, respectivamente."<sup>11</sup>

De igual teor a lição de Garrido Falla:

"Todos os órgãos do Poder exercem função administrativa, sendo de todo inaceitável a concepção de que fosse ela a zona de atividade desenvolvida pelo Poder Executivo, na forma entendida por alguns autores. Na realidade, não detém o órgão executivo o monopólio da atividade administrativa, na medida em que os órgãos legislativo e judiciário exercem, igualmente, funções administrativas."<sup>12</sup>

O que há, portanto, não é tripartição de poderes, com divisão absoluta de funções, mas distribuição das três funções estatais principais (não exclusivas) entre órgãos autônomos e independentes, que são harmônicos e articulados no seu funcionamento.

Seabra Fagundes oferece, no seu *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, análise meditada sobre as funções do Estado*. Segundo o renomado autor, a *administração* e a *jurisdição* referem-se à realização do direito, enquanto a *legislação*, à formação do direito. Com efeito, é mais fácil contrastar a atividade legiferante, de que resulta o direito positivo (isto é: as normas gerais, abstratas e obrigatórias, destinadas a reger a vida coletiva), com a administrativa e a jurisdicional, do que estabelecer os lindes precisos e o discrimen ontológico entre estas, que são espécies do gênero funções de execução, embora assumam modos diferentes de interferência na etapa de efetivação das normas jurídicas, em suas aplicações aos casos concretos.

A conversão da lei em ato individual se insere, precipuamente, no âmbito da função administrativa. Mesmo no exercício do poder discricionário, não pode a Administração se afastar dos limites legais, pois atua num estreito espaço delimitado pela norma.

À função jurisdicional cabe a solução de conflitos, com a aplicação da regra de direito ao caso concreto. Invocada a tutela jurisdicional, num primeiro momento, ao apreciar a controvérsia, remove o litígio, fixando definitivamente a exegese, no processo de conhecimento. Noutro, faz realizar o direito já declarado, se necessário, no processo de execução. Igualmente, assegura a futura efetivação de um comando normativo, por meio de medidas acautelatórias.

<sup>10</sup> MALBERG, C., apud LEITE, L. F. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 39.

<sup>11</sup> FAGUNDES, M. S., op. cit., p. 51.

<sup>12</sup> FALLA, F. G., apud LEITE, L. F., op. cit., p. 51.

Portanto, a função jurisdicional, tanto quanto a administrativa, determina ou define situações jurídicas individuais, diferenciando-se, quanto ao momento, modo e finalidade de atuação, o que lhes dará caracteres próprios.

Note-se que a hipertrofia do aparato estatal justifica a existência de um poder, guardião das garantias e liberdades públicas, que possa apreciar as questões oriundas da atividade administrativa, com autonomia e independência institucionais. Neste sentido, a necessidade de controle da Administração pelo Judiciário vem se consolidando na consciência jurídica dos povos do mundo ocidental, pois é, historicamente, o poder menos vulnerável às vicissitudes políticas.

Atualmente, vem-se difundindo largamente o entendimento de que esse controle deve ser ampliado, numa tentativa de compatibilizar os institutos do Direito Administrativo com o ideário do Estado de direito.

#### 4. Os princípios constitucionais da Administração Pública

Na seara do Direito Público, a locução “administrativa pública” tem suscitado diferentes colocações dos doutrinadores diante da problemática conceitual.

Adotando este ou aquele critério, situando-se neste ou naquele ângulo, apresentaram os sistematizadores do Direito Público as mais diversas definições sobre Administração Pública.

Como bem acentua Hely Lopes Meirelles:

“O conceito de Administração Pública não oferece contornos bem definidos, quer pela diversidade de sentidos da própria expressão, quer pelos diferentes campos em que se desenvolve a atividade administrativa.”<sup>13</sup>

Assim, a expressão “Administração Pública” comporta dois sentidos: o formal e o material.

Administração Pública, em sentido formal, é o conjunto de órgãos e entidades administrativas instituído para a consecução dos objetivos do Estado; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral.

Conciliando o conceito formal e o conceito material, é possível obter-se a definição completa de Administração Pública, conjugando, no definido, as entidades e órgãos executores com a própria atividade administrativa.

Há que distinguir, ainda, na problemática

conceitual da Administração Pública, a sua posição no conjunto dos elementos que constituem a estrutura política e administrativa do Estado. Neste sentido, incluem-se, na Administração Pública, todos os órgãos que executam os serviços do Estado, excluídos apenas os judiciários e os legislativos. Assim, Administração Pública designa o conjunto de órgãos e entidades do Poder Executivo, sendo equivalente a este.

O fim da Administração Pública residirá sempre no atendimento do interesse público, com a observância permanente e obrigatória, entre outros, de quatro princípios básicos, consagrados pela doutrina administrativa e atualmente explicitados no art. 37, *caput*, da Constituição da República, a saber: *legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade*.

Como observa Hely Lopes Meirelles:

“Por esses padrões é que se hão de pautar todos os atos administrativos. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da validade da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais.”<sup>14</sup>

O princípio da legalidade significa que as atividades da Administração Pública se subordinam ao império da lei. Trata-se de limitação à atividade administrativa, visando coibir o arbítrio, estabelecendo o primado da lei, que traduza a vontade geral.

É, pois, na lei que Administração Pública encontra seu fundamento, orientação e limite, dela não podendo se afastar, sob pena de praticar ato inválido.

O princípio da impessoalidade constitui desdobramento do anterior. Impõe que a Administração não abra espaço à vontade pessoal do agente que, subordinado aos ditames legais, não pode se desviar da finalidade pública para satisfazer móvel pessoal e interesses privados. Favoritismos e perseguições não são toleráveis.

A inobservância do princípio da impessoalidade acarreta uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder: o desvio de finalidade.

O princípio da moralidade constitui pressuposto de cujo conceito, na lição de Maurice Hauriou, significa:

“O conjunto de regras de conduta

<sup>13</sup> MEIRELLES, H. L., op. cit., p. 79.

<sup>14</sup> MEIRELLES, H. L., op. cit., p. 82.

tiradas da disciplina interior da administração.”<sup>15</sup>

Assim, a Administração Pública deve observar os valores morais que a Norma Jurídica consagra. Atenta à finalidade pública, a moral administrativa é composta por regras de boa administração.

A moralidade administrativa está, pois, ligada ao conceito de “bom administrador”, que, segundo Manoel Oliveira Franco Sobrinho:

“É aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum.”<sup>16</sup>

O inegável é que o princípio da moralidade, com o advento da atual Constituição, integra agora o direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, constituindo-se em fator de legalidade e de validade da atividade administrativa. Daí por que sua observância se sujeita ao controle judicial, como já vinha sustentando a doutrina mais atual, com marcantes repercussões na jurisprudência.

Por derradeiro, o princípio da publicidade visa assegurar a divulgação oficial dos atos e contratos administrativos, para conhecimento público e início de seus efeitos externos.

Além do requisito de eficácia e moralidade da atividade administrativa, o princípio da publicidade propicia o seu controle pelos interessados diretos e pela população em geral, por meio dos instrumentos constitucionais, a saber: mandado de segurança (art. 5º LXIX), direito de petição (art. 5º, XXXIV, a), ação popular (art. 5º, LXIX), e *habeas data* (art. 5º, LXII). Decorrente desse princípio é, também, o direito do cidadão à obtenção de certidões em repartições públicas (art. 5º, XXXIV, b).

Como se viu, o art. 37, *caput*, da Constituição, reportou expressamente à Administração Pública apenas quatro princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade. Contudo, vários outros mereceram também tratamento constitucional: uns por constarem explicitamente da Carta Magna, embora não mencionados no *caput* do art. 37; outros por nela estarem contidos implicitamente, como conseqüências lógicas do próprio Estado de direito.

<sup>15</sup> HAURIUO, M., apud MEIRELLES, H.L., op. cit., p. 83.

<sup>16</sup> SOBRINHO, M.O.F., apud MEIRELLES, H.L., op. cit., p. 85.

Enumerem-se, a propósito, os princípios da razoabilidade, da motivação, da responsabilidade civil do Estado, da proporcionalidade e do controle jurisdicional dos atos administrativos.

5. *Os poderes vinculado e discricionário: traços distintivos*

A Administração é dotada de poderes administrativos para a realização de suas atividades, que constituem verdadeiros instrumentos de trabalho a serem utilizados pelo administrador, sempre com vistas ao atendimento do interesse público.

Uma das grandes distinções que se fazem entre os poderes administrativos, à qual se atribui o maior relevo, com justa razão, é que os separa em poderes vinculado e discricionário.

Como se sabe, o princípio da legalidade impõe que a Administração atue sempre em estrita obediência à lei. Contudo, sempre se reconheceu a necessidade de, em determinadas situações, deixar-se ao agente liberdade de ação, quanto à opção por uma dentre várias soluções ou alternativas, segundo critérios de conveniência e oportunidade. Isto se justifica pela impossibilidade de a norma legal abarcar todos os aspectos da vida social onde se registra a atuação do poder público, a par da necessidade de se conferir maior rapidez e flexibilidade à Administração, para tomar a decisão que melhor se ajuste às peculiaridades do caso concreto.

Assim, consoante o maior ou menor grau de liberdade que a regra confere à ação do administrador, no âmbito de sua competência, erigiu-se a clássica distinção doutrinária entre os poderes discricionário e vinculado.

Na conceituação de Hely Lopes Meirelles:

“Poder vinculado é aquele que o direito positivo – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização.”<sup>17</sup>

Já o poder discricionário, para o ilustre autor:

“É o que o direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos, com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.”<sup>18</sup>

Destarte, quando a norma não prevê os exatos contornos da situação fática, que enseja a

<sup>17</sup> MEIRELLES, H. L., op. cit., p. 101.

<sup>18</sup> Idem, ibidem, p. 102.

prática de determinado ato administrativo, conquanto prescreva seus delineamentos gerais, o administrador agirá com maior liberdade para decidir sobre a melhor forma de realizar o interesse público. Não se trata, obviamente, de uma liberdade de ação relegada ao talento do agente, mas o exercício de um poder criador, dentro dos limites permitidos em lei.

Esses aspectos respeitantes à conveniência e oportunidade do ato administrativo conformam o chamado *mérito administrativo*.

Como bem salienta Hely Lopes Meirelles:

“O conceito de mérito administrativo é de difícil fixação, mas poderá ser assinalada a sua presença toda vez que a Administração decidir ou atuar valorizando internamente as consequências ou vantagens do ato.”<sup>19</sup>

A oposição entre os conceitos de mérito e legalidade vem sendo gradativamente superada pela doutrina e jurisprudência, porquanto a margem de liberdade conferida à Administração não se exerce acima ou fora da lei, senão com sujeição a ela, presente o poder-dever do agente de adotar a opção que melhor atenda ao interesse público.

Para José Cretella Junior:

“A apreciação do que é oportuno e conveniente ou, então, só oportuno ou só conveniente, abrange um *mare magnum* de reflexões do agente ao apreciar o motivo do ato administrativo, para depois editá-lo ou abster-se disso, ponderando sobre hora, dia, lugar, equitatividade, razoabilidade, justiça, economia, acerto, moralidade, injustiça, utilidade intrínseca, fidelidade aos princípios da boa gestão.”<sup>20</sup>

Os valores que o aludido autor traz à colação estão, indubitavelmente, juridicizados. O administrador tem o dever jurídico de atuar com equidade, razoabilidade, justiça, acerto, enfim, com moralidade, para atingir os objetivos da Administração, sob pena de incorrer em ilegalidade.

A moderna doutrina do Direito Administrativo repele a oposição absoluta entre poder vinculado e poder discricionário, porquanto, na prática, não se verifica seu exercício em forma pura. Haverá sempre aspectos vinculados e sempre restará, por mínima que seja, alguma margem de liberdade para o administrador escolher a me-

lhor opção, ou pelo menos a mais vantajosa para cada caso ocorrente.

De modo idêntico, não mais se aceita a insindicação dos atos decorrentes da ação administrativa discricionária, construindo-se farta doutrina e jurisprudência sobre os limites jurídicos dessa ação, que se manifestam em variadas latitudes, ampliando a sistematização do tema do controle judicial da discricionariedade.<sup>21</sup>

## 6. Discricionariedade administrativa

### 6.1 Conceito

O conceito de discricionariedade é um dos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria jurídica.

Neste sentido, são muitos os conceitos de discricionariedade adotados na doutrina. Seleccionamos alguns, entre os diversos administrativistas pátrios e estrangeiros.

Discricionariedade, para Celso Antônio Bandeira de Mello:

“É a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador, a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica diante do caso concreto, segundo critério subjetivo próprio, a fim de dar, na situação específica, satisfação real ao objetivo abstratamente previsto na regra de direito que lhe assiste cumprir.”<sup>22</sup>

José Cretella Junior adota a seguinte definição:

“Chama-se discricção a faculdade de operar dentro de certos limites, o poder concedido ao agente público de agir ou deixar de agir dentro de um âmbito demarcado pela regra jurídica.”<sup>23</sup>

Régis Fernandes de Oliveira propõe:

“Discricionariedade é a integração da vontade legal feita pelo administrador, que escolhe um comportamento previamente validado pela norma, dentro dos limites de liberdade resultantes da imprecisão da lei, para atingir a finalidade pública.”<sup>24</sup>

Agustin Gordillo preleciona que:

<sup>21</sup> A questão suscita polêmicas, encontrando ainda resistências em setores que proclamam o princípio constitucional da separação de poderes, como barreira intransponível à revisão judicial do ato administrativo.

<sup>22</sup> MELLO, C. A. B. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 66.

<sup>23</sup> CRETELLA JUNIOR, J. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, p. 250.

<sup>24</sup> OLIVEIRA, R.F., op. cit., p. 67.

<sup>19</sup> Idem, ibidem, p. 137.

<sup>20</sup> CRETELLA JUNIOR, J. *Do Ato Administrativo*. São Paulo, José Buchatsky Editor, 1977, p. 4.

“A discricionariedade não é o resultado de uma carência pura e simples de regulamentação normativa: é em realidade de uma forma possível de regulamentação, na qual a lei fixa um marco de competência dentro do qual deixa ao funcionário uma margem de decisão, de criação própria, sem que isto signifique, por si só, que a mera atribuição de competência possa entender-se como outorga de liberdade para atuar.”<sup>25</sup>

### 6.2. Natureza

No que concerne à natureza da discricionariedade, há, fundamentalmente, três orientações, que são mencionadas por Giannini e citadas por A. G. Pereira:<sup>26</sup>

a) a primeira vê na discricionariedade uma liberdade de escolha do agente entre vários comportamentos possíveis: a norma indicaria ao agente o fim a prosseguir, mas deixaria a seu juízo a determinação dos meios e das circunstâncias;

b) a segunda considera a discricionariedade de uma operação intelectual por parte do agente: a norma emprega, por vezes, conceitos vagos, imprecisos ou passíveis de várias acepções, e incumbe ao agente completar a norma, precisar-lhe o sentido, dando, assim, exato cumprimento às finalidades estipuladas;

c) por último, a terceira orientação entende que o cerne da discricionariedade é a remissão do agente para normas extrajurídicas, que podem ser técnicas, científicas ou ainda normas de boa administração. O agente deveria sempre preencher o vazio da norma jurídica com a utilização dessas normas extrajurídicas.

A doutrina dominante inclina-se para a primeira orientação, refutando a identificação da discricionariedade com conceitos “vagos” ou “indeterminados” e com as normas “técnicas” ou “científicas”.

### 6.3. Fundamentos

Diversos são os argumentos utilizados pelos autores para justificar a discricionariedade. Como se verá, tais argumentos oferecem valiosos subsídios para a compreensão mais vigorosa da faculdade discricionária.

É bem verdade que, como inúmeros são os

fatos da vida empírica e infinitas suas manifestações, não pode o legislador prever todas as hipóteses possíveis de ocorrência fática dentro das normas.

Afonso Rodrigues Queiró, renomado publicista português, assinala com propriedade:

“A norma é obra de um legislador, e seria insensato negar que a este legislador é impossível, material e logicamente, para muitíssimas hipóteses, transmitir ao agente mais do que ordens e enunciar os fatos com conceitos de caráter em certa medida vago e incerto, de tal maneira que o agente, ao executar essas normas e interpretar esses conceitos, deve fixar-se, devendo agir em uma dentre várias interpretações possíveis destes últimos”.<sup>27</sup>

Esclarece o autor a impossibilidade material e lógica de o legislador prever toda a gama infinita de circunstâncias que podem surgir no mundo fático. As situações que ocorrem, empiricamente, são tão variáveis que, de fato, seria praticamente impossível catalogá-las nas normas.

Note-se que, caso possível fosse ao legislador prever, na atividade legiferante, todas as inúmeras atuações dos particulares, haveria a substituição de um órgão do poder por outro, isto é, o legislador teria que se despedir da abstração própria das leis, invadindo o campo da individualização, que lhe é defeso, por ser área administrativa.

Retomando ainda o ensinamento de Afonso Queiró, é de se assinalar que o legislador, na elaboração da norma, se utiliza de conceitos teóricos e práticos. Aqueles são determináveis no “plano das ciências empírico-matemáticas, de contornos absolutamente individualizáveis, com valor objetivo e universal”.<sup>28</sup>

Não deixando qualquer opção ao legislador, ou a possibilidade de qualquer comportamento outro, estamos diante da vinculação. Estes, porém, são atinentes

“ao mundo dito da sensibilidade, da razão prática, onde domina a incerteza, o parecer de cada um, onde não existe uma lógica de valor universal, nas concepções individuais, a-científicas, subjetivas (individuelle Antwort) e então o juízo de subsunção não mantém o mesmo caráter de

<sup>25</sup> GORDILLO, A., *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, p. 180.

<sup>26</sup> PEREIRA, A. G., apud RIBEIRO V., *O Estado de Direito e o Princípio da Legalidade da Administração*. Coimbra, 1981, p. 87.

<sup>27</sup> QUEIRÓ, A. R. *Reflexões sobre a Teoria do Desvio do Poder em Direito Administrativo*. Coimbra, 1948, p. 21.

<sup>28</sup> QUEIRÓ, A. R., op. cit., p. 29.

necessidade lógica de categoricidade”<sup>29</sup>

Utilizando-se, pois, dos conceitos práticos, que se ressentem de certa fluidez, de alguma incerteza, permanece sempre ao administrador uma esfera de liberdade, que implica a escolha de um dos vários comportamentos possíveis.

Em suma, justifica-se a existência da discricionariedade sob três aspectos: a impossibilidade material do legislador de prever todas as situações; a impossibilidade lógica de obstar a discricionariedade; e a inviabilidade jurídica, em regime de tripartição do exercício do Poder, da supressão da discricionariedade.

#### 6.4. Localização

A discricionariedade, observa Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Pode resultar da hipótese da norma jurídica a ser implementada, do mandamento dela ou, até mesmo, de sua finalidade.”<sup>30</sup> (Grifamos.)

Por hipótese da norma entenda-se a prefiguração pela lei daquela situação, em vista da qual dado comportamento pode ou deve ser tomado. Por mandamento da norma entenda-se o comando emanado da lei, ou a imposição que ela faz. Por finalidade da norma entenda-se o objetivo que a lei se propõe a atingir, ou o bem jurídico colimado.

Assim, tem-se discricionariedade quando os pressupostos fáticos, pela norma encampados, que legitimam a prática do ato, estão delineados por conceitos que Afonso Queiroz denominou “práticos”, isto é, vagos, imprecisos, plurissignificativos. Neste caso, cabe ao administrador fixar-lhes concretamente o alcance na espécie, embora dentro dos limites estabelecidos na lei.

De modo idêntico, pode a discricionariedade descansar no mandamento da norma. Isto sucederá, quer hajam sido utilizados conceitos “práticos” ou “teóricos” na hipótese legal (e independentemente da fluidez presente no enunciado da finalidade), quando a norma facultar uma conduta, em vez de exigí-la. Neste caso, a discricionariedade é limitada à possibilidade de agir ou não agir do administrador.

Por último, a discricionariedade poderá residir na finalidade da norma, já que a determinação precisa dela, para atender ao interesse público, e dependerá de sua avaliação até certo ponto subjetiva, em graus variáveis.

Portanto, quando a norma se referir aos fins, utilizando-se de conceitos “práticos”, igualmente caberá ao administrador agir com discricionariedade.

#### 6.5. Limites

Caio Tácito classifica os limites da discricionariedade em *externos* e *internos*. Os primeiros compreendem a competência e a existência material dos motivos; os últimos, a observância de seus fins legais.<sup>31</sup>

A moderna doutrina do Direito Administrativo vem aprofundando esta discussão. A propósito, Agustín Gordillo divisa os limites concretos, que são estabelecidos na norma, e os *limites relativos* ou *elásticos*, que se baseiam nos princípios de Direito.

Conforme preleciona:

“Em nenhum momento pode-se pensar atualmente que uma porção da atividade administrativa possa estar fora ou acima do ordenamento jurídico e é por isso que se enuncia uma série de princípios de Direito, que constituem um limite à discricionariedade administrativa. Esses limites à discricionariedade se diferenciam das faculdades regradas por constituírem em geral limitações mais ou menos elásticas, vagas, imprecisas, necessitadas de uma investigação de fato, no caso concreto, a fim de determinar sua transgressão, a par de que a violação das faculdades regradas é usualmente mais clara, ao resultar da mera confrontação do ato com a norma legal. Assim, a regulação é o *limite concreto*; os *limites que freiam a discricionariedade* são *limites relativos* ou *elásticos*.”<sup>32</sup>

Dentre os limites relativos ou elásticos à discricionariedade, a serem estabelecidos a partir da análise acurada do caso ocorrente, figuram o *princípio da razoabilidade*, o *desvio de poder* e a *boa-fé*.

No primeiro caso, a decisão discricionária do administrador será ilegítima, apesar de não violar norma alguma, se é “irrazoável”, o que pode acontecer nas seguintes hipóteses:

a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que sustenta; ou

b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notó-

<sup>31</sup> TÁCITO, C. “O Desvio de Poder Administrativo”, In. *Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1975.

<sup>32</sup> GORDILLO, A. op. cit., p. 183.

<sup>29</sup> Idem, ibidem, p. 29.

<sup>30</sup> MELLO, C. A. B., op. cit.

rios, ou se funde em fatos ou provas inexistentes; ou

e) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva ao que se quer alcançar”<sup>33</sup>

No segundo caso, a decisão discricionária do administrador será igualmente ilegítima, se atuar com desvio de poder, ou seja, se ocorrer as seguintes hipóteses:

“a) atua com fim pessoal (vingança, favoritismo etc.);

b) com um fim administrativo, porém não aquele querido pela lei: se a lei autoriza a adotar determinada medida (por exemplo: a cobrança de multas por certas infrações), tendo em vista uma finalidade específica (no caso, evitar o cometimento de novas infrações), será desviada e com isso ilegítimo o ato que a adote com finalidade distinta (por exemplo: tratar de arrecadar os maiores fundos possíveis para determinadas obras comunais).”<sup>34</sup>

No último caso, a boa-fé como limite à atividade discricionária, Agustín Gordillo preleciona que:

“Coisa igual sucederá se o órgão que desempenha de uma potestade pública utiliza-a com má-fé, usando subterfugios ou artimanhas - por ação ou omissão, inclusive o silêncio - para levar a engano ou a erro um administrado; tal tipo de conduta é, por certo, incompatível com o que deve ser o exercício da função administrativa e é também ilegítima, ainda que a faculdade que no caso se exerça, seja discricionária.”<sup>35</sup>

Ressalte-se que a lesividade do ato, que pode envolver tanto a violação de um direito subjetivo quanto a contrariedade de um interesse público, constitui também limite à discricionariedade. Assim, a escolha da melhor alternativa implica um poder-dever para o administrador público. Se for possível sua determinação, considerando o elenco de opções que está a seu alcance, figurará outro limite à apreciação discricionária, inserindo-se no conceito de moralidade administrativa.

Dentro da margem de liberdade de escolha que a norma lhe confere, a alternativa do administrador deverá se pautar na *lógica do razoável e da razão vital e histórica*, a que faz menção Luis Recaséns Siches, quando sustenta que a interpretação e aplicação dos conteúdos jurídicos estão condicionadas por pontos de vista e hierarquias de caráter estimativo.<sup>36</sup>

Amplia-se, assim, o campo do controle judicial da atividade discricionária, em face da existência de normas e princípios jurídicos que limitam a ação do administrador. O agir dentro da legalidade assume o significado de atuar conforme o direito, de modo que a atividade administrativa atenda à finalidade legal.

A exigência de atuar conforme o direito não representa a negação da discricionariedade administrativa. A margem de liberdade que a norma reserva ao administrador, em maior ou menor grau, considerando que esta não apreende, ao nível abstrato, todas as situações que envolvam os critérios de conveniência e oportunidade, diferencia sua atuação, em relação às chamadas faculdades regradas ou vinculadas.

A esfera de liberdade remanescente ao agente não significa permissão para este atuar à margem do Direito. Cabe-lhe, diante do caso concreto, exercer o poder criador, com liberdade, nos limites permitidos em lei.

Portanto, no que respeita aos atos administrativos discricionários, a indeterminação da norma exige do administrador, ante um elenco de alternativas mais ou menos amplo, a escolha da que melhor atenda ao interesse público.

7. O Judiciário como órgão de controle dos atos administrativos

No sistema brasileiro, de jurisdição única, o Judiciário é o órgão competente para controlar a ação administrativa em todos os seus aspectos e em caráter definitivo, verificando a conformidade do ato administrativo com a norma jurídica.

É o que dispõe o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 5º

.....  
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Assim, estão os atos administrativos, tanto

<sup>33</sup> GORDILLO, A. op. cit., p. 183-184.

<sup>34</sup> GORDILLO, A. op. cit., p. 184.

<sup>35</sup> Idem, *ibidem*, p. 186.

<sup>36</sup> SICHES, L. R. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. Ciudad de México, Porrúa, 1978, p. 664.

vinculados quanto discricionários, sujeitos ao controle judicial sempre que se instale a controvérsia e se invoque a tutela do Estado-Juiz.

Nas hipóteses em que existe prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento do administrador, em face da situação concreta, estando assim o ato administrativo submetido a estritos regramentos, não se oferecem maiores dificuldades ao Judiciário para a verificação da sua legalidade.

Contudo, quando a situação fática, que enseja a edição do ato, não está prevista em lei, cabendo à Administração, no exercício da faculdade discricionária, a eleição das circunstâncias, vale dizer, dos motivos do ato, torna-se mais complexa a tarefa de verificar a sua adequação à finalidade legal, no interior de uma lide.

Embora a doutrina administrativa clássica tenha preconizado, com larga aceitação, a impossibilidade de revisão dos atos decorrentes da ação administrativa discricionária, essa noção vem sendo superada por fecunda construção doutrinária e jurisprudencial moderna, que reconhece a existência de limites jurídicos à discricionariedade.

De início, há de se observar a dificuldade para estabelecer uma disciplina uniforme e precisa, posto que, conforme arremata Seabra Fagundes:

“Aliás é ainda de notar que a própria competência discricionária pode ser ora mais, ora menos extensa. Vezes há em que diz respeito à utilidade e oportunidade (motivos do ato administrativo). Algumas vezes refere-se ao modo de agir (objeto ou conteúdo do ato administrativo). Outras vezes, ainda, alcança a ambos simultaneamente. Mas como quer que seja, subsistem mesmo na hipótese de competência discricionária, limitações às atividades administrativas, como as referentes à forma, à competência, à finalidade etc., vinculando-a à legalidade.”<sup>37</sup>

Acresce o fato de que a discricionariedade administrativa pode se manifestar tanto no plano positivo, quando se pratica, como no negativo, quando se deixa de praticar o ato.

José Afonso da Silva observa que a eficácia do controle judicial da discricionariedade, como meio de defesa do patrimônio público,

ficou reduzida sob “a orientação de que o Judiciário não pode apreciar o merecimento dos atos administrativos”.<sup>38</sup>

Conclui o citado autor:

“A existência de lesão implicava mais a aferição de critérios de moralidade do que de legalidade...”<sup>39</sup>

Sucedem que os critérios de moralidade administrativa se incluem no conceito amplo de legalidade. A observância desse princípio, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República, refere-se às regras de boa administração. Neste sentido, a conveniência e a oportunidade da prática do ato se inserem nas condições de sua legalidade.

Não se pode estabelecer, aprioristicamente, proibição ao Judiciário do exame da discricionariedade administrativa, pois isto resultaria em flagrante ofensa à garantia constitucional da prestação jurisdicional.

A ampliação do controle judicial dos atos praticados no exercício do poder discricionário, além de constituir mecanismo eficaz para a defesa do administrado em face da Administração e daqueles que fazem uso desatado do poder, propiciará a participação mais intensa dos administrados na gestão dos negócios públicos.

#### 8. A discricionariedade e extensão do controle judicial

Não obstante goze o administrador do poder de escolher, nos casos em que a lei lhe faculta, a solução que melhor atenda ao interesse público, dentro de critérios de conveniência e oportunidade, toda a atenção dos administrativistas se volta ao controle, por parte do Poder Judiciário, do exercício da atividade discricionária.

Não há como negar, conforme preleciona Afonso Queiró:

“O poder discricionário da Administração nunca é uma livre escolha ou uma livre atividade; é pelo menos sempre limitado, dirigido, regulado, ligado pelo fim da lei.”<sup>40</sup>

No mesmo sentido, assinala, com perfeição, Lúcia Valle Figueiredo:

“Entendo que o Judiciário pode e deve fazer amplo controle dos atos administrativos. Cabe ao próprio Judiciário,

<sup>38</sup> SILVA, J. A., *Ação Popular Constitucional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968., p. 123.

<sup>39</sup> SILVA, J.A., op. cit., p. 123.

<sup>40</sup> QUEIRÓ, A. R., op. cit., p. 45.

<sup>37</sup> FAGUNDES, M. S., op. cit., p. 84.

ao dissecar o ato, traçar o limite de exame, a fim de deixar intocável a esfera devida ao administrador. Deve percorrer na trilha do exame até o momento em que, quer a decisão *a*, quer a *b*, sejam ambas possíveis, por não se poder mais discernir qual a melhor.”<sup>41</sup>

É possível, pois, o controle judicial dos conceitos indeterminados ou plurissignificativos de que se serve a discricionariedade. Importa trazer tais conceitos para a zona de certeza, como dizem Garcia de Enterría e Thomas Ramon Fernandez, no seu *Curso de Derecho Administrativo*.

Destarte, seria de todo inconveniente se examinasse a discricionariedade administrativa sem se mencionar o controle judicial de seus limites. É justamente no estudo da atividade discricionária que se indaga sobre a extensão desse controle e até onde é legítimo impor-lhe balizas.

Acompanha-se, neste estudo, a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar que:

“Nada há de surpreendente em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à *investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato*. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio – e de resto fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito.”<sup>42</sup> (Grifamos.)

#### 8.1. Exame dos motivos do ato

O exame dos motivos do ato, quer quanto à subsistência deles, quer quanto à idoneidade que apresentam para determinarem a vontade do administrador na direção que haja tomado, é meio hábil para o controle, por parte do Judiciário, do exercício da atividade discricionária.

Assim, se inexistente o motivo, ou se dele o administrador extraiu conseqüências incompatíveis com o princípio de direito aplicado, ter-se-á a nulidade do ato por violação da legalidade, ou, melhor dizendo, haverá um vício a macular a higidez do ato. Tanto o erro de fato como o erro de direito autorizam a anulação judicial do ato administrativo.

Portanto, ao Judiciário compete invalidar todo

<sup>41</sup> FIGUEIREDO, L. V. “Discricionariedade: Poder ou Dever?”. In *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 138.

<sup>42</sup> MELLO, C. A. B. op. cit., p. 424.

ato que, a pretexto de exercer a faculdade discricionária, indique a ausência ou defeito do motivo.

Acolhendo a mesma doutrina, diz Caio Tácito:

“As violações mais audaciosas à legalidade, afetando a finalidade da competência do administrador ou alicerçando-se em motivo falso ou inidôneo, somente podem ser aferidas mediante o conhecimento dos trâmites do ato censurado.”<sup>43</sup>

Considera, ainda, que:

“Negar ao Juiz a verificação objetiva da matéria do fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco.”<sup>44</sup>

#### 8.2. Exame da finalidade (o desvio de poder)

No exame da finalidade do ato, o Judiciário comparece também a fim de controlar a legitimidade da ação da Administração. Se o agente se utiliza de sua competência para atingir finalidade diversa daquela que lhe foi outorgada pelo ordenamento, teremos desvio de poder (*détournement du pouvoir*, na França; *sviamento di potere*, na Itália). Disto resulta uma descoincidência objetiva entre a regra de competência e o ato praticado.

As noções que existem sobre desvio de poder advêm da ação do Conselho de Estado francês, ou do mesmo órgão italiano. Trata-se, hoje, de entendimento corrente, tanto entre doutrinadores, como nos tribunais.

Afirma Laubadère:

“Il ya détournement du pouvoir lorsqu' une decision a été prise en vue d'un but autre que celui pour lequel elle pouvait l'être.”<sup>45</sup>

Renato Alessi assim define o desvio de poder:

“Nel concedere una data facultá discrezionale all' amministrazione, e si colpi l'uso di tale facultá per uno scopo estraneo allo scopo avuto di mira dalla legge.”<sup>46</sup>

<sup>43</sup> TACITO, C., apud MELLO, C.A.B., op. cit., p. 425.

<sup>44</sup> Idem, ibidem, p. 425.

<sup>45</sup> LAUBADÈRE, A. *Manuel de Droit Administratif*. Paris, 1969, p. 113.

<sup>46</sup> ALESSI, R., *Sistema Istituzionali del Diritto Amministrativo*, Milano, Dott. A. Giuffrè 1960, pp. 367/368.

George Vedel assinala as seguintes modalidades de desvio de poder, conforme a hipótese:

“a) caso em que o agente não perseguiu um interesse público, alimentado por móvel pessoal de favorecimento ou vingança, pratica o ato por razões estranhas à finalidade pública;

b) caso em que persegue um fim de interesse público, contudo alheio à categoria de interesses computados no âmbito de sua competência;

c) caso em que se vale de uma via jurídica para atingir fins públicos implementáveis por via jurídica diversa.”<sup>47</sup>

O certo é que, nas várias hipóteses, tem-se como referência a finalidade normativa, seu alcance e seu significado em Direito, e confronta-se com ela o ato administrativo, invalidando-o se foi editado em desconformidade com o objetivo legal.

### 8.3. Exame da causa

Como último meio de contraste judicial da discricionariedade, aponta-se o exame da causa do ato. Alguns autores identificam esta expressão em acepções diversas, mas impõe-se a fixação de uma precisão terminológica.

Neste sentido, a causa, consoante a lição de André Gonçalves Pereira:

“É uma relação de adequação entre os pressupostos do ato e o seu objeto.”<sup>48</sup>

Destarte, o exame da causa, tal como concebe o citado autor, deve abranger a adequação entre os pressupostos fáticos do ato (motivo) e o seu conteúdo, tendo em mira e finalidade legal do ato.

Ao que se vê, comparecerá o Judiciário a fim de controlar a legalidade da atuação administrativa se, existentes os motivos, não houver uma relação de pertinência entre eles e o conteúdo do ato, em vista da finalidade para a qual foi concebido.

### 9. Conclusões

Em síntese e conclusão do exposto, não há como deixar de reconhecer que:

a – Escrever sobre a discricionariedade administrativa e o controle judicial de seus limites é tarefa árdua e gratificante. Árdua, porque é sabido que o assunto está longe de considerar-se esgotado. Somente agora, a doutrina se vai aprofundando na matéria, à custa, principalmen-

te, do grande esforço de democratização do Direito Administrativo. Gratificante, porque é um dos temas mais ricos e importantes desta província jurídica, permitindo ao estudioso, que o defronte a sério, mergulho profundo em seara onde repousa a relação entre o princípio da finalidade e a validade do ato administrativo.

b – De outro lado, a eficaz garantia dos direitos dos administrados, ante as prerrogativas da Administração, está em relação direta com a extensão que se reconheça ao controle judicial dos atos praticados no exercício da atividade discricionária.

c – A Administração Pública é destinatária das normas legais e seu comportamento está sujeito ao princípio da legalidade na forma expressa. No sistema brasileiro, de jurisdição única, o Judiciário é o órgão competente para controlar a ação administrativa em todos os seus aspectos e em caráter definitivo, verificando a conformidade do ato administrativo com a norma jurídica.

d – Não se pode mais entender a Administração Pública como mera executora da vontade da lei, mas como complexo instrumento político de persecução do bem-comum, sujeito a balizamentos legais e éticos.

e – A discricionariedade é o poder-dever do administrador de, ante a indeterminação da norma, fazer a apreciação subjetiva para estabelecer qual é, no caso concreto, a solução que melhor atenda à finalidade legal e ao interesse público.

f – A decisão tomada pelo agente no exercício da apreciação discricionária é sempre relativa, sempre limitada e sempre contrastável judicialmente.

g – O controle dos atos decorrentes do exercício do poder discricionário não significa que o Judiciário possa modificar os critérios de conveniência e oportunidade que os tenham informado, operando assim uma substituição à vontade administrativa. Tal procedimento, estranho à função jurisdicional, implicaria a usurpação de funções. O que cabe ao Judiciário é verificar se a escolha, levada a cabo pela Administração no caso concreto, se manteve nos limites da razoabilidade e da boa-fé.

h – O controle dos atos administrativos, ainda que praticados no exercício do poder discricionário, se estende à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato administrativo.

i – Os critérios de moralidade se incluem no

<sup>47</sup> VEDEL, G., apud MELLO, C.A.B., op. cit.

<sup>48</sup> PEREIRA, A.G., op. cit., p. 122.

conceito amplo de legalidade. A obediência a esse princípio, previsto no art. 37, *caput*, do Texto Básico, refere-se às regras de boa administração. Neste sentido, a conveniência e a oportunidade da prática do ato administrativo constituem condições de sua legalidade. A discricionariedade está sujeita a limites jurídicos, que a doutrina e jurisprudência atuais vêm preconizando em diversas escalas.

j – A liberdade contida na discricionariedade exprime o poder-dever de o administrador, entre várias alternativas, adotar a melhor. Sendo possível, objetivamente, confrontar, entre si, tais alternativas, abre-se espaço para o controle pelo Judiciário.

l – Nos países que adotam o sistema do contencioso administrativo, a doutrina e a jurisprudência têm alcançado assinalado desenvolvimento, na busca de melhor controle da ação administrativa inconveniente, inoportuna ou mesma temerária, vale dizer, em favor do administrado.

m – A discricionariedade é instrumento fundamental na busca do equilíbrio entre as prerrogativas da Administração e as garantias dos administrados.

### Bibliografia

- ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionali del Diritto Amministrativo*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1960.
- \_\_\_\_\_. *Principi di Diritto Amministrativo*. Milano. Dott. A. Giuffrè. 1974.
- BIELSA, Rafael. *Principios de Derecho Administrativo*. Liberia Ciencia, Rosário, 1949.
- \_\_\_\_\_. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1995, 5 vols.
- \_\_\_\_\_. "A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração". In: *Revista Forense*, 157/34-49.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1970.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1958.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, 4 vols.
- \_\_\_\_\_. "Do Poder Discricionário". In: *RDA*, 101/1-23.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.
- COSTA, Regina Helena. "Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade". In: *Revista da Procuradoria Geral/SP*, jun./ 1978.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Dicionário de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense 1977.
- \_\_\_\_\_. *Do Ato Administrativo*. São Paulo, José Buchatsky Editor, 1977.
- CUNHA, Therezinha Lúcia Ferreira. "Princípio da Legalidade e Desvio de Poder no Direito Administrativo". In: *Revista de Informação Legislativa*, a. 19, n. 75. 1982.
- DIEZ, Manuel Maria. *El Acto Administrativo*. Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1956.
- EISENMANN, Ch. "O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade". In: *RDA*, v. 56.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de y FERNANDEZ, Thomas Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Civitas, 1984, 2 vols.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, DASP, 1960.
- FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, Institute de Estudios Políticos, 1973.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. "Discricionariedade: Poder ou Dever?". In: *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Macchi, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Principios Gerais de Direito Público*. Trad. de Marco Aurélio Grtcco. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.
- HAURIOU, Maurice. *Precis de Droit Administratif et de Droit Publique*. L. Recueil Sirey, Paris. 1974.
- JÉZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Depalma, 1948.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1985.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa, Ed. Fundação Gulbenkian, 1969.
- LAUBADÈRE, André. *Manuel de Droit Administratif*. Paris, 1960.
- LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade Admi-*

- nistrativa e Controle Judicial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.
- LIMA, Paulo Barros de Araújo. "Do Exercício do Poder Disciplinar e seu Controle". In: *RDA*, 70/18.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.
- \_\_\_\_\_. "O Exame, pelo Judiciário, da Legalidade dos Atos Administrativos". In: *RDA*, 3/70-98.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1969.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Ato Administrativo e Direito dos administrados*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.
- \_\_\_\_\_. ... (et alli) *Curso de direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- \_\_\_\_\_. "Discrecionalidade: Fundamentos, Natureza e Limites". In: *RDA*, 122/1-9.
- MORENO, Sainz. *Conceptos Jurídicos, Interpretación e Discrecionalidad Administrativa*. Madrid, Civitas, 1976.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.
- PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e Ilegalidade do Acto Administrativo*. Lisboa, Ática, 1962.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O Poder Discricionário na Administração*. Coimbra, Coimbra Editora, 1948.
- \_\_\_\_\_. *Reflexões sobre a Teoria do Desvio do Poder*. Coimbra, Coimbra Editora, 1940.
- RIBEIRO, Vinício. *O Estado de Direito e o Princípio da Legalidade da Administração*. Coimbra, Coimbra Editora, 1981.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra, Almedina, 1975.
- SICHES, Luis Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Ciudad de México, Porrúa, 1978.
- SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.
- TÁCITO, Caio. *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro, DASP, 1959.
- \_\_\_\_\_. "A Administração e o Controle da Legalidade". In: *RDA*, 32/1-11.
- VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Paris, Presses Universitaires de France, 1976.
- WALINE, Marcel. *Précis de Droit Administratif*. Paris, 1969.

# O contrato com cláusula de risco para exploração de petróleo no Brasil

THADEU ANDRADE DA CUNHA

*Sob o manto diáfano da fantasia,  
a nudez crua da verdade  
Eça de Queiroz*

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Evolução histórica dos instrumentos contratuais. 2.1. Concessão. 2.2. "Production sharing". 2.3. "Joint-venture". 2.4. Contratos de risco. 3. O monopólio estatal do petróleo e o contrato de prestação de serviços com cláusula de risco. 4. O contrato de prestação de serviços com cláusula de risco e sua natureza jurídica. 5. Conclusões. 6. Crítica.*

### *1. Introdução*

As análises e opiniões sobre os contratos de risco foram sempre objeto de discussões acaloradas e, por vezes, passionais, o que, na maioria das vezes, distorceu o objeto de estudo.

Vários motivos, principalmente a discussão acerca da quebra do monopólio estatal do petróleo, assim como o caráter sigiloso do contrato, serviram para exacerbar polêmicas.

A análise aqui apresentada, longe de ser concludente, constitui uma contribuição para a discussão estabelecida sobre a chamada "flexibilização do monopólio", mormente nesses tempos em que a Câmara dos Deputados acaba de aprovar Projeto de Emenda Constitucional, já remetida ao Senado, que altera o § 1º do artigo 177, visando permitir à União contratar com empresas privadas a realização de atividades até aqui desenvolvidas pela Petrobrás como executora única do monopólio.

Thadeu Andrade da Cunha é Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense e das Faculdades Cândido Mendes.

## 2. Evolução histórica dos instrumentos contratuais

Ao longo do tempo, a história da exploração do petróleo apresenta diversas modalidades de instrumentos contratuais entre as empresas petrolíferas estrangeiras e as empresas estatais dos países produtores de petróleo. Destacam-se, a seguir, as mais relevantes.

### 2.1. Concessão

A concessão é uma forma de contratação que foi amplamente utilizada até a década de 30. Por essa modalidade, a companhia contratante recebia uma área e nela executava os trabalhos de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção de forma unilateral, cabendo ao Estado somente *royalties* e bônus resultantes da produção. Conseqüentemente, não cabia ao Estado qualquer influência ou participação no processo exploratório.

Caracterizavam a concessão os seguintes elementos:

a) a empresa contratante, geralmente estrangeira, era dona de todos os ativos, inclusive de todo o petróleo produzido;

b) a remuneração paga ao Estado sob a forma citada acima era sempre inferior a 20% da renda líquida;

c) as áreas contratadas eram muito extensas, chegando em alguns casos a abranger a quase totalidade do território do país;

d) a duração da contratação chegava, por vezes, a cem anos.

Grande parte dos conflitos surgidos em torno da questão petróleo foi gerada pela forma de exploração das jazidas feita por esse regime, pois a decisão sobre a produção do petróleo escapava do concedente e ficava inteiramente nas mãos do concessionário, que aumentava o volume produzido de acordo com seus interesses comerciais e em função da manutenção de preços.

Devido à composição de interesses essencialmente contraditórios, os países que tinham em seu subsolo enorme riqueza viviam, contraditoriamente, em extrema pobreza.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, diversos países "periféricos" começaram a tomar atitudes no sentido de nacionalizar o seu petróleo e de estabelecer monopólios estatais.

Olavo Baptista nos informa que as nacionalizações, que antes da Segunda Grande Guerra somente haviam existido na União Soviética, e em um ou outro caso isolado, tornaram-se fre-

qüentes. As soluções intermediárias, em que os resultados da produção eram divididos meio a meio, começaram a surgir, e o panorama mudou.

Nesse quadro, o modelo inicial do regime de concessão evoluiu para os chamados contratos de associação, onde os interesses dos países produtores ficavam mais bem protegidos. Assim, na década de 40, surgiram os acordos de participação na produção denominados *Production Sharing*.

### 2.2. "Production sharing"

Nesse tipo de contrato, como na concessão, a empresa contratante executa por sua conta e risco as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção, destacando-se duas diferenças fundamentais:

a) os ativos pertencem ao país produtor, e não à contratante;

b) a contratante apropria-se de uma parte do petróleo produzido para se ressarcir dos investimentos realizados, e a parte restante é dividida entre esta e o país produtor.

### 2.3. "Joint-venture"

O contrato de *joint-venture* é uma associação entre duas empresas, uma estrangeira e outra local, geralmente estatal, onde se estabelecem os investimentos necessários, em condições proporcionais, sendo os resultados divididos de acordo com o contrato.

A preservação dos interesses dos países produtores passou a exigir a busca de um regime de exploração que conciliasse a necessária participação de grupos econômicos multinacionais com a manutenção da soberania do Estado, provocando o surgimento dos contratos de risco.

### 2.4. Contratos de risco

O gênero contrato de risco abrange uma variedade de contratos, com cláusulas variáveis de país para país, de acordo com a legislação petrolífera de cada Estado.

Em alguns países, a contratante opera a exploração, a avaliação, o desenvolvimento e também a produção, sendo reembolsada por suas despesas em caso de descoberta comercial, além de obter como remuneração o direito de adquirir uma parte do petróleo produzido a preços favorecidos. Em outros, a empresa contratante, além de operar em todas aquelas fases, vende o petróleo integralmente ao governo a preço estabelecido no contrato. No Brasil, o contrato de prestação de serviços com cláusula de risco foi

estabelecido em consonância com o regime de monopólio criado pela Lei nº 2.004, de 3.10.53 e se distingue daqueles outros pelas seguintes e relevantes características:

a) a exploração, a avaliação e o desenvolvimento são efetuados e financiados pela empresa contratante de risco;

b) a produção é conduzida pela Petrobrás, executora do monopólio estatal do petróleo;

c) o pagamento à contratante somente ocorrerá caso haja produção comercial e até o limite da receita líquida do campo por ela descoberto e desenvolvido, para efeito de reembolso de seus gastos, que são auditados e aprovados pela executora do monopólio. Além disso, há uma remuneração em dólares, proporcional à produção alcançada;

d) todos os dados técnicos, os ativos e o petróleo pertencem à Petrobrás.

3. *O monopólio estatal do petróleo e o contrato de prestação de serviços com cláusula de risco*

A política nacional do petróleo é definida pela Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, que criou o monopólio estatal do petróleo e instituiu para sua execução a sociedade de economia mista Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás.

No seu artigo 1º, a Lei nº 2.004 estabelece as áreas que constituem monopólio da União:

“Art. 1º - Constituem monopólio da União:

I - A pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluidos e gases raros, existentes no território nacional;

II - A refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - O transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem.”

No seu artigo 2º, a Lei nº 2.004 criou a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás:

“Art. 2º - A União exercerá o monopólio estabelecido no artigo anterior

II - Por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S.A. e das suas sub-

sidiárias constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução.”

A Lei nº 2.004, no entanto, não estabelecia a forma pela qual a Petrobrás deveria exercer o monopólio. Assim, até 9.10.75, a Petrobrás adotava exclusivamente a forma de ação direta, sempre subcontratando vários tipos de serviços exploratórios especiais, porém tomando a si todos os encargos relativos à exploração, avaliação, desenvolvimento e produção de petróleo no Brasil.

A crise atravessada pela economia mundial tornou necessário modificar o quadro da política petrolífera brasileira. Para isto, a União autorizou a Petrobrás a celebrar contratos de prestação de serviços com cláusula de risco, utilizando a experiência de sua subsidiária Braspetro (Petrobrás Internacional) em contratos desse tipo.

Assim, em 9.10.75, o Presidente da República Ernesto Geisel justificou a assinatura daqueles contratos, alertando que os mesmos deveriam resguardar os princípios essenciais do monopólio estatal, constituindo uma modalidade de execução indireta. Tais contratos deveriam ficar sob pleno controle e fiscalização da Petrobrás como executora do monopólio estatal de pesquisa e lavra de petróleo, conforme se depreende dos trechos abaixo daquele pronunciamento:

“... A análise meticulosa a que procedemos, inclusive debatendo o assunto com a Petrobrás, no âmbito do CDE e, hoje, de todo o Ministério, e levando em conta minha experiência pessoal como presidente da empresa, levou-nos à convicção de que o Governo deve autorizar a Petrobrás, sem quebra do regime de monopólio, a realizar contratos de serviço, com cláusula de risco por conta da empresa executora, em áreas previamente selecionadas. A medida será posta em prática com base na experiência dos contratos já celebrados pela Petrobrás no exterior, garantindo-se o princípio essencial do monopólio e definindo-se condições, níveis e prazos rigorosos para os investimentos a serem realizados sempre sob controle da Petrobrás ...

... Nesses contratos, a exploração ou pesquisa – que constitui a fase aleatória do processo, ainda com fortes nuances de aventura geológica – é custeada pela empresa contratante, a qual se propõe a executá-la em área limitada e em condi-

ções preestabelecidas, entre estas, basicamente, a de que o dispêndio correspondente à exploração não será ressarcido se o resultado for negativo (e daí a qualificação de risco) e, ao contrário, se positivo, será compensado com algumas vantagens ...

... O governo, quando autorizou, em 1971, a constituição de subsidiária da Petrobrás, para exercer atividades no exterior, teve em vista, entre outros importantes objetivos, obter experiência sobre a natureza e execução de contratos desse tipo, inclusive quanto aos aspectos jurídicos, o que efetivamente se conseguiu, através dos que a Braspetro firmou em diversos países, a começar pelo Iraque ...

... Por fim, cabe frisar que esses contratos não implicarão reduzir ou violar o monopólio atribuído à Petrobrás, pois constituirão, de fato, uma modalidade de execução indireta, realizada, no âmbito da Empresa, sob a sua jurisdição e pleno controle ...”

Dando cumprimento à deliberação governamental, a Petrobrás redigiu os contratos de prestação de serviços com cláusula de risco, atendendo à orientação presidencial no sentido de preservar os princípios norteadores do monopólio com as seguintes cláusulas:

a) propriedade exclusiva da Petrobrás sobre todo o óleo e gás encontrados;

b) propriedade exclusiva da Petrobrás de todos os bens utilizados em caráter permanente na exploração e produção;

c) amplo controle e fiscalização pela Petrobrás dos serviços de exploração, com recebimento dos dados geológicos obtidos pela empresa contratante;

d) produção pela Petrobrás após o início da produção comercial de qualquer campo descoberto pela contratante;

e) ressarcimento das despesas de exploração e desenvolvimento somente após o início da produção comercial e pleno controle e fiscalização pela Petrobrás dessas despesas, as quais somente serão contabilizadas como crédito da contratante após a aprovação das mesmas pela Petrobrás;

f) pagamento das despesas de exploração e

desenvolvimento e da remuneração dos serviços prestados exclusivamente em dinheiro, sendo facultado à contratante adquirir parte do óleo produzido no campo comercial por ela descoberto e desenvolvido, aos preços do mercado internacional do petróleo, e após o início da produção comercial;

g) possibilidade de a Petrobrás suspender a qualquer tempo a opção concedida à contratante de adquirir parte do óleo produzido no campo por ela descoberto e desenvolvido, se ocorrer crise no abastecimento nacional do petróleo declarada pelo governo brasileiro, hipótese em que a contratante continua credora apenas do pagamento em dinheiro contratualmente estipulado;

h) renúncia expressa pela contratante de reclamar ou reivindicar quaisquer direitos sobre outros minerais por ela eventualmente descobertos no curso de seus trabalhos;

i) obrigatoriedade de a contratante dar preferência à mão-de-obra e aos equipamentos nacionais;

j) lei, foro e arbitramento exclusivamente brasileiros para dirimir eventuais litígios decorrentes do contrato, renunciando expressamente a contratante a recursos a entidades internacionais e a instâncias diplomáticas.

Apesar de a Petrobrás seguir à risca a orientação governamental no sentido da preservação do monopólio, vários juristas foram taxativos na condenação legal dos contratos de risco.

Fausto Cupertino, citando Pontes de Miranda, afirmava:

“... Quando a sonda de uma empresa estrangeira perfurar o solo brasileiro, estará ferindo, à luz do direito, o conceito do monopólio vigente até agora e pelo qual toda uma geração saiu às ruas na década de 50. O tipo de ofensa à Constituição vai variar de acordo com o contrato que o Governo firmar, podendo acarretar males maiores ou menores, mas, a princípio, é tranqüilo que a medida por si entra em choque com a filosofia de manter a prospecção, pesquisas, lavra e refino do petróleo em mãos brasileiras ...

... Não existe a figura jurídica de contrato de risco no direito brasileiro. Não há um só texto legal em que a modalidade operacional seja ao menos ventilada – a lei fala em prestação de serviços para diversas atividades, mas em relação ao pe-

tróleo os textos são simples e claros e a atividade é atribuída ao governo e só a ele cabe procurar e refinar todo o petróleo nacional ...”

O autor chega mesmo a afirmar que qualquer brasileiro, por meio de uma ação popular, poderia derrubar o contrato de risco.

Já o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal e especialista em Direito Constitucional, Themistocles Cavalcanti, justificou a medida, sendo apoiado por outros especialistas. Segundo ele,

“... em tese, os contratos de risco podem ser considerados unicamente como contratos de serviços. Bastaria tomar cuidado com a sua redação: se a Petrobrás supervisionar os trabalhos de pesquisa, aproveitar imediatamente o produto que foi extraído e pagar a empresa privada pelos serviços prestados, o monopólio será mantido ...”

O monopólio instituído pela Lei nº 2.004, sendo amplo, incluía pesquisas e lavra, transporte por dutos e cabotagem, refino e comercialização externa dos produtos originados do petróleo.

A despeito da amplitude do monopólio, a Petrobrás sempre contratou serviços em diferentes segmentos por ela abrangidos. Na área de transporte, por exemplo, sempre contratou navios de bandeiras estrangeiras, tripulados por estrangeiros, para transportar petróleo por toda a costa brasileira. No setor de refino, a Petrobrás teve durante muitos anos um contrato de prestação de serviços com uma refinaria particular, a Refinaria Capuava, que era permissionária de refino com autorização para refinar 20 mil barris por dia. No entanto, as instalações industriais daquela refinaria permitiam o refino de 31 mil barris por dia. A Petrobrás, ao julgar conveniente à economia do País, autorizou aquela refinaria a processar 31 mil barris por dia. Por esses 11 mil barris, a Petrobrás fez um contrato de prestação de serviços de refino e pagou todo o custo do refino e mais uma remuneração por esse serviço. Mas o benefício resultante do monopólio do refino ficou inteiramente com a Petrobrás. Diante desse fato, ninguém levantou qualquer dúvida no sentido de que o monopólio havia sido ferido.

Esses dois exemplos demonstram que a executora do monopólio teve experiências segundo as quais um contrato de serviço não fere a lei do monopólio.

Curioso é que, durante a discussão do projeto de lei que levou à criação da Petrobrás, esse assunto foi muito discutido. A Comissão de Segurança Nacional da Câmara dos Deputados, ao discutir o substitutivo do deputado Euzébio Rocha ao anteprojeto enviado pelo Presidente Getúlio Vargas, recomendou a inclusão do seguinte artigo:

“Art. 24 - Fica a sociedade autorizada a contratar serviços de companhias independentes para pesquisa e lavra do petróleo, dentro das seguintes condições:

a) as despesas efetuadas pelas companhias com pessoal e material e o desgaste de equipamentos e máquinas utilizados, desgaste esse determinado na forma convencionada, serão relacionados pela sociedade;

b) se não for encontrado petróleo, a empresa se retirará depois das tentativas previamente enumeradas e nada receberá, sendo lícito à sociedade prosseguir na tarefa, se o desejar;

c) se for encontrado petróleo em quantidade considerada comercial, todas as despesas, na conformidade da letra a deste artigo, serão pagas com um produto da venda de uma parcela de cinquenta por cento da produção reservada para este fim até o limite das despesas. Essa venda é feita pela sociedade, na base do preço oficial. Além disso, a empreiteira terá uma bonificação em torno de quinze por cento da produção, e variável, segundo o conhecimento da região durante o período de quinze anos.”

A emenda foi proposta pelo relator da comissão e rejeitada pelo Plenário da Câmara. O projeto, ao chegar ao Senado, recebe nova emenda nesse sentido, porém de maneira mais simplificada, de autoria do Senador Atílio Vivacqua, nos seguintes termos:

“Poderá a Petrobrás, em virtude de liberação da Assembléia Geral e autorização do Presidente da República, ouvido o Conselho Nacional do Petróleo, contratar com empresas especializadas de reconhecida idoneidade técnica e financeira, nacionais ou estrangeiras, a perfuração de poços para pesquisa e extração de petróleo, mediante garantia de participação nos produtos da exploração, estabelecida sempre em compensação dos riscos das despesas por elas efetuadas”.

E no parágrafo único: "o produto oriundo da participação a que se refere este artigo será obrigatoriamente vendido no País."

Essa emenda passou pelas comissões, sendo aprovada pelo Plenário do Senado, e, portanto, no projeto enviado à Câmara dos Deputados já com o título de Emenda nº 32 do Senado ao projeto enviado pela Câmara. A Comissão Especial criada para estudar as emendas considerou, segundo o relator, que a Emenda nº 32 não deveria ser aprovada, pela seguinte justificativa:

"Além destas emendas, a de número 32, que tem por fim anular todos os controles opostos à interferência alienígena, facultando-lhes participar nos produtos de exploração, é uma emenda insincera ... A emenda anula o monopólio estatal, tornando-o letra morta, fornecendo uma chave fácil para que se burlem os mandamentos sobre o assunto. É até inconstitucional, porque, como foi salientado perante a Comissão de Constituição e Justiça desta Câmara, as jazidas de petróleo constituem bens inalienáveis e imprescritíveis da União, situação essa incompatível com a 'garantia de participação nos produtos da exploração'. O *royalty* é um vínculo de caráter tipicamente real, incompatível com a natureza jurídica do direito que a União exerce sobre as jazidas petrolíferas. É a emenda inadmissível do ponto de vista jurídico porque está em flagrante oposição aos artigos primeiro e segundo do projeto, que estabelecem o monopólio estatal e somente permitem o seu exercício através da Petrobrás e das suas subsidiárias (artigo segundo, III). A execução, portanto, das operações previstas no artigo primeiro é privativa destas empresas, não podendo ser delegada mediante contrato."

Rejeitada pela Comissão Especial, a emenda que permitiria à Petrobrás ou ao Governo, por intermédio da empresa estatal, a realização de contratos foi também condenada pelo plenário da Câmara dos Deputados e, portanto, excluída do projeto encaminhado à sanção presidencial, encerrando a questão, pelo menos aparentemente.

Defendendo posição contrária aos contratos de risco, concluiu Fausto Cupertino:

"... se a letra da Lei nº 2.004 não excluiu explicitamente este tipo de transferência de responsabilidade, a simples apresentação de emendas que a permitiam parece deixar claro que a tese principal daquela lei, a do monopólio do Estado, não admitia a transferência, a não ser que fosse aberta, na própria lei, uma exceção clara neste sentido. Por isso mesmo é que foram feitas várias tentativas de incluir um dispositivo que permitisse a celebração de contratos de exploração com empresas particulares, nacionais ou estrangeiras ..."

Com a Constituição de 1967, o monopólio instituído pela Lei nº 2.004 é elevado à categoria de norma constitucional, dessa feita ainda de forma restrita, dispondo em seu artigo 162:

"Art. 162 - A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei."

A emenda nº 1, de 1969, manteve em sua inteireza aquela disposição, prescrevendo em seu artigo 169:

"Art. 169 - A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei."

A Lei Maior de 1988, considerada por Eros Roberto Grau como uma Constituição dirigente, manteve e ampliou o monopólio em favor da União, dispondo em seu artigo 177:

"Art. 177 - Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

....."  
No que concerne aos contratos de risco, a atual Constituição vedou à União ceder ou até mesmo conceder qualquer tipo de participação,

seja em produtos (*in natura*) ou em dinheiro. Assim dispõe § 1º do artigo 177:

“§ 1º - O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º.”

No parágrafo único do artigo 45 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ficou assegurado o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, nos seguintes termos:

“Parágrafo Único - Ficam ressalvados da vedação do art. 177, § 1º, os contratos de risco feitos com a Petróleo Brasileiro S. A. (Petrobrás), para pesquisa de petróleo, que estejam em vigor na data da promulgação da Constituição.”

#### 4. O contrato de prestação de serviços com cláusula de risco e sua natureza jurídica

Os contratos de serviços com cláusulas de risco firmados pela Petrobrás com as empresas contratantes mediante licitação entregavam a área à contratante que oferecesse melhores condições para a Petrobrás, em obediência ao regime de monopólio, consoante a Lei nº 2.004.

Esses contratos tinham como objeto a prestação pela contratante à Petrobrás dos seguintes serviços:

##### A) *Serviços técnicos*

A contratante realizava todas as operações necessárias à exploração, avaliação e desenvolvimento de campos de petróleo.

##### B) *Serviços financeiros*

A contratante fornecia todas as importâncias necessárias à execução, pela contratante, dos serviços técnicos previstos no contrato.

As operações de exploração e avaliação estabelecidas no contrato eram realizadas à conta e risco exclusivo da contratante. Esta só teria suas despesas reembolsadas caso se verificasse ocorrência de produção comercial.

A análise da natureza jurídica dos contratos de prestação de serviços com cláusula de risco há de considerar também seu componente administrativo. A Petrobrás, na qualidade de sociedade de economia mista, é espécie do gênero paraestatal, e, portanto, depende do Estado para a sua existência, pois foi criada por iniciativa deste, por lei e sob seu controle desem-

penha a atividade de executora do monopólio estatal do petróleo, integrando assim a denominada Administração Indireta. Mas, por outro lado, realiza em seu nome e para consecução do seu objetivo social, por sua conta e risco, atividades de utilidade pública, porém técnicas, industriais ou econômicas, suscetíveis de produzir lucro, em cuja execução o Estado tem interesse mas reputa inconveniente ou inoportuno ele próprio realizar e, por isso, outorga ou delega. Embora a Petrobrás tenha organização e estrutura de empresa privada, a análise daqueles contratos sempre sofreu influências de concepção civilista.

Luiz Olavo Baptista, diante de fortes elementos de caráter público, tanto no sujeito quanto no objeto do contrato, assim como em suas disposições, afirmou que os contratos de risco pertenciam à esfera do Direito Público, com base em que um dos sujeitos é pessoa jurídica de direito privado, mas cumprindo fins estatais e sob o controle do poder público. O objeto do contrato é atividade legalmente caracterizada como monopólio estatal, e o procedimento de contratação começa com a licitação. Baptista corrobora sua posição com base no fato de que a execução do contrato é feita sob controle público e no final do contrato é prevista a reversão dos equipamentos utilizados.

O Professor Miguel Reale afirmou que o contrato de risco estaria implícito entre os contratos aleatórios, ou seja, aqueles que cuidam de coisas ou fatos futuros cujo risco de não virem a existir é assumido por um dos contratantes.

Silvio Neves Baptista não considerava os contratos de prestação de serviços com cláusula de risco nem aleatórios, nem tampouco de prestação de serviços, chegando às seguintes conclusões:

a) o contrato de risco não é contrato aleatório, mas contrato comutativo de álea normal;

b) também não é “contrato de serviço” no estrito sentido de “contrato de locação de serviço”, nem na acepção genérica abrangente da “locação de serviço” e do “contrato de trabalho”, visto que não se enquadra em nenhuma das duas subespécies contratuais;

c) e a denominação de “contrato de risco” é uma expressão elíptica de “contrato de empreitada com cláusula de risco de preço”.

O Professor Adilson de Abreu Dallari afirma que

“... a simples presença do poder público, ou de entidade sujeita ao seu controle em um dos pólos da relação contratual trará, com maior ou menor intensidade, a presença de elementos ou institutos pacificamente reconhecidos como inerentes ao Direito Administrativo... Seja no tocante ao procedimento de seleção do contratante particular, seja na execução ou fiscalização da execução contratual, seja no tocante à previsão de recursos ou da forma de pagamento, seja no tocante à alteração ou rescisão contratual, seja, ainda, pelo menos, no que diz respeito às peculiaridades processuais em caso de litígio judicial sobre tais contratos, é certo que em qualquer contrato da Administração Pública serão encontrados elementos inexistentes nas relações contratuais entre particulares”

Em seguida conclui:

“... o contrato de risco é um típico contrato administrativo e portanto é no Direito Administrativo que se devem buscar a sua correta interpretação e aplicação. Ressaltando, porém, que marcados por tantas e profundas peculiaridades, não há como enquadrá-lo em qualquer das modalidades tradicionais de contratos administrativos, e portanto espécie nova e autônoma ...”

Dada à complexidade do contrato, para análise da sua natureza jurídica, valemo-nos da lição do mestre Orlando Gomes, quando este afirma:

“... no direito moderno é lícito criar mediante vínculo contratual quaisquer obrigações. Por outras palavras, o conteúdo do contrato pode ser estruturado livremente. Enfim, as pessoas que querem obrigar-se não estão adstritas a usar as espécies contratuais definidas na lei. Desfrutam da liberdade de contratar.”

Diante dessa assertiva do ilustre mestre, os contratos podem se classificar em nominados (ou típicos) e inominados (ou atípicos). Os nominados são aqueles que se encontram disciplinados no Código Civil e em leis especiais e que têm características próprias dos demais. Os inominados são os que as partes livremente convencionam, fora dos modelos contratuais disciplinados no direito positivo, para regular situações novas ou para atender necessidades que não poderiam ser previstas pelo legislador

ao estabelecer as espécies contratuais mais frequentes. Nesses contratos inominados (ou atípicos), como é o contrato de prestação de serviços com cláusula de risco, encontram-se, geralmente, elementos de contratos nominados, combinados com variações novas que a dinâmica da vida econômica faz surgir. Assim, podemos definir o contrato de serviço com cláusula de risco como um contrato inominado misto, com as seguintes características:

a) na fase de exploração – apresenta características de um contrato de empreitada, com cláusula de risco de preço;

b) na fase de desenvolvimento – pode ser entendido como um contrato de mútuo, no qual a contratante se obriga a adiantar as despesas de desenvolvimento do campo descoberto, para ser ressarcida após o início da produção comercial;

c) na fase de produção – evidencia-se uma promessa de pagamento em dinheiro, com opção de compra, pela contratante, de uma parcela do óleo produzido, opção que pode ser total ou parcialmente suspensa em caso de crise no abastecimento nacional de petróleo declarada pelo Governo brasileiro.

##### 5. Conclusões

O monopólio instituído pela Lei nº 2.004/53, que foi elevado à categoria de norma constitucional pela Constituição de 1967 e mantido pela Emenda nº 1, de 1969, não estabelecia a forma direta para sua execução pela sociedade de economia mista – Petrobrás – criada com esse fim. Assim, a Petrobrás passou também a utilizar-se de uma forma indireta para levar a efeito o objetivo que norteou a sua criação.

De 1976 a 1988, foram assinados 243 contratos de risco, dos quais 156 com 32 empresas estrangeiras, e 87 com 11 companhias brasileiras.

Das 32 empresas estrangeiras signatárias, apenas a Pecten Brazil Exploration Company, subsidiária criada pela Shell Oil Company por força do contrato, descobriu e desenvolveu o campo de gás natural de Merluza, com supervisão, fiscalização e critérios técnicos estabelecidos pela Petrobrás. Este campo já se encontra em produção comercial, operado pela Petrobrás, que incorporou cerca de 12.000.000.000 m<sup>3</sup> de gás natural e 2.400.000 m<sup>3</sup> de condensado às suas reservas.

Das 11 companhias brasileiras, apenas a Azevedo & Travassos Petróleo S.A. descobriu

4 campos terrestres (Serra Vermelha, Redonda, Noroeste do Morro do Rosado e Ponta do Mel), incorporando cerca de 280.000 m<sup>3</sup> de óleo e 85.479.000 m<sup>3</sup> de gás natural às reservas da Petrobrás.

#### 6. Crítica

No Brasil, a preocupação com a tutela jurídica do aproveitamento dos recursos energéticos atingiu o seu ápice com a promulgação da atual Constituição – conquista fundamental da Nação brasileira.

O monopólio descrito no artigo 177 da Constituição de 1988 justifica-se com base nos imperativos de segurança nacional e no relevante interesse coletivo, consoante o artigo 173, *caput*. Não obstante, o constituinte de 1988, no nosso entendimento, equivocou-se ao proibir a celebração de novos contratos de risco pela União, por intermédio da executora do monopólio, a Petrobrás. A experiência demonstrou que a assinatura daqueles contratos não provocou a transferência de titularidade sobre os hidrocarbonetos ou sobre o monopólio do aproveitamento daqueles recursos.

Afinal, hidrocarbonetos e monopólio são bens públicos e, portanto, residem nos limites dos interesses públicos ou coletivos nacionais, e, como tais, são indisponíveis (arts. 20, I, V e IX; 176 e 177 da Constituição vigente). Assim, ao deter – eis que a titularidade é coletiva nacional – o monopólio do aproveitamento do petróleo e do gás natural e executá-lo por meio da Petrobrás, a União exerce função essencialmente administrativa pública. E, como administradora pública, apenas gere bens e interesses de titularidade coletiva nacional, e não de titularidade pública da União. Daí a indisponibilidade desses bens.

Em síntese, o que os contratos de prestação de serviço com cláusula de risco, autorizados pela União, e ajustados através da Petrobrás, transferiram às empresas contratantes foram apenas os riscos, inerentes às atividades de pesquisa e lavra do petróleo e do gás natural.

Dessa forma, a experiência demonstrou que o monopólio estatal do petróleo permaneceu resguardado, pois as empresas signatárias dos contratos de serviço com cláusula de risco, efetivamente, foram apenas empresas prestadoras de serviços. Diferentemente dos usuais contratos de serviços, o risco do insucesso foi transferido para as contratantes e, em contrapartida, aquelas que alcançaram sucesso estão tendo direito à remuneração em dinheiro, proporcio-

nal à produção trimestral dos campos por elas descobertos e desenvolvidos. Da mesma forma, todos os ativos e informações, como também o petróleo descoberto, pertencem exclusivamente à Petrobrás. Ressalte-se, ainda, que a execução dos contratos foi realizada sob a fiscalização e pleno controle da Petrobrás. Conseqüentemente, não houve quebra do regime de monopólio.

Afinal, o monopólio é um atributo da União, cabendo à Petrobrás apenas a tarefa de executá-lo. A lei, entretanto, até a Constituição de 1988, não vedava a execução do monopólio por formas alternativas. E a recorrência aos contratos de risco representou uma daquelas formas. O monopólio que a lei estabelece haverá de ser exercido na sua plenitude, mas não como um fim, e sim como um meio para que se possa cumprir a finalidade da criação da Petrobrás, que é assegurar o abastecimento nacional de petróleo.

#### Bibliografia

- BAPTISTA, Luiz Olavo – *Contrato de Risco* – Ed. José Bushatsky, São Paulo, 1976.
- BAPTISTA, Silvio Neves – *Contrato de Risco no Direito Brasileiro* – Recife, 1976.
- CARVALHO, Getúlio – *Petrobrás: Do Monopólio aos Contratos de Risco* – Ed. Forense-Universitária, 1976.
- CUPERTINO, Fausto – *Os Contratos de Risco e a Petrobrás – (o petróleo é nosso, e o risco é deles?)* – Ed. Civilização Brasileira, 1976.
- DALLARI, Adilson Abreu – *Contrato de Risco – Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 72, nº 570, p. 9, abril/1983.
- GEISEL, Ernesto – *Pronunciamento à Nação no dia 9.10.75 – Assessoria de Imprensa e Relações Públicas da Presidência da República*.
- GOMES, Orlando – *Contratos* – Ed. Forense, 1984.
- GRAU, Eros Roberto – *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)* – Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1991.
- MANNARINO, Remo – “Os Contratos de Risco no Brasil” – *Revista A Defesa Nacional*, 1980.

MEIRELLES, Hely Lopes – *Direito Administrativo*  
– Ed. Revista dos Tribunais, 13ª ed., 1987.

MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA –  
*Contrato de Serviço com Cláusula de Risco* – 1978.

Petrobrás, Serviço de Comunicação Social – *A  
Legislação do Petróleo*, 6ª ed., 1989.

SOUZA, Washington Peluso Albino de – *Direi-  
to Econômico* – Ed. Saraiva, 1980.

VICTOR, Mário – *A Batalha do Petróleo Brasi-  
leiro* – Ed. Civilização Brasileira, 2ª ed., 1991.

# A Corte Internacional de Justiça e o caso Estados Unidos – Nicarágua

FREDYS ORLANDO SORTO

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Competência da Corte.* 3. *Direito aplicável.* 4. *Apreciação dos fatos e aplicação do Direito.* 5. *Sentença.*

### 1. *Introdução*

Em 9 de abril de 1984, a Nicarágua impetrou uma ação contra os Estados Unidos na Corte Internacional de Justiça de Haia, relativa às *atividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra este Estado*. Este contencioso destaca-se entre os proferidos pela CIJ (Corte Internacional de Justiça). O processo envolveu matérias de grande importância no âmbito jurídico, *inter alia*, competência da Corte, intervenção de terceiro Estado, abandono da causa por iniciativa do reclamado, conduta das partes<sup>1</sup>, relação entre as fontes de direito internacional e execução da sentença.

### 2. *Competência da Corte*

À Corte Internacional de Justiça, principal órgão judiciário das Nações Unidas, compete conhecer os conflitos de caráter jurídico, que a seu crivo as partes submetem. O seu Estatuto faz parte da Carta da ONU (art. 92). Logo, todos os membros das Nações Unidas são, *ipso facto*, partes do Estatuto da CIJ. Em três hipóteses os Estados podem submeter suas controvérsias à competência da Corte: 1) quando os Estados, mediante um compromisso especial, sub-

---

<sup>1</sup> O professor Vicente Marotta Rangel é autor de um importante estudo sobre a conduta das partes e suas conseqüências jurídicas, no caso Nicarágua-Estados Unidos. Cf. RANGEL, Vicente Marotta. A controvérsia Estados Unidos-Nicarágua e o tema da conduta das partes. Separata de *Liber Amicorum*. Universidad de Oviedo, España, 1988, pp. 863-71.

metem-lhe um caso concreto; 2) quando os Estados signatários de um tratado, em virtude de cláusula compromissória, recorrem ao Tribunal, em caso de controvérsias decorrentes de interpretação ou de aplicação desse tratado; 3) quando o Estado declara que reconhece como obrigatória a jurisdição da Corte, em relação a outro Estado que também a reconheça (*cláusula facultativa de jurisdição obrigatória*, art. 36, § 2º).

A ação da Nicarágua contra os Estados Unidos foi acompanhada de uma ação incidente. Esta teve como fundamento os artigos 41 e 48 do Estatuto, e 73, 74 e 75 do Regulamento da CIJ. Nela, solicitavam-se medidas provisórias de proteção, devido às atividades militares e paramilitares, levadas a efeito pelo Estado demandado. A Corte, em ordem de 10 de maio de 1984, indicou as medidas e rejeitou, por unanimidade, a petição dos Estados Unidos. Para os norte-americanos, a ação da Nicarágua levantava pontos de natureza política e não de natureza jurídica. Portanto, segundo eles, o caso deveria transferir-se para os órgãos políticos das Nações Unidas (ONU) e/ou da Organização dos Estados Americanos (OEA). A Corte, não obstante, determinou, mediante a referida ordem, o seguinte: 1º) que os Estados Unidos cessassem as atividades que tivessem por objetivo o bloqueio dos portos nicaraguenses e a colocação de minas; 2º) que cessassem todas as atividades militares e paramilitares proibidas pelo direito internacional; 3º) que ambas as partes se abstivessem de praticar qualquer ação que pudesse ampliar ou agravar a controvérsia; 4º) que se abstivessem de praticar qualquer ação que pudesse prejudicar os direitos da outra parte, em virtude de uma eventual sentença da Corte no conflito<sup>2</sup>.

A pretensão de classificar os litígios quanto à sua natureza, por parte do Estado reclamado, como se verá, não altera em nada a grave violação do Direito das Gentes. Além disso, baseado em informes confidenciais que confirmavam a demanda da Nicarágua, o governo dos Estados Unidos, mediante uma notificação assinada pelo Secretário de Estado, com data de 6 de abril de 1984, declarou, conforme o art. 36, § 4º do Estatuto, a exclusão, a partir dessa data, por um período de dois anos, da jurisdição obri-

gatória do Tribunal, nas controvérsias com qualquer Estado da América Central. Sobre este ponto vale lembrar que os Estados Unidos reconheceram, por declaração de 20 de agosto de 1946, a jurisdição da Corte<sup>3</sup>.

*Os fatos da controvérsia.* A Nicarágua imputou aos Estados Unidos os seguintes atos violatórios do direito internacional: 1) colocação de minas nos portos, no mar territorial e nas águas internas de seu território por militares norte-americanos e/ou pessoas latino-americanas contratadas mediante paga; 2) ação direta ou indireta dos Estados Unidos, em ataques a suas instalações petrolíferas e a várias partes do seu território; 3) violação do seu espaço aéreo por aeronaves militares dos Estados Unidos; 4) criação e organização de um exército mercenário para derrubar o governo sandinista (*os contras*); 5) estímulo a atividades contrárias aos princípios do direito internacional humanitário; 6) adoção de medidas econômicas consideradas como intervenção indireta em seus assuntos internos; 7) violação do Tratado de Amizade, de Comércio e de Navegação, celebrado com os Estados Unidos em 1956. Em sua defesa, o governo norte-americano alegou: 1) que a Nicarágua estava dando apoio aos grupos armados dos países vizinhos, especialmente aos de El Salvador, o que justificava o exercício da *legítima defesa coletiva* (art. 51 da Carta da ONU); 2) que a Nicarágua estava fazendo incursões militares contra os Estados vizinhos: Honduras e Costa Rica; 3) que a Junta de Reconstrução Nacional não havia cumprido as promessas, no que se refere a eleições livres e respeito aos direitos humanos (por cuja aplicação o governo de Washington se considerava também responsável).

Os Estados Unidos, não obstante, consideraram a Corte incompetente para conhecer o assunto. Baseava-se tal alegação na natureza não-jurídica do caso apresentado pela Nicarágua. Não sendo jurídico o conflito, porque envolvia o uso da força, caberia, segundo eles, a condução do assunto ao Conselho de Segurança da ONU e não ao Tribunal. Alegava-se, no mesmo sentido da incompetência, a existência de um acordo regional que deveria ser esgotado antes de se recorrer à via judicial, isto é, o

<sup>2</sup> Enquanto a Corte indicava as medidas provisórias, os Estados Unidos declaravam embargo comercial à Nicarágua. Sobre o embargo, veja-se a Resolução 40/188, de 17 de dezembro de 1985, da Assembleia Geral. Cf. *Rivista de diritto internazionale*, v. 69, n.º 2-3, pp. 666-7.

<sup>3</sup> PIÑOL RULL, Joan. Los asuntos de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de este Estado (Nicaragua contra Estados Unidos de América). *Revista española de derecho internacional*. Madrid, 39(1):99-119, ene./jun. 1987 p. 100.

processo diplomático do Grupo de Contadora. Entendeu a CIJ que o fato de uma questão estar sendo apreciada pelo Conselho de Segurança não obstaría a que ela também o fizesse. O exame jurídico e político de uma mesma questão feito ou que venha a ser feito pelos dois órgãos das Nações Unidas, concomitantemente, não é irregular nem incompatível. A Corte esclareceu que o art. 12 da Carta, o qual proíbe a Assembleia Geral de se manifestar enquanto o Conselho estiver exercendo suas atribuições, não se aplica ao órgão jurisdicional. Em suma, que nem as implicações políticas nem o emprego da força armada impedem a ação da CIJ.

No que se refere à elevação do Grupo de Contadora à condição de *acordo regional*, com o respectivo esgotamento dos procedimentos regionais de negociação política, estimou a Corte que o Grupo de Contadora não constituiria um acordo regional nos termos do art. 52 da Carta da ONU<sup>4</sup>. Assim sendo, estaria submetido ao que a Carta estabelece em seu art. 103, e, nesse caso, as negociações regionais não impediriam que o assunto fosse também apreciado pelo Tribunal<sup>5</sup>.

Outro ponto apresentado pelos Estados Unidos, como exceção preliminar, refere-se à reserva contida na declaração de aceitação da jurisdição da CIJ de 1946. Essa reserva exclui a aplicação da declaração às *controvérsias derivadas de um tratado multilateral, salvo quando: 1) todas as partes afetadas pela decisão sejam também partes na causa submetida à Corte; ou 2) os Estados Unidos da América aceitem expressamente a competência da Corte* (Reserva Vanderberg). Com fundamento no art. 79, parágrafo 7º do seu Regimento, a Corte Internacional de Justiça rejeitou a objeção à sua jurisdição porque a exceção não tinha caráter exclusivamente preliminar, porquanto continha aspectos relativos ao mérito da causa.

No exame dos tratados multilaterais, em razão da reserva de 1946, a Corte examinou os efeitos de uma decisão especialmente em relação a El Salvador. A Nicarágua acusou os Esta-

dos Unidos de empregar a força e de violar, em consequência, as Cartas da ONU e da OEA. O governo norte-americano alegou estar exercendo o direito à *legítima defesa coletiva* (artigos 51 da Carta da ONU e 21 da OEA) em prol de El Salvador, como justificativa da sua conduta. A Corte considerou que El Salvador seria mesmo afetado pela sentença, tomando as alegações tanto de um lado como de outro. Entretanto, estimou que a reserva dos Estados Unidos não lhe facultava apreciar o assunto por esse prisma. Concluiu, por isso, que a reserva limita-se aos tratados multilaterais e não às outras fontes do direito internacional previstas no art. 38 do seu Estatuto.

Apesar disso, em 18 de agosto de 1984, El Salvador apresentou à CIJ uma declaração de intervenção *in litem*, com apoio no art. 63 do Estatuto<sup>6</sup>. Em 4 de outubro, a Corte decidiu-se, por nove votos contra um, a não aceitar a declaração de El Salvador naquele momento processual, dado que ainda iria pronunciar-se sobre sua competência no caso principal<sup>7</sup>.

Finalmente, por sentença de 26 de novembro de 1984, a Corte determinou a sua competência para conhecer o caso e, por unanimidade, declarou admissível a petição da Nicarágua. Afirmou sua competência com base no art. 36, parágrafos 2º e 5º do seu Estatuto e no art. 24, parágrafo 2º do Tratado de Amizade, de Comércio e de Navegação, celebrado entre a Nicarágua e os Estados Unidos, em 21 de janeiro de 1956. Na decisão que determinou a competência, Marotta Rangel destaca o papel da conduta das partes. A Nicarágua não ratificara a declaração de 24 de setembro de 1929, de aceitação obrigatória da jurisdição da Corte, mas nunca declarou não estar vinculada por essa mesma declaração. A afirmação oficial constante do compromisso referente ao sistema da cláusula facultativa "(...) não poderia ser interpretada senão como uma aceitação da jurisdição obrigatória"<sup>8</sup>.

A decisão da Corte não teve boa acolhida dentre a maioria dos juristas estadunidenses. O Estado reclamado, por seu turno, decidiu-se a

<sup>4</sup> A respeito do Grupo de Contadora cf. SORTO, Fredys Orlando. A via diplomática na solução dos litígios internacionais: a mediação de Contadora. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo, Universidade de São Paulo, (89):128-146, 1994.

<sup>5</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Nicarágua versus Estados Unidos (1984-1985). *Revista brasileira de estudos políticos*. Belo Horizonte, UFMG, (63-64): 139-70, jul. 1986/jan. 1987, pp. 150-6; PIÑOL RULL, Joan. ob. cit., pp. 101-2.

<sup>6</sup> Cf. Declaration of intervention of the Republic of El Salvador. *International legal materials*. 24(1):38-58, Jan. 1985; ROGERS, William D. *et alli*. Application of El Salvador to intervene in the jurisdiction and admissibility phase of Nicaragua v. United States. *The American Journal of international law*. 78(4):929-36, Oct. 1984.

<sup>7</sup> PIÑOL RULL, Joan. ob. cit., pp. 102-3.

<sup>8</sup> RANGEL, Vicente Marotta, ob. cit., pp. 868-9.

não participar da fase de apreciação do mérito da causa. Com efeito, em nota de 18 de janeiro de 1985, os Estados Unidos anunciaram sua retirada do caso, porque a decisão do Tribunal Internacional, segundo a nota, era "errada de fato e de direito". Insiste-se, nessa nota oficial, na incompetência da CIJ para conhecer do caso<sup>9</sup>.

Em 22 de janeiro de 1985, a Nicarágua solicitou à CIJ a aplicação do art. 53, que dispõe sobre a hipótese de uma das partes deixar de comparecer ou de apresentar defesa. Neste caso, a Corte "(...) deve certificar-se de que o assunto é de sua competência, de conformidade com os arts. 36 e 37, mas também de que a pretensão é bem fundada, de fato e de direito" (art. 53, parágrafo 2º). Para pôr de lado de vez a questão, os Estados Unidos anunciaram, em 7 de outubro de 1985, mediante nota do Secretário de Estado, a revogação do compromisso de aceitação da jurisdição obrigatória da Corte. Esta atitude causou apreensão em toda a parte e mais nos meios jurídicos. O fato de o Estatuto e de o Regulamento da Corte renderem tributo ao voluntarismo estatal não implica, afirma Cançado Trindade, que o Estado possa agir como bem entender no decorrer do processo. A atitude unilateral dos Estados Unidos "(...) em nada contribui para o bom termo da decisão judicial, constitui um desserviço ao direito internacional e levanta a questão da boa-fé no processo internacional"<sup>10</sup>. Segundo uma comissão de juristas norte-americanos, a decisão de não aceitar mais a jurisdição obrigatória equivale a um convite ao emprego da força, na solução dos conflitos internacionais<sup>11</sup>. Conforme Douglas Ende, "The United States termination of its acceptance of compulsory jurisdiction is a step backward in the course of international law"<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> BECERRA RAMÍREZ, Manuel. El papel de la Corte Internacional de Justicia en la solución pacífica de controversias (El caso de Nicaragua vs. Estados Unidos), *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, UNAM, 20 (60):839-55, set./dic. 1987, p. 845.

<sup>10</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Ob. cit.*, p. 168.

<sup>11</sup> Declaración sobre el retiro por parte de los Estados Unidos de su reconocimiento a la jurisdicción general obligatoria de la Corte Internacional de Justicia. *Comisión Internacional de Juristas*. Ginebra, (36):42-50; 1985, p. 48.

<sup>12</sup> ENDE, Douglas J. Reaccepting the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice: a proposal for a new United States declaration. *Washington law review*, 61(3):1145-1183, 1986, p. 1160.

### 3. Direito aplicável

A exclusão dos tratados multilaterais (Carta da ONU, Carta da OEA, Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados, Convenção de Havana sobre Deveres e Direitos dos Estados em caso de Lutas Civis), por efeito da reserva dos Estados Unidos, se fez sem prejuízo de outros acordos e de outras fontes do direito internacional (art. 38), independente do seu conteúdo. Destarte, a Corte adotou o direito internacional costumeiro como base legal para ditar a sentença. Ou seja, determinou, dentre o universo do direito consuetudinário, as regras jurídicas específicas aplicáveis aos fatos. Assim sendo, se fez de acordo com o direito costumeiro o que segue: 1º) no que diz respeito à proibição do uso da força e ao direito de *legítima defesa*, deduzira-se a *opinio juris* da conduta das partes em relação às resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, especialmente à Resolução nº 2.625 (Declaração sobre os princípios de direito internacional referentes às relações amistosas e à cooperação entre os Estados, conforme a Carta das Nações Unidas); 2º) *principio de não-intervenção*: as manifestações da *opinio juris* dos Estados, em relação a esse princípio, acham-se estabelecidas na própria jurisprudência da Corte, nas resoluções das organizações internacionais e nas conferências internacionais. O conteúdo das resoluções e das declarações prova a participação e a aceitação do princípio de não-intervenção por parte dos Estados Unidos e da Nicarágua; 3º) *soberania dos Estados*: o princípio de respeito à soberania dos Estados, tanto no direito convencional como no direito internacional consuetudinário, estende-se ao mar territorial, às águas internas e ao espaço aéreo dos Estados; 4º) *direito internacional humanitário*: a Corte considerou o art. 3º da Convenção de Genebra, de 1949, relativa aos conflitos de caráter não internacional, como o direito aplicável à colocação de minas em águas nicaraguenses e às atividades dos *contras*.

### 4. Apreciação dos fatos e aplicação do direito

A colocação de minas, os ataques às instalações petrolíferas e navais são contrários à proibição do uso da força armada, salvo se justificados por circunstâncias que possam excluir a sua ilicitude. Como nenhum Estado vizinho à Nicarágua solicitou ajuda aos Estados Unidos, no exercício da legítima defesa coletiva, a qual constitui exceção ao uso da força, também no

direito costumeiro (cf. Res. nº 2.625 XXV), então, a alegação da legítima defesa dos Estados Unidos não pôde ser aceita. Em consequência, julgou a Corte, os Estados Unidos violaram o princípio que proíbe os Estados de recorrer à força ou à ameaça do uso da força. Quanto às manobras militares realizadas perto da fronteira da Nicarágua, estas não constituem ameaça ao uso da força, assim como o fornecimento de armas à oposição de outro Estado não constitui um ataque armado. As incursões nicaragüenses aos Estados vizinhos não puderam ser avaliadas a contento, devido à falta de informações. Contudo, estimou o Tribunal, nem o pretenso fornecimento de armas nem essas incursões podem justificar o direito de legítima defesa coletiva. Em substância, os Estados Unidos violaram o princípio que proíbe o recurso à força ou à ameaça do uso da força.

Ficará provado, de acordo com a Corte, que o objetivo dos Estados Unidos, ao apoiarem os *contras*, era o de derrubar o governo da Nicarágua. O apoio financeiro, militar, logístico, assim como o fornecimento de armamentos e de informações aos *contras*, violou flagrantemente o princípio de não-intervenção.

A colocação de minas, a assistência aos *contras*, o sobrevôo não autorizado do território, o ataque direto aos portos e às instalações petrolíferas, tudo isso é qualificado pela CIJ como atentado à soberania territorial e à liberdade de comunicação e de comércio da Nicarágua.

A Corte julgou os Estados Unidos responsáveis pelo estímulo aos grupos envolvidos no conflito da Nicarágua, bem como pela violação do art. 3º da Convenção de Genebra. O citado país foi responsabilizado, também, pela publicação e pela divulgação do manual sobre *operações psicológicas em Luta de Guerrilha*<sup>13</sup>,

<sup>13</sup> Cf. *Psychological operations in guerrilla warfare*. Library of Congress. Washington, Oct. 1984; NATOLI, Ugo. Un manual para los "Contras". *Revista internacional de derecho contemporaneo*. Bruselas, (2):30-4, 1985; DÍAZ-CALLEJAS, Apolinar. *Desafío al imperio*. Bogotá, Oveja Negra, 1985, p. 289-301.

Consta no prefácio do referido *manual*, elaborado pelo serviço de inteligência dos Estados Unidos (CIA), o seguinte: "Este livro é um manual de treinamento de guerrilheiros em operações psicológicas, e sua aplicação no caso concreto, na cruzada cristã e democrática, que se está levando a cabo na Nicarágua com os Comandos da Liberdade. Bem vindos!"

O terceiro Cap. intitulado *Propaganda Armada*, traz o seguinte trecho:

cujo conteúdo é contrário ao direito humanitário. No que se refere à violação dos direitos humanos na Nicarágua, a Corte considerou que o uso da força pelos Estados Unidos não seria o método apropriado de verificação e de proteção dos direitos humanos. Além disso, a militarização da Nicarágua não servia de justificativa às atividades dos Estados Unidos, porque, afirmou a Corte, em direito internacional não existem regras de limitação de armamentos de Estados soberanos.

A parte final da sentença trata das obrigações decorrentes do Tratado de 1956. A Nicarágua alegou que os Estados Unidos, por efeito de seus atos, impediram a correta execução do Tratado e frustraram a sua finalidade. Há que lembrar, entretanto, que o art. 21 desse acordo prevê a aplicação de medidas concernentes à proteção dos interesses vitais e da segurança dos Estados Unidos. Isto não impediu, porém, que a Corte considerasse a colocação de minas, o ataque às instalações petrolíferas e o embargo comercial contra a Nicarágua como atos contrários ao espírito do Tratado. Considerara-se violada, também, a regra do artigo 19, que dispõe sobre a liberdade de navegação. Por fim, excluindo minúcias, a Corte considerou provada a violação do Tratado de 1956.

### 5. Sentença

Em 27 de junho de 1986, a Corte pronunciou

"Uma força de guerrilha armada pode ocupar um povoado inteiro ou uma pequena cidade que seja neutra ou relativamente pacífica. Para conduzir a propaganda armada de maneira efetiva, concomitantemente, deve se fazer o seguinte:

- Destruir as instalações militares ou da polícia e em seguida remover os sobreviventes para um *local público*.

- Cortar todas as linhas de comunicação externa: cabos, rádios, mensageiros.

- Fazer emboscadas em todas as vias de acesso possível para retardar os reforços.

- Seqüestrar os oficiais e agentes do governo sandinista e substituí-los, em *locais públicos*, por militares ou civis de confiança do nosso movimento, além disso deve fazer o seguinte:

- Estabelecer um tribunal público subordinado aos guerrilheiros, em seguida, percorrer o povoado ou a cidade a fim de reunir a população para esse ato.

- Envergonhar, ridicularizar e humilhar os *símbolos pessoais* do governo de repressão [sandinista] na presença do povo e estimular a participação popular por intermédio de guerrilheiros dentro da multidão, gritando *slogans* e zombarias".

sentença final favorável à Nicarágua. O Tribunal decidiu a questão nos seguintes termos: 1<sup>o</sup>) por onze votos contra quatro, aplicar a reserva dos tratados multilaterais, contida na alínea c da declaração de aceitação da sua jurisdição, feita pelos Estados Unidos em 1946; 2<sup>o</sup>) por doze votos contra três, rejeitar a alegação de legítima defesa coletiva sustentada pelos Estados Unidos; 3<sup>o</sup>) por doze votos contra três, considerar que, ao treinar, ao armar, ao equipar e ao financiar a manutenção dos *contras*, os Estados Unidos violaram o princípio de direito internacional costumeiro de não-intervenção nos assuntos internos de outro Estado; 4<sup>o</sup>) por doze votos contra três, considerar os ataques ao território nicaraguense, em 1983-1984 (Porto Sandino, Corinto, base naval de Potosi, San Juan del Sur, San Juan del Norte) como atos violatórios do princípio que proíbe o uso da força armada; 5<sup>o</sup>) por doze votos contra três, considerar o sobrevôo do território da Nicarágua, ordenado pelos Estados Unidos, como violação da soberania territorial daquele Estado; 6<sup>o</sup>) por doze votos contra três, considerar a colocação de minas em território nicaraguense como transgressão dos princípios que proibem: o uso da força armada, a intervenção, a violação da soberania e a interrupção do comércio marítimo pacífico; 7<sup>o</sup>) por catorze votos a um, considerar que os Estados Unidos violaram o art. 19 do Tratado de 1956; 8<sup>o</sup>) por catorze votos a um, considerar que os Estados Unidos transgrediram o direito internacional consuetudinário ao não tornar pública a existência e a localidade das minas por eles colocadas; 9<sup>o</sup>) por catorze votos contra um, considerar que os Estados Unidos, ao elaborarem o manual intitulado *Operações psicológicas em Guerra de Guerrilhas*, estimularam os *contras* a praticarem atos contrários aos princípios gerais de direito internacional humanitário; mas tais atos não são, por falta de base, imputáveis aos Estados Unidos como atos praticados por esse Estado; 10<sup>o</sup>) por doze votos contra três, considerar que os ataques ao território nicaraguense e o embargo comercial, ambos praticados pelos Estados Unidos, privaram o Tratado de 1956 de sua finalidade; 11<sup>o</sup>) por doze votos a três, considerar que os Estados Unidos têm a obrigação de renunciar às violações precedentes; 12<sup>o</sup>) por doze votos contra três, considerar os Estados Unidos obrigados a reparar os prejuízos causados à Nicarágua; 13<sup>o</sup>) por catorze votos a um, considerar os Estados Unidos obrigados a indenizar a Nicarágua pelas violações do Tratado de

1956; 14<sup>o</sup>) por catorze votos a um, determinar a forma e a quantia da referida indenização, na falta de acordo entre as partes; 15<sup>o</sup>) por unanimidade, a Corte lembrou às partes a obrigação de procurar soluções pacíficas compatíveis com o direito internacional para resolver suas controvérsias<sup>14</sup>.

A decisão em favor da Nicarágua trouxe à tona um ponto de grande importância: a execução da sentença. Poder-se-ia, muito embora, lembrar o recurso ao Conselho de Segurança nos termos do art. 94, parágrafo 2<sup>o</sup> da Carta da ONU. Em tese esse seria o caminho. Em todo o caso, o recurso será em vão se o Estado do qual se busca reparo tiver direito a veto no Conselho. Essa ineficácia na execução ficou evidente, em 28 de outubro de 1986, quando os Estados Unidos vetaram um projeto de resolução relativo à aplicação da sentença em favor da Nicarágua<sup>15</sup>.

Não se pode deixar de destacar, contudo, o papel corajoso da Corte na solução desse conflito internacional, que se pronunciou competente para conhecer um caso de que, por certo, poderia evadir-se. Dever-se-ia dizer que o caso em apreço rompe com a tradição conservadora da Corte Internacional de Justiça.

<sup>14</sup> No entanto, apesar de a Corte ter condenado os Estados Unidos, estes não respeitaram a decisão. Em desabono de sua conduta internacional, o Senado aprovou, por 155 votos contra 47, em 13 de agosto de 1986, uma ajuda de cem milhões de dólares solicitada pelo Presidente Reagan para os *contras*. Além disso, as medidas sancionadas pelo Presidente Reagan incluíam o envio de assessores e a autorização da CIA para esta participar das operações destinadas a derrubar o regime sandinista. O governo da Nicarágua pediu uma reunião urgente no Conselho de Segurança. Veja-se também a Res. n<sup>o</sup> 562 do C.S., de 10 de maio de 1985. Cf. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 20 de out. 1986. Exterior, p. 10.

<sup>15</sup> Veja-se a resolução 41/31 da Assembléia Geral da ONU, de 3 de novembro de 1986.

Cf. TANZI, Attilia. Diritto di veto ed esecuzione della sentenza della Corte Internazionale e di Giustizia tra Nicaragua e Stati Uniti. *Rivista di diritto internazionale*. Milano, Giuffrè, 70(2):293-308. 1987.

"Não existe na sociedade internacional, acima dos Estados, um tribunal supremo de jurisdição obrigatória, uma autoridade superior, que, entre os membros da comunidade internacional, possa garantir direitos e aplicar sanções ou reparar ofensas". ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*. 2. ed. Rio de Janeiro, Ministério das Relações Exteriores, 1956. V. 2. p. 1.

## Bibliografía

- ACCÍOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*. 2 ed. Rio de Janeiro, 1956, v. 2.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel. El papel de la Corte Internacional de Justicia en la solución pacífica de controversias (El caso Nicaragua vs. Estados Unidos). *Boletín mexicano de derecho comparado*. México, 20(60):839-55, set./dic. 1987.
- DÍAZ-CALLEJAS, Apolinar. *Contadora: desafío al imperio*. Bogotá, Oveja Negra, 1985. 301p.
- ENDE, Douglas J. Reaccepting the compulsory jurisdiction to the international Court of Justice: a proposal for a new United States declaration. *Washington law review*. University of Washington School of Law, 61(3):1145-83, 1986.
- International Legal Materials*. Declaration of the Republic of El Salvador. 24(1):38-58, jan. 1985.
- NATOLI, Ugo. Un manual para los "contras". *Revista internacional de derecho contemporáneo*. Bruselas, (2):30-34, 1985.
- PIÑOL RULL, Joan. Los asuntos de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de este Estado (Nicaragua contra Estados Unidos de América). *Revista española de derecho internacional*. Madrid, 39(1):99-119, ene./jun. 1987.
- RANGEL, Vicente Marotta. A controvérsia Estados Unidos-Nicarágua e o tema da conduta das partes. Separata de *Liber Amicorum: colección de estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. José Pérez Montero*. Universidad de Oviedo, España, 1988, pp.863-71.
- TANZI, Attilia. Diritto di veto ed esecuzione della sentenza della Corte Internazionale e di Giustizia tra Nicaragua e Stati Uniti. *Rivista di diritto internazionale*. Milano, 70(2):293-308, 1987.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Nicaragua versus Estados Unidos (1984-1985). *Revista brasileira de estudos políticos*. Belo Horizonte, (63-64):139-170, jul. 1986/jan. 1987.

# Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão<sup>1</sup>

(Lei do Tribunal Constitucional Federal)

LUÍS AFONSO HECK (TRADUÇÃO)

## *Primeira parte*

### *Constituição e competência do Tribunal Constitucional Federal*

#### § 1º [*Posição, sede e Regimento Interno*]

(1) O Tribunal Constitucional Federal é, perante todos os outros órgãos constitucionais, um tribunal da Federação, autônomo e independente.

(2) Karlsruhe é a sede do Tribunal Constitucional Federal.

(3) O Tribunal Constitucional Federal se dará um Regimento Interno, o qual será decidido pelo Pleno.

#### § 2º [*Senados*]

(1) O Tribunal Constitucional Federal é composto de dois Senados.

(2) Para cada Senado serão eleitos oito juízes.

(3) Três juízes de cada Senado serão eleitos entre os juízes dos tribunais federais superiores. Somente deverão ser eleitos juízes que estiveram ativos três anos, pelo menos, em um tribunal federal superior.

#### § 3º [*Qualificação para a judicatura*]

(1) Os juízes devem ter completado 40 (quarenta) anos de idade, ser elegíveis para o Parlamento Federal e haver declarado, por escrito, estarem dispostos a tornar-se membros do Tribunal Constitucional Federal.

(2) Devem possuir a aptidão para a judicatura, de acordo com o Estatuto da Magistratura alemã.

Luís Afonso Heck é Professor de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado na Fundação Universidade de Itabuna, MG. Doutorando de Direito Constitucional na Albert Ludwigs-Universität, Freiburg i.Br., República Federal da Alemanha.

<sup>1</sup>De 12 de março de 1951 (texto impresso, in: *BGBI*, I, S. 243 ff). A tradução é da sua nova redação, publicada no dia 11 de agosto de 1993 (texto impresso, in: *BGBI*, I, S. 1473 ff).

(3) Não podem pertencer nem ao Parlamento, ao Conselho ou ao Governo Federal nem a órgãos estaduais correspondentes. Com a sua nomeação eles se retiram de tais órgãos.

(4) A atividade judicial é incompatível com uma outra atividade profissional, exceto a de professor de direito em uma escola superior alemã. A atividade de juiz no Tribunal Constitucional Federal precede à atividade de professor em uma escola superior.

§ 4º [Período funcional dos juízes]

(1) O período funcional dos juízes dura doze anos, o mais tardar até o limite de idade.

(2) Uma reeleição, subsequente ou posterior, dos juízes, está excluída.

(3) O limite de idade é o final do mês no qual o juiz completa 68 (sessenta e oito) anos de idade.

(4) Após a expiração do período funcional, os juízes continuam em suas funções até a nomeação do sucessor.

§ 5º [Órgãos eleitorais]

(1) Os juízes de cada Senado serão eleitos, metade pelo Parlamento Federal, metade pelo Conselho Federal. Dos juízes a serem nomeados dentre os integrantes dos tribunais federais superiores, serão eleitos, para os Senados, um por um órgão eleitoral e dois pelo outro, e, dos juízes restantes, serão eleitos, três por um e dois pelo outro órgão eleitoral.

(2) Os juízes não serão eleitos antes dos três meses que precedem o término do período funcional de seus predecessores ou, se o Parlamento Federal estiver dissolvido nessa época, serão eleitos dentro do primeiro mês subsequente à primeira reunião do Parlamento Federal.

(3) Se um juiz retira-se prematuramente do cargo, o sucessor, então, será eleito, dentro de um mês, pelo mesmo órgão federal eleitor desse juiz.

§ 6º [Processo eleitoral no Parlamento Federal]

(1) Os juízes, que compete ao Parlamento Federal nomear, serão eleitos por meio de eleição indireta.

(2) O Parlamento Federal elege, de acordo com a regra da eleição proporcional, uma comissão eleitoral para os juízes do Tribunal Constitucional Federal, composta de doze membros do Parlamento Federal. Cada grupo parlamentar pode fazer uma proposta. Da soma dos vo-

tos dados para cada proposta será calculado, segundo o procedimento da média máxima (d'Hondt), o número dos elementos eleitos em cada proposta. Estarão eleitos os membros na ordem em que os seus nomes aparecem na proposta. Se um dos membros da comissão eleitoral se retirar ou se encontrar impedido, será substituído pelo próximo membro proposto na mesma lista.

(3) Os membros da comissão eleitoral são convocados pelo seu membro mais idoso, imediatamente, observado o prazo de uma semana, para a realização da eleição e a sessão será presidida por esse membro mais idoso até que todos os juízes estejam eleitos.

(4) Os membros da comissão eleitoral estão obrigados à discricção sobre as relações pessoais do candidato, as quais tornaram-se-lhes conhecidas mediante a sua atividade na comissão eleitoral, assim como sobre as discussões havidas a essas relações pessoais na comissão eleitoral, e, sobre a votação.

(5) Para juiz estará eleito quem reunir, pelo menos, oito votos.

§ 7º [Processo eleitoral no Conselho Federal]

Os juízes, os quais compete ao Conselho Federal nomear, serão eleitos com 2/3 (dois terços) dos votos do Conselho Federal.

§ 7ª [Direito de proposta do Tribunal]

(1) Se, dentro de dois meses após a expiração do período funcional ou a retirada prematura de um juiz, a eleição de um sucessor, de acordo com as disposições do § 6º, não se realizar, o membro mais idoso da comissão eleitoral deverá, então, convidar imediatamente o Tribunal Constitucional Federal a fazer propostas para a eleição.

(2) O Pleno do Tribunal Constitucional Federal resolve, com maioria simples, quem será proposto como juiz para a eleição. Se deve ser eleito apenas um juiz, o Tribunal Constitucional Federal, então, proporá três nomes; se devem, simultaneamente, ser eleitos mais juízes, o Tribunal Constitucional Federal, então, proporá o dobro de pessoas que devem ser eleitas como juízes. O § 16, alínea 2, vale por analogia.

(3) Se a eleição do juiz cabe ao Conselho Federal, também valem as alíneas 1 e 3, com a ressalva de que o membro mais idoso da comissão eleitoral será substituído pelo Presidente do Conselho Federal ou pelo seu Vice-Presidente.

(4) O direito dos órgãos eleitorais de eleger

alguém que não foi proposto pelo Tribunal Constitucional Federal fica intato.

§ 8º [Lista de candidatos]

(1) O Ministério da Justiça Federal faz uma lista de todos os juizes federais, os quais preencham as condições do § 3º, alíneas 1 e 2.

(2) O Ministério Federal da Justiça dirige uma outra lista, na qual devem ser incluídas todas as pessoas que são propostas para o cargo de juiz no Tribunal Constitucional Federal por um grupo do Parlamento Federal, pelo Governo Federal ou por um governo estadual, e, aquelas que preenchem as condições do § 3º, alíneas 1 e 2.

(3) Essas listas deverão ser permanentemente completadas e serão enviadas, o mais tardar uma semana antes de uma eleição, ao Presidente do Parlamento e ao Presidente do Conselho Federal.

§ 9º [Eleição do Presidente e do Vice-Presidente]

(1) O Parlamento Federal e o Conselho Federal elegem, alternadamente, o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal Constitucional Federal. O Vice-Presidente deve ser eleito daquele Senado ao qual não pertence o Presidente.

(2) Na primeira eleição o Parlamento Federal elege o Presidente e o Conselho Federal, o Vice-Presidente.

(3) As prescrições dos §§ 6º e 7º valem por analogia.

§ 10. [Nomeação dos eleitos]

O Presidente da República nomeia os eleitos.

§ 11. [Juramento dos juizes]

(1) Os juizes do Tribunal Constitucional Federal prestam, na posse do seu cargo, perante o Presidente da República Federal da Alemanha, o juramento seguinte:

“Juro que, como juiz imparcial, sempre irei defender lealmente a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha e que irei cumprir conscienciosamente os meus deveres de magistrado diante de qualquer pessoa. Assim Deus me ajude.”

Se o juramento for prestado por uma juíza, as palavras “como juiz imparcial” serão substituídas pelas palavras “como juíza imparcial”.

(2) Se o juiz declara-se partidário de uma comunidade religiosa, a cujos membros a lei permite o emprego de uma outra fórmula de juramento, pode, então, servir-se dela.

(3) O juramento também pode ser prestado

sem a fórmula de juramento religiosa.

§ 12. [Direito à exoneração em qualquer tempo]

Os juizes do Tribunal Constitucional Federal podem solicitar, em qualquer tempo, a sua exoneração do cargo. O Presidente da República Federal da Alemanha deve declarar a exoneração.

§ 13. [Competência do Tribunal Constitucional Federal]

O Tribunal Constitucional Federal decide nos casos determinados pela Lei Fundamental, a saber:

1. acerca da perda de direitos fundamentais (art. 18 da Lei Fundamental);

2. acerca da inconstitucionalidade de partidos políticos

(art. 21, alínea 2, da Lei Fundamental);

3. acerca dos recursos contra decisões do Parlamento Federal que afetam a validade de uma eleição ou a aquisição ou a perda da qualidade de membro de um deputado do Parlamento Federal

(art. 41, alínea 2, da Lei Fundamental);

4. acerca das acusações do Parlamento Federal ou do Conselho Federal contra o Presidente da República Federal da Alemanha

(art. 61 da Lei Fundamental);

5. acerca da interpretação da Lei Fundamental, motivada por conflitos sobre a extensão dos direitos e dos deveres de um órgão federal superior ou de outros interessados que estão dotados com direitos próprios por meio da Lei Fundamental ou no regimento interno de um órgão federal superior

(art. 93, alínea 1, nº 1, da Lei Fundamental);

6. em divergência de opiniões ou dúvidas relativas à compatibilidade formal e material do direito federal ou do direito estadual com a Lei Fundamental ou relativas à compatibilidade do direito estadual com outro direito federal, soliciitado pelo Governo Federal, por algum governo estadual ou por 1/3 (um terço) dos membros do Parlamento Federal

(art. 93, alínea 1, nº 2, da Lei Fundamental);

7. em divergência de opiniões sobre direitos e deveres da Federação e dos estados, particularmente na execução do direito federal por meio dos estados e no exercício da inspeção federal

(art. 93, alínea 1, nº 3, e art. 84, alínea 4, frase

2, da Lei Fundamental);

8. em outros conflitos jurídico-públicos entre a Federação e os estados, entre estados distintos ou no interior de um estado, na medida em que outra via legal não estiver oferecida (art. 93, alínea 1, n.º 4, da Lei Fundamental);

8a. acerca dos recursos constitucionais (art. 93, alínea 1, n.º 4a e 4b, da Lei Fundamental);

9. acerca das acusações contra juizes, relativas a juizes federais e juizes estaduais

(art. 98, alíneas 2 e 5, da Lei Fundamental);

10. acerca de litígios constitucionais no interior de um estado, quando essa decisão está atribuída, por meio de lei estadual, ao Tribunal Constitucional Federal

(art. 99 da Lei Fundamental);

11. acerca da compatibilidade de uma lei federal ou de uma lei estadual com a Lei Fundamental ou sobre a compatibilidade de uma lei estadual ou outro direito estadual com uma lei federal, a pedido de um tribunal

(art. 100, alínea 1, da Lei Fundamental);

12. em dúvida sobre se uma regra de Direito Internacional Público é parte integrante do direito federal e sobre se ela gera direitos e deveres imediatos ao particular, a pedido do tribunal (art. 100, alínea 2, da Lei Fundamental);

13. quando o tribunal constitucional de um estado pretender apartar-se, na interpretação da Lei Fundamental, de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal ou de um outro tribunal constitucional estadual, a pedido daquele tribunal constitucional

(art. 100, alínea 3, da Lei Fundamental);

14. em divergência de opiniões sobre a continuidade da vigência do direito como direito federal

(art. 126 da Lei Fundamental);

15. nos demais casos a ele atribuídos por meio de lei federal

(art. 93, alínea 2, da Lei Fundamental).

§ 14.<sup>2</sup> [Competência dos Senados]

(1) O Primeiro Senado do Tribunal Consti-

<sup>2</sup> O Pleno do Tribunal Constitucional Federal tomou, no dia 6 de outubro de 1982, consoante com o § 14, alínea 4, esta resolução (texto impresso, in: *BGBl*, I, S. 1735), a qual foi modificada pela resolução de 15 de dezembro de 1989 (texto impresso, in: *BGBl*, I, S. 2259). O seu teor é este:

“A.

A partir do dia 1 de janeiro de 1983 o Segundo

tucional Federal é competente para os procedimentos do controle normativo (§ 13, n.º 6 e 11), nos quais é reclamada preponderantemente a incompatibilidade de uma prescrição com direitos fundamentais ou com direitos dos arts. 33, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental, assim como para recursos constitucionais, exceto o recurso constitucional segundo o § 91 e os recursos constitucionais do âmbito do Direito Eleitoral.

(2) O Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal é competente para os casos do § 13, n.º 1-5, 7-9, 12 e 14 e, ademais, para os procedimentos do controle normativo e recursos constitucionais, os quais não estão atribuídos ao Primeiro Senado.

(3) Nos casos do § 13, n.º 10 e 13, a competência dos Senados é determinada de acordo com a regra das alíneas 1 e 2.

(4) O Pleno do Tribunal Constitucional Federal pode, a partir do início do próximo ano civil, regulamentar a competência dos Senados de forma diferente daquela das alíneas 1 a 3, se isso for imperioso em consequência de um excesso de trabalho não apenas transitório de um Senado. Essa regulamentação também vale para procedimentos pendentes, nos quais o procedimento oral ou a deliberação da decisão ainda não foram realizados. A resolução será publicada no Diário Oficial da Federação.

Senado do Tribunal Constitucional Federal também é competente, distinto do § 14, alíneas 1 a 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, para:

1. procedimentos do controle normativo (§ 13, n.º 6 e 11, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal) e recursos constitucionais das esferas jurídicas seguintes:

1. do direito de asilo;  
2. da Lei dos Estrangeiros e da Lei sobre a Extração;

3. do direito de nacionalidade;  
4. do serviço público e das relações de serviço pertinentes a associações religiosas, cujo direito reproduz o direito do serviço público, inclusive do respectivo direito disciplinar;

5. do serviço militar e da prestação substituinte do serviço militar, inclusive do direito disciplinar correspondente a esses setores;

6. do Direito Penal, com exceção de processos nos quais preponderem questões de interpretação e de aplicação do art. 5.º ou do art. 8.º da Lei Fundamental;

7. do Direito Processual Penal;

8. da execução da prisão preventiva e da prisão e das medidas correccionais e de segurança privativas da liberdade, assim como do mandado e execução de outras privações de liberdade;

(5) Se há dúvidas quanto a qual dos Senados compete um procedimento, então, acerca disso decide uma comissão, composta pelo Presidente, Vice-Presidente e quatro juízes, convocados, dois de cada Senado, para o período do ano civil. Em caso de igualdade de votos, decide o voto do Presidente.

§ 15. [Presidência e quórum]

(1) O Presidente do Tribunal Constitucional Federal e o seu Vice-Presidente exercem a presidência em seus Senados. Eles serão representados pelo decano e, no caso de igual antiguidade, pelo juiz mais idoso presente do Senado.

(2) Em cada Senado há quórum quando, pelo menos, seis juízes estão presentes. Se num Senado, em um procedimento de especial urgência, não há quórum, o Presidente determina um sorteio, pelo qual juízes do outro Senado serão designados como substitutos até que o quórum seja obtido. Os Presidentes dos Senados não podem ser designados como substitutos. O Regimento Interno regulamenta os pormenores.

(3) Nos procedimentos correspondentes ao § 13, n<sup>o</sup> 1, 2, 4 e 9, é necessário, para uma decisão desfavorável à parte passiva, em cada caso, maioria de 2/3 (dois terços) dos membros do Senado. De resto, decide a maioria dos membros do Senado participantes da decisão, na medida em que a lei não determina outra coisa. No caso de igualdade de votos, não se pode constatar uma violação da Lei Fundamental ou de outro direito federal.

§ 15a. [Câmaras]

(1) Os Senados convocam, para o início do ano civil, várias Câmaras. Cada Câmara consti-

9. do procedimento de imposição de multa;

10. do Direito Tributário, inclusive do Direito Tributário Eclesiástico.

II. 1. De resto, para procedimentos do controle normativo e recursos constitucionais:

a) nos quais a interpretação e a aplicação do Direito Internacional Público e do Direito Europeu são de significado relevante;

b) nos quais outras questões preponderam sobre aquelas de interpretação e aplicação dos arts. 1<sup>o</sup> a 17, 19, 101 e 103, alínea 1, da Lei Fundamental;

2. além disso, para recursos constitucionais do âmbito da jurisdição cível, de promoventes com a letra inicial L-Z, nos quais preponderam questões de uma violação dos direitos do art. 101, alínea 1, ou art. 103, alínea 1, da Lei Fundamental.

B.

Para os processos tornados pendentes até o dia 31 de dezembro de 1982 permanece a competência rotineira dos Senados."

tui-se de três juízes. A composição de uma Câmara não deve ficar inalterada além de três anos.

(2) O Senado resolve, antes do início de um ano civil, e para o seu período, sobre a distribuição dos pedidos, relativos ao § 80, e dos recursos constitucionais, relativos aos §§ 90 e 91, aos relatores, sobre o número e a composição das Câmaras, bem como sobre a representação dos seus membros.

§ 16. [Decisões tomadas em Plenário]

(1) Se um Senado pretende apartar-se, em uma questão jurídica, da opinião jurídica encerrada em uma decisão do outro Senado, então, acerca disso decide o Pleno do Tribunal Constitucional Federal.

(2) Há quórum no Pleno quando, de cada Senado, 2/3 (dois terços) de seus juízes estão presentes.

Segunda Parte

Prescrições procedimentais gerais

§ 17. [Aplicação de prescrições da Lei de Organização Judiciária]

Na medida em que nesta lei outra coisa não está determinada, devem ser aplicadas, no referente à publicidade, ao poder de polícia na audiência, à linguagem forense, à deliberação e à votação, por analogia, as prescrições do título 14 até o título 16 da Lei de Organização Judiciária.

§ 18. [Exclusão de juiz]

(1) Um juiz do Tribunal Constitucional Federal está excluído do exercício da sua judicatura quando:

1. é parte na causa, é ou foi casado com uma das partes, tem, em linha direta, parentesco consanguíneo ou parentesco afim, ou tem, em linha colateral, parentesco consanguíneo até o terceiro grau ou parentesco afim até o segundo grau, ou

2. já tenha funcionado na mesma causa em razão do cargo ou da profissão.

(2) Não é parte quem, em virtude do seu estado familiar, sua profissão, sua origem, sua filiação a um partido político ou por um ponto de vista geral semelhante está interessado no resultado do procedimento.

(3) Como atividade no sentido da alínea 1, n<sup>o</sup> 2, não vale:

1. a participação no procedimento legislativo, e

2. a manifestação de uma opinião científica referente a uma questão jurídica que pode ser relevante para o procedimento.

§ 19. *[Recusa de juiz em virtude do temor da parcialidade]*

(1) Se um juiz do Tribunal Constitucional Federal é recusado em razão do temor da parcialidade, decide, então, o tribunal com a exclusão do recusado; no caso de igualdade de votos, decide o voto do Presidente.

(2) A recusa deve ser fundamentada. O recusado tem de manifestar-se a seu respeito. A recusa não será considerada se não for declarada até o início do procedimento oral.

(3) Se um juiz, que não está recusado, declarar-se suspeito, então, vale a alínea 1 por analogia.

(4) Se o Tribunal Constitucional Federal declarou a recusa ou a auto-recusa de um juiz como fundamentada, um juiz do outro Senado será designado, por meio de sorteio, como substituto. Os presidentes senatoriais não podem ser designados como substitutos. O Regimento Interno regulamenta os pormenores.

§ 20. *[Vista dos autos]*

As partes têm o direito à vista dos autos.

§ 21. *[Representação em audiência por meio de mandatários de grupos de pessoas]*

Se o procedimento for instaurado por um grupo de pessoas ou contra um grupo de pessoas, o Tribunal Constitucional Federal pode ordenar que esse grupo deixe os seus direitos ser assumidos por um ou mais mandatários, especialmente o direito à presença em audiência.

§ 22. *[Representação processual]*

(1) As partes podem, em qualquer estágio do procedimento, deixar-se representar por um advogado admitido em algum tribunal alemão ou por um professor de direito de uma escola superior alemã; no procedimento oral perante o Tribunal Constitucional Federal elas precisam deixar-se representar por meio dessa forma. As corporações legislativas e partes delas que estão dotadas com direitos próprios na Constituição ou no Regimento, também podem deixar-se representar por meio de seus membros. A Federação, os estados e os seus órgãos constitucionais podem, ademais, deixar-se representar por meio de seus funcionários, na medida em que eles possuem aptidão para a judicatura ou, em virtude dos exames oficiais do Estado prescritos, tenham adquirido a capacidade para o serviço público superior. O Tribunal Constitucional Federal também pode admitir uma outra pessoa como assistente de uma parte.

(2) O mandato deve ser outorgado por es-

crito. Ele precisa referir-se expressamente ao procedimento.

(3) Se um mandatário está constituído, todas as comunicações do tribunal devem ser a ele endereçadas.

§ 23. *[Instauração do procedimento]*

(1) Pedidos que iniciam o procedimento devem ser apresentados por escrito no Tribunal Constitucional Federal. Devem ser fundamentados; as provas necessárias devem ser indicadas.

(2) O Presidente ou, quando uma decisão consoante com o § 93c entrar em questão, o Relator, notifica imediatamente o pedido à parte passiva e aos demais partícipes com a admoestação de, dentro de um prazo a ser determinado, manifestarem-se a respeito.

(3) O Presidente ou o Relator podem encarregar cada parte de, dentro de um prazo a ser determinado, fornecer ao tribunal e as demais partes o número necessário de cópias dos seus articulados e da decisão impugnada.

§ 24. *[Indeferimento liminar]*

Pedidos improcedentes ou manifestamente infundados podem ser recusados por meio de resolução unânime do tribunal. A resolução não carece de outra motivação se para o promovente foram anteriormente indicadas as dúvidas sobre a procedência ou fundamentação do seu pedido.

§ 25. *[Procedimento oral – sentença – resolução]*

(1) O Tribunal Constitucional Federal decide, na medida em que outra coisa não está determinada, com base no procedimento oral, a não ser que todos as partes a ele renunciem expressamente.

(2) A decisão com base no procedimento oral é pronunciada como sentença, a decisão sem procedimento oral é pronunciada como resolução.

(3) Decisões parciais e decisões interlocutórias são permitidas.

(4) As decisões do Tribunal Constitucional Federal são pronunciadas em “nome do povo”.

§ 25a. *[Protocolo, gravação em fita magnética]*

O procedimento oral será protocolado. Além disso, ele será retido por meio de uma gravação em fita magnética; o Regimento Interno regulamenta os pormenores.

§ 26. *[Operações probatórias]*

(1) O Tribunal Constitucional Federal forma

a prova necessária para a investigação da verdade. Ele pode incumbir isso, fora do procedimento oral, a um membro do tribunal ou o sollicitar, restringido a determinados fatos e pessoas, a um outro tribunal.

(2) Com base numa resolução, tomada com a maioria de 2/3 (dois terços) dos votos do tribunal, a inclusão de determinados documentos pode ser omitida, se o seu emprego é incompatível com a segurança do Estado.

§ 27. *[Assistência judicial e administrativa]*

Todos os tribunais e autoridades administrativas prestam assistência judicial e administrativa ao Tribunal Constitucional Federal. Se o Tribunal Constitucional Federal pedir autos de um procedimento inicial, eles lhe serão apresentados diretamente.

§ 28. *[Testemunhas e peritos]*

(1) Para o interrogatório de testemunhas e de peritos valem, nos casos do § 13, n<sup>os</sup> 1, 2, 4 e 9, por analogia, as prescrições do Código de Processo Penal; nos demais casos valem, por analogia, as prescrições do Código de Processo Civil.

(2) Na medida em que uma testemunha ou perito somente podem ser interrogados com a autorização de um posto superior, essa autorização somente poderá ser recusada se isso é exigido pelo bem da Federação ou de um estado. A testemunha ou o perito não podem invocar o seu dever de guardar segredo se o Tribunal Constitucional Federal, com uma maioria de 2/3 (dois terços) dos votos, declarar a recusa da autorização a expor como infundada.

§ 29. *[Audiência probatória]*

As partes serão informadas de todas as audiências probatórias e poderão assistir à colheita das provas. Elas podem formular perguntas às testemunhas e aos peritos. O tribunal decide se uma pergunta for objetada.

§ 30. *[Decisão]*

(1) O Tribunal Constitucional Federal decide em deliberação secreta, segundo o seu livre convencimento adquirido do conteúdo da audiência e do resultado da colheita probatória. A decisão deve ser redigida, deve ser fundamentada e deve ser assinada pelos juizes que participaram da decisão. Ela deve, então, em seguida, se houve um procedimento oral, ser proclamada em público com a participação dos seus fundamentos essenciais. A audiência para a proclamação de uma decisão pode ser anunciada no procedimento oral ou determinada após a

conclusão das deliberações; neste caso, ela deve ser comunicada imediatamente às partes. Entre o encerramento do procedimento oral e a proclamação da decisão não deve haver mais de três meses. A audiência pode ser transferida por meio de resolução do Tribunal Constitucional Federal.

(2) Um juiz pode consignar em um voto especial a sua opinião divergente, defendida na deliberação, referente à decisão ou a seus fundamentos; o voto especial deve ser anexado à decisão. Os Senados podem comunicar, em suas decisões, a relação entre os votos. O Regimento Interno regulamenta os pormenores.

(3) Todas as decisões devem ser notificadas às partes.

§ 31. *[Obrigatoriedade das decisões]*

(1) As decisões do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais da Federação e dos estados, assim como todos os tribunais e autoridades.

(2) Nos casos do § 13, n<sup>os</sup> 6, 11, 12 e 14, a decisão do Tribunal Constitucional Federal tem força de lei. Isso vale também nos casos do § 13, n<sup>o</sup> 8a, quando o Tribunal Constitucional Federal declara uma lei compatível ou incompatível com a Lei Fundamental, ou nula. Na medida em que uma lei é declarada compatível ou incompatível com a Lei Fundamental ou com outro direito federal, ou nula, a parte dispositiva da decisão deve ser publicada no Diário Oficial da Federação por meio do Ministério da Justiça Federal. O mesmo vale por analogia para a parte dispositiva da decisão nos casos do § 13, n<sup>os</sup> 12 e 14.

§ 32. *[Medidas cautelares]*

(1) O Tribunal Constitucional Federal pode regular provisoriamente por meio de medida cautelar uma situação no caso litigioso, quando isso é urgente para rechaçar graves prejuízos, para impedir violência iminente ou em virtude de um outro fundamento importante para o bem-estar comum.

(2) A medida cautelar pode suceder sem procedimento oral. Por ocasião de urgência especial, o Tribunal Constitucional Federal pode prescindir de oferecer oportunidade para manifestação às partes no procedimento da causa principal, aos legitimados à intervenção ou aos legitimados à declaração.

(3) Se a medida cautelar for decretada ou recusada por meio de resolução, pode ser for-

malizada objeção. Isso não vale para o promovente no procedimento do recurso constitucional. O Tribunal Constitucional Federal decide sobre a objeção após o procedimento oral. O procedimento oral deve realizar-se dentro de duas semanas após a apresentação dos fundamentos da objeção.

(4) A objeção contra a medida cautelar não tem efeito suspensivo. O Tribunal Constitucional Federal pode suspender a execução da medida cautelar.

(5) O Tribunal Constitucional Federal pode comunicar a decisão sobre a medida cautelar ou sobre a objeção sem fundamentação. Nesse caso, a fundamentação deve ser remetida às partes em separado.

(6) A medida cautelar caduca após seis meses. Ela pode ser restabelecida por maioria de 2/3 (dois terços) dos votos.

(7) Se, num Senado, não há quórum, a medida cautelar pode, em caso de urgência especial, ser decretada quando, pelo menos, três juizes estão presentes e a resolução é tomada por unanimidade. Ela caduca após um mês. Se o Senado a confirmar, ela, então, caducará seis meses depois da sua decretação.

#### § 33. [Suspensão do procedimento]

(1) O Tribunal Constitucional Federal pode suspender o seu procedimento até o término de um procedimento pendente em um outro tribunal se, para a sua decisão, as constatações ou a decisão desse outro tribunal puderem ser significativas.

(2) O Tribunal Constitucional Federal pode tomar por base, para a sua decisão, as constatações fáticas de uma sentença transitada em julgado, pronunciada em um procedimento, no qual a verdade deve ser investigada de ofício.

#### § 34. [Custas e taxas]

(1) O procedimento do Tribunal Constitucional Federal é gratuito.

(2) O Tribunal Constitucional Federal pode impor uma taxa de até 5.000,00 (cinco mil) marcos se a propositura do recurso constitucional ou do recurso consoante com o art. 41, alínea 2, da Lei Fundamental, apresenta um abuso, ou quando um pedido para a decretação de uma medida cautelar (§ 32) está proposta de modo abusivo.

(3) Para a cobrança da taxa vale por analogia o § 59, alínea 1, da Lei de Organização Orçamentária Federal.

#### § 34a. [Reembolso de gastos e de custas]

(1) Se o pedido de perda de direitos fundamentais (§ 13, nº 1), a acusação contra o Presidente da República (§ 13, nº 4) ou a acusação contra um juiz (§ 13, nº 9) mostrarem-se infundados, devem ser restituídos à parte passiva ou ao acusado os gastos necessários, inclusive as custas da defesa.

(2) Se um recurso constitucional mostrar-se fundamentado, os gastos necessários devem ser reembolsados ao promovente, total ou parcialmente.

(3) Nos demais casos o Tribunal Constitucional Federal pode ordenar o reembolso dos gastos, integral ou parcialmente.

#### § 35. [Regulamentação da execução]

O Tribunal Constitucional Federal pode, em sua decisão, determinar quem executará a decisão; pode também regulamentar, no caso particular, o modo da execução.

#### Terceira parte

#### Prescrições procedimentais específicas

Primeira seção. Procedimento nos casos do § 13, nº 1

#### [Perda de direitos fundamentais]

#### § 36. [Titulares do pedido]

O pedido para a decisão segundo o art. 18, frase 2, da Lei Fundamental, pode ser proposto pelo Parlamento, pelo Governo Federal ou por algum governo estadual.

#### § 37. [Procedimento preliminar]

O Tribunal Constitucional Federal oferece à parte passiva a oportunidade para manifestar-se dentro de um prazo a ser determinado e decide, então, se o pedido deve ser indeferido como improcedente ou como não suficientemente fundamentado, ou se a audiência deve ser realizada.

#### § 38. [Apreensão e busca]

(1) Após a entrada do pedido, o Tribunal Constitucional Federal pode ordenar, de acordo com as prescrições do Código de Processo Penal, uma apreensão ou busca.

(2) O Tribunal Constitucional Federal pode, para a preparação do procedimento oral, ordenar uma instrução prévia. A realização dessa instrução prévia terá de ser confiada a um juiz do Senado não-competente para a decisão da causa principal.

#### § 39. [Decisão sobre a perda de direitos fundamentais]

(1) Se o pedido está fundamentado, o Tribunal Constitucional Federal determina, então,

quais direitos fundamentais a parte passiva perdeu. Ele pode limitar a perda a um determinado período, pelo menos, por um ano. Também pode impor à parte passiva restrições bem especificadas de modo e de tempo, na medida em que elas não afetam direitos fundamentais além daqueles perdidos. Nisso, as autoridades administrativas não precisam de outras bases legais para proceder contra a parte passiva.

(2) O Tribunal Constitucional Federal pode privar a parte passiva, durante o período da perda dos direitos fundamentais, do direito eleitoral, ativo e passivo, da aptidão para o desempenho de cargos públicos e ordenar a sua desassociação de pessoas jurídicas.

§ 40. [Revogação da perda]

Se a perda não está temporalmente limitada ou se foi pronunciada por um período superior a um ano, o Tribunal Constitucional Federal pode, se houverem decorridos dois anos da decisão sobre a perda, a pedido da antiga parte ativa ou parte passiva, revogar a perda, total ou parcialmente, ou encurtar o período da perda. Esse pedido é reiterável se houver passado um ano da última decisão do Tribunal Constitucional Federal.

§ 41. [Renovação de um pedido]

Se o Tribunal Constitucional Federal decidiu acerca do mérito de um pedido, este somente poderá ser repetido contra a mesma parte passiva quando fundar-se em novos fatos.

§ 42. (Revogado)

*Segunda seção. Procedimento nos casos do § 13, n.º 2*

[Proibição de partido político]

§ 43. [Titulares do pedido]

(1) O pedido da decisão sobre se um partido é inconstitucional (art. 21, alínea 2, da Lei Fundamental) pode ser proposto pelo Parlamento, pelo Conselho ou pelo Governo Federal.

(2) Um governo estadual somente pode propor o pedido contra um partido cuja organização se limita ao seu território.

§ 44. [Representação do partido]

A representação do partido determina-se consoante às prescrições legais, subsidiariamente de acordo com o seu estatuto. Se os titulares da representação não são comprováveis ou se não existem ou se mudaram após a entrada do pedido no Tribunal Constitucional Federal, então, valem como titulares da representação aquelas pessoas que efetivamente dirigiram por último os negócios do partido durante

a atividade que ocasionou o pedido.

§ 45. [Procedimento preliminar]

O Tribunal Constitucional Federal oferece aos titulares da representação (§ 44) a oportunidade para manifestar-se dentro de um prazo a ser determinado e decide, então, se o pedido deve ser indeferido como improcedente ou como não suficientemente fundamentado, ou se a audiência deve ser realizada.

§ 46. [Decisão sobre a inconstitucionalidade de um partido]

(1) Se o pedido está fundamentado, o Tribunal Constitucional Federal determina, então, que o partido político é inconstitucional.

(2) Essa determinação pode-se restringir a uma parte do partido, que, no sentido jurídico ou organizatório, é independente.

(3) Com essa determinação deve ser ligada a dissolução do partido ou da parte independente do partido e a proibição de criar uma organização substituta. O Tribunal Constitucional Federal pode, nesse caso, além disso, pronunciar a confiscação dos bens do partido ou da parte independente do partido, a favor da Federação ou do estado, para finalidades de interesse público.

§ 47. [Apreensão, busca etc.]

As prescrições dos §§ 38 e 41 valem por analogia.

*Terceira seção. Procedimento nos casos do § 13, n.º 3*

[Exame de eleições]

§ 48. [Recurso]

(1) O recurso contra a resolução do Parlamento Federal sobre a validade de uma eleição ou sobre a perda da qualidade de membro do Parlamento Federal pode ser proposto no Tribunal Constitucional Federal, no prazo de dois meses a contar da resolução do Parlamento Federal, pelo deputado, cuja qualidade de membro está contestada, por um eleitor, cuja objeção foi rejeitada pelo Parlamento Federal, se intervierem em seu favor, pelo menos, 100 (cem) eleitores, e por um grupo ou minoria do Parlamento Federal que abranja, pelo menos, 1/10 (um décimo) do número legal de membros; o recurso deve ser fundamentado dentro desse prazo.

(2) Os eleitores que intervêm a favor de um eleitor como promovente, precisam firmar pessoalmente essa declaração; ao lado da assinatura devem ser indicados o sobrenome, o pre-

nome, a data de nascimento e o endereço (domicílio) do signatário.

(3) O Tribunal Constitucional Federal pode prescindir de um procedimento oral quando dele não é de se esperar nenhum outro fomento do procedimento.

*Quarta seção. Procedimento nos casos do § 13, nº 4*

*[Acusação contra o Presidente da República]*

§ 49. *[Articulação acusatória]*

(1) A acusação contra o Presidente da República em virtude de violação premeditada da Lei Fundamental ou de outra lei federal será proposta no Tribunal Constitucional Federal, mediante a apresentação de uma articulação acusatória.

(2) Com base na resolução de uma das duas corporações legislativas (art. 61, alínea 1, da Lei Fundamental), o respectivo Presidente elabora a articulação acusatória e envia-a, dentro de um mês, ao Tribunal Constitucional Federal.

(3) A articulação acusatória deve consignar o ato ou a omissão causadores da proposta da acusação, a prova e o dispositivo da Constituição ou da lei que se tem como violado. Deve conter a comprovação de que a resolução para a propositura da acusação foi tomada com a maioria de 2/3 (dois terços) do número legal de membros do Parlamento Federal ou com 2/3 (dois terços) dos votos do Conselho Federal.

§ 50. *[Prazo para a acusação]*

A acusação somente pode ser proposta dentro de três meses, após os fatos que a fundamentam haverem-se tornado conhecidos à corporação facultada a propô-la.

§ 51. *[Realização do procedimento]*

A instauração e a realização do procedimento não serão afetadas pela abdicação do Presidente da República, pela sua retirada do cargo, pela dissolução do Parlamento Federal ou pela expiração de sua legislatura.

§ 52. *[Desistência da acusação]*

(1) Pode-se desistir da acusação, com base em uma resolução da corporação promovente, até a proclamação da sentença. Essa resolução requer consentimento da maioria do número legal de membros do Parlamento Federal ou da maioria dos votos do Conselho Federal.

(2) A desistência da acusação caberá ao presidente da corporação promovente por meio da remessa de uma certidão da resolução ao Tribunal Constitucional Federal.

(3) A desistência da acusação tornar-se-á ineficaz se o Presidente da República contestá-la dentro de um mês.

§ 53. *[Medidas cautelares]*

O Tribunal Constitucional Federal pode, após a propositura da acusação, determinar, por meio de medida cautelar, que o Presidente da República está impossibilitado para o desempenho do seu cargo.

§ 54. *[Instrução prévia]*

(1) O Tribunal Constitucional Federal pode, para a preparação do procedimento oral, ordenar uma instrução prévia; deverá ordená-la quando ela for pedida pelo representante da acusação ou pelo Presidente da República.

(2) A realização dessa instrução prévia será confiada a um juiz do Senado não-competente para a decisão da causa principal.

§ 55. *[Procedimento oral]*

(1) O Tribunal Constitucional Federal decide de acordo com o procedimento oral.

(2) Para esse procedimento o Presidente da República deve ser citado. Com a citação será advertido de que haverá o procedimento sem a sua presença, se faltar sem justificação ou se se afastar antecipadamente sem motivos suficientes.

(3) No procedimento, o mandatário da corporação promovente, primeiro, relata a acusação.

(4) Em seguida, o Presidente da República terá a oportunidade para declarar-se a respeito da acusação.

(5) Depois disso, efetuam-se as operações probatórias.

(6) Por fim, serão ouvidos o representante da acusação, com o seu pedido, e o Presidente da República, com a sua defesa. Este tem a última palavra.

§ 56. *[Sentença]*

(1) O Tribunal Constitucional Federal constata, na sentença, se o Presidente da República é culpado de uma violação dolosa da Lei Fundamental ou de uma lei federal a ser indicada com detalhamento.

(2) Em caso de condenação, o Tribunal Constitucional Federal pode declarar ao Presidente da República que ele perdeu o cargo. Com a proclamação da sentença ocorre a perda do cargo.

§ 57. *[Certidão da sentença]*

Uma certidão da sentença com os fundamentos deve ser enviada ao Parlamento, ao Conselho e ao Governo Federal.

*Quinta seção. Procedimento nos casos do § 13, n<sup>o</sup> 9*

*[Acusação contra juiz]*

§ 58. *[Acusação contra juiz]*

(1) Se o Parlamento Federal propõe, contra um juiz federal, um pedido consoante com o art. 98, alínea 2, da Lei Fundamental, então, são aplicáveis, por analogia, as prescrições do § 49 até o § 55, com exceção do § 49, alínea 3, frase 2, do § 50 e do § 52, alínea 1, frase 2.

(2) Se um juiz federal for censurado por uma infração em exercício, o Parlamento Federal não delibera antes do término com efeito de coisa julgada do procedimento judicial, ou, se anteriormente, em virtude da mesma infração, houver sido instaurado um procedimento disciplinar formal, não antes da abertura desse procedimento. Transcorridos seis meses, a partir do término com efeito de coisa julgada do procedimento judicial, no qual a censura à infração do juiz federal foi objeto, o pedido não é mais admissível.

(3) Com abstração dos casos da alínea 2, um pedido consoante à alínea 1 não é mais admissível se houverem decorridos dois anos desde a infração.

(4) O pedido será representado perante o Tribunal Constitucional Federal por um mandatório do Parlamento Federal.

§ 59. *[Sentença]*

(1) O Tribunal Constitucional Federal sentencia a uma das medidas previstas no art. 98, alínea 2, da Lei Fundamental, ou à absolvição.

(2) Se o Tribunal Constitucional Federal sentencia à demissão do cargo, então, a perda do cargo ocorre com a proclamação da sentença.

(3) Se se sentenciar à remoção para um outro cargo ou à aposentadoria, então, a execução incumbe à autoridade competente para a demissão do juiz federal.

(4) Uma certidão da sentença com fundamentos deve ser remetida ao Presidente da República, ao Parlamento e ao Governo Federal.

§ 60. *[Suspensão de um procedimento disciplinar]*

Enquanto um procedimento estiver pendente no Tribunal Constitucional Federal, o procedimento pendente em um outro tribunal disciplinar, em virtude dos mesmos fatos, será suspenso. Se o Tribunal Constitucional Federal sentencia à demissão do cargo ou à ordenação da remoção a um outro cargo ou à aposentado-

ria, então, o procedimento disciplinar será arquivado; em outro caso, ele terá prosseguimento.

§ 61. *[Reabertura do procedimento]*

(1) A reabertura do procedimento efetua-se somente em prol do condenado e somente a seu pedido ou, após a sua morte, a pedido de seu cônjuge ou de um de seus descendentes, sob as condições dos §§ 359 e 364 do Código de Processo Penal. Nesse pedido precisam ser indicados o fundamento legal da reabertura e também as provas. Por meio do pedido de reabertura a eficácia da sentença não será suspensa.

(2) Acerca da admissão do pedido decide o Tribunal Constitucional Federal sem procedimento oral. As prescrições dos §§ 368, 369, alíneas 1, 2 e 4, e dos §§ 370 e 371, alíneas 1 a 3, do Código de Processo Penal, valem por analogia.

(3) Na audiência de instrução e julgamento renovada, ou a antiga sentença deve ser conservada, ou a uma medida mais leve ou à absolvição deve-se sentenciar.

§ 62. *[Procedimento contra juízes estaduais]*

Na medida em que, consoante com o art. 98, alínea 5, frase 2, da Lei Fundamental, o Direito Constitucional estadual vigente não determina nada distintamente, também valem as prescrições desta seção quando uma lei estadual regula, para os juízes estaduais, de forma análoga ao art. 98, alínea 2, da Lei Fundamental.

*Sexta seção. Procedimento nos casos do § 13, n<sup>o</sup> 5*

*[Conflito entre órgãos estatais]*

§ 63. *[Parte ativa e parte passiva]*

Parte ativa e parte passiva somente podem ser: o Presidente da República, o Parlamento, o Conselho, o Governo Federal e as partes desses órgãos que estão dotadas com direitos próprios por meio da Lei Fundamental ou por meio dos Regimentos do Parlamento e do Conselho Federal.

§ 64. *[Admissibilidade do pedido]*

(1) O pedido só é admissível se a parte ativa faz valer que ela ou o órgão ao qual ela pertence está sendo violada ou posta em perigo diretamente em seus direitos e deveres, a ela atribuídos pela Lei Fundamental, por meio de uma medida ou omissão da parte passiva.

(2) No pedido deve ser indicada a prescrição da Lei Fundamental que está sendo infringida por meio da medida ou omissão objetadas da parte passiva.

(3) O pedido deve ser proposto dentro de

seis meses, após a medida ou omissão objetadas haverem-se tornado conhecidas à parte ativa.

(4) Quando esta lei entrar em vigor, na medida em que esse prazo houver expirado, o pedido ainda poderá ser proposto dentro de três meses após a sua entrada em vigor.

§ 65. [Intervenção no procedimento]

(1) Em favor da parte ativa e da parte passiva podem intervir, em qualquer situação do procedimento, outros titulares do pedido, mencionados no § 63, se a decisão também for significativa para o deslinde de suas competências.

(2) O Tribunal Constitucional Federal participa ao Presidente da República, ao Parlamento, ao Conselho e ao Governo Federal a instauração do procedimento.

§ 66. [União e separação de procedimentos]

O Tribunal Constitucional Federal pode unir procedimentos pendentes e separar procedimentos unidos.

§ 67. [Decisão]

Em sua decisão o Tribunal Constitucional Federal constata se a medida ou omissão objetadas da parte passiva infringem uma prescrição da Lei Fundamental. Essa prescrição deve ser indicada. O Tribunal Constitucional Federal pode decidir simultaneamente na parte dispositiva da decisão uma questão jurídica relevante para a interpretação da prescrição da Lei Fundamental, da qual depende a constatação consoante à frase 1.

*Sétima seção. Procedimento nos casos do § 13, n.º 7*

[Conflitos entre a Federação e os estados]

§ 68. [Parte ativa e parte passiva]

Parte ativa e parte passiva somente podem ser:

para a Federação, o Governo Federal;  
para um estado, o governo estadual.

§ 69. As prescrições do § 64 até o § 67 valem por analogia.

§ 70. [Prazos]

A resolução do Conselho Federal, consoante com o art. 84, alínea 4, frase 1, da Lei Fundamental, somente pode ser impugnada dentro de um mês após a votação.

*Oitava seção. Procedimento nos casos do § 13, n.º 8*

[Conflitos jurídico-públicos de caráter não-jurídico-constitucional entre a Federação e os estados]

§ 71. [Parte ativa e parte passiva]

(1) Parte ativa e parte passiva somente podem ser:

1. em conflitos jurídico-públicos, consoante com o art. 93, alínea 1, n.º 4, da Lei Fundamental, entre a Federação e os estados: o Governo Federal e o governo estadual;

2. em conflitos jurídico-públicos, consoante com o art. 93, alínea 1, n.º 4, da Lei Fundamental, entre os estados: os governos estaduais;

3. em conflitos jurídico-públicos, consoante com o art. 93, alínea 1, n.º 4, da Lei Fundamental, no interior de um estado: os órgãos superiores estaduais e as partes desses órgãos que estão dotadas com direitos próprios por meio da Constituição estadual ou por meio do regimento de um órgão superior estadual, quando elas são afetadas, de forma direta, em seus direitos ou competências por meio do objeto litigioso.

(2) A prescrição do § 64, alínea 3, vale por analogia.

§ 72. [Decisão]

(1) O Tribunal Constitucional Federal pode, em sua decisão, sentenciar:

1. à admissibilidade ou inadmissibilidade de uma medida;

2. ao dever da parte passiva de abster-se de uma medida, invalidá-la, concretizá-la ou tolerá-la;

3. ao dever de cumprir uma prestação.

(2) No procedimento consoante com o § 71, alínea 1, n.º 3, o Tribunal Constitucional Federal constata se a medida ou omissão objetadas da parte passiva infringem uma prescrição da Constituição estadual. As prescrições do § 67, frases 2 e 3, valem por analogia.

*Nona seção. Procedimento nos casos do § 13, n.º 10*

[Conflitos constitucionais no interior de um estado]

§ 73. [Partes]

(1) Em um conflito constitucional no interior de um estado só podem tomar parte os órgãos superiores desse estado e as partes desses órgãos que estão dotadas com direitos próprios por meio da Constituição estadual ou por meio do regimento de um órgão superior estadual.

(2) A prescrição do § 64, alínea 3, vale por analogia, contanto que o direito estadual não

determine outra coisa.

§ 74. [Decisão]

Se o direito estadual não determina qual conteúdo e qual efeito pode ter a decisão do Tribunal Constitucional Federal, então, vale por analogia o § 72, alínea 2.

§ 75. [Procedimento]

Para o procedimento valem por analogia as prescrições gerais da segunda parte desta lei.

*Décima seção. Procedimento nos casos do § 13, n.º 6*

[Controle abstrato de normas]

§ 76. [Admissibilidade do pedido]

O pedido do Governo Federal, de um governo estadual ou de 1/3 (um terço) dos membros do Parlamento Federal, consoante com o art. 93, alínea 1, n.º 2, da Lei Fundamental, somente é admissível quando um dos titulares do pedido:

1. considerar como nulo – direito federal ou direito estadual – em virtude de incompatibilidade formal ou material com a Lei Fundamental ou com outro direito federal, ou

2. considerar como válido – direito federal ou direito estadual – após um tribunal, uma autoridade administrativa, um órgão da Federação ou de um estado, não o haverem aplicado por ser incompatível com a Lei Fundamental ou com outro direito federal.

§ 77. [Manifestação dos órgãos federais e dos órgãos estaduais afetados]

Ao Parlamento, ao Conselho e ao Governo Federal, em divergência de opiniões sobre a validade de direito federal também ao governo estadual e, em divergência de opiniões sobre a validade de uma norma estadual, à assembleia estadual e ao governo do estado, no qual a norma foi publicada, o Tribunal Constitucional Federal deve dar a oportunidade para a manifestação dentro de um prazo a ser determinado.

§ 78. [Decisão]

Se o Tribunal Constitucional Federal chegar à convicção de que direito federal é incompatível com a Lei Fundamental ou o direito estadual é incompatível com a Lei Fundamental ou com outro direito federal, então, declara essa lei nula. Se mais determinações da mesma lei, pelos mesmos fundamentos, são incompatíveis com a Lei Fundamental ou com outro direito federal, pode o Tribunal Constitucional Federal igualmente declará-las nulas.

§ 79. [Efeito da decisão]

(1) Contra uma sentença penal transitada

em julgado, que está baseada em uma norma declarada incompatível com a Lei Fundamental ou em uma norma declarada nula, consoante com o § 78, ou na interpretação de uma norma que foi declarada incompatível com a Lei Fundamental pelo Tribunal Constitucional Federal, é admissível a reabertura do procedimento, de acordo com as prescrições do Código de Processo Penal.

(2) De resto, salvo a prescrição do § 95, alínea 2, ou de uma regulação legal especial, ficam intactas as decisões que não podem mais ser impugnadas, as quais estão baseadas numa norma declarada nula, consoante com o § 78. A execução de uma tal decisão é inadmissível. Na medida em que a execução forçada, consoante às prescrições do Código de Processo Civil, deve ser realizada, vale por analogia a prescrição do § 767 do Código de Processo Civil. Pretenções devido a enriquecimento sem justa causa estão excluídas.

*Décima primeira seção. Procedimento nos casos do § 13, n.º 11*

[Controle concreto de normas]

§ 80. [Apresentação – resolução – procedimento]

(1) Dadas as condições do art. 100, alínea 1, da Lei Fundamental, os tribunais pedem, então, imediatamente a decisão ao Tribunal Constitucional Federal.

(2) A fundamentação deve indicar em que medida a decisão do tribunal é dependente da validade da disposição legal e com qual norma jurídica superior ela é incompatível. Os autos devem ser anexados.

(3) O pedido do tribunal é independente da admoestação de nulidade da disposição legal, feita por uma das partes do processo.

§ 81. [Decisão]

O Tribunal Constitucional Federal decide somente sobre a questão de direito.

§ 81a. [Inadmissibilidade]

A Câmara pode constatar, por meio de resolução unânime, a inadmissibilidade de um pedido consoante ao § 80. A decisão fica reservada ao Senado quando o pedido é proposto por um tribunal constitucional estadual ou por um tribunal federal superior.

§ 82. [Titulares da intervenção e titulares da manifestação]

(1) As prescrições do § 77 até o § 79 valem por analogia.

(2) Os órgãos constitucionais mencionados no § 77 podem intervir em qualquer situação do procedimento.

(3) O Tribunal Constitucional Federal oferece também às partes do procedimento no tribunal que propôs o pedido a oportunidade para a manifestação; ele cita-as para o procedimento oral e dá a palavra aos causídicos presentes.

(4) O Tribunal Constitucional Federal pode solicitar aos tribunais superiores da Federação ou aos tribunais estaduais superiores a informação relativa ao como e com base em quais considerações eles interpretaram a Lei Fundamental até o presente no pertinente à questão litigiosa, se e como eles aplicaram em sua jurisprudência o dispositivo legal discutido em sua validade e quais questões jurídicas, conexas com isso, esperam a decisão. Ele pode solicitar-lhes, além disso, que exponham as suas considerações para uma questão jurídica relevante à decisão. O Tribunal Constitucional Federal informa aos titulares da manifestação acerca dessa declaração.

*Décima segunda seção. Procedimento nos casos do § 13, nº 12*

*[Revisão do Direito Internacional Público]*

§ 83. *[Decisão – intervenção do Parlamento, do Conselho e do Governo Federal]*

(1) O Tribunal Constitucional Federal constata em sua decisão, nos casos do art. 100, alínea 2, da Lei Fundamental, se a regra de Direito Internacional Público é parte integrante do direito federal e se ela cria direitos e deveres imediatos ao particular.

(2) O Tribunal Constitucional Federal deve antes dar a oportunidade para a manifestação ao Parlamento, ao Conselho e ao Governo Federal, dentro de um prazo a ser determinado. Eles podem intervir em qualquer situação do procedimento.

§ 84. As prescrições dos §§ 80 e 82, alínea 3, valem por analogia.

*Décima terceira seção. Procedimento nos casos do § 13, nº 13*

*[Resolução de apresentar de um tribunal constitucional estadual]*

§ 85. *[Procedimento – decisão]*

(1) Se a decisão ao Tribunal Constitucional Federal, consoante com o art. 100, alínea 3, frase 1, da Lei Fundamental, deve ser pedida, o tribunal constitucional estadual apresenta, então, os autos com a sua opinião jurídica.

(2) O Tribunal Constitucional Federal oferece a oportunidade para a manifestação ao Conselho, ao Governo Federal e, se ele quer apartar-se de uma decisão de um tribunal constitucional estadual, a esse tribunal, dentro de um prazo a ser determinado.

(3) O Tribunal Constitucional Federal decide somente sobre a questão de direito.

*Décima quarta seção. Procedimento nos casos do § 13, nº 14*

*[Continuidade da vigência de direito como direito federal]*

§ 86. *[Titulares do pedido]*

(1) O Parlamento, o Conselho, o Governo Federal e os governos estaduais são os titulares do pedido.

(2) Quando em um procedimento judicial é discutível e relevante se uma lei continuará a vigor como direito federal, o tribunal deve, em aplicação analógica do § 80, pedir a decisão ao Tribunal Constitucional Federal.

§ 87. *[Admissibilidade do pedido]*

(1) O pedido do Conselho, do Governo Federal ou de um governo estadual somente é admissível quando da decisão depende a admissibilidade de uma medida já executada ou diretamente iminente de um órgão federal, de uma autoridade federal, do órgão ou da autoridade de um estado.

(2) Da fundamentação do pedido deve demonstrar-se a existência da condição assinalada na alínea 1.

§ 88. A prescrição do § 82 vale por analogia.

§ 89. *[Decisão]*

O Tribunal Constitucional Federal declara se a lei continuará a vigor como direito federal, total ou parcialmente, em todo o território federal ou em uma determinada parte dele.

*Décima quinta seção. Procedimento nos casos do § 13, nº 8a*

*[Recurso constitucional]*

§ 90. *[Pressupostos do recurso constitucional em geral]*

(1) Qualquer pessoa pode propor o recurso constitucional no Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada pelo Poder Público, em algum dos seus direitos fundamentais ou em algum dos seus direitos contidos no art. 20, alínea 4, arts. 33, 38, 101, 103 e 104, da Lei Fundamental.

(2) Se está proporcionada a via judicial con-

tra a violação, o recurso constitucional, então, somente pode ser proposto após o esgotamento da via judicial. O Tribunal Constitucional Federal pode, todavia, decidir imediatamente, antes do esgotamento da via judicial, acerca de um recurso constitucional proposto, quando ele é de significado geral ou suceder ao promovente um prejuízo grave e inevitável, caso ele for remetido primeiro à via judicial.

(3) O direito de propor um recurso constitucional no tribunal constitucional estadual, de acordo com o direito da Constituição estadual, fica intacto.

§ 91. [*Recurso constitucional dos municípios e das uniões de municípios*]

Os municípios e as uniões de municípios podem propor o recurso constitucional com a alegação de que uma lei da Federação ou do estado viola a prescrição do art. 28 da Lei Fundamental. O recurso constitucional no Tribunal Constitucional Federal está excluído, na medida em que um recurso, em virtude da violação do direito à autonomia administrativa, consoante com o direito do estado, pode ser proposto no tribunal constitucional estadual.

§ 91a. (Revogado).

§ 92. [*Fundamentação do recurso*]

Na fundamentação do recurso devem ser indicados o direito que se tem como violado, e a ação ou omissão do órgão ou da autoridade, que violaram o promovente.

§ 93. [*Prazo para a propositura*]

(1) O recurso constitucional deve ser proposto e deve ser fundamentado dentro de um mês. O prazo inicia com a notificação ou comunicação informal da decisão redigida em forma completa, quando ela, consoante às prescrições jurídico-processuais determinadoras, deve ser realizada de ofício. Nos outros casos o prazo inicia com a proclamação da decisão ou, quando ela não deve ser proclamada, com a sua comunicação diversa ao promovente; se, nisso, não for dado ao promovente uma cópia da decisão em forma completa, o prazo da primeira frase, por meio disso, então, será interrompido a fim de que o promovente solicite, por escrito ou no protocolo da secretaria, a dação de uma decisão redigida em forma completa. A interrupção persiste até quando a decisão em forma completa for dada ao promovente pelo Tribunal Constitucional Federal ou lhe for remetida, de ofício ou por uma das partes no procedimento.

(2) Se um promovente estava impedido, sem culpa, de observar esse prazo, deve ser-lhe con-

cedido, a pedido, o restabelecimento. O pedido deve ser feito nas duas semanas seguintes à eliminação do obstáculo. Os fatos para a fundamentação do pedido devem ser demonstrados na propositura ou no procedimento referente ao pedido. O ato jurídico omitido deve ser reparado dentro do prazo da propositura; caso isso já tenha ocorrido, o restabelecimento também pode ser concedido sem pedido. Após um ano, a partir do fim do prazo inobservado, o pedido é inadmissível. A culpa do mandatário equipara-se à culpa de um promovente.

(3) Se o recurso constitucional dirige-se contra uma lei ou contra um outro ato de poder público, contra o qual não há uma via judicial aberta, o recurso constitucional, então, somente pode ser proposto dentro de um ano, a partir da entrada em vigor da lei ou da promulgação do ato de poder público.

(4) Se uma lei entrou em vigor antes do dia 1 de abril de 1951, o recurso constitucional, então, pode ser proposto até o dia 1 de abril de 1952.

§ 93a. [*Pressuposto da admissão*]

(1) O recurso constitucional requer, para a decisão, admissão.

(2) Ele deve ser admitido para a decisão:

a) na medida em que lhe cabe significado fundamental jurídico-constitucional;

b) se está indicada a realização dos direitos mencionados no § 90, alínea 1; esse também pode ser o caso quando sucede um especial prejuízo grave ao promovente por meio da denegação da decisão sobre a matéria.

§ 93b. [*Admissão e indeferimento*]

A Câmara pode indeferir a admissão do recurso constitucional ou, no caso do § 93c, admitir o recurso constitucional para a decisão. De resto, o Senado decide acerca da admissão.

§ 93c. [*Fundamentação manifesta*]

(1) Se estão dadas as condições do § 93a, alínea 2, letra b, e se a questão jurídico-constitucional determinante para a apreciação do recurso constitucional já foi decidida por meio do Tribunal Constitucional Federal, a Câmara pode deferir o recurso constitucional se ele está manifestamente fundamentado. A resolução equivale a uma decisão do Senado. Uma decisão que declara, com os efeitos do § 31, alínea 2, que uma lei é incompatível com a Lei Fundamental ou outro direito federal, ou nula, fica reservada ao Senado.

(2) Para o procedimento são aplicáveis o §

94, alíneas 2 e 3, e o § 95, alíneas 1 e 2.

§ 93d. [Decisão]

(1) A decisão consoante com o § 93b e § 93c ocorre sem procedimento oral. Ela não é impugnável. O indeferimento da admissão não carece de fundamentação.

(2) Enquanto e na medida em que o Senado não decidiu da admissão do recurso constitucional, a Câmara pode pronunciar todas as decisões referentes ao procedimento do recurso constitucional. Uma medida cautelar, com a qual a aplicação de uma lei é total ou parcialmente suspensa, somente pode ser tomada pelo Senado; o § 32, alínea 7, fica intacto. O Senado também decide nos casos do § 32, alínea 3.

(3) As decisões da Câmara dão-se por resolução unânime. A admissão por meio do Senado está decidida se pelo menos três juizes a aprovam.

§ 94. [Audiência de terceiros]

(1) O Tribunal Constitucional Federal oferece ao órgão constitucional da Federação ou do estado, cuja ação ou omissão é objetada no recurso constitucional, a oportunidade para manifestar-se dentro de um prazo a ser determinado.

(2) Se a ação ou omissão procedeu de um ministro ou de uma autoridade da Federação ou do estado, deve ser dada, então, ao ministro competente a oportunidade para a manifestação.

(3) Se o recurso constitucional dirige-se contra uma decisão judicial, o Tribunal Constitucional Federal oferece, então, também ao favorecido por meio dessa decisão a oportunidade para a manifestação.

(4) Se o recurso constitucional dirige-se, direta ou indiretamente, contra uma lei, o § 77 deve, então, ser aplicado por analogia.

(5) Os órgãos constitucionais mencionados nas alíneas 1, 2 e 4 podem intervir no procedimento. O Tribunal Constitucional Federal pode prescindir do procedimento oral quando dele não é de se esperar nenhum outro fomento do procedimento e os órgãos constitucionais autorizados a manifestação que intervieram no procedimento renunciam ao procedimento oral.

§ 95. [Decisão]

(1) Se o recurso constitucional for deferido, na decisão deve, então, ser constatado qual prescrição da Lei Fundamental e por qual ação ou omissão ela foi violada. O Tribunal Constitucional Federal pode declarar simultaneamente que também toda a reiteração da medida objetada viola a Lei Fundamental.

(2) Se o recurso constitucional contra uma decisão for deferido, o Tribunal Constitucional Federal, então, infirma essa decisão e nos casos do § 90, alínea 2, frase 1, remete a causa a um tribunal competente.

(3) Se o recurso constitucional contra uma lei for deferido, essa lei deve, então, ser declarada nula. O mesmo vale quando o recurso constitucional for deferido conforme à alínea 2, porque a decisão infirmada funda-se sobre uma lei inconstitucional. A prescrição do § 79 vale por analogia.

§ 95a. (Revogado)

§ 96. (Revogado)

Décima sétima seção.

§ 97. (Revogado)

Quarta parte

Prescrições finais

§ 98. [Aposentadoria]

(1) Um juiz do Tribunal Constitucional Federal aposenta-se com a expiração do período funcional (§ 4º, alíneas 1, 3 e 4).

(2) Um juiz do Tribunal Constitucional Federal deve ser aposentado em caso de invalidez definitiva.

(3) Um juiz do Tribunal Constitucional Federal deve, a pedido, sem justificação da invalidez, ser aposentado quando desempenhou a sua função de juiz do Tribunal Constitucional Federal pelo menos seis anos e quando :

1. completou 65 (sessenta e cinco) anos de idade, ou

2. é deficiente no sentido do § 1º da Lei sobre o Estado Profissional dos Inválidos e completou 60 (sessenta) anos de idade.

(4) Nos casos da alínea 3, o § 4º, alínea 4, vale por analogia.

(5) Um juiz aposentado recebe proventos. Os proventos serão calculados sobre a base da remuneração que competia ao juiz por último, consoante à Lei sobre a Remuneração Funcionalista dos Membros do Tribunal Constitucional Federal. Aplica-se o mesmo para os benefícios da Previdência Social em favor dos supérstites.

(6) O § 70 da Lei de Previdência Social Funcionalista vale por analogia.

§ 99. (Revogado)

§ 100. [Subsídio transitório]

(1) Se a função de um juiz do Tribunal Constitucional Federal termina de acordo com § 12,

ele recebe então, quando houver desempenhado a sua função pelo menos dois anos, no período de um ano, um subsídio transitório ao nível da sua remuneração em conformidade com a Lei sobre a Remuneração Funcionalista dos Membros do Tribunal Constitucional Federal. Isso não vale para o caso da aposentadoria consoante ao § 98.

(2) Os supérstites de um antigo juiz do Tribunal Constitucional Federal que percebia subsídio transitório no tempo da sua morte, receberão auxílio-funeral, bem como, para o restante do período de percepção do subsídio transitório, pensão de viuvez e pensão de orfandade; o auxílio-funeral, a pensão de viuvez e a pensão de orfandade serão calculados sobre o subsídio transitório.

§ 101. *[Retirada da função atual]*

(1) Um funcionário ou juiz, eleito como juiz do Tribunal Constitucional Federal, retira-se, com reserva da prescrição do § 70 do Estatuto da Magistratura alemã, da sua função atual com a nomeação. Para o período da função como juiz do Tribunal Constitucional Federal estão suspensos os direitos e deveres fundados na relação estatutária como funcionário ou como juiz. Para funcionários ou juizes acidentados permanece intacto o direito à terapia.

(2) Terminada a função como juiz do Tribunal Constitucional Federal, o funcionário ou juiz então, se não lhe for confiada outra função, aposenta-se na sua relação estatutária como funcionário ou como juiz e receberá como proventos aqueles que teria percebido em sua antiga função, com a agregação do tempo de serviço como juiz do Tribunal Constitucional Federal. A Federação reembolsa, na medida em que se trata de funcionários ou juizes que não são funcionários ou juizes federais, ao empregador os proventos, assim como a pensão aos supérstites.

(3) As alíneas 1 e 2 não valem para professor de direito, funcionário em uma escola superior alemã. Para o período da sua função como juiz do Tribunal Constitucional Federal estão fundamentalmente suspensos os seus deveres resultantes da relação estatutária como professor de escola superior. 2/3 (dois terços) da remuneração proveniente da relação estatutária como professor de escola superior serão deduzidos da remuneração que lhe compete como juiz do Tribunal Constitucional Federal. A Federação reembolsa ao empregador do professor de escola superior as despesas resultantes

e efetivas da sua substituição até ao nível da quantia deduzida.

§ 102. *[Relação entre várias remunerações]*

(1) Se a um antigo juiz do Tribunal Constitucional Federal compete um direito a proventos de acordo com o § 101, então esse direito está suspenso para o período no qual lhe devem ser pagos proventos ou subsídios transitórios consoante ao § 98 ou § 100 até ao nível da soma dessas remunerações.

(2) Se um antigo juiz do Tribunal Constitucional Federal que recebe subsídio transitório consoante ao § 100, for reutilizado no serviço público, os rendimentos provenientes dessa reutilização serão deduzidos do subsídio transitório.

(3) Se um antigo juiz do Tribunal Constitucional Federal recebe remuneração por jubilação ou proventos advindos de uma, anterior ou durante o seu período funcional como juiz constitucional federal, relação estatutária baseada como professor de escola superior, então estão suspensos, ao lado da remuneração, os proventos ou o subsídio transitório provenientes da judicatura na medida em que, juntos, excedam a remuneração funcionalista aumentada pela soma não passível de dedução, consoante ao § 101, alínea 3, frase 3; ao lado da remuneração por jubilação ou dos proventos advindos da relação estatutária como professor de escola superior, serão concedidos os proventos ou o subsídio transitório provenientes da judicatura até o alcance dos proventos, os quais resultam de todo o tempo de serviço computável para os efeitos da aposentadoria e da remuneração funcionalista, inclusive da soma não passível de dedução, consoante ao § 101, alínea 3, frase 3.

(4) As alíneas 1 a 3 valem por analogia aos supérstites. O § 54, alínea 3, e alínea 4, frase 2, da Lei de Previdência Social Funcionalista vale por analogia.

§ 103. *[Emprego das prescrições a juizes federais]*

Na medida em que não há determinações diversas nos §§ 98 a 102 aplicam-se aos juizes do Tribunal Constitucional Federal as prescrições jurídico-previdenciárias vigentes para os juizes federais; tempo de atividade útil para o exercício da função de juiz do Tribunal Constitucional Federal, é tempo no sentido do § 11, alínea 1, nº 3, letra a, da Lei de Previdência Social Funcionalista. As decisões jurídico-previden-

ciárias são tomadas pelo Presidente do Tribunal Constitucional Federal.

§ 104. *[Advogados e notários como juizes do Tribunal Constitucional Federal]*

(1) Se um advogado é nomeado juiz para o Tribunal Constitucional Federal, os seus direitos provenientes da admissão estão suspensos para o período da sua função.

(2) Se um notário é nomeado juiz para o Tribunal Constitucional Federal, vale por analogia o § 101, alínea 1, frase 2.

§ 105. *[Aposentadoria, ou demissão de juizes do Tribunal Constitucional Federal]*

(1) O Tribunal Constitucional Federal pode autorizar o Presidente da República a:

1. aposentar um juiz do Tribunal Constitucional Federal devido à invalidez definitiva;

2. demitir um juiz do Tribunal Constitucional Federal quando ele, em virtude de uma ação desonrosa, foi condenado com sentença transitada em julgado, ou foi condenado a executar uma pena privativa de liberdade superior a seis meses, ou tornou-se culpado por violação de deveres tão grave que a sua permanência na função está excluída.

(2) Acerca do início do procedimento consoante à alínea 1 decide o Pleno do Tribunal Constitucional Federal.

(3) As prescrições procedimentais gerais, assim como as prescrições do § 54, alínea 1, e § 55, alíneas 1, 2, 4, 5 e 6, valem por analogia.

(4) A autorização consoante à alínea 1 necessita do consentimento de 2/3 (dois terços) dos membros do tribunal.

(5) Após o início do procedimento consoante à alínea 2, o Pleno do Tribunal Constitucional Federal pode destituir o juiz provisoriamente de sua função. O mesmo vale quando, contra o juiz, houver sido aberto o procedimento principal por causa de um delito. A destituição provisória da função necessita do consentimento de 2/3 (dois terços) dos membros do tribunal.

(6) Com a demissão consoante à alínea 1, n.º 2, o juiz perde todos os direitos provenientes de seu cargo.

§ 106. *[Entrada em vigor]*

§ 107. (Revogado)

# IX Congresso Latino-Americano de Direito Romano (Jalapa – México)

Romanismo e indigenismo dos juristas latino-americanos

SÍLVIO MEIRA

## *Introdução*

A contribuição do Direito Romano para a interpretação dos *princípios gerais do Direito* é fundamental. Essa contribuição se faz notável, também, na individualização do sistema jurídico latino-americano.

É marcante a cultura romanística dos autores de projetos de códigos civis na América Latina e dos seus primeiros comentadores. Sobressaem, no Brasil, as figuras de Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua. No Chile, A. Bello; na Argentina, Velez.

Paralelamente, em algumas nações, como o México e Peru, o contingente indigenista é de alta significação. O que já não ocorre no Brasil e Argentina, de tradição luso-hispano-romana, no campo do Direito.

## *Romanismo e indigenismo dos juristas latino-americanos*

As indicações metodológicas que acompanham a convocação deste IX Congresso Latino-Americano de Direito Romano, com sede na Universidade Veracruzana (Faculdade de Direito – Seminário de Direito Romano), tendo à sua frente a eminente Professora Mercedes Gayosso y Navarrete, recomendam que se considerem três aspectos fundamentais: a) a contribuição do romanismo na interpretação dos “princípios gerais de Direito”; b) a contribuição do romanismo na individualização do sistema jurídico latino-americano no quadro dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos; c) o romanismo dos primeiros comentadores dos códigos civis.

Os três enfoques são de grande abrangência no imenso panorama latino-americano, que se

Silvio Meira é Professor Catedrático e Emérito de Direito Romano da Universidade Federal do Pará, Brasil, titular do diploma AL MÉRITO ACADEMICO da Universidade Nacional Autónoma do México, membro da Société des Americanistes de Paris e titular da *Verdienst Kreuz* do Governo da República Federal da Alemanha.

desdobra, através dos séculos, desde o seu descobrimento em 1492.

a) *Princípios gerais de Direito* – Esses princípios são eternos e acompanham a vida jurídica dos povos, em todos os tempos e em todas as latitudes. Filósofos do Direito e teólogos, entre eles o grande Santo Tomás de Aquino, debruçaram-se sobre os textos latinos e gregos à procura do real sentido desses princípios, em face da lei escrita. A interpretação da lei através dos casos análogos (analogia), dos princípios gerais de Direito da *aequitas*, acompanha a migração do Direito Romano para a América Latina e se acha presente em muitos códigos.

Quando se elaborou o Código Civil Brasileiro, ali se fez presente o artigo 7º da Lei de Introdução, do seguinte teor:

“Art. 7º. Aplicam-se, nos casos omissos, as disposições concernentes aos casos análogos, e, não os havendo, os princípios gerais de Direito” (grifei).

Toda uma ancestralidade luso-romana acompanha a trajetória desses princípios. No *Digesto* se liam os preceitos claros: *supplet praetor in eo quod legi deest* (D. I, 3, ff. 12 e 13; e 19, 5, ff. 11).

No campo da legislação comparada encontramos normas semelhantes no Código do Chile de 1855, arts. 22 e 24; no argentino, art. 1; no mexicano, art. 20; no português (projeto do Visconde de Seabra), art. 16; no do Peru, art. 19. Todos diplomas antigos, do século passado, alguns já substituídos por novas codificações. Nos direitos de todos os povos estão vivas mesmas regras relacionadas com os princípios gerais. Ocioso seria citar, uma a uma, as nações cujos códigos abrigam tais preceitos.

Limitando nosso raciocínio ao direito brasileiro (que se vinculou sempre às matrizes romanas), encontramos subsídios nos Projetos de Código Civil de Felício dos Santos, art. 53; Nabuco de Araújo, art. 82; Coelho Rodrigues, art. 3º (lei preliminar) e finalmente no projeto Beviláqua, que se transformou no Código Civil de 1916/1917.

A doutrina acompanhou *pari passu* a evolução legislativa em todos os países. Basta citar Cogliolo, em *Filosofia del Diritto*, § 14; Planiol, em seu *Traité de Droit Civil*, I, 202; Lambert, *Droit Civil Comparé*, p. 187, e tantos outros, na Itália, na França, na Alemanha, nos países latino-americanos, em todo o orbe, em suma.

Lição magistral, luminosa, a do nosso Clóvis Beviláqua, ao afirmar:

“O sistema do Código é o seguinte: a lei é a forma por excelência do Direito; num segundo plano e subsidiariamente, acha-se o costume; o domínio da lei ilumina-se e dilata-se pela interpretação; se o trabalho mental do intérprete não consegue arrancar da letra nem do espírito da lei a norma jurídica aplicável ao caso, que tem diante de si, recorre ao processo da analogia; e quando este se mostra inadequado, abre-se-lhe um espaço mais vasto, onde exercerá a sua livre investigação, à procura dos princípios gerais de Direito” (*Código Civil dos EE.UU. do Brasil Comentado*, Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1916, v. 1º, p. 107).

É lícito indagar: em que consistem esses princípios gerais? Todo direito nacional possui os seus elementos basilares, aqueles que podem ser também chamados “princípios gerais do direito nacional”. Extrapolando dos limites puramente nacionais e muito acima deles, surgem, nas sociedades humanas, princípios mais altos, que Beviláqua chama “elementos fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias; das idéias e princípios, sobre os quais assenta a concepção jurídica dominante; das induções e generalizações da ciência do direito e dos preceitos da técnica” (id. p. 108).

É bem verdade que, neste altiplano, tornam-se por vezes vagas as concepções. O intérprete terá que penetrar nos recuados domínios da História e da Filosofia. Conceitos de justiça, em que é fértil o Direito Romano, têm preocupado os juristas e teólogos de todos os tempos. Vide em Ulpiano (D. I. 1. 10 pr. e Inst. 1, 1 pr.) *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*; e em Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologica* (AUBERT, Jean-Marie. *Le Droit Romain dans l'oeuvre de Saint Thomas*, lib. L. Vrin. Paris. 1955).

*Jus* e *justitia* são conceitos irmãos. Segundo Ulpiano *jus* provém de *justitia* (D. I. 1. pr.). Um vasto campo de investigação e de meditação se apresenta ao pesquisador: *jus*, *justitia*, *aequitas* compõem o quadro. São de tal forma entranhadas as concepções, que Celso, em sua célebre definição as aproxima, ao dizer: *Jus est ars boni et aequi* (D. I. 1. 1).

Juan Iglesias comenta:

“Hay cuestiones que la ley deja sin contestar, sea por su defectuosa dicción, sea por su angostura formal, sea porque el espíritu de los nuevos tiempos la ha agotado y envejecido. Si tal ocurre,

interviene la *aequitas*, restableciendo la justa proporción, el exacto equilibrio entre derecho y vida” (*Derecho Romano História e Instituciones*, 11ª ed. Ariel, Barcelona, 1991).

Direito, moral e religião se encontram no tempo e no espaço em toda a história da humanidade. Os célebres *praecepta juris*, de Ulpiano, estão sempre presentes: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (D. I. 1. 10. 1).

Sinteticamente, podemos dizer que os “princípios gerais dos direitos universais” estão acima, muito acima dos “princípios gerais dos nacionais”.

A contribuição do romanismo na interpretação de tais princípios é constante, permanente, indissociável de qualquer perquirição jusfilosófica. O romanismo – expressão genérica, de vasto sentido – socorre-se de todos os subsídios que a herança romana nos oferece: históricos, jurídicos, filosóficos, arqueológicos, literários. É fonte e instrumento, ao mesmo tempo, para a boa interpretação e exata compreensão do direito em todos os tempos.

b) *A contribuição do romanismo na individualização do sistema jurídico latino-americano*

Já afirmamos que “romanismo” é expressão genérica, muito ampla. Pode ser aceita no sentido de “cultura romana”, latinidade, um imenso acervo cultural que Roma legou ao mundo.

“Sistema jurídico latino-americano” dizem as indicações metodológicas deste Congresso. Essas expressões merecem análise. Cabe a indagação: existe um só sistema jurídico latino-americano? Muito embora, por trás e acima das codificações do Novo Mundo se encontre o amplo painel do Direito Romano, há peculiaridades regionais que vinculam fundamentais as legislações. Cremos que não existe propriamente um único “sistema”, mas “sistemas” de caráter regional. Basta dizer que o Código Chileno de 1855, projeto de Andrés Bello, socorre-se muito das “Sete Partidas” espanholas e do Código napoleônico; enquanto Teixeira de Freitas, no Brasil, em seu *Esboço*, de 1860, serve-se das Ordenações Filipinas de 1604, de Portugal, e repudia o Código napoleônico. O primeiro Código Civil boliviano é integralmente baseado no napoleônico de 1804. O Código argentino, projeto de Velez Sarsfield, vinculado ao projeto de Freitas, não nega as suas origens. Confrontando-se todos os códigos sul-americanos

do passado, encontram-se peculiaridades regionais que não permitem falar-se em um exclusivo “sistema”. É bem verdade que, como pano de fundo, estende-se sempre o largo painel do Direito Romano, ou, para usar expressão das indicações metodológicas, o “romanismo”.

Quanto à expressão *latino-americano*, consagrada pelo uso, tem merecido acerbas críticas. Basta citar Niceto Alcalá-Zamora, em *Nuevas Reflexiones sobre las leyes de Indias* (Ed. Guillermo Kraft Ltd., Buenos Aires 1944):

“La extraña denominación, difundida com mucho más éxito que fundamento...”. Crítica amargamente: Ha de reconocerse o que és imposible luchar contra la suerte, o que por repartirse compensadamente, esta parte del mundo de tån espléndido presente y seguro porvenir, no tuvo fortuna ni halló justicia para el nombre y apelido: debió llamarse Colombia hispanica. Y suele conocerse como América Latina” (p. 155).

No complexo arcabouço tradicionalmente conhecido como América Latina encontram-se formidáveis contribuições autóctones indígenas, principalmente no Peru e países andinos, no México e demais nações da América Central.

Não pode haver uma visão única de tantas culturas heterogêneas, que se prolongam do México à Patagônia, tendo ao lado a enorme configuração geográfica e cultural do Brasil, de colonização lusitana.

Cada nação, nas Américas, possui as suas peculiaridades regionais, as suas tradições, os seus costumes. Só o Direito não é autóctone em todas. O colonialismo europeu – luso, espanhol, francês, holandês, inglês – colocou sobre as estruturas primitivas, um vasto manto cultural, em que prepondera a latinidade: nas línguas, na religião, no Direito, nos países de fala portuguesa, castelhana e francesa. O resíduo holandês do Suriname, quanto ao Direito, pode também enquadrar-se nas mesmas categorias (Vd. o Direito Romano remanescente em outros continentes através do colonialismo holandês como na África do Sul). Nos Estados Unidos, na antiga Luisiana, de tradição vincadamente francesa, deu ao mundo o seu Código Civil muito citado por Teixeira de Freitas, no Brasil.

No quadro dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos a América chamada Latina apresenta um cosmorama de códigos e legislações, em que a individualização se torna difícil, porque cada uma das unidades tem um rosto

próprio. Continuamos sendo um prolongamento dos "quadros europeus", bem apresentados por Franz Wieacker (*Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Madrid, Ed. Aguilar, 1957, p.44).

Surgiram "famílias jurídicas" entroncadas no Código napoleônico de 1804 e no Código germânico de 1900. Essas famílias possuem rebentos nas Américas.

Em resumo, pode-se dizer que o quadro dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos, heterogêneo, tem a enriquecê-lo as contribuições "latino-americanas". Algumas nações, como Brasil, Chile, Argentina, apresentam modesta participação indígena. Salvat, na Argentina, salienta que o período ameríndio quase se apagou da tradição jurídica. (Raimundo M. Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, ed. Jesús Menendez, Buenos Aires, 1931, v. I, pp. 67 e 68.) No Chile, o Código de 1855 omitiu os indígenas araucanos e os analfabetos.

Fizeram-se códigos europeus para as populações do Novo Mundo. Confirmou-se assim o conceito de Augusto Comte: os mortos governam os vivos.

#### c) *O romanismo dos primeiros comentadores dos códigos civis*

Além dos comentadores e antes deles, é necessário estudar a participação dos autores dos projetos de códigos. Os mais salientes, Andrés Bello, Teixeira de Freitas e Velez Sarsfield, eram romanistas. O pensamento de Savigny está sempre em evidência. No Brasil, com relação ao Código de 1917, ainda em vigor, o autor de seu projeto, Clóvis Beviláqua, era romanista emérito.

Todas as nações latino-americanas enviavam seus filhos para as universidades européias; Heidelberg, Oxford, Paris, Montpellier e Coimbra recebiam grandes contingentes de estudantes da Ciência Jurídica, os quais, regressando à pátria de origem, difundiam o Direito Romano. Andrés Bello, além dos estudos iniciados em Caracas, passou longos anos na Inglaterra. Um dos poucos a permanecerem em sua terra natal, sem conhecer o Velho Mundo, foi Teixeira de Freitas, no Brasil. Abeberou-se, todavia, nos ensinamentos dos melhores mestres alemães, franceses, italianos e portugueses.

O primeiro e maior comentador do Código Civil Brasileiro foi precisamente o redator de seu projeto: Clóvis Beviláqua. O romanismo está presente em todos os seus comentários, constante de 6 (seis) volumes, Editora Francisco

Alves, Rio.

Outros comentadores surgiram posteriormente, todos, porém, de padrão inferior ao de Clóvis Beviláqua.

Na Argentina, merecem referência as obras de José Olegário Machado, Ed. Felix Lajouane & Cia. Ltda., Buenos Aires, 1905; Raimundo M. Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Buenos Aires, Casa de Jesús Menendez, 1932; Lisandro Segovia, FL, *Código Civil de la Republica Argentina*, Buenos Aires, Imp. de Pablo F. Coni, 1881; Manuel R. Garcia, *Juicios Criticos sobre el Proyecto de Código Civil Argentino*, Jesús Menendez, Buenos Aires, 1920; Baldomero Llerena, *Concordancias y Comentarios de Código Civil Argentino*, Buenos Aires, Ed. J. Peuser, 1899; Enrique Marinez Paz, *Introduccional Estudio del Derecho Civil Comparado*, Córdoba, Argentina, Imp. de la Universidad, 1934; e muitos outros.

A massa de romanistas na América Latina era considerável no século passado. De Freitas, no Brasil, a Bello, no Chile, e Tristã Navarra no Uruguai, todos tinham as suas vistas voltadas para o romanismo europeu. Dizemos "europeu" porque, desprendendo-se de suas fontes puramente itálicas, o Direito Romano se difundiu através de obras admiráveis de romanistas alemães, franceses e portugueses. Rudolf Von Jhering e Friedrich Karl Von Savigny representam papel saliente nessa divulgação de cunho universal.

Nas Universidades e cursos jurídicos, as edições de *Corpus Juris Civilis* estavam sempre presentes, especialmente a edição didática francesa de Galisset e a alemã de Mommsen ou a de Freiesleben. Traduções se realizaram das *Institutas* de Justiniano e de Gaio. É de pôr em relevo, no Brasil, a versão em língua portuguesa de autoria de Coelho Rodrigues, professor no curso de Recife, Pernambuco, e autoria de um dos projetos de Código Civil Brasileiro, do início da República proclamada em 1889.

Pode-se dizer que todos os comentadores dos códigos (não apenas civis) eram romanistas, numa época em que a disciplina era obrigatória nos currículos universitários.

Hoje em dia, o nível do ensino baixou a camadas inferiores do mundo da cultura. Os legisladores apresentam projetos mal redigidos, repetindo velhas concepções romanas, como se fossem novas e de sua inspiração. A exclusão do estudo do Latim nas universidades européias e latino-americanas (até mesmo nos ri-

tuais da Igreja Católica e nos cursos da Pontifícia Universidade Gregoriana) constitui um *signal dos tempos*, um triste sinal dos tempos.

Os comentadores de hoje não são mais romanistas. Inventam fórmulas mágicas para a solução dos problemas sociais que afligem o mundo. A influência deletéria de outras culturas desfigura as antigas e sólidas matrizes romanas, transformando a imagem do passado (tão gloriosa) num novo retrato de Dorian Gray, feio e monstruoso. Há muitos exemplos a citar, que deixamos de fazê-lo para não alongar este trabalho e mesmo porque já são do conhecimento geral.

*Indigenismo* – Assim como a palavra *romanesmo* merece uma delimitação histórica e gramatical, o vocábulo *indigenismo* requer estudo acurado, quer na sua etimologia, quer na sua aplicação literária e jurídica. Indigenismo e indianismo tiveram a sua origem, sem dúvida, na suposição colombiana de que a América fosse a Índia do Oriente. Criaram-se as expressões, adaptadas posteriormente ao campo jurídico e ao literário. Seu sentido, porém, não parece ser o mesmo no Brasil português e nos países de fala castelhana. Como a contribuição na seara do Direito é muito pobre, por parte da cultura autóctone, a tradicional designação se aplica mais às obras literárias, poesia e romance. Ora se utiliza a palavra “indianismo”, ora “indigenismo” para designar aquele movimento cultural em que tiveram grande voga poetas como Gonçalves de Magalhães, autor da obra muito festejada na época *Confederação dos Tamoi-os*: publicada no Rio de Janeiro em 1857. Outro *va.c* explorar como tema os índios foi Gonçalves Dias (1823 / 1824), autor de *Poesias Americanas*, com poemas líricos e épicos em que explora a temática “indianista”. O poema “I-Juca Pirama” tornou-se célebre. Na prosa sobressai a figura do escritor (e jurista) José de Alencar, autor de numerosos romances, entre eles *O Guarany*. A literatura repercutiu na esfera da arte musical, do que é exemplo maior Carlos Gomes (1836/1896), autor, entre outras, da ópera *O Guarany*, apresentada pela primeira vez no Scala de Milão (1870). Discípulo de Lauro Rossi, Carlos Gomes viu sua ópera exaltada por Verdi, com êxito total. Mas o “indianismo” dos poetas, dos romancistas e dos músicos era de natureza lírico-sentimental, à moda do *Atala* de Chateaubriand. Enquanto, nas artes e nas letras, os sofreadores indígenas recebiam a consagração mundial, nos domínios do Direito é de

pequena expressão, no Brasil.

Muito ficou nos costumes, pouco, porém, na legislação, toda ela de inspiração luso-romana, elaborada por notáveis romanistas, de formação coimbra.

Deixaram os silvícolas brasileiros considerável contribuição na arte cerâmica do Baixo Amazonas (Tapajó) e na Ilha de Marajó. No Direito pouco se pode amealhar. Os melhores estudos a respeito são da lavra de juristas de formação romanística, como Clóvis Beviláqua e Inglez de Souza. Beviláqua escreveu *Instituições e Costumes Jurídicos dos Indígenas Brasileiros no Tempo da Conquista*. Herculano Marcos Inglez de Souza elaborou *O Selvagem Perante o Direito* (1910). Podemos ainda citar: Rodrigo Octávio, autor de *Os Selvagens Americanos Perante o Direito*; João Mendes Júnior em *Os Indígenas no Brasil, seus Direitos Individuais e Políticos* (1912); Oliveira Sobrinho, *Os Silvícolas e a Legislação Pátria*; Souza Pitanga em *Memória*, publicado na *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, tomo LXIII, 1ª parte, p. 19; Isidoro Martins Júnior, em *História do Direito Nacional* (1895); José Vieira Couto de Magalhães, em *O Selvagem*. Podemos acrescentar um autor francês Erneste Glazon, com *Les Institutions Primitives du Brésil. Costumes de conteúdo jurídico a serem apontados relacionam-se com matrimônio, a viuvez, o parto (couvade), o homicídio*. Raras práticas são apontadas por aqueles autores, com repercussão na vida jurídica. A herança silvícola não se incorporou às leis, elaboradas por legisladora de formação luso-romana. Mais recentemente podem ser apontados: Florestan Fernandes, com *A Organização Social dos Tupinambá*, São Paulo, 1989, Ed. UNB; João Bernardino Gonzaga, em *O Direito Penal Indígena à Época do Descobrimento do Brasil*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1972; J. Gorendes, *O Escravismo Colonial*, Ed. Ática, São Paulo, 1978; Antônio Carlos Magalhães, em *As Nações Indígenas e os Projetos Econômicos do Estado*, Boletim do Museu Emilio Goeldi, Belém, 1990; Júlio Victor dos Santos Moura, em *Os Delitos Sexuais Entre os Indígenas*, in *Revista da Academia Paraense de Letras Jurídicas*, nº 1, Belém, 1993. Como pano de fundo surgem sempre as obras célebres do passado, escritas por sábios ou missionários europeus, como Claude D' Abeville, Von Martius, Hans Staden, Von Den Steinen, Bettendorf, Pe. José de Anchieta.

No mundo hispânico a palavra “indigenis-

mo” parece ter um conteúdo mais amplo, de natureza jurídica e não apenas literária ou artística. Espanha legislava para suas colônias sob a rubrica bem expressiva: “Leyes de India”. México e Peru não podem olvidar as suas gloriosas tradições culturais deixadas pelos Aztecas, Maias, Incas e outras matrizes pré-colombianas.

Indigenismo e romanismo são duas forças que se encontram no tempo e no espaço, e que parecem repelir-se. Como fundir-se em um só diploma legal, lei, decreto ou código, normas de origem indígena com outras de tradição romana? São culturas que atravessaram os séculos em constante disputa. Esse entrelaço não parece ser de fácil eliminação. Enquanto países como a Argentina e o Brasil viram as suas populações silvícolas reduzidas ao mínimo, outras têm-nas ainda bem pujantes, como o México e o Peru.

Os juristas latino-americanos, pelo menos no Brasil, no início da nacionalidade, eram mais romanistas do que indigenistas. Estudavam em Leipzig (como Vieira da Silva), em Berlim, Paris, Montpellier, Oxford e Coimbra. Coelho Rodrigues, tradutor das *Institutas* de Justiniano e autor de um projeto de Código Civil, viveu na Suíça e de lá trouxe subsídios para seu esboço de codificação. O indigenismo sob réu para os poetas, os romancistas, os antropólogos, os linguistas.

#### Conclusões

a) Preliminarmente, é necessário definir e delimitar os horizontes do “romanismo” e do “indigenismo”. Entendemos ser o primeiro a reunião de todos os mananciais que a cultura romana deixou para a posteridade, na seara do Direito, da Arte, da Filosofia, da Arquitetura, da Arqueologia, da Literatura. Clóvis Beviláqua ensina:

“Esses princípios, objetam, são vagos, indeterminados. Mas não é tanto assim. Certamente, temos de penetrar fundo na filosofia do Direito, na história da civilização, e ter o espírito aparelhado por uma educação jurídica bem cuidada, para emprendermos a investigação dos princípios gerais do Direito”.

Logo mais remata:

“As noções de liberdade, de justiça, de equidade, a moral, a sociologia e a legislação comparada concorrem para desprender do conjunto das idéias, que formam a base da civilização hodierna os princípios gerais e princípios permanentes

de Direito!”.

Liberdade, justiça, equidade, moral, sociologia, legislação comparada são as fontes de inspiração para o jurista de espírito aparelhado por uma educação bem cuidada. Na verdade, não deixam de ser muito vago e de difícil captação os “princípios gerais de Direito”.

Sendo tais princípios de alto conteúdo jurídico e filosófico, sua interpretação vem sendo realizada através dos séculos, com a contribuição perseverante dos romanistas, quer em sentido estrito, quer em sentido lato. Os teólogos, os Doutores da Igreja, foram também intérpretes, à sua maneira. O Direito canônico, impregnado de inspirações romanas, não foge dessa regra. Tão vasta é essa contribuição, que não cabe nos estreitos limites de uma ponência congressual. Já Aristóteles, na sua *Ética Nicomachea*, V, X, sobre os mesmos temas:

“...devemos falar da equidade e do equitativo e da relação existente entre a equidade, a justiça, o equitativo e o justo”.

E mais adiante:

“...Se a lei falar em sentido geral e suceder algo em uma circunstância fora do geral, se procederá corretamente corrigindo a omissão naquela parte em que o legislador se omitiu e errou por ter legislado em termos absolutos, porque se o legislador mesmo ali estivera presente, assim o teria declarado, e sabendo, assim teria legislado”.

Há mais de dois mil anos o pensador grego já se inquietava com os mesmos problemas objeto de nossas atuais perquirições...

b) Sistema ou sistemas? Em nosso entender, não existe uniformidade sistemática. As contribuições regionais concorrem para que o mapa jusromanista das Américas se diversifique. As fontes pré-colombianas na América Central e nos Andes são muito fecundas e, até certo ponto, confrontam com a avalanche romana. A individualização, nos países latino-americanos, depende desses fatores. Há laços que unem as nações, mas há forças autóctones que as separam.

c) Os primeiros comentadores dos códigos formam romanistas porque os seus autores o eram, com diplomas romanos para uma sociedade ameríndia. Só poderiam ser comentados por aqueles que tivessem uma formação cultural hispano-latina, luso-latina, franco-latina e até germano-latina. Nem poderia ser de outra forma.

## Bibliografia

- ABEVILLE, Claude D' – *Histoire de la mission des pères capucins en l'isle de Maragnon et terres circonvoisines* – Paris, 1614.
- ALMEIDA, Cândido Mendes de – *Código Filipino ou Ordenações e leis do reino de Portugal* – Tip. do Inst. Filomático. Rio de Janeiro, 1870.
- ALMEIDA, Fernando Mendes – *Ordenações Filipinas* – Ed. Saraiva, São Paulo, 1960.
- ANCHIETA – *Conferências lidas no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, 1933-1934*, Livraria do Globo, Porto Alegre, 1936.
- ANCHIETA, Padre José de – *Cartas, informações, fragmentos históricos e sermões*. Ed. Civilização Brasileira, Rio.
- ARISTÓTELES – *Ética Nicomáquea*, Trad. de A. G. Robledo, Ed. Porrúa, México, 1967.
- AUBERT, Jean-Marie – *Le Droit Romain dans l'oeuvre de Saint Thomas* – Lib. J. Vrin, Paris, 1955.
- BARBOSA, Rui – *Obras Completas*. Fundação Casa Rui Barbosa, Rio de Janeiro, várias datas.
- BELLO, Andrés – *Obras Completas*, 26 volumes, Ed. La Casa de Caracas, Bello, 1982.
- BERGER, Adolf – *Encyclopedic Dictionary of Roman Law – The American Philosophical Society*, Filadélfia, EE.UU., 1953.
- BEVILÁQUA, Clóvis – *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Liv. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1916.
- \_\_\_\_\_. *História da Faculdade de Direito do Recife*, Ed. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1927.
- \_\_\_\_\_. *Instituições e Costumes Jurídicos dos indígenas brasileiros ao tempo da conquista*, Rio de Janeiro, s/d.
- \_\_\_\_\_. *Projeto do Código Civil Brasileiro*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1902.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito Civil*, Liv. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 7ª edição, 1955.
- BUTELER, José A. – *Método del Código Civil*, Univ. Nacional de Córdoba, Argentina, 1956.
- CATALANO, Pierangelo, Hans Albert Stegger e Giovanni Lobrano – *América Latina y el Derecho Romano*, Universidad Externado de Colombia, 1985.
- COUTO DE MAGALHÃES – *O Selvagem*, Cia. Editora Nacional, 1935.
- FREYRE, Gilberto – *Casa grande e senzala*, Liv. José Olympio, Rio de Janeiro, 1942.
- GALLISSET – *Corpus Juris Civilis*, Paris, s/d.
- GONZAGA, João Bernardino – *O Direito Penal Indígena à época do descobrimento*. *Histoire du Droit Romain au Moyen-Age*, Paris, 1830.
- IGLESIAS, Juan – *Derecho Romano*, Ed. Ariel, 11ª ed., Barcelona, 1993.
- JHERING, Rudolf Von – *Der Zweck im Recht*, Ed. Breitkopf, Leipzig, 1893.
- KRUEGER, P. *Manuel des Antiquités Romaines* – Ermt. Thorin, Paris, 1894.
- MARGADANT S. Guillermo Floris – *El Significado del Derecho Romano*, Univ. Nacional Autónoma de México, DF, 1960.
- MARTINS JUNIOR, Isidoro – *História do Direito Nacional*, Rio de Janeiro, 1985.
- MEIRA, Silvio – *Clóvis Beviláqua, sua vida, sua obra*. Ed. da Univ. Federal do Ceará, Fortaleza, 1990.
- \_\_\_\_\_. *A Lei das XII Tábuas, fonte de direito público e privado* – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1964.
- \_\_\_\_\_. *Novos e Velhos Temas de Direito* – Cia. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1933.
- \_\_\_\_\_. *Cursos de Direito Romano, História e Fontes* – Ed. Saraiva, 2ª ed., São Paulo, 1975.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Romano* – Ed. Max Limonad, São Paulo, 1971.
- MOMMSEN, Krüger, Scholl, Kroll – *Corpus Juris Civilis*, Ed. Weidmann, Berlim, 1954 (ope lucis).
- MOMMSEN, Theodor – *Roemische Geschchte D. Buchgemeinschaft*, Berlim.
- MOURA, Júlio Victor dos Santos – “Os delitos sexuais entre os indígenas”, *Revista da Academia Paraense de Letras Jurídicas*, V, nº 1, Belém, 1993.
- OCTÁVIO, Rodrigo – *Os selvagens americanos perante o direito*.
- OLIVEIRA Sobrinho – *Os silvícolas brasileiros e a legislação pátria*.
- PAZ, Enrique Martinez – *Introduccional estudio del Derecho Civil Comparado* – Imp. de la Universidad, Córdoba, Argentina, 1934.
- PITANGA, Souza – “Memória”, *Rev. do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, tomo XIII, I, p.19.
- SALVAT, Raimundo M. – *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Casa Editora de Jesús Menendez, Buenos Aires, 1932.
- SARFIELD, Damácio Velez – *Proyecto de Codigo Civil para la Republica Argentina*, Imp. de Paolo Coni, Buenos Aires, 1868.
- SAVIGNY, F. C. – *Sistema di Diritto Romano Attuale*, Unione Tipografico, Torino, 1875 (trad. de Scialoja).
- SOUZA, Herculano Marcos Inglez de – *O selvagem*

*perante o Direito.*

TEIXEIRA DE FREITAS – *O jurisconsulto do Império*, Liv. José Olympio, Coleção Documentos Brasileiros, Rio de Janeiro, 1979.

VIEIRA, Celso – *Anchieta*, Liv. Pimenta de Melo,

Rio de Janeiro, 1929.

ZAMORA, Aniceto Alcalá – *Nuevas reflexiones sobre las leyes de Indias*, Ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1944.

# A Responsabilidade do Estado-Juiz

ROGÉRIO MARINHO LEITE CHAVES

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Teoria da irresponsabilidade. 2.1. Soberania do Poder Judiciário. 2.2. Independência da magistratura. 2.3. Ausência de texto legal. 2.4. Coisa julgada. 3. Fundamentos da responsabilidade. 4. Espécies e limites da responsabilidade. 4.1. Na legislação. 4.2. Na doutrina. 5. Conclusão.*

### *1. Introdução*

A evolução do Direito Público tem sido umbilicalmente ligada à questão da responsabilidade do Estado. Da teoria da irresponsabilidade absoluta, sob a égide da máxima do *The King can do no wrong*, passou-se à teoria da culpa comum e desta à da responsabilidade objetiva do Estado. Os limites e as condições dessa responsabilidade sempre despertaram o interesse de juristas e magistrados.

Entre as múltiplas facetas do tema, encontra-se a da responsabilidade do Estado por atos judiciais, que parece ser, sem dúvida, a mais polêmica e complexa de todas elas. Assim o é porque o problema nasce e deve ser resolvido no próprio mundo do Direito, que, como sabemos, dificilmente apresenta unanimidade de teses e de conceitos<sup>1</sup>.

Embora agasalhada em alguns países como a Itália, a França e a Espanha, e mesmo assim de forma pouco extensa, a tese da responsabilidade estatal por atos do Estado-Juiz ainda permanece alheia à jurisprudência da maioria dos

Rogério Marinho Leite Chaves é Advogado e Procurador do Distrito Federal.

<sup>1</sup>BENEVIDES, Mauro. *Anais do Seminário "Plebiscito e Revisão Constitucional"*. Brasília, 1992, p. 19.

países, entre os quais o Brasil<sup>2</sup>, não obstante os esforços da competente doutrina. Esse fato levou Yussef Cahali a afirmar que o tema trata-se de "...constitui o último reduto da teoria da irresponsabilidade civil do Estado"<sup>3</sup>.

Entretanto, mesmo ao cidadão leigo, o fato de um dano causado por um serviço público ficar sem reparação parece causar espécie. Mormente quando os ideais assegurados pelo estado de direito grassam por todo o planeta, semeando o conceito solidarista da eqüitativa distribuição dos ônus e encargos públicos entre todos os membros da comunhão política<sup>4</sup>.

Se é certo que há uma corrente doutrinária cada vez mais numerosa que reconhece a existência de um dever estatal de indenizar os danos advindos dos atos do Poder Judiciário, subsiste, por outro lado, a corrente que nega tal possibilidade. Os principais argumentos de uma e outra serão a seguir examinados.

## 2. Teoria da Irresponsabilidade

A teoria da irresponsabilidade foi a que prevaleceu na primitiva doutrina, predominando ainda hoje na jurisprudência brasileira<sup>5</sup>. Resumidamente colocados, os principais argumentos de seus partidários são os seguintes:

### 2.1. Soberania do Poder Judiciário

Durante muitos anos, os atos oriundos do Poder Judiciário estiveram excluídos da incidência da responsabilidade do Estado, pois que eram tidos como "manifestação da soberania estatal".

Nos tempos atuais, o argumento não passa de uma peça de museu, como acentuou Philippe Ardant. Soberania é atributo do Estado em suas relações com outros países. Cada um dos Poderes possui apenas autonomia, não soberania, sendo certo que a autonomia do Poder Judiciário não sofre nenhuma violação quando responsabilizado por seus atos, da mesma forma que também nunca houve infringência à autonomia do Poder Executivo quando obrigado pelos atos de seus servidores. O argumento, como acentuou Duez, não

passa de um "verbalismo"<sup>6</sup>.

### 2.2. Independência da magistratura

A instituição de uma responsabilidade do Estado por atos judiciais, segundo os partidários da tese da irresponsabilidade, afetaria a independência da magistratura, tolhendo com isso a necessária liberdade criativa de que os magistrados necessitam no desempenho de seu mister judicante.

Inicialmente, há que se acentuar que a independência da magistratura é princípio que não comporta interpretação isolada, devendo ser compatibilizado com o princípio da responsabilidade democrática. No Estado democrático, "...tanto maior a autoridade, tanto maior a responsabilidade", como acentuou Baleeiro<sup>7</sup>.

Se, como afirmou Augusto Dergint, "...é de suma importância que o juiz possua certa autonomia na interpretação da norma jurídica..." esse fato "...não justifica torná-lo, em defesa de sua independência, irresponsável por suas decisões, principalmente se viciadas por erros graves e inescusáveis..."<sup>8</sup>.

Acentue-se que a preconizada liberdade de consciência do magistrado nada sofreria com a instituição da responsabilidade estatal, uma vez que, já respondendo pessoalmente pelos danos causados (art. 133 do CPC), os juizes não se veriam, naquela hipótese, acuados, pois a verba indenizatória viria dos cofres públicos.

Deveras, ao contrário de intimidar, a responsabilidade substitutiva do Estado, como lembra Cappelletti<sup>9</sup>, serviria para garantir a autonomia dos magistrados, criando o que denominou de "efeito escudo" contra as ações intimidatórias ou perturbatórias por parte dos litigantes insatisfeitos ou maliciosos.

### 2.3. Ausência de texto legal.

Outro argumento utilizado pelos partidários da tese da irresponsabilidade é o de que falta texto expresso na legislação que assegure e discipline a responsabilidade do Estado por danos ocasionados por atos judiciais. A única hipótese prevista refere-se aos erros judiciários penais (CPP, art. 630 e CF, art. 5<sup>ª</sup> LXXV),

<sup>2</sup>Ressalvadas as hipóteses de indenização por erro judiciário, exclusivamente na esfera penal, consagradas pelo art. 630 do Código de Processo Penal e art. 5<sup>ª</sup> LXXV da Constituição Federal.

<sup>3</sup>*Responsabilidade Civil do Estado*. Saraiva, São Paulo, 1982, p. 201.

<sup>4</sup>CRETELLA, José Júnior. Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais. Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, ano LXIV, 1969, p. 90.

<sup>5</sup>Cf. principalmente STF, R.E., 70.121-MG.

<sup>6</sup>Apud DERGINT, Augusto. *Responsabilidade do Estado por atos Judiciais*. RT, São Paulo, 1994, p. 133.

<sup>7</sup>Voto proferido no R.E. 70.121-MG.

<sup>8</sup>Op. cit., p. 152.

<sup>9</sup>*Juizes Irresponsáveis?* Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1989, p. 54.

sendo, pois, limitada a responsabilidade do Estado-Juiz àqueles casos.

O argumento, no entanto, não prevalece. Em face do sistema constitucional brasileiro, a regra é a responsabilidade do Estado, como se dessume, art. 37 § 6º da Carta Magna. Como acentuou Ada Pellegrini Grinover, embora se referindo ao sistema constitucional de 1969, "A responsabilidade do Estado por atos imputáveis ao juiz, assim como aquela oriunda de defeitos do serviço judiciário...repousa...no mesmo dispositivo constitucional"<sup>10</sup>.

Sobre ter o legislador constituinte lançado mão, na redação do art. 37, § 6º, do conceito amplo de "agentes", quis evidentemente se referir às mais diversas categorias de servidores que atuam sob a égide do poder estatal, não comportando distinções onde o constituinte não as fez. Segundo ensinamento do saudoso Hely Lopes Meirelles, "Agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal"<sup>11</sup>.

Ainda que se persista no argumento de não haver legislação específica, não se poderá deixar conceder a indenização, pois, como determina o art. 126 do CPC, deve o julgador, nos casos de lacuna ou obscuridade da lei, socorrer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito (cf. o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

#### 2.4 Coisa julgada

O mais sólido dos argumentos de que lançam mão os partidários da tese da irresponsabilidade é o da coisa julgada. A *res judicata*, segundo sustentam, é erigida com vistas à garantia da segurança das relações jurídicas, evitando-se a insegurança das partes quanto à lide decidida. Ainda que equivocada, a decisão transitada em julgado teria de ser tomada por verdade inatacável, seguindo o brocardo *res judicata pro veritate habetur*. Criando sua própria "verdade", a decisão judicial transita em julgado não pode, por isso, render ensejo à responsabilização do Estado.

Em razão disso, os partidários da irresponsabilidade, como lembra Augusto Dergint, entendem que "a concessão de uma indenização por um prejuízo causado por esse julgamento [danos] implicaria em uma crítica do julgado, uma inaceitável ofensa àquela presunção de

verdade legal. Da incontrastabilidade (irretratibilidade) da coisa julgada decorreria, então, a irresponsabilidade do Estado. Admitir-se o contrário, significaria perigosa ruptura do basilar princípio da 'segurança jurídica'"<sup>12</sup>.

Como ressalta Duez, "O argumento, impressionante à primeira vista, não resiste, entretanto, a uma análise mais profunda"<sup>13</sup>. Não passa de um "mito", uma "barreira" erigida para afastar-se a responsabilidade do Estado.

A autoridade da coisa julgada, com efeito, não é obstáculo ao reconhecimento do dever estatal de indenizar os danos causados por atos judiciais, sendo, quando muito, um limite àquela obrigação. Entretanto, a existência de um limite ao exercício de um direito não implica dizer que ele não exista. Assim, por exemplo, pelo só fato de a ação rescisória apresentar limite temporal, não se pode sustentar sua inexistência.

Na análise do problema, deve-se ter em conta que, nas mais das vezes, os danos às partes são ocasionados por atos diversos das sentenças de mérito, insusceptíveis, pois, de fazerem coisa julgada, como são as medidas cautelares, os atos preparatórios, preventivos e de execução<sup>14</sup>. Nesses casos, não se há falar que a instituição da responsabilidade estatal implica violação à *res judicata*.

Assim, o limite da responsabilidade estatal em face da coisa julgada faz-se presente tão-somente nos casos em que houver sentença de mérito, única apta a transitar o julgado e, pois, a tornar-se imutável. Nesse caso, como afirma Yussef Cahali, "...se há coisa julgada, enquanto estiver de pé, isto se constitui em elemento inibitório da responsabilidade civil do Estado..."<sup>15</sup>. Daí porque, nessa hipótese, segundo aquele jurista, a reparação do dano ficará condicionada à prévia rescisão da sentença; e havendo coisa soberanamente julgada, o pleito indenizatório torna-se inviável.

Muitas vezes, a concessão da indenização em razão de ato judicial lesivo, antes de representar violação à autoridade da coisa julgada, constitui-se em verdadeira homenagem a esse princípio. Como ilustra Duez, "Imagine-se um julgamento absolutório: o indivíduo perseguido judicialmente, que se beneficia desse julga-

<sup>12</sup>Op. cit., p. 136 (colchetes nossos).

<sup>13</sup>Apud DERGINT, Augusto. Op. cit., p. 139

<sup>14</sup>AROCA, Juan Montero. *Responsabilidad Civil Del Juez y Del Estado Por La Actuación Del Poder Judicial*. Tecnos, Madrid, 1988, p. 124.

<sup>15</sup>Op. cit., p. 210.

<sup>10</sup>Apud DERGINT, Augusto. Op. cit., p. 161.

<sup>11</sup>"Direito Administrativo Brasileiro", RT, São Paulo, 14a. ed., 1989, p. 66.

mento, pede uma indenização. No que há violação da coisa julgada? O requerente se funda, ao contrário, sobre o julgamento absolutório para sustentar sua pretensão<sup>16</sup>.

### 3. Fundamentos da responsabilidade

A idéia de responsabilidade do Estado por ato judicial danoso está diretamente ligada à de responsabilidade do Estado por atos lesivos acarretados pelo serviço público. Reside na premissa segundo a qual, no Estado de direito, o ideal de justiça não se compadece com a existência de injustos sacrifícios individuais em decorrência de serviços prestados a toda a comunidade.

A prestação jurisdicional, como espécie do gênero serviço público, há de se sujeitar à regra geral da responsabilidade estatal. Se, como lembrou Francisco Campos, o juiz nada mais é do que o próprio Estado administrando a justiça<sup>17</sup>, nada há que justifique um tratamento excepcional às atividades judiciais, sobrepondo-as ao próprio Direito.

Como acentuei em outra oportunidade<sup>18</sup>, o reconhecimento do dever estatal de indenizar, nesses casos, é medida de justiça, pois como lembrou Mário Guimarães, citado por H.D. Echandia, "si existe un servicio público organizado por la colectividad, y falla, el perjuicio que por esse motivo se cause a alguien no tiene por qué sufrirlo la víctima, y es natural que sea repartido entre toda la colectividad".

Se já no início da década de 70, o saudoso Aliomar Baleeiro advertia que "o ideal de justiça de nossa época... não se compraz com a irresponsabilidade ilimitada de uma categoria de agentes públicos", o que não dizer dessa responsabilidade nos dias de hoje, em que a Constituição, através de seu art. 37, ampliou ainda mais as hipóteses em que o Estado deve indenizar os atos lesivos causados por seus agentes?

Em última análise, o cidadão, considerado até mesmo em sua faceta de consumidor, tem direito a receber do Estado um serviço eficiente e isento de falhas, para o qual, aliás, é obrigado a contribuir, recolhendo os impostos devidos.

### 4. Espécies e limites da responsabilidade

Se a questão acerca da existência de uma

responsabilidade estatal por atos judiciais danosos já apresenta considerável complexidade, a definição de seu alcance e seus limites segue caminho ainda mais tortuoso. Além de extremamente casuística, adentrando verdadeira zona cinzenta do Direito, a matéria encontra-se permeada de conceitos imprecisos, vagos e abstratos.

#### 4.1 Na legislação.

A responsabilidade, em face do ordenamento brasileiro, está limitada às hipóteses de revisão criminal, em que ficar reconhecido o erro da decisão condenatória, quando este não for imputável ao próprio réu (CPP, art. 630), ou ainda quando o condenado ficar preso além do tempo fixado na sentença (CF, art. 5º, LXXV). Isto é, cuida-se de responsabilidade restrita à esfera penal.

Na França, a legislação concernente à responsabilidade estatal é mais ampla, embora não admita conflito com a coisa julgada. Consagrada desde o final do século XIX, no que diz respeito ao erro judiciário em matéria criminal (Lei de 8.6.1895), a responsabilidade do Estado-Juiz foi estendida à matéria não-criminal (Lei de 7.2.33), através do procedimento do *prise à partie*, para os casos de dolo, concussão, denegação da justiça ou "falta grave profissional" (*faute lourde professionnelle*) do magistrado.

Com relação à prisão preventiva, o modelo francês consagrou (Lei de 17.7.70) indenização nas hipóteses em que o acusado for absolvido, mas desde que demonstre ter sofrido dano anormal ou grave em razão da prisão. Posteriormente, o procedimento do *prise à partie* foi abolido pela Lei de 5.7.72, que passou a reconhecer a responsabilidade direta do Estado, na hipótese de funcionamento defeituoso da justiça, limitada aos casos de "falta grave" e denegação de justiça, ressalvado o direito de regresso do Estado<sup>19</sup>.

O modelo italiano não difere substancialmente do francês. A Lei n.º 117, de 13.4.88 – embora de difícil aplicação prática, em face dos obstáculos processuais – prevê a responsabilidade do Estado-Juiz na hipótese de dolo ou culpa grave. Este último conceito (culpa grave), como acentua Frederico Carpi<sup>20</sup>, vem definido na legislação como abrangendo os seguintes casos: grave violação de lei resultante de negligência inescusável, erro inescusável sobre fato da causa, e a emissão de pronunciamento concernente à liberdade pessoal fora dos casos

<sup>16</sup>Apud DERGINT, Augusto. Op. cit., p. 139.

<sup>17</sup>Apud CRETELLA JUNIOR. Op. cit., p. 76.

<sup>18</sup>LEITE CHAVES, Rogério Marinho. "A responsabilidade do Estado por Atos Judiciais". Suplemento Direito & Justiça do *Correio Braziliense*, 4.9.95, p. 5.

<sup>19</sup>DERGINT, Augusto. Op. cit., p. 83.

<sup>20</sup>"A Responsabilidade do Juiz", *Revista Forense*, São Paulo, v. 329, p. 75.

permitidos em lei. O erro judiciário é indenizável na esfera penal (art. 643 do Código de Processo Penal italiano), admitindo-se ainda a reparação do dano causado por prisão injusta (Código de Processo Penal italiano, arts. 314 e 315) quando na sentença absolutória ficar comprovado que: o réu não praticou o fato; o fato não existe; o fato não é previsto como crime; ou quando a ordem de prisão foi ilegal.

O ordenamento espanhol, por sua vez, assegura, por intermédio da Lei Orgânica do Poder Judicial de 1.7.85, a responsabilidade do Estado por atos judiciais nas hipóteses de erro judicial penal, prisão preventiva ou provisória, e, na esfera extrapenal, nas hipóteses de "funcionamento anormal da justiça", quando houver dolo ou culpa grave do juiz.

#### 4.2 Na doutrina.

Para grande parte da doutrina, a responsabilidade do Estado por atos judiciais, embora reconhecida tanto na esfera penal como na cível, teria como um dos limites a coisa julgada. Advindo o dano de uma sentença trânsita em julgado, qualquer pretensão indenizatória, embora de todo admissível, estaria condicionada à prévia rescisão da sentença.

Nessa linha de entendimento, Juary Silva afirma que "...entremostra-se inviável, em virtude do princípio lógico da não-contradição, ter-se a sentença com atributo da coisa julgada e simultaneamente pretender que o Estado seja responsável pelo dano que ela ensejar a alguém"<sup>21</sup>.

Por outro lado, como acentua Cretella Júnior, se "a hipótese for...de coisa soberanamente julgada, isto é, insusceptível já de recursos e de procedimento rescisório, então a exceção é irremediável"<sup>22</sup>, tornando inviável o pleito indenizatório. Este caso seria relacionado sempre com Juízo cível, uma vez que a sentença penal condenatória é sempre passível de revisão.

Há autores, no entanto, que defendem a existência de uma responsabilidade estatal desvinculada da rescisão da decisão danosa. Entende Augusto Dergint que "mesmo se prescrita a ação rescisória, é de se admitir possa o prejudicado, pelo erro do Estado-Juiz, obter indenização, ainda que mantido o julgamento transitado em julgado. Atente-se para o fato de que na ação indenizatória não se busca a desconstituição da sentença lesiva e não se vinculam as mesmas

partes (mas uma delas e o Estado). Assim sendo, a responsabilidade estatal não se contrapõe à coisa julgada, sendo despicienda a desconstituição do ato jurisdicional (através da ação rescisória)"<sup>23</sup>.

Citando Di Pietro, aduz Augusto Dergint que "...a condenação do Estado a indenizar o dano causado pela decisão não significa sua modificação. 'A decisão continua a valer para ambas as partes; a que ganhou e a que perdeu continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece intangível. É o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência de erro judiciário'"<sup>24</sup>.

Discute-se, por outro lado, se o erro judiciário poderia render ensejo à responsabilidade do Estado, e em que hipóteses. Como dissemos, a legislação pátria assegura a indenização dos erros judiciários penais. Na esfera cível, o erro judicial não recebe o mesmo tratamento, o que levou Augusto Dergint a afirmar que "A situações materialmente idênticas, pois, não se oferece o mesmo remédio jurídico, com evidente contrariedade à sistemática constitucional"<sup>25</sup>.

Os países cujas legislações consagram a responsabilidade do Estado-Juiz, como a França, esta, no aspecto do erro judiciário cível, é limitada às hipóteses em que houver falta grave do magistrado, ou ainda quando agir com dolo, fraude ou quando houver denegação de justiça, pela demora na prestação judicial.

Parte da doutrina, no entanto, entende que a responsabilidade do Estado-Juiz deve ser estendida a outras hipóteses. Assim, o erro judiciário cível, de acordo com Edmir Netto de Araújo, "reconhecido pela sentença rescisória, poderá, ao exame das circunstâncias de cada caso, acarretar a responsabilidade do poder público pela sentença defeituosa, podendo ainda determinar (em caso de dolo ou culpa) a ação regressiva contra o magistrado causador do dano"<sup>26</sup>.

Mais liberal, Augusto Dergint entende que "As mesmas razões teóricas que justificam a indenização das vítimas de erro judiciário penal parecem justificar a indenização das vítimas de erro judiciário cível"<sup>27</sup>. O erro judiciário, segundo

<sup>21</sup>SILVA, Juary C. *A Responsabilidade do Estado Por Atos Judiciais e Legislativos*. Saraiva, São Paulo, 1985.

<sup>22</sup>Op. cit., p. 90.

<sup>23</sup>Op. cit., p. 144.

<sup>24</sup>Op. cit., p. 145.

<sup>25</sup>Op. cit., p. 166.

<sup>26</sup>"Responsabilidade do Estado Por Ato Jurisdicional", RT, São Paulo, 1981, p. 118.

<sup>27</sup>Op. cit., p. 182.

ele, "...deve ser tido como um risco inerente ao próprio exercício da função jurisdicional. Cabe, pois, ao Estado assumi-lo, reconhecendo-se devedor, todas as vezes em que um ato judicial provocar um dano injusto"<sup>28</sup>. De acordo com o autor, a responsabilidade pode decorrer "...de culpa pessoal do juiz, de culpa anônima do serviço, bem como exsurgir sem culpa"<sup>29</sup>.

Se, no entanto, o erro judicial advier de erros e falhas causados pelas partes, entende Juary Silva<sup>30</sup> que fica afastada a responsabilidade do Estado: "O princípio basilar na matéria enfocada é o de que a falha proveniente da parte, se decisiva para o ato judiciário, exclui categoricamente a responsabilidade do Estado a respeito de atos lesivos".

Outra limitação ao pleito indenizatório ocorre, segundo alguns juristas, quando houver omissão da parte em oferecer recurso contra a decisão lesiva, com o que evitaria a ocorrência do dano. Nessa linha de entendimento, Juary Silva, citado por Cahali<sup>31</sup>, afirma que "a ação reparatória não deve ser admitida se o vencido houver deixado, por inércia, de interpor os recursos que ainda eram cabíveis".

No que diz respeito aos erros judiciais na esfera penal, a doutrina aponta para a existência de uma responsabilidade não apenas no caso em que há condenação equivocada, senão também nos casos de prisão preventiva e provisória. A hipótese, aliás, está prevista na Lei francesa de 17.7.70, onde é assegurada indenização àquele que, preso preventivamente, venha a ser absolvido, mas desde que faça prova de ter sofrido prejuízo grave ou anormal<sup>32</sup>.

Para Aguiar Dias, a prisão preventiva só rende ensejo à reparação quando assume todos os riscos do erro judiciário, isto é, quando injusta. Outros, no entanto, têm posição mais liberal. Derting, por exemplo, citando Alcântra,

entende que, nas hipóteses de absolvição por ausência de provas ou inexistência de crime, é devida a indenização, ainda que não tenha havido ilicitude na prisão cautelar, uma vez que, o indivíduo, em razão da prisão, "...foi injustamente onerado pelas cargas públicas, devendo portanto, em atenção ao princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos e ônus públicos, ser indenizado pela coletividade que lhe impôs este sacrifício"<sup>33</sup>.

### 5. Conclusão

Em razão do atual estágio de desenvolvimento do Direito Público, que tem como um de seus princípios basilares, a repartição dos riscos e dos ônus decorrentes da atividade estatal, parece haver cada vez menos espaço para uma teoria que advogue a irresponsabilidade do Estado por atos judiciais danosos e injustos.

Talvez imbuído desses princípios, tenha o legislador constitucional optado por inserir no Texto Constitucional o termo *jurídico amplo* que é o de "agentes", quando instituiu em seu art. 37, § 6º, a responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros, o que torna possível a inclusão dos atos dos juizes, agentes públicos que são.

Se a doutrina, em sua maioria, já adota esse entendimento, já é hora de a jurisprudência caminhar no mesmo sentido, deixando de lado a timidez com que o tema vem sendo tratado pelos tribunais, como aliás sugerido por Debbash em obra que tem este sugestivo título: *Le juge administratif et le service judiciaire: vers un prochain passage de la timidité à l'audace*<sup>34</sup>.

Deve-se ter em conta que o reconhecimento de uma tal responsabilidade não deve ser limitado aos conservadores limites impostos pelo art. 630 do CPP e art. 5º, LXXV da Constituição, que a restringe às hipóteses de erro judiciário penal.

Admitindo-se, no entanto, um maior espectro da incidência da responsabilidade do Estado-Juiz, a instituição de algumas balizas limitadoras torna-se inevitável, a fim de evitar excessos.

A primeira dessas limitações é, sem dúvida, a coisa julgada. Enquanto houver uma decisão não susceptível a recurso, o pleito indenizatório parece fora de cogitação, em face do princípio da não-contradição. Como sublinhou Juary Silva, "as duas situações são logicamente incom-

<sup>28</sup>Op. cit., p. 184.

<sup>29</sup>Op. cit., p. 243.

<sup>30</sup>Op. cit., p. 159.

<sup>31</sup>Op. cit., p. 218.

<sup>32</sup> Sobre o assunto, Vedel conclui que: "Il n'y a pas de différence substantielle entre le cas d'un individu retenu en détention préventive pendant des mois (avec tout ce que ceci suppose de préjudices matériels et moraux) dans l'intérêt d'un bon fonctionnement du service judiciaire et celui d'un autre citoyen qui, dans un intérêt général en pour les besoins d'un service public administratif, subit un préjudice grave... rompant à son détriment l'égalité devant les charges publiques (*Droit Administratif*, Presse Universitaires, Paris, 1973, p. 425).

<sup>33</sup>Op. cit., p. 179.

<sup>34</sup>Cf. voto do Min. Aliomar Baleeiro no R.E. 70.121-MG.

possíveis<sup>35</sup>.

Outra limitação que parece salutar é o condicionamento do pleito indenizatório à prévia utilização, por parte do lesado, de todos os recursos possíveis para evitar-se a consumação do dano. Não parece razoável que a parte desidiosa, vendo uma decisão danosa, deixe de recorrer contando com a possibilidade de ajuizar, posteriormente, uma ação indenizatória contra o Estado.

Por outro lado, admite-se uma responsabilidade do Estado em caso de demora na prestação jurisdicional, quando não decorrente de comprovado acúmulo de serviço. A parte, não apenas como cidadão, senão também como consumidor, pois paga tributos, tem direito a receber um serviço público não só justo como eficiente. O dano causado pelo juiz desidioso deve ser reparado pelo Estado, por culpa *in eligendo* e *in vigilando*, por manter em seus quadros um mau agente público. Nesse caso, a responsabilidade substitutiva do Estado é preferível à responsabilidade pessoal do magistrado, pois o Estado é sempre solvável.

Com relação aos eventuais danos decorrentes de prisão preventiva ou provisória, compartilha o entendimento de que só se poderá falar em indenização quando dela tiver decorrido dano e, como requisito cumulativo, tenha sido injusta ou ilegal; isto é, quando determinada por perseguição ou por motivos não expressamente consagrados na legislação.

Não creio que pelo só fato de ter advindo sentença absolutória, a prisão preventiva renda ensejo à indenização. Todos os cidadãos, desde que presentes indícios de materialidade, estão sujeitos à detenção preventiva. Nesses casos, a prisão não passa de exercício regular de direito do Estado, com vistas a assegurar não só a ordem pública e a paz social, como também garantir a regular instrução processual (cf. art. 312 do CPP).

Dentre todas, a mais fluida das matérias relacionadas ao ato judicial danoso parece residir no erro judicial, especialmente na esfera cível. O erro crasso, havido em casos que Frederico Carpi<sup>36</sup> denominou de "patológicos", rende ensejo à responsabilização do Estado, assegurado o direito de regresso contra o responsável. Deveras, não há com relação a esse tipo de erro dúvidas quanto à existência, pois que verificáveis na maioria dos casos *primu oculi*.

<sup>35</sup>Op. cit., p. 174.

<sup>36</sup>Op. cit., p. 76.

Menos tranqüila é a admissão de uma responsabilidade do Estado quanto ao erro judicial "não-crasso". É certo, no entanto, que a própria idéia do que seja erro judicial não é tarefa fácil. Como apropriadamente lembra Aroca, "en torno al error judicial se ha divagado mucho, más con ánimo sentimentaloides que con precisión técnica. Se trata de uno de esos conceptos que se sienten más que se expresan. A cualquiera que se le pregunten que és el error judicial cree saberlo, pero a la hora de explicarlo se pierde en lo obvio"<sup>37</sup>.

O fato ganha em significado quando se sabe que em Direito, ciência imperfeita e casuística, o limite entre o que é certo e o que é errado é sensivelmente mais tênue do que nas ciências exatas. É preciso que se tenha em conta, por exemplo, que a feitura de uma sentença não é um simples processo silogístico, nem tampouco se equipara à construção de uma obra onde tudo está matematicamente previsto.

Com efeito, no mundo do Direito não existem acertos ou erros intemporais, no que se refere à interpretação das normas. Como lembra Larenz, "Correção não significa aqui uma verdade intemporal, mas correção para esta ordem jurídica e para este momento"<sup>38</sup>. Daí porque alguns doutrinadores excluem dessa responsabilidade os erros de interpretação<sup>39</sup> e os relacionados à valoração de prova.

Em casos como tais, a instituição de uma responsabilidade do Estado por erro judicial, além de fixar-se em termos indefinidos e pouco precisos, poderia se tornar acima de tudo injusta, em face da mutabilidade do conceito do que é certo e do que é errado.

A admissão da responsabilidade estatal, nessas hipóteses, passaria a representar um estorvo à necessária liberdade de atuação e de criação dos magistrados, o que levou Canotilho a asseverar que: "Sob pena de se paralisar o funcionamento da justiça e perturbar a independência dos juizes, impõe-se aqui um regime particularmente cauteloso, afastando, desde logo, qualquer hipótese de responsabilidade por actos de interpretação das normas de direito e pela valoração dos factos e de prova"<sup>40</sup>.

Assim, no que se refere aos erros judiciais extrapenais, filio-me inteiramente ao

<sup>37</sup>Op. cit., p. 114.

<sup>38</sup>Op. cit., p. 379.

<sup>39</sup>CARPI, Frederico. op. cit., p. 76.

<sup>40</sup>*Direito Constitucional*, 6<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 1993, p. 660.

entendimento do ilustre constitucionalista português<sup>41</sup>, quando traça os limites da responsabilidade estatal: a) quando houver grave violação da lei resultante de negligência grosseira; b) afirmação de fatos cuja inexistência é manifestamente comprovada pelo processo; c) negação de fatos, cuja existência resulta indubitavelmente dos atos do processo<sup>42</sup>.

Analisadas as teorias e os argumentos, conclui-se que o problema da responsabilização do Estado-Juiz, como adverte Aguiar Dias<sup>43</sup>, "...se reduz à procura de uma solução de equilíbrio entre a preocupação de equidade, que não tolere fique a vítima do erro judiciário sem compensação, e o interesse não menos imperioso de não perturbar o funcionamento da justiça, inspirando aos juizes o enervante receio de estar, possivelmente, com sua atuação, provocando futuras ações de indenização contra o Estado".

#### Bibliografia

- ARAÚJO, Edmir Netto de. "Responsabilidade do Estado Por Ato Jurisdicional", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1981.
- AROCA, Juan Montero. *Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la Actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1988.
- BALEEIRO, Aliomar. Voto proferido no R.E. 70.121-MG.
- BENEVIDES, Mauro. Anais do Seminário "Plebiscito e Revisão Constitucional" Brasília, 1992.
- CAHALI, Yussef Said Cahali. "Responsabilidade Civil do Estado", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1982.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6a. ed., Almedina, Coimbra, 1993.
- CAPPELETTI, Mauro. *Juizes Irresponsáveis?*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1989.
- CARPI, Frederico. "A Responsabilidade do Juiz", *Revista Forense*, vol. 329, São Paulo, 1995.
- CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*, 5a. ed., Montchrestien, Paris, 1990.
- CHAVES, Rogério Marinho Leite. "A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais". Suplemento Direito & Justiça, publicado no *Correio Braziliense* de 4.9.95.
- CRETELLA JÚNIOR, José. "Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais", Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ano LXIV, 1969.
- DERGINT, Augusto do Amaral. "Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1994.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, 7a. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 2a. ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.
- LAUBADÈRE, André de. *Traité de Droit Administratif*, 13<sup>a</sup> ed., L.G.D.J., Paris, 1994.
- MEIRELLES, Hely Lopes, "Direito Administrativo Brasileiro", 14<sup>a</sup> ed. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1989.
- SILVA, Juary C. *A Responsabilidade do Estado Por Atos Judiciais e Legislativos*, Saraiva, São Paulo, 1985.
- VEDEL, Georges. *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 1973.

<sup>41</sup>Cf. op. cit., p. 660.

<sup>42</sup> Outras hipóteses traçadas por Canotilho referem-se a casos não derivados de erros judiciais, como, p.e., a denegação da justiça, tema que tratamos em outra passagem.

<sup>43</sup>Op. cit., p. 703.

# Da correção monetária dos débitos judiciais trabalhistas

JOSÉ PITAS

## SUMÁRIO

*I. Notas introdutórias. 1. Da instabilidade do critério de correção monetária. 2. Dos métodos de atualização. 3. Das ressalvas às tabelas. 4. Das tabelas mensais, diárias e permanentes. 5. Do fundamento legal. 6. Dos juros de mora. II. Tabela mensal de atualização. 7. Notas explicativas (I). 8. Exemplo prático (tabela mensal). 9. Critério de atualização para data posterior à tabela. 10. Critério de atualização pela TR "pro rata" posterior à tabela. III. Tabelas diárias de atualização. 11. Notas explicativas (II). 12. Exemplos práticos (tabelas diárias). IV. Tabela permanente de atualização. 13. Método analítico-iterativo (Lei nº 8.177/91). 14. Exemplos práticos (tabela permanente).*

### *I. Notas introdutórias*

Existe uma tabela ou um método que possa demonstrar o cálculo de atualização monetária, de forma transparente, simples, sob estrita observância do Direito, e que libere o usuário da dependência de perito ou de publicações mensais?

Os coeficientes das tabelas expressam fielmente as taxas oficiais da inflação, representam a correta variação temporal e correspondem ao conceito legal de época própria?

Juros de mora confundem-se com correção monetária? Os coeficientes trazem em seus fatores a taxa de juros imbutidas? Qual o termo inicial de sua contagem?

### *1. Da instabilidade do critério de correção monetária*

As várias alterações havidas no Sistema Monetário Nacional têm gerado confusões, inseguranças e dificuldades ao tormentoso procedimento da Liquidação de Sentença.

A estabilidade das relações – fundamento principiológico e teleológico da autoridade do

José Severino da Silva Pitas é Juiz do Trabalho, Presidente da 2ª JCJ de Franca-SP, Professor da Faculdade de Direito de Franca-SP, autor de cursos, dentre estes, o Curso Itinerante de Liquidação de Sentença e Cálculos Trabalhistas.

direito – chega a ser desestruturada ante a constante elaboração de normas jurídicas sobre a mesma relação.

A instabilidade normativa, neste setor, tem induzido até a confusão de denominar-se o autor da conta de liquidação, por cálculos, imprópriamente de perito.

#### *Qual a situação atual da questão?*

Desde a instituição da correção monetária, pelo Decreto-Lei nº 75, de 21 de novembro de 1966, até o advento do Plano Cruzado, no primeiro trimestre de 1986, a Secretaria do Planejamento – Seplan – do Governo Federal, vinha publicando, regularmente, tabelas trimestrais para a atualização dos débitos judiciais trabalhistas.

Neste segmento, a unicidade de taxa e a oficialidade de sua publicação conferiram sustentação à estabilidade do mecanismo de correção monetária ao ponto de muitos ignorarem, mais tarde, a revolução trazida pela Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981, no critério temporal de variação da ORTN que passara de trimestral para mensal.

Em face da omissão do Governo, tabelas supletivas surgiram com o objetivo de sintetizar toda legislação e dar apoio ao usuário comum. A primeira tabela publicada nesta esteira, pelo que consta, foi publicada pela Editora Ltr., no Suplemento Trabalhista nº 81-388/86, de autoria de José Pitas, com apoio técnico do perito Francisco Cassiano Teixeira, de Jaboticabal-SP, fundamentada em tese apresentada no II Encontro de Juizes do Trabalho do TRT da 2ª Região.

#### *2. Dos métodos de atualização*

Uma tabela de atualização monetária pode ser construída por um de dois métodos: sintético ou analítico.

O método sintético fornece os coeficientes para aplicação direta sobre o valor nominal sujeito à correção. O produto resultante da multiplicação dos respectivos fatores (valor nominal e coeficiente de atualização) converterá o valor nominal original em valor nominal corrigido para o dia a que se refere a publicação da respectiva tabela.

Exemplares deste método são as publicações das tabelas trimestrais da Seplan, as tabelas mensais Pitas-Diva, TRT da 2ª Região, Juarez Varallo, e tabelas diárias Pitas-Diva e Pitas-Sylvio Rodrigues.

O método sintético, introduzido por José Pitas (in Revista Ltr., Suplemento Trabalhista

nº 171/94, pp. 953/962 e BIT-Revista nº 48, abr./95, pp. 47/52), corresponde à *Tabela Permanente*, aplicável após o advento da Lei nº 8.177, de 1ª de março de 1991.

Por este método, o calculista, com apoio na relação dos fatores da TR, acumulados, diariamente, desde a sua criação, deduzirá – pela fórmula TRD:  $V_0$  (Valor nominal da obrigação) – o *Coefficiente de Atualização*, que pode ser identificado pelo símbolo *K*. I.é:  $K = TRD: V_0$ .

O uso prático da *Constante K* atende a necessidade de atualização dos débitos em qualquer data futura, bastando para isto a identificação do Fator da TRD acumulado para o respectivo dia do pagamento ou depósito judicial da quantia devida.

#### *3. Das ressalvas às tabelas*

##### *Primeira*

As tabelas que se encontram divulgadas trazem coeficientes para atualização dos débitos judiciais, sem considerar o tradicional e jurídico conceito de *época própria*, particularmente após o advento da Lei nº 8.177/91, que adotou a correção monetária pela variação diária do índice inflacionário.

Época própria para o Decreto-Lei nº 75/66, segundo as tabelas da Seplan, correspondia ao trimestre em que a obrigação teve seu vencimento. Época própria, após o advento da Lei Geral nº 6.899/81 e Decreto-Lei nº 2.322/87 correspondia ao mês em que houve o vencimento da obrigação. E finalmente, época própria para o artigo 39 da Lei nº 8.177/91, que adotou as disposições da Medida Provisória nº 294, de 31.1.91.

*Define-se pela data em que o empregador deveria pagar a obrigação prevista em lei, acordo ou convenção coletiva, sentença normativa, cláusula contratual, além das sentenças homologatórias de primeira instância e acordos extrajudiciais válidos (as duas últimas figuras não se encontram na literalidade do artigo 39).*

As únicas tabelas que atendem a esta exigência legal são as tabelas diárias e a tabela permanente.

##### *Segunda*

Notam-se duas tendências nas construções das tabelas; uma econômica, outra jurídica.

Ponto que ilustra esta tendência verifica-se nas tabelas do economista e assessor do TRT da 9ª Região, Juarez Varallo e nas tabelas do perito Décio de Oliveira, em relação ao período que vai de 3 de março de 1986 a 1ª de março de

1987, em que o Decreto-Lei nº 2.283, de 28 de fevereiro de 1986, art. 6º, determinou o congelamento do índice utilizado para variação da taxa oficial de inflação aplicável aos débitos judiciais trabalhistas.

Adotaram entendimento divergente das duas tabelas citadas e aplicaram o disposto no artigo específico a tabela do TRT da 2ª Região e a tabela Pitas-Diva.

#### *Terceira*

Há tabelas, como a de Juarez Varallo, que mantêm o critério da trimestralidade da ORTN até o advento do Plano Cruzado, enquanto as outras substituíram este segmento temporal pela variação mensal da ORTN após a publicação da Lei Geral nº 6.899, de 8 de abril de 1981, como as tabelas Pitas-Diva e a tabela do TRT da 2ª Região.

#### *4. Das tabelas mensais, diárias e permanentes*

Após alguma confusão jurídica com o advento da medida provisória que introduziu o elemento precursor do Real – a URV – aceitou-se, por força do uso e de reiteradas publicações das “medidas provisórias do Real”, e por determinação de interpretação autêntica consolidada pelo artigo 27 parágrafo 6º respectivo, a vigência do artigo 39 da Lei nº 8.177/91.

Tem-se, portanto, como fato pacífico que a atualização dos débitos judiciais trabalhistas:

*quando não satisfeitos pelo empregador, nas épocas próprias, serão monetariamente corrigidos pela variação da TRD acumulada no período compreendido entre a data do vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento (deduzido do art. 39 referido).*

A lei faz referência a Taxa Referencial Diária. A variação, portanto, deve ser de dia a dia.

Pelos postulados matrizes da hermenêutica jurídica, tem-se como verdadeiro que na interpretação da lei o exegeta não deverá:

- a) substituir a explicação simples, pela complexa;
- b) substituir a conclusão razoável, pela absurda;
- c) substituir o efeito mais eficaz, pelo de menor eficácia;
- d) substituir os efeitos simples, pelos complexos;
- e) substituir o possível, pelo impossível;
- f) substituir a essência, pela aparência, ou

o conteúdo pela literalidade.

O fundamento lógico do direito pressupõe a existência de princípios diretivos da reta interpretação, dentre eles, o de que o legislador é o transmissor da consciência coletiva jurídica e histórica do povo, consequentemente as normas jurídicas devem ser lidas sob o postulado de que expressam inteligência, justiça e coerência, bem como se deve ter como premissa que o legislador não cuida do óbvio, não cuida do incontrovertido, não cuida do absurdo, nem cuida do impossível.

No *caput* do artigo 39 onde o legislador menciona “juros de mora” toda evidência revela que significa, portanto, “correção monetária”. A interpretação sistemática do próprio artigo assinala para este fato. A necessidade política, principalmente na época de sua edição, esclarecem o uso pedagógico da lei para se eliminar a chamada *inflação inercial*.

Diante da legislação, após percuente estudo do perito Sylvio Rodrigues Jr., e ante a necessidade de sintetização de toda legislação, passaremos a oferecer ao militante da Justiça do Trabalho tabelas mensais, diárias, além da tabela permanente, para atender às exigências legais, quanto às taxas oficiais de inflação, à variação legal dos índices e ao estrito conceito legal de época própria.

#### *5. Do fundamento legal*

A inflação constitui fato econômico. Elemento do interesse geral dos componentes da sociedade.

O *fato econômico* expressa-se nas relações de forma espontânea, sem contornos fixos, no tempo ou no espaço. Não tem efeito uniforme para todos os integrantes do grupo social. Seus efeitos variam no tempo, no espaço, de acordo com o grupo de consumo, sob influência do universo dos bens de consumo e sob variáveis subjetivas do consumidor.

O fato econômico também é afetado por elementos naturais, políticos e culturais.

Qual, portanto, a legítima medida da inflação exigível, coercivamente, perante o Estado?

O fato econômico, por si só, não é, necessariamente, fundamento suficiente para eleger o interesse geral em interesse juridicamente exigível, para garantir a correção monetária.

Há necessidade de intersecção de dois elementos para a configuração do interesse, juridicamente protegido, para o reconhecimento do *fato jurídico*: 1) que o fato seja objeto de inte-

resse humano – beneficia ou prejudica interesse de alguém; 2) que o fato seja eleito, definido, juridicizado, por norma jurídica válida, convocando-o em valor integrante do *mínimo ético*, coercivamente exigível perante o Estado.

O Decreto-Lei nº 75, de 21 de novembro de 1966 conferiu, pela primeira vez, jurisdição ao mecanismo da correção monetária dos débitos judiciais trabalhistas, tendo adotado como índice a ORTN. Sucessivamente este índice foi alterado para OTN, LFT, IPC e TRD.

Malgrado, tenha-se persistido na dualidade de índices para contratos de trabalho vigentes, quanto ao reajuste de salários (não aumento) e para reajuste de débitos judiciais, não cabe ao intérprete da lei ignorar o que o legislador quis distinguir.

Reiterando consideração anterior, divergentemente de raros e superados entendimentos, o disposto no artigo 39 da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, não foi derogado, nem revogado pela Lei nº 8.660, de 28 de maio de 1993, que extinguiu a TRD para *negócios jurídicos*.

Neste sentido as medidas provisórias, por interpretação autêntica, têm positivado a seguinte inteligência:

“Continua aplicável aos débitos trabalhistas o disposto no artigo 39 da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991” (art. 27, parágrafo 6º).

(Confirmam-se as Medidas Provisórias nºs 542, 566, 596, 635, 681, 911, 953, 978, de 20 de abril de 1995).

#### 6. Dos juros de mora

Juros de mora não se confundem com correção monetária. O primeiro título corresponde a acessório do capital principal em que se integra a parcela referente ao segundo.

A parcela correspondente à correção monetária objetiva satisfazer o mecanismo de redenominação do valor original da obrigação para nova denominação (valor atualizado) tal que se mantenha o valor real, juridicamente protegido.

A parcela correspondente aos juros de mora objetiva remunerar o capital licitamente usado (empréstimo), ou ilicitamente retido (débito judicial), segundo a taxa ajustada, ou a taxa prevista na lei.

As próprias tabelas de correção monetária tornam evidente que os seus coeficientes destinam, estritamente, atualizar os débitos judici-

ais, o que por si exclui a inclusão dos juros de mora.

Algumas dúvidas surgiram à época em que a correção monetária era feita coincidentemente pelas mesmas taxas aplicáveis à poupança, contudo exame atento revelará que a coincidência excluía, evidentemente, a taxa de juros sobre o capital. Da mesma forma, a TRD, malgrado receba o apelido jurídico de juros de mora (art. 39 da Lei nº 8.177/91) de fato, como se observa em seu cálculo pelo Banco Central, por suas normas e pela interpretação sistemática e evolutiva do Direito, corresponde à variação inflacionária.

Os juros de mora devem ser contados, na forma do artigo 883 da CLT e parágrafo primeiro do artigo 39, desde o ajuizamento da ação. O Legislador poderia exigir sua contagem desde a exigibilidade da obrigação, como seria lógico, contudo preferiu penalizar a inércia do interessado. Conseqüentemente, por evidência lógico-jurídica, o termo inicial dos juros de mora para as obrigações *vincendas* coincidirá com a data de vencimentos destas obrigações.

Das taxas legais:

a) Código Civil, art. 1.062: taxa de 0,5% ao mês até 26.2.87;

b) Decreto-Lei nº 2.322, de 26.2.87: taxa de 1% capitalizado ao mês até 31.1.91;

c) MP nº 294, de 31.1.91 (Lei nº 8.179/91): taxa de 1% ao mês, simples, ou *pro rata die*.

#### 7. Notas explicativas (I)

Os coeficientes adotados para a tabela mensal obedecem, essencialmente, idêntica orientação técnica da construção observada pela tabela do TRT da 2ª Região, com as ressalvas já apontadas.

Coerentemente com as ressalvas você observará que a presente tabela omite os coeficientes a partir de fevereiro de 1991.

Qualquer débito incidente antes desta data será corretamente atualizado pelo produto do respectivo coeficiente com o valor nominal do débito, atualizando-o e convertendo-o para o dia 1.6.95.

#### 8. Exemplo prático (tabela mensal)

O empregador, no dia 25 de maio de 1985, deveria pagar ao trabalhador a quantia de Cr\$ 333.120,00 (trezentos e trinta e três mil, cento e vinte cruzeiros).

Como atualizar e converter a quantia para o dia 1.6.95?

### Operação:

1ª Identificar o coeficiente de atualização pelo ponto de intersecção do mês maio com o ano 1995. O coeficiente será: 0,000267(K).

2ª Adotar a fórmula  $Va = K \times Vo$ .  $Va = 0,000267 \times 333.120,00$ .

3ª Resposta: O  $Va$  (Valor atualizado) será em 1.6.95 = R\$ 88,94.

Nota: Este exemplo demonstra a divergência de critério de atualização do salário mínimo e da correção monetária dos débitos judiciais. Se fosse o mesmo método a atualização para 1.6.95 seria R\$ 100,00.

### 9. Do critério de atualização posterior à tabela

Se o depósito ou pagamento tiver que ser feito em data posterior à da vigência da tabela, você adotará as seguintes operações:

1ª Tomará o Valor atualizado ( $Va$ ) para a data da tabela, no caso, em 1.6.95. Identificará, na mesma data, o Fator da TRD respectivo (TRDa). [Para efeito prático denominarei  $a$  o dia para o qual está atualizado o valor ou fator, e  $o$  dia de vencimento da obrigação].

2ª Com estes dois elementos deduzir-se-á o Fator Constante (K) para atualização do débito em qualquer data futura, pela seguinte fórmula:  $K = Va : TRDp$ .

Você observará que a mesma fórmula será utilizada, pela tabela permanente, como método analítico, para se obter o Fator constante de atualização (K) com base em  $Vo$  (Valor original da obrigação) e TRDo (TRD acumulada para o respectivo dia).

3ª Logo,  $K = R\$ 88,94 (Va) : 0,00611904 (TRDa)$ .  $K = 14.535,46$ .

Nota: Se você precisar fazer o depósito ou pagamento em dia posterior ao da vigência da tabela, bastará obter o Fator TRD acumulado para o respectivo dia e multiplicá-lo pelo Fator Constante de Atualização (K). Assim  $K \times TRDp$  (TRD acumulada para o dia do pagamento). No caso:  $14.535,46 \times TRDp$ .

Você terá acesso ao Fator da TRD vigente no futuro por meio da imprensa diária, v.g.:

a) O Estado de S. Paulo, Caderno de Economia, seção TR-Fator Carnê.

b) Folha de S. Paulo, seção Contra-

tos do Sistema Bancário-3.

c) Gazeta Mercantil, Caderno Finanças, seção Taxas Referenciais.

### 10. Critério da TR "pro rata" para atualização posterior

Você encontrará, também, publicações com coeficientes da TR *pro rata die* com validade para os demais dias do mês de vigência das tabelas, como as divulgadas pelo TRT da 2ª Região (Diário Oficial do Estado de S. Paulo e Suplemento da Ltr.).

Neste caso, a atualização para data posterior à tabela será feita pelo produto do valor atualizado ( $Va$ ), no caso para 1.6.95, pelo coeficiente indicado, na tabela *pro rata*, para o dia desejado.

### 11. Notas explicativas (II)

As tabelas de atualização monetária divulgadas pela editoria especializada, em geral estão desconcertadas com as exigências da legislação, desde 4 de fevereiro de 1991, pela não-observação da época própria. As correções devem ser feitas a partir da data de vencimento das obrigações e estas podem ocorrer em qualquer dia do mês.

Para suprir esta falha, além da tabela permanente, que utiliza método diverso, retomamos a publicação das tabelas diárias.

Você terá uma tabela diária para cada ano, desde 1991, e com os coeficientes relativos a todos os dias úteis.

Para atualizar um débito cujo acerto de contas deveria ser feito no meio do mês, basta identificar a respectiva época própria, por exemplo dia 11.8.93 e localizar na tabela de 1993 o coeficiente correspondente.

### 12. Exemplos práticos (tabelas diárias)

#### Primeiro exemplo:

O patrão deveria pagar ao trabalhador, no dia 11 de agosto de 1993, a quantia de CR\$ 5.534,00 (cinco mil quinhentos e trinta e quatro cruzeiros reais).

Como atualizar e converter o valor para 1.6.95?

#### Operação:

1ª Identificar o ano de vencimento da obrigação: Tabela III - Ano 1993.

2ª Identificar o coeficiente pela intersecção do dia e do mês: 0,01834037.

3ª Multiplicar o  $Vo$  (Valor original da obrigação) pelo coeficiente: CR\$ 5.534,00 x 0,01834037 = R\$ 101,50.

*Nota:* O Valor Atualizado para 1.6.95 será R\$ 101,50. Aqui houve coincidência próxima no procedimento de atualização do salário mínimo e do débito judicial.

*Segundo exemplo:*

Empresa deveria pagar ao trabalhador, no dia 13 de abril de 1994, o valor equivalente a 70,00 [observe que, embora a moeda corrente de março a junho seja o cruzeiro real, neste segmento salários, preços e contratos foram expressos em URV, por isto as tabelas Pitas-Sylvio foram adaptadas para este referencial].

Como converter e atualizar o valor da dívida para o dia 1.6.95?

*Operação:*

1ª Identificar a época própria relativa ao ano: *Tabela IV - Ano 1994.*

2ª Identificar o coeficiente de atualização pela intersecção da época própria relativa ao mês e ao dia: 1, 44795138.

3ª Multiplicar o coeficiente (1,44795138) pelo valor da obrigação ( $Va = 70,00$  URV) =  $Va$ . Logo, o valor atualizado e convertido para o dia desejado será R\$ 101,36.

*Nota:*

*Primeira:* No presente exemplo, também, se verifica a coincidência de reajuste do salário mínimo e do débito judicial, com pequena variação.

*Segunda:* É útil reiterar que no segmento que vai de 1.3.94 a 30.6.94, embora a moeda corrente fosse o cruzeiro real os preços, salários e contratos foram expressos em URV.

*Terceira:* Ao você multiplicar coeficiente x  $V_0$  (Valor da obrigação), utilizando-se da presente tabela o  $V_a$  (Valor atualizado resultante) estará convertido em *Real* e o valor valerá para o dia de vigência da respectiva tabela.

*Quarta:* Se você tiver que atualizar o débito para dia posterior a da vigência da tabela, bastará adotar as operações descritas nos números 9 e 10 supra (critérios para atualização em data posterior à vigência da tabela: item III - tabela mensal de atualização).

### 13. Do método analítico-interativo

O método aplicável à tabela permanente é analítico porque a construção dos *Coefficientes de Atualização* depende de operação do próprio usuário da tabela, mediante a utilização de dois elementos de seu domínio:

a)  $V_0$  (Valor original da obrigação), com respectiva época própria;

b) TRDo (Valor do fator TRD acumulado para

a época própria da obrigação).

*Nota:*

*Primeira:* A tabela permanente é constituída de todos os fatores da TR acumulados, diariamente, desde sua origem, e são invariáveis.

*Segunda:* Os fatores da TR constitutivos da tabela permanente estão expressos de forma compatível com a unidade monetária ou referencial (caso da URV) nos segmentos temporais respectivos, tal que a elaboração do coeficiente de atualização fornecera como resultado uma constante ( $K$ ), mediante a qual você poderá atualizar o débito para qualquer época em relação à qual possa ser identificado o Fator TRD (expressão da TRD acumulada desde a origem).

*Terceira:* Os fatores publicados na presente tabela permanente vão até o dia 1.6.95.

*Quarta:* Denomina-se *interativo*, porque você poderá, individualmente, completar a Tabela. Pretendemos, com o apoio técnico do operoso Bel. em Ciências Econômicas e Perito, Sylvio Rodrigues Jr., divulgar os fatores, mês a mês. Contudo, você poderá, provisoriamente, para soluções práticas e cotidianas, dispor das expressões da TRD acumulada e vigente para data futura, pela imprensa diária, como já indicado no número 9 no item II, atrás.

### 14. Dos exemplos práticos (tabela permanente)

*Primeiro exemplo:*

A empresa deveria pagar ao trabalhador, no dia 11 de agosto de 1993, a quantia de CR\$ 5.534,00 (cinco mil quinhentos e trinta e quatro cruzeiros reais).

Como atualizar e converter, pela tabela permanente, a dívida para o dia 1.6.95?

[Para efeito prático está-se usando o primeiro exemplo descrito na ilustração da tabela diária. Cf. nº 12, atrás].

*Operação:*

1ª Identificar na época própria (13.8.93) o respectivo Fator TRDo (a expressão da TRD acumulada para o dia do vencimento da obrigação) = 0,33363811.

2ª Aplicar a fórmula  $V_0 : TRDo = K$  [Isto é, o valor da obrigação original dividido pelo valor ou expressão da TRD acumulada para o respectivo dia resultará no Coeficiente Constante ( $K$ ) de Atualização]. Então: CR\$ 5.534,00 : 0,33363811 = 16.586,83415.

3ª Identificar a expressão atribuída a  $TRD_p$  [Fator da TRD para o dia do pagamento]. Qual o valor da  $TRD_p$  (1.6.95)?  
Resposta:  $0,00611904$ .

4ª O  $V_a$  [Valor Atualizado] para o dia desejado será fornecido pelo produto de  $K \times TRD_p = 16.586,83415 \times 0,00611904 = R\$ 101,50$ . [Cf. nº 11 = mesmo resultado, com aplicação da tabela diária, método sintético e com a tabela permanente, método analítico].

*Segundo exemplo:*

Empresa deveria pagar a empregado, no dia 13 de abril de 1994, o valor equivalente a 70,00 URV [Cf. repetição do segundo exemplo aplicado para ilustração do caso prático, pelo método da tabela diária, no número 12 retro].

Atualizar e converter o valor da dívida original para o dia 1.6.95.

*Operação:*

1ª Identificar na época própria [13.4.94] o valor da  $TRD_o$  [Fator TRD,

acumulado diariamente, desde a origem, vigente para o dia de vencimento da obrigação] =  $0,00422600$ .

2ª Aplicar a fórmula:  $V_a : TRD_o = K$ .  
Isto é:  $70,00 : 0,00422600 = 16.564,12683$ .

3ª Obtido o fator ou coeficiente constante ( $K$ ), você atualizará o débito para qualquer dia em relação ao qual se tenha a expressão da TRD acumulada diariamente. No caso deseja-se atualizar o débito original de 13.4.94, que estava referido em 70, URV, para 1.6.95.

*Solução:* identificar o valor da TRD para este dia:  $0,00611904$ .

4ª Multiplicar o Fator TRD da data a que se deseja atualizar o débito  $0,00611904$  pela Constante [ $k$ ] de atualização, deduzida,  $16.564,12683 = R\$ 101,36$  [observe que o resultado pelo método analítico da tabela permanente é idêntico do exemplo tomado da tabela diária, no número 12, retro].

## Tabela Mensal de Atualização dos Débitos Trabalhistas

Coeficientes válidos para: 1º de junho de 1995

*José Severino da Silva Pitas*

*Sylvio Rodrigues Jr.*

MÊS	1971	1972	1973	1974	1975	1976	1977
JAN.	0,244371	0,196739	0,167772	0,145867	0,106607	0,083824	0,059117
FEV.	0,244371	0,196739	0,167772	0,145867	0,106607	0,083824	0,059117
MAR.	0,244371	0,196739	0,167772	0,145867	0,106607	0,083824	0,059117
ABR.	0,234483	0,189678	0,162454	0,140449	0,101393	0,078579	0,055725
MAI.	0,234483	0,189678	0,162454	0,140449	0,101393	0,078579	0,055725
JUN.	0,234483	0,189678	0,162454	0,140449	0,101393	0,078579	0,055725
JUL.	0,224095	0,180836	0,156860	0,130955	0,095425	0,072297	0,050780
AGO.	0,224095	0,180836	0,156860	0,130955	0,095425	0,072297	0,050780
SET.	0,224095	0,180836	0,156860	0,130955	0,095425	0,072297	0,050780
OUT.	0,206507	0,172444	0,151018	0,111691	0,088919	0,064497	0,046253
NOV.	0,206507	0,172444	0,151018	0,111691	0,088919	0,064497	0,046253
DEZ.	0,206507	0,172444	0,151018	0,111691	0,088919	0,064497	0,046253
MÊS	1978	1979	1980	1981	1982	1983	1984
JAN.	0,044086	0,031207	0,020907	0,013811	0,007015	0,003504	0,001352
FEV.	0,044086	0,031207	0,020907	0,013811	0,006681	0,003305	0,001231
MAR.	0,044086	0,031207	0,020907	0,013811	0,006363	0,003098	0,001096
ABR.	0,041136	0,029098	0,018658	0,011618	0,006060	0,002842	0,000996
MAI.	0,041136	0,029098	0,018658	0,010961	0,005744	0,002607	0,000915
JUN.	0,041136	0,029098	0,018658	0,010340	0,005444	0,002414	0,000840
JUL.	0,037652	0,026145	0,016861	0,009755	0,005160	0,002240	0,000769
AGO.	0,037652	0,026145	0,016861	0,009203	0,004868	0,002055	0,000698
SET.	0,037652	0,026145	0,016861	0,008698	0,004550	0,001894	0,000631
OUT.	0,033629	0,023786	0,016861	0,008229	0,004252	0,001729	0,000571
NOV.	0,033629	0,023786	0,015370	0,007785	0,003974	0,001576	0,000507
DEZ.	0,033629	0,023786	0,015370	0,007380	0,003732	0,001454	0,000461
MÊS	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991
JAN.	0,000417	0,000127	0,095857	0,017086	0,001653	0,092475	0,007356
FEV.	0,000371	0,000110	0,095857	0,014665	0,001351	0,059237	
MAR.	0,000336	0,095857	0,056160	0,012432	1,141461	0,034285	
ABR.	0,000299	0,095857	0,049042	0,010716	0,952726	0,018601	
MAI.	0,000267	0,095857	0,040544	0,008984	0,858621	0,018601	
JUN.	0,000243	0,095857	0,032845	0,007628	0,780990	0,017651	
JUL.	0,000222	0,095857	0,027829	0,006381	0,625643	0,016103	
AGO.	0,000206	0,095857	0,027006	0,005145	0,485899	0,014535	
SET.	0,000191	0,095857	0,025391	0,004264	0,375675	0,013144	
OUT.	0,000175	0,095857	0,024026	0,003438	0,276334	0,011648	
NOV.	0,000160	0,095857	0,022006	0,002702	0,200795	0,010243	
DEZ.	0,000144	0,095857	0,019502	0,002129	0,141995	0,008782	

*José Severino da Silva Pitas* é Juiz do Trabalho Presidente da 2ª JCJ de Franca-SP, Professor da Faculdade de Direito de Franca-SP, autor de cursos, dentre estes, o Curso Itinerante de Liquidação de Sentença e Cálculos Trabalhistas.

*Sylvio Rodrigues Jr.* é Bacharel em Ciências Contábeis, com Especialização em Economia [FIPE-USP], Pós-Graduando em Contabilidade/Controladoria e Perito Judicial.

## Tabela Diária de Atualização dos Débitos Trabalhistas

Coeficientes válidos para. 1º de junho de 1995

*José Severino da Silva Pitás*

*Sylvio Rodrigues Jr.*

### Tabela Diária I - Ano: 1991

DIA	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
1	-		0,00571873	0,00527072			0,00405806	0,00368747		0,00282056	0,00235498	
2	-			0,00525121	0,00483863		0,00404160	0,00366957	0,00329386	0,00279983		0,00180431
3	-			0,00523178	0,00481896	0,00443952	0,00402521		0,00326999	0,00277924		0,00178197
4	-	0,00611904	0,00569423	0,00521289		0,00442003	0,00400888		0,00324629	0,00275880	0,00232429	0,00175991
5	-	0,00610151	0,00566983	0,00519408		0,00440062	0,00399262	0,00365176	0,00322277		0,00229400	0,00173827
6	-	0,00608402	0,00564554		0,00479938	0,00438085		0,00363370	0,00319942		0,00226410	0,00171689
7	-	0,00606659	0,00562135		0,00477987	0,00436117		0,00361574		0,00273852	0,00223460	
8	-	0,00604920	0,00559727	0,00517533	0,00476044		0,00397623	0,00359786		0,00271838	0,00220548	
9	-			0,00515665	0,00474109		0,00395991	0,00357970	0,00317624	0,00269680		0,00169592
10	-			0,00513618	0,00472165	0,00434158	0,00394334		0,00315322	0,00267538		0,00167546
11	-		0,00557329	0,00511578		0,00432208	0,00392684		0,00312987	0,00265414	0,00217673	0,00165550
12	-		0,00554941	0,00509547		0,00430266	0,00391041	0,00356163	0,00310669		0,00214836	0,00163587
13	-	0,00603186	0,00552563		0,00470230	0,00428334		0,00354312	0,00308369		0,00212037	0,00161683
14	-	0,00600983	0,00550196		0,00468302	0,00426409		0,00352470		0,00263306	0,00209204	
15	-	0,00598787	0,00547839	0,00507524	0,00466383		0,00389405	0,00350638		0,00261215		
16	-			0,00505509	0,00464471		0,00387775	0,00348816	0,00306088	0,00259141		0,00159802
17	-			0,00503502	0,00462567	0,00424494	0,00386153		0,00303819	0,00257083		0,00157943
18	-	0,00596040	0,00545491	0,00501502		0,00422587	0,00384537		0,00301569	0,00255042	0,00206408	0,00156106
19	-	0,00593305	0,00543154	0,00499511		0,00420689	0,00382928	0,00347003	0,00299336		0,00203651	0,00154290
20	-	0,00590583	0,00540827		0,00460671	0,00418799		0,00345200	0,00297120		0,00200930	0,00152495
21	-	0,00587873	0,00538510		0,00458783	0,00416918		0,00343406		0,00253017	0,00198245	
22	-	0,00585176	0,00536203	0,00497528	0,00456902		0,00381326	0,00341621		0,00251008	0,00195596	
23	-			0,00495552	0,00455029		0,00379730	0,00339846	0,00294919	0,00249014		0,00150720
24	-			0,00493585	0,00453164	0,00415045	0,00378142		0,00292736	0,00247037		0,00148967
25	-	0,00582491	0,00533905	0,00491625		0,00413181	0,00376559		0,00290568	0,00245075	0,00192983	
26	-	0,00579818	0,00531618	0,00489673		0,00411325	0,00374984	0,00338080	0,00288416		0,00190405	0,00147234
27	-	0,00577158	0,00529340		0,00451306	0,00409477		0,00336323	0,00286281		0,00187861	0,00145521
28	-	0,00574509			0,00449457	0,00407637		0,00334575		0,00243129	0,00185351	
29	-			0,00487729	0,00447614		0,00373415	0,00332836		0,00241199	0,00182874	
30	-			0,00485792			0,00371852	0,00331106	0,00284161	0,00239283		0,00143828
31	-				0,00445779		0,00370297			0,00237383		0,00142154

Tabela Diária II - Ano 1992

DIA	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
1				0,00071732		0,00049448	0,00040849		0,00026802	0,00021377		0,00013863
2	0,00140501			0,00070976		0,00048991	0,00040475		0,00026519	0,00021144		0,00013731
3	0,00138982	0,00111971		0,00070228		0,00048539	0,00040103		0,00033025	0,00026238		0,00017092
4		0,00110706	0,00089141		0,00059244	0,00048091		0,00032704	0,00025961		0,00016905	0,00013600
5		0,00109456	0,00088152		0,00058694	0,00047647		0,00032386		0,00020914	0,00016721	
6	0,00137481	0,00108220	0,00087174	0,00069500	0,00058149		0,00039736	0,00032071		0,00020687	0,00016541	
7	0,00135995	0,00106998		0,00068779	0,00057612		0,00039371	0,00031758		0,00020462		0,00013340
8	0,00134554			0,00068075	0,00057080	0,00047209	0,00039010		0,000325685	0,00020242		0,00013212
9	0,00133127		0,00086207	0,00067378		0,00046774	0,00038653		0,00025412	0,00020024	0,00016363	0,00013084
10	0,00131716	0,00105790	0,00085251	0,00066696		0,00046347	0,00038298	0,00031449	0,00025142		0,00016189	0,00012958
11		0,00104595	0,00084313		0,00056556	0,00045927		0,00031140	0,00024874		0,00016016	0,00012832
12		0,00103414	0,00083399		0,00056043	0,00045515		0,00030834			0,00015847	
13	0,00130352	0,00102246	0,00082500	0,00066022	0,00055537		0,00037947	0,00030531		0,00019812	0,00015684	
14	0,00129002	0,00101084		0,00065375	0,00055037		0,00037597	0,00030226	0,00024610	0,00019601		0,00012707
15	0,00127704			0,00064734	0,00054548	0,00045106	0,00037251		0,00024344	0,00019396		0,00012583
16	0,00126419		0,00081616			0,00044702	0,00036907		0,00024082	0,00019192	0,00015523	0,00012460
17	0,00125147	0,00099935	0,00080743			0,00044301	0,00036567	0,00029925	0,00023823		0,00015364	0,00012338
18		0,00098799	0,00079879		0,00054063			0,00029627	0,00023566		0,00015207	0,00012217
19		0,00097677	0,00079024		0,00053583	0,00043903		0,00029331		0,00018991	0,00015052	
20	0,00123888	0,00096567	0,00078179	0,00064100	0,00053107		0,00036230	0,00029039		0,00018792	0,00014898	
21	0,00122641	0,00095469			0,00052635		0,00035896	0,00028749	0,00023312	0,00018595		0,00012098
22	0,00121407			0,00063472	0,00052168	0,00043509	0,00035565		0,00023061	0,00018400		0,00011980
23	0,00120185		0,00077342	0,00062850		0,00043119	0,00035237		0,00022812	0,00018207	0,00014745	0,00011863
24	0,00118976	0,00094384	0,00076515	0,00062234		0,00042732	0,00034912	0,00028463	0,00022566		0,00014594	0,00011747
25		0,00093311	0,00075696		0,00051704	0,00042349		0,00028179	0,00022323		0,00014445	
26		0,00092251	0,00074886		0,00051245	0,00041969		0,00027898		0,00018016	0,00014297	
27	0,00117778	0,00091203	0,00074085	0,00061624	0,00050790		0,00034591	0,00027620		0,00017828	0,00014151	
28	0,00116593	0,00090166		0,00061020	0,00050338		0,00034272	0,00027345	0,00022083	0,00017641		0,00011632
29	0,00115420			0,00060422	0,00049891	0,00041592	0,00033956		0,00021845	0,00017456		0,00011519
30	0,00114259		0,00073292	0,00059830		0,00041219	0,00033643		0,00021609	0,00017273	0,00014006	0,00011406
31	0,00113109		0,00072508				0,00033333	0,00027072				0,00011295

Tabela Diária III - Ano 1993

DIA	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ	
1		0,00008823	0,00006980	0,00005548		0,00003363	0,00002585			0,01487139	0,01104694	0,00809122	0,00594243
2		0,00008706	0,00006911	0,00005478		0,00003320	0,00002555	0,01983539	0,01466464				0,00588057
3		0,00008591	0,00006841			0,00004327	0,00003278	0,01959039	0,01445678			0,00799554	0,00580186
4	0,00011184	0,00008477	0,00006773			0,00004276	0,00003236	0,01935695		0,01093516		0,00788688	
5	0,00011056	0,00008366	0,00006705	0,00005408	0,00004225			0,00002535	0,01917041		0,01081405	0,00780291	
6	0,00010929			0,00005340	0,00004174			0,00002509	0,01894940	0,01437521	0,01065857		0,00579090
7	0,00010803			0,00005272	0,00004124	0,00003216	0,00002482				0,01050110		0,00572004
8	0,00010679	0,00008256	0,00006638			0,00003177	0,00002453			0,01423595	0,01035417	0,00772584	0,00565085
9		0,00008149	0,00006571			0,00003138	0,00002425	0,01878750	0,01404883			0,00759978	0,00556924
10		0,00008044	0,00006506		0,00004075			0,01856469	0,01388637			0,00749235	0,00550382
11	0,00010555	0,00007941	0,00006440		0,00004026	0,00003100		0,01834037			0,01023776	0,00739028	
12	0,00010433	0,00007839	0,00006377	0,00005205	0,00003978		0,00002404	0,01815001				0,00730528	
13	0,00010310			0,00005139	0,00003931		0,00002374	0,01789112	0,01376769	0,01010695			0,00545489
14	0,00010189			0,00005073	0,00003884	0,00003062	0,00002344			0,01355631	0,00991973		0,00536891
15	0,00010068	0,00007739	0,00006314	0,00005009	0,00003837	0,00003021	0,00002316			0,01336918	0,00977065		0,00529937
16		0,00007640	0,00006251	0,00004943		0,00002983	0,00002290	0,01766046	0,01319422			0,00718595	0,00523643
17		0,00007542	0,00006189		0,00003838	0,00002945		0,01744083	0,01300002			0,00707239	0,00516044
18	0,00009948	0,00007445	0,00006128		0,00003792	0,00002906		0,01721651			0,00963149	0,00695164	
19	0,00009829	0,00007350	0,00006068	0,00004877	0,00003747			0,00002265	0,01700361		0,00948389	0,00683720	
20	0,00009712			0,00004813	0,00003702			0,00002240	0,01679266	0,01282862	0,00934009		0,00507323
21	0,00009596			0,00003658		0,00002875	0,00002214			0,01264238	0,00916845		0,00499243
22	0,00009482		0,00006008	0,00004749		0,00002840	0,00002187			0,01246221	0,00901165	0,00670859	0,00491760
23			0,00005948	0,00004687		0,00002804	0,00002160	0,01657105	0,01227940			0,00660498	0,00484841
24		0,00007256	0,00005889		0,00003614	0,00002768		0,01633900	0,01207167			0,00648937	0,00477440
25	0,00009369	0,00007163	0,00005831		0,00003571	0,00002730		0,01609299			0,00884418	0,00637648	
26	0,00009257	0,00007071	0,00005773	0,00004625	0,00003528		0,00002124	0,01585713			0,00868735	0,00626070	
27	0,00009147			0,00004564	0,00003486		0,00002097	0,01562507	0,01182374	0,00853022			0,00468633
28	0,00009037			0,00004503	0,00003445	0,00002687	0,00002067			0,01161998	0,00837597		0,00461593
29	0,00008930		0,00005716	0,00004444		0,00002652	0,00002039			0,01143322	0,00823897		0,00455411
30			0,00005660	0,00004385		0,00002617	0,00002011	0,01532713	0,01124349			0,00604821	0,00447949
31			0,00005604		0,00003403			0,01507621					0,00440424

Tabela Diária IV - Ano 1994

DIA	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
1		0,00307118	1,42184471			1,38226989	1,35594944	1,29105886	1,26411798		1,20327417	1,16912405
2		0,00301712	1,42368002		1,40618587			1,29066028	1,26473573			1,16959595
3	0,00435411	0,00295814	1,42321850		1,40407700	1,37573855		1,28294480		1,23072456	1,19846896	
4	0,00429369	0,00290881	1,42576065	1,44541206	1,40377787		1,34745539	1,27841766		1,22825153	1,19485881	
5	0,00425336			1,45249539	1,41017740		1,34892063	1,28235579	1,26103050	1,23056659		1,16355496
6	0,00420209			1,46316896	1,42199940	1,39223209	1,35929965		1,27272496	1,24198823		1,17516126
7	0,00413596	0,00290162	1,44895551	1,46666004		1,39779716	1,36146987			1,24614611	1,21617945	1,17912772
8		0,00284757	1,44808253	1,46155157		1,39334370	1,35370144	1,29796515	1,27380490		1,20958049	1,17253314
9		0,00278548	1,44422645		1,41869651	1,38386519		1,28869489	1,26416131		1,20192819	1,16458800
10	0,00405587	0,00272792	1,44359118		1,41661046	1,38035302		1,28494847		1,22903122	1,19531149	
11	0,00399005	0,00267179	1,44233064	1,45108349	1,41278955		1,33507387	1,27978587		1,22369870	1,19056411	
12	0,00394228			1,45236185	1,41153941		1,33279304	1,27996176	1,25431110			1,15595328
13	0,00387064			1,44795138	1,40676171	1,37510498	1,32705177		1,25046402	1,21916917		1,15234663
14	0,00378679		1,43401481	1,43740133		1,36822264	1,31757180		1,24396341	1,21234426	1,18149426	1,14572474
15			1,43403929	1,43356476		1,36463083	1,31141228	1,26933359	1,23962111			1,14158813
16		0,00261315	1,43764206		1,40062045	1,36711658		1,27097198	1,24166860		1,18204805	1,14431207
17	0,00373593	0,00256202	1,43675260		1,39662356	1,36530444		1,26904856		1,21225804	1,17923590	
18	0,00367196	0,00250406	1,43095758	1,41984708	1,38273570		1,30299380	1,26041850		1,20413342	1,17032735	
19	0,00360766			1,41120363	1,37649853		1,29678334	1,25625866	1,23024994	1,19949255		1,13354383
20	0,00354424			1,40692288	1,37893174	1,35697851	1,29687964		1,23157112	1,20106761		1,13598922
21	0,00347929	0,00245124	1,42845075			1,35874834	1,29618146		1,23279578	1,20261847	1,17386810	1,13840562
22		0,00242227	1,43834188	1,41005005		1,36313083	1,29894536	1,26604819	1,23578505		1,17573440	1,14003422
23		0,00239148	1,44828295		1,39609462	1,37258768		1,27481499	1,24446983		1,18400180	1,14878243
24	0,00345771	0,00234135	1,44280514		1,39449285	1,37009303		1,27241608		1,21216964	1,17810475	
25	0,00338065	0,00228902	1,43575126	1,41652278	1,39279904		1,30728185	1,27212841		1,21345114	1,17962080	
26	0,00331600			1,41560478	1,38883355		1,30319680	1,26891610	1,24147333	1,20986323		1,14441700
27	0,00325689			1,41221746	1,38663721	1,36860407	1,30135785		1,23944206	1,20733106		1,14265271
28	0,00317530	0,00223173	1,42554565	1,39936995		1,35995713	1,29229920		1,23147075	1,19918159	1,16997206	1,13526034
29			1,43326053	1,40528479		1,36829719	1,29970602	1,26988352	1,23777200		1,17483051	1,14181715
30			1,43758793		1,38248066	1,35810148		1,25984433	1,22943308		1,16610871	1,13347924
31	0,00311849		1,43750063		1,37928091			1,25639688		1,19727314		

Tabela Diária V - Ano 1995

DIA	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
1		1,11308286	1,09283160			1,00000000						
2	1,13924864	1,11454694	1,09481509		1,03507647							
3	1,13103064	1,10580285	1,08616392	1,06386739	1,02608588							
4	1,12824243			1,05916694	1,02300672							
5	1,12921771			1,06076648	1,02542222							
6	1,14501195	1,12185572	1,10260425	1,07485787								
7		1,12575241	1,10694649	1,07752363								
8		1,11999963	1,10160937		1,04012077							
9	1,14003284	1,11299376	1,09501580		1,03092507							
10	1,13383393	1,10691486	1,08886582	1,04669450	1,01309030							
11	1,13116864			1,04552125	1,01256038							
12	1,12955225			1,04340144	1,01065227							
13	1,12447538	1,10049020	1,08290917	1,03830364								
14		1,09479312	1,07802339									
15		1,09269200	1,07585805		1,00397289							
16	1,12225417	1,09417010	1,07710234		1,00209561							
17	1,12085880	1,09204519	1,07510582	1,03784611	1,00194057							
18	1,11340797			1,02883317	0,99505407							
19	1,10893869			1,02400142	0,98999605							
20	1,11113317	1,08415718	1,06802045	1,02401151								
21		1,08505289	1,06936003									
22		1,08666614	1,07099217		0,99932065							
23	1,12580144	1,09448920	1,07951418		1,00617968							
24	1,11949737	1,08849486	1,07373847	1,03695158	1,00232137							
25	1,12213774			1,03731091	1,00430931							
26	1,11752816			1,03370205	1,00197355							
27	1,11667439		1,07401048	1,03058078								
28			1,06709562	1,02355660								
29			1,07179612		0,99992854							
30	1,11120187		1,06371109		0,99458443							
31	1,10701871		1,06097595		0,99270410							

## Tabela Permanente de Correção dos Débitos Trabalhistas Método Analítico-Interativo

*Jose Severino da Silva Pitas  
Sylvio Rodrigues Jr.*

Tabela T.R.D./T.R. Acumulada - Ano: 1991

DIA	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
1			1,06999999	1,16094988			1,50787344	1,65941487		2,16943963	2,59833774	
2				1,16526289	1,26462265		1,51401511	1,66750980	1,85771502	2,18550958		3,39135063
3				1,16959193	1,26978409	1,37831213	1,52018180		1,87127437	2,20169857		3,43386053
4		1,00000000	1,07460410	1,17382875		1,38439081	1,52637361		1,88493269	2,21800747	2,63264783	3,47690328
5		1,00287413	1,07922802	1,17808092		1,39049631	1,53259063	1,67564421	1,89869070		2,66741097	3,51020008
6		1,00575652	1,08387185		1,27496660	1,39677072		1,68396947	1,91254913		2,70263314	3,56403604
7		1,00864720	1,08853565		1,28017026	1,40307343		1,69233608		2,23443719	2,73832041	
8		1,01154618	1,09321952	1,18234850	1,28539516		1,53890672	1,70074427		2,25098860	2,77447892	
9				1,18663153	1,29064139		1,54524883	1,70937442	1,92650871	2,26900601		3,60809034
10				1,19136188	1,29595363	1,40940459	1,55174158		1,94057019	2,28716763		3,65215974
11			1,09792355	1,19611109		1,41576432	1,55826161		1,95504715	2,30547463	2,81111489	3,69619452
12			1,10264781	1,20087923		1,42215274	1,56480903	1,71804837	1,96963211		2,84823462	3,74055289
13		1,01445349	1,10739241		1,30128773	1,42856999		1,72702371	1,98432588		2,88584450	3,78458335
14		1,01817310	1,11215742		1,30664379	1,43501620		1,73604594		2,32392815	2,92492392	
15		1,02190634	1,11694293	1,20566638	1,31202190		1,57138397	1,74511531		2,34252938		
16				1,21047262	1,31742214		1,57798653	1,75423205	1,99912927	2,36127950		3,82913209
17				1,21529801	1,32184461	1,44149150	1,58461684		2,01404310	2,38017971		3,87420523
18		1,02661679	1,12174903	1,22014263		1,44799601	1,59127500		2,02906818	2,39923119	2,96453254	3,91980892
19		1,03134895	1,12657582	1,22500657		1,45452988	1,59796114	1,76339642	2,04420535		3,00467752	3,96594943
20		1,03610292	1,13142337		1,32828940	1,46109322		1,77260867	2,05945545		3,04536615	4,01263305
21		1,04087881	1,13629179		1,33375660	1,46768619		1,78186904		2,41843516	3,08660576	
22		1,04567671	1,14118115	1,22988990	1,33924630		1,60467537	1,79117780		2,43779285	3,12840384	
23				1,23479270	1,34475860		1,61141782	1,80053518	2,07481932	2,45730548		4,05986620
24				1,23971504	1,35029359	1,47430890	1,61818859		2,09029780	2,47697429		4,10765533
25		1,05049672	1,14609155	1,24465700		1,48096150	1,62498782		2,10589176	2,49680054	3,17076793	
26		1,05533895	1,15102308	1,24961867		1,48764412	1,63181561	1,80994144	2,12160205		3,21370571	4,15600699
27		1,06020351	1,15597582		1,35585136	1,49435689		1,81939685	2,13742954		3,25722494	4,20492781
28		1,06509048			1,36143200	1,50109995		1,82890165		2,51678548	3,30133350	
29				1,25460011	1,36703561		1,63867209	1,83845611		2,53693039	3,34603937	
30				1,25960141			1,64555738	1,84806048	2,15337511			4,25442448
31					1,37166229		1,65247160			2,57770522		4,30450378

Tabela T.R.D./T.R. Acumulada - Ano: 1992

DIA	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
1				8.53041977		12.37473367	14.97961461		22.83055307	28.62494886		44.13932881
2	4.35517256			8.62128094		12.49002485	15.11824720		23.07444136	28.93952617		44.56484563
3	4.40274690	5.46487030		8.71310991		12.60639017	15.25816279	18.52828534	23.32093500		35.80122287	44.99446455
4		5.52728737	6.86442371		10.32863194	12.72383962		18.71038707	23.57006183		36.19564565	45.43006361
5		5.59041734	6.94144014		10.42538623	12.84238331		18.89427855		29.25756057	36.59441381	
6	4.45084092	5.65426835	7.01932067	8.80443254	10.52304687		15.39937328	19.07997738		29.57909004	36.99261665	
7	4.49946031	5.71884863		8.89671233	10.62113251		15.54189063	19.26750131		29.90415300		45.86987978
8	4.54766649			8.98872951	10.72013240	12.96171756	15.68572694			23.82343716	30.22995874	46.31603454
9	4.59638914		7.09807499	9.08169841		13.08216069	15.83089442			24.07953625	30.55779297	46.76652884
10	4.64563380	5.78416652	7.17771291	9.17446805		13.20263522	15.97740539	19.45686829	24.33838838		37.79826145	47.22378998
11		5.85023044	7.25751795		10.81949313	13.32343432		19.65009484	24.60002313		38.20571575	47.68552201
12		5.91704890	7.33703299		10.91856365	13.44405790		19.84524032			38.61310979	
13	4.69424394	5.98463053	7.41699351	9.26818533	11.01788568		16.12527228	20.04232380		30.88589841	39.01513443	
14	4.74336273	6.05342602		9.35991293	11.11811120		16.27529746	20.24414719	24.86447043	31.21752679		48.15593348
15	4.79157986			9.45254837	11.21776705	13.56577354	16.42671843			25.13531040	31.54825682	48.63098550
16	4.84028714		7.49736168			13.68859114	16.57954819			25.40910054	31.88249073	49.11072385
17	4.88948953	6.12301233	7.57844827			13.81252066	16.73379983	20.44800292	25.68587298		39.82586438	49.59519476
18		6.19339856	7.66041184		11.31831616			20.65391145	25.96566020		40.23752523	50.08444491
19		6.26459390	7.74326188		11.41976653	13.93757218		20.86189344		32.22026563	40.65344121	
20	4.93919207	6.33660767	7.82700796	9.54610062			16.88948658	21.07196979		32.56161905	41.07365632	
21	4.98939984	6.40944925			11.62540343		17.04662181	21.28416158	26.24849505	32.90658889		50.57852145
22	5.04011799			9.64057876	11.72960634	14.06375585	17.20521897		26.53441072	33.25521346		51.07747199
23	5.09135170		7.91165979	9.73599195		14.19108192	17.36529168		26.82344077	33.60753150	41.49821499	51.58134461
24	5.14310620	6.48312818	7.99722716	9.83234945		14.31956074	17.52685367	21.49849010	27.11561912		41.92716212	52.09018787
25		6.55765407	8.08371998		11.83474326	14.44920274		21.71497689	27.41098007		42.36054307	
26		6.63303667	8.17114824		11.94082256	14.58001845		21.93364367		33.96358212	42.79840367	
27	5.19538681	6.70928581	8.25952206	9.92966061	12.04785269		17.68991878	22.15451239		34.32340488	43.24079022	
28	5.24819885	6.78641147		10.02793485	12.15584217		17.85450101	22.37760523	27.70955828	34.68703973		52.60405080
29	5.30154773			10.12718173	12.26479961	14.71201850	18.02061447		28.01138880	35.05452706		53.12298292
30	5.35543892		8.34885169	10.22741085		14.84521361	18.18827340		28.31650706	35.42590769	43.68774952	53.64703424
31	5.40987792		8.43914744				18.35749218	22.60294458				54.17625526

Tabela T.R.D./T.R. Acumulada - Ano: 1993

DEA	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
1		69,35128262	87,66002028	110,28506476		181,96317438	236,69769723		0,41146429	0,55391323	0,75625773	1,02972052
2		70,28446377	88,54682498	111,70429458		184,31053892	239,47468322	0,30849129	0,41726531			1,04055228
3		71,23020167	89,44260097		141,40750263	186,67204422		0,31234933	0,42326458		0,76530767	1,05467036
4	54,71069698	72,18156649	90,34743899		143,11569536	189,07014514		0,31611609		0,55957521	0,77585102	
5	55,34657807	73,14563793	91,26143073	113,14178810	144,84452294		241,39158120	0,31919209		0,56584221	0,78420072	
6	55,98984976			114,59778036	146,59423464		243,89348400	0,32291497	0,42566652	0,57409643		1,05666509
7	56,64059795			116,07250940	148,36508273	190,27821861	246,52446003			0,58270509		1,06975639
8	57,29890953	74,11424198	92,18466878			192,59178190	249,42561673		0,42983034	0,59097373	0,79202299	1,08285384
9		75,09111438	93,11724668			195,02433052	252,36148370	0,32569773	0,43555558		0,80516078	1,09872240
10		76,07084767	94,05925893		150,15732255			0,32960666	0,44065115		0,81670596	1,11178182
11	57,97061834	77,05782356	95,01080095		151,97121249	197,36501366		0,33363811		0,59769362	0,82798497	
12	58,65020152	78,05760490	95,95977643	117,56621634	153,80701410		254,52001305	0,33713721			0,83761970	
13	59,34781635			119,07914541	155,66499207		257,71667726	0,34201580	0,44444954	0,60542916		1,12175360
14	60,05372895			120,61154398	157,54541427	199,84635801	261,05929746		0,45137982	0,61685567		1,13971808
15	60,77843633	79,07035783	96,91823036	122,16366258		202,56344027	264,16298245		0,45769780	0,62626790		1,15467318
16		80,09625065	97,88625740	123,79911395		205,16245166	267,22409329	0,34648276	0,46376717		0,85152929	1,16855364
17		81,13545385	98,86395317		159,44855185	207,77740791		0,35084605	0,47069506		0,86520219	1,18575960
18	61,51188923	82,18814012	99,85141424		161,37467919	210,54554394		0,35541727		0,63531646	0,88023096	
19	62,25419318	83,25448439	100,84873815	125,45645973	163,32407402		270,21128561	0,35986739		0,64520440	0,89496303	
20	63,00545499			127,13599303	165,29701740		273,17492227	0,36438803	0,47698393	0,65513743		1,20614435
21	63,76578277				167,29379380	212,81443510	276,36082542		0,48401069	0,66740234		1,22566373
22	64,53528592		101,85602342	128,83801088		215,46987592	279,76608690		0,49100791	0,67901384	0,91212064	1,24431498
23			102,87336953	130,56281429		218,24663686	283,34960863	0,36926121	0,49831800		0,92642836	1,26207336
24		84,33466387	103,90087697		169,31469112	221,05726073		0,37450544	0,50689311		0,94293392	1,28163579
25	65,31407516	85,42885806	104,93864724		171,36000074	224,13888097		0,38023049		0,69187255	0,95962722	
26	66,10226256	86,53724880	105,98678285	132,31070830	173,43001755		288,12511541	0,38588597		0,70436246	0,97737335	
27	66,89996153			134,08200203	175,52504002		291,85952605	0,39161711	0,51752201	0,71733726		1,30572153
28	67,70728685			135,87700874	177,64537022	227,74136462	296,08654815		0,52659683	0,73054778		1,32563557
29	68,52435469		107,04538731	137,69604589		230,72619307	300,12863195		0,53519861	0,74269510	0,99476582	1,34363020
30			108,11456521	139,53943518		233,80062454	304,22137265	0,39922971	0,54422994		1,01171108	1,36601230
31			109,19442213		179,79131386			0,40587409				1,38935364

Tabela T.R.D./T.R. Acumulada - Ano: 1994

DIA	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
1		1,99240541	0,00430360			0,00442681	0,00451274	0,00473956	0,00484056		0,00508533	0,00523387
2		2,02810853	0,00429805		0,00435152			0,00474102	0,00483820			0,00523176
3	1,40534825	2,06853209	0,00429941		0,00435805	0,00444783		0,00476953		0,00497190	0,00510572	
4	1,42512556	2,10362783	0,00429178	0,00423343	0,00435898		0,00454119	0,00478642		0,00498192	0,00512114	
5	1,43863955			0,00421278	0,00433920		0,00453625	0,00477172	0,00485242	0,00497254		0,00525892
6	1,45619017			0,00418205	0,00430113	0,00439513	0,00450162		0,00480783	0,00492681		0,00520698
7	1,47947309	2,10884094	0,00422307	0,00417209		0,00437763	0,00449444			0,00491038	0,00503337	0,00518947
8		2,14886301	0,00422562	0,00418668		0,00439163	0,00452023	0,00471434	0,00480375		0,00505882	0,00521865
9		2,19676504	0,00423690		0,00431315	0,00442171		0,00474825	0,00484040		0,00509102	0,00525426
10	1,50868793	2,24311721	0,00423877		0,00431950	0,00443296		0,00476209		0,00497875	0,00511921	
11	1,53357405	2,29023949	0,00424247	0,00421688	0,00433118		0,00458330	0,00478130		0,00500045	0,00513962	
12	1,55215725			0,00421317	0,00433502		0,00459114	0,00478065	0,00487841			0,00529351
13	1,58088735			0,00422600	0,00434974	0,00444987		0,00461101	0,00489342	0,00501903		0,00531007
14	1,61589230		0,00426707	0,00425702		0,00447226	0,00464418		0,00491899	0,00504728	0,00517907	0,00534076
15			0,00426700	0,00426841		0,00448403	0,00466600	0,00482068	0,00493622			0,00536012
16		2,34163964			0,00436881	0,00447588		0,00481446	0,00492808		0,00517665	0,00534736
17	1,63788974	2,38837081	0,00425894		0,00438131	0,00448182		0,00482176		0,00504764	0,00518899	
18	1,66642568	2,44364662	0,00427619	0,00430965	0,00442532		0,00469614	0,00485477		0,00508170	0,00522849	
19	1,69612734			0,00433605	0,00444537		0,00471863	0,00487085	0,00497382	0,00510136		0,00539815
20	1,72647502			0,00434924	0,00443753	0,00450932	0,00471828		0,00496849	0,00509467		0,00538653
21	1,75870488	2,49630571	0,00428369			0,00450344	0,00472082		0,00496355	0,00508810	0,00521272	0,00537510
22		2,52616404	0,00425424	0,00433959		0,00448896	0,00471078	0,00483318	0,00495154		0,00520444	0,00536742
23		2,55868184	0,00422503		0,00438297	0,00445804		0,00479955	0,00491699		0,00516810	0,00532655
24	1,76968270	2,61346741	0,00424107		0,00438801	0,00446615		0,00480900		0,00504801	0,00519397	
25	1,81001754	2,67321491	0,00426191	0,00431976	0,00439334		0,00468074	0,00481008		0,00504268	0,00518730	
26	1,84530671			0,00432257	0,00440589		0,00469541	0,00482226	0,00492886	0,00505763		0,00534687
27	1,87880271			0,00433295	0,00441287	0,00447101	0,00470205		0,00493693	0,00506824		0,00535512
28	1,92707643	2,74184434	0,00429242	0,00437271		0,00449944	0,00473501		0,00496889	0,00510268	0,00523008	0,00538999
29			0,00426932	0,00435431		0,00447201	0,00470802	0,00481859	0,00494360		0,00520845	0,00535904
30			0,00425647		0,00442613	0,00450559		0,00485698	0,00497713		0,00524741	0,00539846
31	1,96218414		0,00425672		0,00443640			0,00487031		0,00511082		

Tabela T.R.D./T.R. Acumulada - Ano: 1995

DIA	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
1		0,00549738	0,00559926			0,00611904						
2	0,00537112	0,00549016	0,00558911		0,00591168							
3	0,00541015	0,00553358	0,00563363	0,00575170	0,00596348							
4	0,00542352			0,00577722	0,00598143							
5	0,00541884			0,00576851	0,00596734							
6	0,00534409	0,00545440	0,00554963	0,00569289								
7		0,00543552	0,00552786	0,00567880								
8		0,00546343	0,00555464		0,00588301							
9	0,00536743	0,00549782	0,00558809		0,00593549							
10	0,00539677	0,00552802	0,00561965	0,00584607	0,00603998							
11	0,00540949			0,00585263	0,00604314							
12	0,00541723			0,00586452	0,00605455							
13	0,00544169	0,00556029	0,00565056	0,00589331								
14		0,00558922	0,00567617									
15		0,00559997	0,00568759		0,00609483							
16	0,00545246	0,00559241	0,00568102		0,00610625							
17	0,00545925	0,00560329	0,00569157	0,00589591	0,00610719							
18	0,00549578			0,00594756	0,00614946							
19	0,00551793			0,00597562	0,00618088							
20	0,00550703	0,00564406	0,00572933	0,00597556								
21		0,00563940	0,00572216									
22		0,00563103	0,00571344		0,00612320							
23	0,00543528	0,00559078	0,00566833		0,00608146							
24	0,00546589	0,00562157	0,00569882	0,00590099	0,00610487							
25	0,00545302			0,00589895	0,00609279							
26	0,00547552			0,00591954	0,00610699							
27	0,00547970		0,00569738	0,00593747								
28			0,00573430	0,00597822								
29			0,00570915		0,00611948							
30	0,00550669		0,00575254		0,00615236							
31	0,00552750		0,00576737		0,00616402							