

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1976 — ANO XIII — NÚMERO 49

SUMÁRIO

COLABORAÇÃO

Pág.

Divórcio — (Senador Accioly Filho) ..	3
Aspectos da Constituição — (Prof. Fernando Whitaker da Cunha)	15
Do controle de constitucionalidade das desapropriações no processo expropriatório — (Prof. Rubem R. Nogueira)	43
O Supremo Tribunal Federal e os habeas corpus — (Prof. Alcides de Mendonça Lima)	59
Natureza jurídica dos Partidos Políticos brasileiros — (Prof. Cotrim Neto)	63
Efeitos da Constituição sobre o Direito anterior — (Prof. Márcio Antônio Inacarato)	75
Ação Popular — (Prof. Venero Caetano da Fonseca)	83
Dos limites naturais da lei jurídica — (Prof. João Baptista Villela)	87
Parecer — terminologia inadequada para designação de atos próprios de Ministério Público — (Drs. José Dilermando Meireles e Jarbas Fidelis de Souza)	91
O Distrito na primeira república mineira — (Prof. Silveira Neto)	99
A polícia das construções e os direitos da criança — (Dr. João Baptista Herkenhoff)	109
A "sociologia do tempo" e a pena privativa da liberdade — (Prof. Georges Sliwowski)	123
La "Escuela Penitenciaria de la Nación" de Argentina — (Dr. Julio Altmann-Smythe)	137
Inconstitucionalidade material e correção monetária — (Prof. Arnoldo Wald)	151
Sociedades mercantis. Responsabilidade dos Administradores — (Dr. Paulo Guimarães de Almeida)	155
Supervisão ministerial e entidade vinculada no moderno Direito Administrativo brasileiro — (Dr. Jessé Torres Pereira Júnior)	167
O "Ombudsman" Parlamentar do Direito sueco — (Dr. Carlos Alberto Provcenciano Gallo)	207
A irrenunciabilidade dos alimentos no acordo de desquite — (Des. Domingos Sávio Brandão Lima)	247
Desapropriação para fins de reforma agrária — Apontamentos — (Prof. Carlos Mário da Silva Velloso)	265
DOCUMENTAÇÃO	
Recomendações básicas para uma programação penitenciária — (Ministério da Justiça)	283
PUBLICAÇÕES	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	291

EDITADA PELO

SENADO FEDERAL

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

FUNDADORES:

SENADOR AURO MOURA ANDRADE

Presidente do Senado Federal

(1961-1967)

E

DR. ISAAC BROWN

Secretário-Geral da Presidência

do Senado Federal

(1946-1967)

DIREÇÃO:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

CHEFE DE REDAÇÃO:

ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR

Composta e Impressa no
Centro Gráfico do Senado Federal
Brasília — DF

SENADO FEDERAL

MESA

Presidente:
Magalhães Pinto (ARENA-MG)

1.º-Vice-Presidente:
Wilson Gonçalves (ARENA-CE)

2.º-Vice-Presidente:
Benjamim Farah (MDB-RJ)

1.º-Secretário:
Dinarte Mariz (ARENA-RN)

2.º-Secretário:
Marcos Freire (MDB-PE)

3.º-Secretário:
Lourival Baptista (ARENA-SE)

4.º-Secretário:
Lenoir Vargas (ARENA-SC)

Suplentes de Secretários:
Ruy Carneiro (MDB-PB)
Renato Franco (ARENA-PA)
Alexandre Costa (ARENA-MA)
Mendes Canale (ARENA-MT)

Divórcio

Senador ACCIOLY FILHO

INTRODUÇÃO

É conveniente, antes de penetrar no estudo do DIVÓRCIO, que descartemos desse vocábulo a carga de aversão que, em nosso País, sobre ele criou um século de permanente objeção e abjeção pela religião e pela filosofia positivista. As palavras acabam por deslocar do sujeito para elas próprias as qualidades e os defeitos que a este são imputados. Torna-se, afinal, até tabu, e se receia de sua utilização. Sobre tudo nós, os latinos, vemos na palavra uma forte simbologia.

Ano após ano, geração após geração, o divórcio vem sendo combatido no País e a ele atribuídos os males da desagregação da família em outras nações, que não seriam de esperar menores dificuldades para abordar e reduzir o divórcio aos seus exatos e frios contornos. Os italianos tiveram os mesmos percalços e só conseguiram superá-los com a adoção de um estratagema: falou-se em divórcio, sim, mas de "piccolo divorzio", de tal sorte que as consciências, trabalhadas por anos de convencimento, tiveram menor aversão ao vocábulo. A própria lei instituidora do divórcio na Itália — a Lei nº 898, de 1º de dezembro de 1970, ratificada em plebiscito de 12 de maio de 1974 — não se vale nenhuma vez da palavra "divorzio", mas recorre a locuções que se destinam a evitar esse vocábulo, resguardando, assim, o pudor jurídico do legislador, como escreve Vicente Santoja ("Divorcio y Separación"). A lei italiana fala em dissolução do casamento ou em cessação dos efeitos civis do casamento, nunca, porém, em divórcio.

Isso também ocorre, aliás, com outros vocábulos. O substantivo **sexo**, por exemplo, é de uso corrente e não causa o menor constrangimento; já não acontece o mesmo com o adjetivo **sexual**, que ainda provoca mal-estar nos ouvidos mais puritanos, hoje evidentemente muito menos sensíveis que décadas atrás.

Os preconceitos são assim desarrazoados, até porque mesmo irracionais, mas acabam por dominar a mente humana e ficam como "lixo" de uma cultura que está em mudança.

Daí, o apelo que se deve fazer à nossa consciência, quando se debate um problema como o divórcio. Cumpra dominar antes os nossos preconceitos, herdados e mantidos até com relação ao vocábulo, e que nos cria resistências para compreender e aceitar a instituição do divórcio.

Nesse ponto, estamos longe dos países europeus e norte-americanos, nos quais, segundo mostra Marc Ancel, não se discute mais a admissão do divórcio, pois ele veio a ser, em todos os casos, o remédio excepcional para situações reconhecidamente intoleráveis.

Aqui, ainda nos debatemos num emaranhado de argumentos teológicos, sociológicos e filosóficos a respeito da conveniência ou inconveniência do divórcio, da sua compatibilidade com a cultura brasileira, aí incluídos a nossa formação, o nosso caráter e o nosso temperamento. Levados pelo nosso latino-americanismo, a discussão fica no preâmbulo das questões de princípios, e aí nos perdemos em infundáveis polêmicas.

Até entre as religiões é acesa a controvérsia, inclusive na interpretação do texto do Novo Testamento, uns encontrando amparo em São Mateus para admissão do divórcio, outros repelindo essa interpretação.

Não obstante essas discussões, e a campanha sistemática e apaixonada contra o divórcio, esse instituto é largamente praticado em quase todo o mundo — de cerca de uma centena e meia de nações, só oito não o admitem: Brasil, Paraguai, Espanha, Irlanda, Andorra, Argentina, Chile e Colômbia. Constituem, assim, diminuta exceção os países em que prevalece a indissolubilidade do matrimônio. Estaremos, nós, os poucos países antivorcistas, com a melhor solução, ou quase todo o mundo é que adotou a decisão mais acertada?

CONCEITO

Nem toda a dissolução do vínculo matrimonial constitui divórcio, como também nem todo divórcio importa nessa dissolução. Por isso, é preciso desde logo conceituar o instituto, dando-lhe os seus exatos contornos. Assim, a morte e a anulação do casamento, embora dissolvam o vínculo do casamento, divórcio não são considerados. Do mesmo modo, na Espanha, a lei falava em divórcio, mas o instituto correspondia ao nosso desquite, e, a partir da lei de 24 de abril de 1958, o vocábulo "divórcio" foi substituído por "separação pessoal"; de igual maneira, alguns dos

países latino-americanos, que adotam o princípio da indissolubilidade, usam a palavra "divórcio" para aplicá-la à simples separação, sem ruptura do vínculo.

O divórcio, de que tratamos, pois, aqui, deve ser entendido como a dissolução do vínculo do casamento por vontade de um ou de ambos os cônjuges.

Embora diversos os procedimentos para a obtenção do divórcio, segundo a legislação dos países em que é admitido, aquilo que importa é o efeito que ele produz: a dissolução do vínculo matrimonial, tornando possível aos cônjuges divorciados contraírem novas núpcias. Há nações que dispensam a intervenção da autoridade judicial, outras que não exigem senão a presença dos cônjuges diante do oficial do registro público, outras, ainda, que só reclamam a manifestação da vontade de rompimento do vínculo perante a autoridade religiosa.

HISTÓRICO

Tão antigo quanto o casamento, o divórcio com ele tem caminhado ao longo da história do homem. Já o Código Hamurabi previa o divórcio, admitindo-o tanto a pedido do marido quanto da mulher. Se o divórcio não tinha por fundamento a culpa da mulher, esta recebia o dote que havia levado e mais uma indenização. Se culpada a mulher, porque "cometeu loucuras, desorganizou a casa e descuidou do marido", nada podia reclamar: perdia o dote e até a liberdade, porque passava a escrava do marido.

De igual modo, no direito egípcio, como no chinês e hebreu, o divórcio já era conhecido, embora neles prevalecesse mais o instituto do repúdio em favor do marido. É o que ocorria entre os hebreus: pela lei mosaica, o repúdio era assegurado tão-só ao marido, mas acabou, com o tempo, estendendo-se à mulher.

Os gregos também conheceram o divórcio, tanto por iniciativa do marido quanto da mulher e, ainda, por vontade de ambos. O recurso ao divórcio, entre os gregos, chegou a tal exagero que a legislação procurou opor um freio com a exigência de devolução do dote da mulher, em caso de dissolução do matrimônio.

Na península itálica, o divórcio foi anterior ao direito romano, pois já existia ao tempo dos etruscos.

Plutarco atribui ao próprio Rômulo, fundador de Roma, lei reguladora do repúdio da mulher pelo marido. Se o repúdio fosse por um dos quatro motivos que enumerava, isto é, tentativa de envenenamento, utilização de chaves falsas, parto simulado e adultério, os bens ficariam com o marido; se outro fosse o fundamento do repúdio, à mulher caberia ficar com a metade dos bens e a outra metade seria consagrada à deusa Ceres. À mulher, então, era negado o direito de repudiar o marido.

Mais tarde, o direito romano clássico dispôs sobre o divórcio, numa legislação extremamente permissiva, a ponto de Sêneca escrever que certas mulheres ilustres não contavam sua idade pelo número de cônsules, mas sim pelo número de seus maridos.

A legislação posterior ao cristianismo, a partir do Concílio de Elvira e de Cartago, no século V, tornou mais difícil o divórcio, e chegou a suprimi-lo onde prevaleceram a Igreja Católica e o direito canônico. Com a Reforma, dividiu-se a Igreja também na disciplina do divórcio, pois o protestantismo veio a admiti-lo.

O divórcio dependeu, então, para sua existência, da adoção, pelos Estados, da religião católica ou da protestante. Daí, ter o mundo latino resistido à implantação do divórcio, enquanto os nórdicos, os saxões e os germânicos o adotavam, ainda que fizessem restrições quanto aos cônjuges católicos.

A sociedade contemporânea, no entanto, viu o divórcio estender-se a quase todos os países, admitido na legislação segundo procedimentos e por motivos peculiares a cada nação.

Uma vista de olhos pelas outras nações civilizadas, com a ajuda de Marc Ancel ("le divorce à l'étranger"), mostra-nos que, em regra, o divórcio é regulado, pelas suas causas, como sanção, remédio, constatação e como "divorce-faillit", segundo o denominam os franceses.

No divórcio-sanção, a dissolução do matrimônio é imposta em virtude de culpa de um ou de ambos os cônjuges, por adultério, abandono do lar, sevícia ou injúria grave, condenação por crime etc. Nesse sistema a legislação adota um elenco restrito de causas, limitando, assim, o arbítrio do juiz, que tem de verificar a existência de um desses motivos, ao mesmo tempo em que procura frear os cônjuges desejosos do divórcio. É certo que os casais desavindos, embora inexistente qualquer dessas causas, podem, em colusão, atribuir um a outro a prática de ação configuradora de um dos motivos previstos na lei.

O divórcio-remédio visa a atender a situação do cônjuge que, portador de doença mental, fica sem nenhuma condição de cumprir seus deveres matrimoniais. Nesse caso, em que não se pode falar de divórcio-sanção porque o esposo doente não tem culpa pela moléstia, o divórcio é tido como remédio para liberar o outro cônjuge do vínculo matrimonial, do qual não pode ficar prisioneiro.

No divórcio-constatação, ao juiz não cabe indagar e pesquisar a vida íntima do casal. Se os cônjuges estão de acordo, ou se não há contestação, ao juiz só resta decretar o divórcio, verificada a desarmonia do casal, sem procurar saber da existência ou não de motivos para a dissolução do vínculo.

Já no divórcio-falência, cumpre ao juiz verificar os motivos do insucesso do casamento, e se o fracasso existe ou não.

O divórcio por mútuo consentimento pode ser incluído na categoria do divórcio-constatação, porque basta ao juiz ter a manifestação da livre vontade dos cônjuges.

As legislações adotam um ou alguns desses tipos de divórcio, procurando atender aos interesses dos cônjuges e dos filhos.

Assim, na reforma da lei alemã de 1971, só o insucesso do casamento basta para o divórcio, desde que estejam os cônjuges separados há mais de três anos, ou de um ano, se o divórcio é requerido pelo casal. No entanto, o juiz não pode decretar o divórcio se um dos cônjuges com ele não concorda, demonstrando que sua decretação criará uma agravação injusta de sua situação, de tal sorte que o casamento, embora fracassado, é preferível à sua dissolução.

Na Itália, a lei de 1970, além dos casos de condenação por certos crimes e a não-consumação do casamento, prevê o divórcio após separação dos cônjuges por um prazo de 5 anos, ou de 7 anos, se houver oposição de um deles.

Na França, a Lei nº 617, de 11 de julho deste ano, a vigorar a partir de 1º de janeiro de 1976, prevê o divórcio por consentimento mútuo, por ruptura da vida comum e por culpa. No caso de consentimento mútuo, o divórcio só pode ser requerido seis meses depois do casamento. O divórcio por ruptura da vida em comum só é admitido depois de 6 anos de separação ou no caso de um esposo estar, por igual prazo, com as faculdades mentais profundamente alteradas. Se o esposo demandado provar que o divórcio terá, para ele, tendo em vista a sua idade e a duração do casamento, ou para os filhos, conseqüências morais ou materiais de excepcional dureza, o juiz indeferirá o pedido. Afinal, o divórcio por culpa poderá ser requerido por um esposo por fatos atribuídos ao outro, desde que esses fatos constituam uma violação grave ou reiterada de deveres do casamento e tornem intolerável a manutenção da vida em comum.

Na Holanda, lei de 1971 introduziu profundas alterações no Código Civil, na parte disciplinadora do divórcio, que passou a ter como causa unicamente a desunião do casal.

Na Suécia, lei de 1973 substituiu o elenco de causas do divórcio e a noção de culpa, pelo simples fato da manifestação de vontade dos cônjuges desavindos, sem indagação dos motivos que os levaram à ruptura do matrimônio.

Na Inglaterra, o Ato de Reforma do Divórcio, promulgado em 1969, modificou a legislação anterior e estabeleceu como única causa para o divórcio o insucesso irremediável do casamento, fixando, no entanto, um prazo de prévia separação do casal por dois anos, se for consensual o pedido, e por 5 anos, se a iniciativa é de um só dos cônjuges.

Nos Estados Unidos, a legislação sobre o divórcio é estadual e, por isso, oferece algumas diferenças segundo o Estado a que pertença, embora a Lei Uniforme do Casamento e Divórcio, votada em 1971 pelo

Congresso, já tenha sido aceita por mais de 20 Estados. Assim, New York, até 1967, só permitia divórcio em casos de adultério, o que levava à fraude os cônjuges desavindos, que simulavam a ocorrência do motivo ou fixavam domicílio por alguns dias na cidade do Reno, Estado de Nevada, Meca do divórcio americano. Depois de 1967, o Estado de New York passou a admitir, como causa do divórcio, também a crueldade e tratamento desumano. Outros Estados prevêem como motivo para o divórcio a crueldade mental ou a simples incompatibilidade de gênios, como no Alaska, Kansas, Nevada e Novo México.

Vê-se, desse sumário-exame de algumas legislações contemporâneas, que o divórcio passou a ser instituto destinado ao insucesso do casamento, superada a sua conceituação como repúdio ou como sanção.

O DIVÓRCIO NO BRASIL

A abordagem do problema do divórcio no País deve ser feita com a inversão do enfoque que tem sido até agora utilizado.

A indagação — por que o divórcio no Brasil? — deve ser antecedida de outra — por que não o divórcio até hoje no Brasil? Seria a família brasileira diferente daquela de quase todos os povos, ou todo o casamento seria aqui tão bem sucedido que dispensasse a dissolução? Seriam tão diferentes as nossas condições sociais e econômicas? Seríamos tão adiantados, ou tão atrasados, que pudéssemos evitar o divórcio?

No século passado, e nas primeiras décadas deste, o Brasil recebia, nos campos filosófico e religioso, poderosa influência de duas correntes: a Igreja Católica e o Positivismo. Embora conflitantes, e disputando a conquista de vastas áreas da opinião, uma da outra, ambas se conciliavam, no entanto, em raros pontos, um dos quais era o combate ao divórcio. Nesse particular, era convergente a ação da Igreja Católica e do Positivismo. Ao tempo do Império, a Igreja Católica era a oficial do Estado, e os dois, Igreja e Estado, estavam ligados. Como é dogma católico a indissolubilidade do casamento, o divórcio ficaria, por isso, fora de questão.

Proclamada a República, é sabida a influência que o Positivismo exercia sobre as novas instituições, bem como a adesão que essa filosofia obtivera de juristas do final do século XIX e dos anos que se lhe seguiram. O Governo Provisório poderia ter decretado o divórcio, mas não o fez, como não o viriam a fazer mais tarde, na elaboração do Código Civil, o jurista Clóvis Bevilacqua e o Congresso Nacional. É que, em todos, Governo Provisório da República, Clóvis Bevilacqua e Congresso Nacional, era enorme o prestígio e a força do Positivismo.

Essa a razão de não ter sido instituído o divórcio no País. Não foi convicção resultante do estudo aprofundado das condições da sociedade brasileira ou de imperativos de ordem científica ou moral. A opinião que se emitia a propósito de divórcio era sempre preconceituosa: o autor partia de suas convicções filosóficas ou religiosas para, então, chegar ao problema da indissolubilidade do matrimônio. Assim, Rui Barbosa e Clóvis

Bevilaqua, dois de nossos maiores juristas, eram no combate ao divórcio, prisioneiros do seu tempo e limitados, em seus vãos de criação científica, pela filosofia e religião que professavam.

Não havia razões de ordem local que desaconselhassem ou condenassem o divórcio no País. A família brasileira, com os seus problemas, dificuldades, virtudes, defeitos, males, era semelhante à família de qualquer nação civilizada. Se o divórcio existia na França, Estados Unidos, México, Uruguai, Inglaterra, Alemanha, Venezuela, e em quase todos os países, isso não importava em estabelecer diferença de condições sociais e morais do Brasil com o resto do mundo.

Tratava-se, tão-só, de problema decorrente de contingência filosófica e religiosa, que influía em nações extremamente ligadas à religião católica ou ao positivismo, assim como a Argentina, a Itália, Colômbia, Espanha e a Irlanda católica.

Vê-se, pois, que, então, o ponto de debate sobre o divórcio não estava na sociologia, no direito, mas na filosofia ou na teologia. Era-se contrário ou favorável ao divórcio, segundo a posição que se assumia diante da Filosofia e da Religião. Se a Inglaterra era divorcista, devia essa condição ao fato de ter sua própria Igreja, nascida exatamente da questão provocada pelo novo casamento de Henrique VIII.

Nenhuma importância tem, portanto, a inexistência do divórcio no País, quanto a aspectos culturais do problema. A ausência do divórcio em nossa estrutura jurídica nunca significou repulsa da opinião pública nacional, condenação pela consciência do País, despreço pela sua aplicação nos desajustes matrimoniais.

Ao contrário disso, sem embargo do frontal combate da Igreja Católica e do Positivismo, o divórcio obteve sempre nos Congressos Jurídicos o favor da opinião da maioria.

Isso, quanto à implantação do instituto do divórcio em nosso direito positivo. Quanto à existência do divórcio em nossos costumes, a **latere** da lei, mas tolerado pela sociedade, aceito sem nenhuma manifestação de indignação, é fato incontroverso, que ninguém pode desmentir ou ocultar.

Há muitos anos que a Nação verifica o crescente número de famílias constituídas por uniões de fato, ao arrepio da lei, porque as pessoas não são casadas entre si, mas uma delas ou as duas têm laços matrimoniais com terceiro. A própria legislação brasileira veio sendo alterada aos poucos para atender a essa situação, e a figura do concubinato, que tinha tintas de amoralismo, de ilicitude e de execração, passou a ceder lugar ao "companheirismo", com a criação do "companheiro" e da "companheira", que substituem, nessas uniões, as expressões "marido" e "mulher".

Ora, isso está levando a Nação a uma posição de hipocrisia, que é uma das formas mais lamentáveis de degradação de um povo — simular

uma situação moral, vestir-se de falsos pudores e falsos princípios, que não têm condições para confronto com a realidade.

Se os "casais" de companheiros são aceitos, normalmente, em todas as categorias da sociedade, por que não levar para o direito positivo o instituto do divórcio, este que já é largamente praticado contra a lei?

É evidente que há certos atos que, embora disseminada a sua prática, a lei não deve com eles acumpliciar-se ou admiti-los, porque a sua condenação significa um padrão de cultura do povo, representa um magistério do direito. É o que ocorre, por exemplo, com o aborto. Todos sabem que ele é praticado no País, mas ninguém admite publicamente que dele se utilizou ou é capaz de se utilizar, porque há, em nossa cultura, repugnância pelo ato, que, além de condenado pela lei, é repudiado pela alma do povo e porque é ofensivo do princípio máximo da inviolabilidade do direito à vida.

Não é esse, porém, o caso do divórcio. Aqui, a lei é frontalmente contestada pela sociedade, que não mais estabelece diferença entre a família constituída pelo casamento e aquela nascida de simples união. A inexistência do divórcio na lei não se incorporou em nossos costumes, de modo a tornar este País uma ilha no mundo, em que todos os casamentos teriam sucesso, não se dissolveriam e os cônjuges, sem exceção, só teriam motivos para louvar e render graças à sua perfeita felicidade conjugal.

Se a indissolubilidade assim se tivesse encartado na vida nacional, então seria caso de repensar repetidas vezes sobre a conveniência da adoção do divórcio. Mesmo porque, onde buscar razões para esse instituto, se ele fosse repudiado pela consciência nacional?

Não é, todavia, o que acontece no País.

O casamento já pode trazer consigo o germe da dissolução, pela dificuldade de conciliar temperamentos, caracteres e hábitos tão diferentes entre os cônjuges. Demais, no curso do matrimônio, criam-se situações de incompatibilidade, às vezes invencíveis. Para aquela dificuldade inicial, há o costume existente em todos os povos de uma preliminar convivência, que antecede, em muito ou pouco tempo, o próprio casamento, e pela qual se possibilita o conhecimento recíproco dos nubentes ou, pelo menos, a remoção ou mudança de alguns hábitos. As dificuldades próprias do casamento junta-se a vocação poligâmica do homem, a provocar o seu afastamento do leito conjugal para aventuras que ferem o princípio da fidelidade entre os esposos.

Esses problemas, inerentes ao casamento, agravaram-se com a emancipação da mulher, verificada em quase todos os países neste final do século XX. A mulher está hoje sujeita às mesmas seduções do homem, submetida a angústias provocadas pela procura de recursos para a subsistência, está também se afastando do lar pelo exercício de atividades de ordem econômica ou cultural. Em muitos casos, o lar deixou de ser a

sede da família, o local onde se firmam a segurança e a estabilidade da família, para ser um simples lugar de encontro, onde às vezes se avistam os cônjuges e estes os próprios filhos.

Tudo isso concorre para a instabilidade da família, agravada pela tolerância do divórcio de fato, para o qual, pela sua própria natureza de instituto **a latere** da lei, não há limites, não há condições, não há freios.

Ora, se essa situação está contribuindo para a falta de estabilidade da família, há de se reconhecer que a instituição do divórcio, ao revés de servir de estímulo para tal instabilidade, vai servir de paradeiro a abusos e, por isso, *concorrer* para a manutenção do vínculo conjugal.

É que o divórcio, que se apregoa para o País, não é ilimitado, incondicionado, *sujeito só ao arbitrio dos cônjuges desavindos*. Prevê-se, para a sua concessão, entre outras condições, que a lei deverá estabelecer a prévia separação judicial por mais de cinco anos o que é período suficiente para refrear alguns impulsivos ou levianos que pretendam transformar o casamento em experiência.

Certo é que a estabilidade da família constitui fundamento para a grandeza de uma nação. Sobre ela repousam a própria estabilidade emocional dos que a integram, parte da educação dos filhos, o aprimoramento dos costumes e a manutenção de um teor de moralidade compatível com a dignidade do ser humano.

Cumprir preservar essa estabilidade, no interesse do País e de nosso povo, ao qual ela ajudará a dar felicidade. Essa felicidade do povo e essa grandeza da Nação são o objetivo e a preocupação dos legisladores. Não se está, *no exercício de mandato, para truncar o destino de uma nação*, falsear a vocação de um povo, afrontar o anseio de grandes áreas de opinião pública.

O divórcio corresponde ao estágio de nossa civilização e com a situação de igualdade jurídica a que chegou a mulher brasileira, preparada para a competição econômica. Já estávamos há muito amadurecidos para ele, tanto que o praticamos largamente fora da disciplina jurídica. Adotando-o, só vamos acolher na realidade social um fenômeno que está a exigir os lineamentos da lei para ser subtraído dos contornos indecisos próprios dos costumes.

De resto, nem seria preciso atingir-se determinado estágio de civilização para a implantação do divórcio — este é praticado não só em países adiantados como nos atrasados; a sua história é a do próprio casamento, pois remonta à mais longínqua antigüidade. Já os juristas romanos não entendiam o divórcio senão como uma conseqüência da cessação da vontade efetiva e contínua de permanecer os cônjuges unidos pelo matrimônio. Divórcio vem de **divortium, divertere**, isto é, separar-se, andar em caminhos diferentes.

Embora tivesse solenidades sacras e obedecesse a rituais de fundo religioso, o casamento mantinha-se com o simples caráter do encontro de

duas vontades, e nada mais era que um contrato. A Igreja Católica é que elevou o casamento à condição de sacramento e, por isso, indissolúvel.

Todavia, decorridos tantos séculos, quantas nações não têm o divórcio e permanecem fiéis ao casamento como sacramento? Espanha, Irlanda, Andorra, Argentina, Brasil, Colômbia, Chile e Paraguai são os países que ainda mantêm a indissolubilidade do casamento. Em uma centena e meia de nações, é muito reduzido assim o número daquelas que ainda não regularam em lei o divórcio.

Os inconvenientes que se apontam com relação ao divórcio, atribuindo-se-lhe conseqüências que vão desde o rebaixamento da moralidade à instabilidade do casamento, à frouxidão dos laços familiares, à má formação dos filhos, ao surto de delinqüência juvenil, são, na verdade, corolários da vida moderna e encontram sua causa na competição, na necessidade de afirmação do homem, na sociedade de consumo. O divórcio, ao revés de ser causa desses males, é, como eles, resultante desses desequilíbrios de uma sociedade em mudança. O divórcio não é instituto atual, mas muito antigo e, no entanto, o recrudescimento da delinqüência juvenil é apontado como fato contemporâneo, bem como os demais inconvenientes que a ele são imputados só em nossos dias é que assumiram proporções impressionantes. Por que antes o divórcio não gerava esses males todos? É porque, evidentemente, não há entre eles relação de causa e efeito.

A estabilidade do casamento e, assim, da família, não está a depender da indissolubilidade do vínculo. Ela depende da própria estabilidade emocional e da educação dos cônjuges, que devem estar preparados para o casamento. É claro que, nos termos de nossa legislação projetada, não serão possíveis os exageros verificados em alguns Estados da nação norte-americana, nem o exemplo de artistas prolifera nas classes afastadas da vida exótica que eles levam. O divórcio depende da lei que o regula e do padrão moral de vida que os cônjuges adotam. Se estes tendem para o amor livre, para a promiscuidade, para o excêntrico, não é o divórcio que os leva a isso, mas o seu próprio temperamento e caráter.

Diz-se que o casamento sobre ser um **ato** é um **estado**, isto é, não é só o contrato instituidor da família, mas o estado de comunidade familiar que ele institui. Se no primeiro aspecto poderia ser solúvel, não o seria no segundo, porque a família é permanente, não se rescinde, e dessa permanência é que resulta a sua estabilidade em termos gerais.

Há, no entanto, erro de apreciação do problema. A inexistência do divórcio só impede que o cônjuge contraia novas núpcias, embora não possa obstar que ele realize novas uniões assemelhadas ao casamento. O rompimento do casamento e a dissolução da família constituída pelo matrimônio antecedem o divórcio, são dele a causa. Ou a indissolubilidade só existe porque o cônjuge não casa novamente, embora o matrimônio esteja desfeito, os filhos divididos, os bens separados, os cônjuges desavindos?

Então, essa indissolubilidade é só de ordem religiosa, isto é, corresponde a um preceito, a um dogma religioso, mas não a um princípio jurídico, nem se concilia com o mundo fáctico.

Que vale manter íntegro um vínculo, se tudo quanto o cerca ou dele depende ou a ele correspondia não mais existe, soçobrou com a ruína do casamento? Por que manter intangível o laço de união entre dois seres que já estão desunidos e às vezes se odeiam, e que nada mais têm em comum, nem ideais, nem afeição, nem bens, nem interesses, nem filhos, nem lar? A que título salvar a indissolubilidade, se esta passa a ser mera ficção e nada mais representa senão ruínas daquilo que foi um matrimônio? Da instituição da família não se pode mais falar, quando ela já se desfez e nada mais a pode salvar ou ressuscitar.

O divórcio deve ser abordado no mundo dos fatos sociais e jurídicos, e nesse universo ele representa a solução, embora deficiente, que o homem encontrou para o insucesso do casamento.

A norma jurídica é editada para regular fatos de sua época, segundo a concepção e os valores predominantes no seu tempo. Se os fatos mudam, se a concepção e os valores são outros, a norma fica a reger o presente como um prolongamento do passado. É o que ensina Soler ao escrever que, "assim como na realidade a sucessão de fatos e atos marca um ritmo temporal, insere-se dentro de um campo, no mundo do dever-ser a norma segue indiferente, regendo uma realidade sempre alterada e para ela o nascer e o morrer não dependem dos fatos".

É certo que a família constitui valor predominante ainda na sociedade contemporânea, e o Estado a coloca sob sua proteção. No entanto, a família de hoje não tem a mesma composição antiga, nem os próprios deveres e até as atribuições que o direito antigo lhe atribuía.

Como negar que a família veio encolhendo aos poucos, à proporção em que as casas iam tendo sua área diminuída? É evidente que a família patriarcal dos velhos tempos não caberia mais nas residências modernas, sobretudo nos apartamentos. Filhos, genros, noras, netos, irmãos e todos aqueles que compunham a antiga família, ou a ela eram agregados, vivendo, por isso, na comunidade do lar, não mais poderiam ser abrigados numa só casa. Só nas regiões rurais ainda se encontram remanescentes dessa época, assim mesmo porque o trabalho agrícola comporta a participação de grande número de pessoas. Poder-se-ia dizer que não foi a a redução da área das casas a causadora da limitação da família, mas, ao reverso, o fato social é que condicionou a arquitetura, o que, no entanto, não desmente a constatação da mudança da família.

O professor de Harvard, SOROKIN, russo naturalizado americano, mostra que, "como união de parentes, além do círculo limitado do marido e mulher e de pais e filhos, pode-se dizer que a família não mais existe em nossos dias, especialmente se a compararmos com a família medieval ou com aquela de um século atrás. Não só vem a família diminuindo cada vez mais em tamanho, como também se torna instável. Essa atrofia é

acompanhada de uma notável redução de quase todas as suas funções. No passado, era a família o primeiro agente educacional dos jovens. Há alguns séculos, era quase o único educador para a grande percentagem da geração mais nova. Nos nossos dias, suas funções educacionais se reduziram enormemente. As famílias sem filhos não as desempenham, evidentemente; nas famílias com filhos, são estes subtraídos à influência educacional do lar numa idade progressivamente mais e mais precoce, tomando-lhe lugar a ama, o jardim da infância, a escola elementar. Antigamente era a família o principal agente para mitigação do isolamento. Hoje, as famílias são pequenas e seus membros logo se dispersam. Mesmo quando moram juntos, durante a maior parte do dia trabalham e vivem em lugares separados, e à noite novamente se dispersam em busca de diversões. O resultado é que o lar se transformou num simples "ponto noturno de estacionamento", nem mesmo para todas as noites e nem sempre para a noite inteira".

Num mundo assim, em transformação, não podemos nos apegar a preconceitos, cumprindo-nos reconhecer que se a velha família, com a dimensão que possuía, não foi destruída pelo divórcio existente em quase todos os países, por que o seria a nova família com funções mais reduzidas? Se ao tempo da família educadora, que abrigava e educava os filhos durante grande parte de sua vida, o divórcio não produziu maior mal, por que, agora que esse período de educação é menor e a atividade mais restrita, poderá ocasionar os danos que se apregoam?

WILL DURANT, na década de 1930, depois de afirmar, com algum pessimismo, que breve nenhum homem desceria o morro da vida de braço dado à mulher com a qual o subiu, e um casamento sem divórcio seria tão raro como uma noiva virgem, perguntava se a comunhão compulsória dos cônjuges, inadequados à vida em comum, seria melhor para os filhos do que a alternância de estada dos filhos ora com um, ora com outro, em casas separadas.

A indissolubilidade não pode ser defendida sequer como meio de evitar a separação de casais, que, segundo os antídorcionistas, seriam levados à ruptura matrimonial pela sedução do divórcio. A isso responde, com vantagem, Garfield Hays, ao escrever que a hipótese de que leis liberais sobre o divórcio provocariam efeito catastrófico sobre o matrimônio implica na suposição de que as pessoas só vivem juntas quando são obrigadas, o que equivale reconhecer o fracasso do casamento como instituição social.

Não se deseja cantar um hino de louvor ao divórcio, nem elevá-lo à condição de instituto salvador. Não! Seria melhor para o homem se ele não precisasse existir, como a pena fosse dispensável e os remédios não fossem necessários. Não é ele a causa dos males da família, e sim sua conseqüência. Quem não desejaria que o casamento fosse perene para todos, e todos vivessem na harmonia e felicidade que buscam ao casar? Que o casamento fosse como as árvores, que, com o tempo, se enraizam e se fortalecem, que crescem e dão frutos até morrerem?

Aspectos da Constituição

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA
(Juiz do Tribunal de Alçada
do Estado do Rio de Janeiro
e Professor da UERJ)

A ORGANIZAÇÃO NACIONAL

Prescreve-se (art. 3º da Emenda nº 1) que a criação de Estados e Territórios dependerá de lei complementar (observe-se que o ato complementar também o é). Mas, sendo a Constituição um sistema, esse dispositivo deve ser convenientemente interpretado.

Ainda que o nosso possa ser denominado, por Alfredo Buzaid (*O Estado Federal Brasileiro*, pág. 40, Brasília, 1971), “federalismo de integração”, porque “promove o desenvolvimento econômico com o máximo de segurança coletiva”, o certo é que a federação tem pontos fundamentais que não podem ser postergados, sob pena de se tornar uma intrigante ficção.

Consistindo o Estado Federal numa descentralização política, que se assinala precipuamente pela capacidade legislativa, e que conjuga a autonomia das unidades federativas com a soberania da União, de cujo poder participam, seria afetada a auto-organização dos Estados-membros se a autoridade central pudesse, arbitrariamente, modificar a sua estrutura geográfica.

Mesmo a autoritária Carta estadonovista (art. 5º), continuando uma tradição de nosso constitucionalismo, advertia que os Estados poderiam incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para anexar-se a outros, ou formar novos Estados, mediante a aquiescência das respectivas Assembléias Legislativas, em duas sessões anuais consecuti-

vas, e aprovação do Parlamento Nacional, cuja resolução poderia ser submetida, pelo Presidente da República, ao plebiscito das populações interessadas.

Verifique-se o aparente respeito que se demonstrava pelas mencionadas unidades políticas. Bem diversos, como se viu, são os termos da atual Constituição, e, apesar de opiniões em contrário, pensamos que a Lei Orgânica é um *posterius* à manifestação da vontade dos Estados e não um sucedâneo dela. Eis porque a fusão entre os Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro, prevista por Machado de Assis, nos pareceu flagrantemente inconstitucional (Lei Complementar nº 20, art. 8º), ainda mais pelo fato de atribuir, ao dirigente do novel Estado, a faculdade de expedir decretos-leis, o que conflita com o art. 200, parágrafo único, da Constituição Federal. Outras inconstitucionalidades são apontadas por João de Oliveira Filho, adepto, aliás, da fusão, na representação dirigida ao Procurador-Geral da República. Tudo isso demonstra que, na realidade, caminhamos para um semifederalismo.

Declarou-se a competência da União para legislar sobre direito espacial; fixou-se em sete os membros dos Tribunais de Contas estaduais e deixou-se mais uma vez claro que aos Estados são conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados pela Constituição.

Até então o Distrito Federal era governado por um Prefeito, passando a sê-lo por um Governador nomeado pelo Presidente, depois de aprovada a escolha pelo Senado, que não tem mais competência para opinar sobre a indicação de governantes para os Territórios, que tomam posse perante o Ministro do Interior. A exclusão não tem muita lógica, embora se possa alegar o valor estratégico dos Territórios, porque quem opina sobre o governante à capital do País deveria poder fazê-lo com relação ao de meras circunscrições administrativas. A matéria, sem dúvida, foi entregue à legislação comum (Decreto-Lei nº 411/69), que prescreve a audiência do Senado, na hipótese mencionada.

APONTAMENTOS SOBRE OS TRIBUTOS

O meticoloso capítulo dedicado ao Sistema Tributário dá a ele uma nova estrutura legal, inclusive no que concerne à discriminação de rendas vinculada às diversas órbitas tributárias (União, Estado, Município), deixando-se claro, também, a natureza de tributo do empréstimo compulsório, instituído sempre pela União nos casos especiais, definidos em lei complementar.

O orçamento, lei formal, é uma síntese da receita e da despesa do Estado (Lei nº 4.320/64, art. 2º), podendo ser, essa última, *fixa e variável* e, aquela, *ordinária (originária, proveniente da economia privada, e derivada, resultante da economia pública: os tributos) e extraordinária* (que procede de fontes acidentais ou fortuitas, como o empréstimo e o

Registro Torrens), vinculando-se a previsão orçamentária aos princípios da legalidade (“no taxation without representation”), da unidade, da universalidade, da anualidade, da especificidade e da proibição das causas.

Para que ocorra a relação tributária é necessário que existam o fato gerador, cuja ocorrência cria a obrigação (CTN, art. 114), sujeitos ativo e passivo e objeto. É precisa, a respeito, dissertação de Amílcar Falcão.

Impostos, taxas e contribuições de melhoria são modalidades de tributo, doutrinando Adam Smith que os primeiros deveriam obedecer aos critérios da justiça, da certeza, da comodidade e da economia.

Enquanto o imposto é um ônus geral, que incide sobre os indivíduos, para que o Estado possa realizar serviços públicos (*direto*, como o de renda, instituído, em 1922, por Artur Bernardes, mas previsto em 1867, pelo Visconde de Jequitinhonha, *indireto*, como o de circulação de mercadorias, *progressivo* e *proporcional*), a taxa é a contraprestação por serviços recebidos, tendo uma destinação específica (a tarifa é mero preço público pago pelo usuário, como o pedágio, por exemplo) e a contribuição de melhoria, o tributo a ser pago, pelo acréscimo de valor do imóvel, localizado em áreas beneficiadas direta ou indiretamente por obras públicas (art. 1º do Decreto-Lei nº 195, de 24 de fevereiro de 1967). O nosso trabalho, “Fraude Contra o Fisco”, embora numa esfera de direito penal econômico, relaciona-se com o tema em geral. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, de modo geral, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado, esteja em vigor antes do exercício financeiro.

Frederico Guilherme I, da Prússia, mandou instalar uma Câmara Geral de Contas, cuja função constituía em “com fidelidade e acuidade tratar de que tudo se processe a contento, que todas inexatidões, imprecisões e confusões sejam evitadas e controladas, garantindo a inexistência de despesas inúteis, bem como a administração geral das coisas”.

Foi ela, ao que parece, a precursora dos modernos Tribunais de Contas, estimulados pela experiência francesa. No Brasil, foi Rui quem os introduziu, após a queda do Império, onde fora projetado por Alves Branco, sendo o nosso modelo eclético, em face dos três sistemas conhecidos: o francês (de controle posterior), o italiano (de controle *a priori*, com veto absoluto) e o belga (idêntico ao anterior, mas com veto relativo).

Órgão auxiliar do Congresso Nacional, no controle externo da administração financeira e orçamentária da União, o Tribunal de Contas, com sede na Capital da República, tem jurisdição em todo o território nacional (Decreto-Lei nº 199, art. 1º).

A sua função abrange a apreciação de contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamen-

tária, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis pelos bens e valores públicos (art. 70 da Constituição), contribuindo para maior austeridade na utilização de fundos públicos, embora devesse ter maior autonomia em sua fiscalização.

Todas as Cortes de Contas deveriam ser constituídas, rigorosamente, pelos técnicos referidos no art. 4º do Decreto-Lei nº 199.

Interessante questão é a levantada pelo art. 193 da Constituição, que declara ser o título de Ministro privativo dos agentes públicos que arrola, afirmando, em seu parágrafo único, que os membros do Tribunal de Contas do Distrito Federal terão o título de Conselheiros.

Pensamos não haver dúvida que esse título também é de uso restrito, de modo que não o poderão adotar os juízes dos Tribunais de Contas dos Estados ou dos Municípios.

O PODER LEGISLATIVO E O "IMPEACHMENT"

Poderes inerentes ao Legislativo são o financeiro e o de investigar e fiscalizar, surgindo tal prática nas tradições inglesas, à medida que o Parlamento ia assumindo a supremacia na vida política, passando, posteriormente, aos Estados Unidos.

As comissões de inquérito, que devem desenvolver atividade ampla nas pesquisas destinadas a apurar os fatos determinados que deram origem a sua formação, podem ter origens *costumeiras, legais e constitucionais*, como no Brasil, desde 1934, e na forma do art. 37 da Constituição vigente. A prerrogativa de investigar, entretanto, deveria ser usada com maior eficácia, para bem resguardar o interesse público, ainda mais que o protege a Lei Federal nº 1.579, de 18 de março de 1952, que dispôs sobre os crimes contra as comissões parlamentares de inquérito.

As Comissões, entre nós, podem ser *permanentes e temporárias*, subdividindo-se essas em *especiais, de inquérito, externas e mistas*, na forma do direito parlamentar, como o batizou Eugène Pierre, Secretário-Geral da Câmara dos Deputados, na França, e ligado às normas regimentais de livre elaboração das Casas legislativas que, todavia, deverão observar as regras do art. 30, parágrafo único, da Constituição.

Foram restringidas as imunidades materiais e formais dos congressistas (tema que, na Alemanha, ao contrário de em outros Estados, é tratado no art. 36 do Código Penal), com o fito de impedir abusos, como os que vinham ocorrendo e que dificultavam a ação da Justiça, favorecendo a impunidade. Valiosos, sobre a questão da inviolabilidade parlamentar, os informes de Alcino Pinto Falcão e Pedro Aleixo, entre outros.

Os deputados (art. 39) passaram a ser eleitos em proporção aos eleitores inscritos (povo) e não mais ao número de habitantes (população).

Essa medida, que contraria uma tradição de nosso direito, não merece aplausos. Anteriormente, embora nem todos os habitantes pudessem votar (referimo-nos, principalmente, aos analfabetos) eram eles computados demograficamente, para a eleição de deputados, porque integravam um contexto sócio-político, participando dele, desta ou daquela maneira. Com a fórmula em vigor o Estado extinguiu, abruptamente, essa *participação* de bons brasileiros, quando deveria aguardar pudessem eles exercer os direitos políticos, e não previu situações que embora difíceis podem ocorrer, como, por exemplo, a de uma unidade federativa, bastante populosa, que tenha 70% de seus habitantes, na faixa etária de 12 a 17 anos, e de uma outra, pouco populosa, que possua 60% de seus habitantes na faixa dos 18 aos 40 anos, circunstância que faria a unidade menor (digamos Sergipe) ter maior bancada que a maior (suponhamos Minas Gerais).

Manteve-se o critério de que cada senador deverá ser eleito com seu suplente, orientação que, se consultado o interesse partidário, poderá não corresponder à vontade do eleitorado, e essa observação se aplica a todas as situações em que existe a automática eleição do suplente, atrelado à biga do titular.

Nos crimes comuns serão deputados e senadores julgados pelo Supremo Tribunal Federal. O art. 45 consigna que a lei regulará o processo de fiscalização pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta, nada obstando, por conseguinte, a instituição do *ombudsman*, a que já nos referimos em outra oportunidade. Ponderou Wilson que “tão importante quanto legislar é fiscalizar atentamente a administração”.

Como o Congresso, durante a *legislatura*, funciona em períodos anuais (*sessões legislativas*), embora possa ser convocado extraordinariamente, em casos específicos (art. 29, § 1º), ocasião em que somente deliberará sobre a matéria para a qual fora convocado, não poderá, em tese, funcionar durante todo o ano, em regime normal ou ordinário de atividades (*sessão permanente*).

A Emenda nº 1 pôs fim à controvérsia sobre quem deveria presidir o Congresso Nacional: o Vice-Presidente da República ou o Presidente do Senado, optando por esse último (art. 29, § 3º) e reservando àquele outras funções. O Vice-Presidente, tal qual nos Estados Unidos, presidia, em outros tempos, o Senado, em decorrência o Congresso, para não desfalcá-lo a bancada dos Estados, nas votações. Posteriormente, com a Emenda Parlamentarista, criou-se o cargo de Presidente do Senado. A Constituição de 1967, um tanto ambígua, provocou sérias dúvidas sobre a quem caberia a presidência do Congresso, empenhando-se no controvertido tema o Vice-Presidente Pedro Aleixo e o Presidente do Senado, Auro Moura Andrade. O Congresso, por 189 votos contra 94, deu razão ao primeiro.

Questão ligada ao Legislativo é a do *impeachment*, proveniente da responsabilidade que os regimes livres fazem incidir sobre seus agentes. A Câmara dos Deputados compete, privativamente, declarar por dois terços de seus membros a procedência de acusação contra o Presidente da República e os Ministros de Estado, cabendo ao Senado Federal julgar essas autoridades nos crimes de responsabilidade (os Ministros nos crimes da mesma natureza, conexos com os do Presidente) e processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República nos crimes de responsabilidade, justificando-se a competência mencionada por último pela necessidade de serem resguardadas as autoridades citadas, expostas, em virtude de seus cargos, a ódios políticos e a malquerenças pessoais.

Funciona como Presidente do Senado o do Supremo Tribunal Federal; somente por dois terços será proferida a sentença condenatória, e a pena limitar-se-á à perda do cargo com inabilitação, por cinco anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo da ação da justiça ordinária, de acordo com sua competência.

Crimes de responsabilidade são aqueles cometidos em razão de certos cargos públicos, arrolando, exemplificativamente, o art. 82 da Constituição os atribuíveis ao Presidente da República, por atentarem contra a Constituição Federal, devendo esses *delitos* ser definidos em lei especial (Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950). Tecnicamente não são eles infrações penais, como os chamados *crimes funcionais*, praticados contra a administração pública, com os quais, às vezes são confundidos. Declarada procedente a acusação contra o Presidente pela Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, ou perante o Senado Federal, nos de responsabilidade, cumprindo notar que, declarada procedente a acusação (*indictement*), ficará o Chefe do Executivo suspenso de funções, sendo arquivado o processo se no prazo de sessenta dias o julgamento não estiver concluído.

O instituto, que tem raízes britânicas (casos do Duque de Buckingham e do Conde de Strafford), robusteceu-se com o Estado de Direito, encontrando guarida no direito norte-americano, de onde se propagou aos povos cultos. Contudo, no sistema inglês, a Câmara dos Lordes (que, aliás, é, igualmente, um tribunal) aprecia com ampla competência a acusação da Câmara Baixa, podendo invadir a dimensão penal.

Além do mais, na Inglaterra, como na França, todos os súditos, sem qualquer distinção, estão sujeitos à medida, que só não abrange o soberano, enquanto, no regime americano, que se parece com o nosso, só algumas autoridades podem ser impedidas (Presidente e Vice-Presidente da República, magistrados federais e servidores da União, com exceção de militares e dos membros do Congresso).

Desde a Constituição do Império que adotamos o “impedimento”, então um processo criminal, “ao passo que exclusivamente político é o implantado com a República. Este se situava na linha do instituto norte-americano; aquele se filiava à tradição jurídica britânica”, nota Paulo Brossard, em magnífica dissertação (*O Impeachment*, pág. 33, Porto Alegre, 1965).

O *impeachment* é um feito essencialmente político, mas de tonalidade constitucional-penal, o que lhe dá um certo caráter misto, como ressaltou Lauro Nogueira (*O Impeachment*, 1947, pág. 28), abrangendo, no âmbito estadual, governadores e secretários de Estado, e, no municipal, prefeitos (Lei nº 3.528, de 3 de janeiro de 1959, e posteriormente, o Decreto-Lei nº 201, de 27-2-67) impossibilitando-o, em tese, em virtude de sua natureza, à renúncia do cargo, como demonstra o episódio Nixon, ou o fim do mandato. Todavia, no *impeachment* do Secretário de Estado Belknap, o processo seguiu seus trâmites, apesar de Grant ter aceito o seu pedido de exoneração, como recorda Munro.

O instituto é mais pertinente ao presidencialismo, porque, no parlamentarismo o Chefe de Estado é irresponsável, a não ser em situações excepcionais, e as moções de censura têm pronta eficácia.

Famoso caso de “*impeachment*” foi o do Presidente Andrew Johnson, sucessor de Lincoln, relatado por Adolphe de Chambrun, em livro de larga repercussão (*Le Pouvoir Exécutif Aux États Unis*, págs. 320 e segs., Paris, 1876).

Johnson foi acusado de excesso de poder e de infringir leis, particularmente ao dispensar Stanton, da Secretaria da Guerra, substituindo-o por Grant. Foi absolvido por um voto, exatamente pelo do Presidente da Suprema Corte, Chase, que presidia o Senado, para esse julgamento, e, apesar da acusação da Câmara, firmando um precedente, não foi afastado do Governo.

No Brasil, como sublinha Paulino Jacques (*Curso de Direito Constitucional*, pág. 162, Forense, 1962, 3ª ed.), “salvo frustradas tentativas, jamais tivemos um processo de *impeachment*”.

O instituto, embora quase não seja aplicado, para evitar graves conseqüências ou desprestígio do poder, deve ser acionado, impreteridamente, quando o exigir o interesse coletivo.

Do processo legislativo cuidamos em outro estudo (*Estrutura Normativa da Constituição*).

REGISTRO SOBRE O PODER EXECUTIVO

A Constituição consagra a eleição indireta do Presidente da República, esclarecendo que seu Colégio Eleitoral será composto dos membros do Congresso Nacional e de delegados das Assembléias Legislativas dos

Estados. Era já a orientação da legislação revolucionária, encampada pela Constituição de 1967, na sua redação original. Procurou-se dinamizar a figura do Vice-Presidente, considerado eleito, em virtude da eleição do candidato à Presidência, que substitui o Presidente, no caso de impedimento, e o sucede, no de vaga, e que, além de outras atribuições que lhe forem conferidas em lei complementar, auxiliará o Presidente sempre que por ele convocado para missões especiais. O Vice-Presidente não deve ser um mero *Number Two*, mas um coordenador político de alto gabarito, não sendo raro gozar de maior prestígio que o próprio Presidente.

Os Ministros de Estado são auxiliares do Presidente da República, no Governo (tomada esta palavra em seu sentido estrito e não em seu significado geral de conjunto dos poderes do Estado), podendo desempenhar funções outorgadas ou delegadas pelo primeiro mandatário, mas não integram o Poder Executivo, que se consubstancia na figura do Presidente, não podendo exceder sua área de atribuições. É a lição de Montes de Oca, Antokoletz, Rui e tantos outros, sendo interessante, a respeito, estudo de Pedro dos Santos (*Os Nossos Ministros de Estado*, Coelho Branco, 1934). Contudo, atos e decretos não referendados pelo Ministro competente não podem ser acatados. Outra orientação têm as Constituições italiana (art. 89), e panamenha (art. 167). De modo geral, os mesmos ministros exercem, conjuntamente, a atividade política e a administrativa, mas há países, como a Inglaterra, em que só aqueles participantes do gabinete (*Ministers in the Cabinet*) atuam politicamente. Os outros, que não pertencem ao gabinete, (*Ministers not in the Cabinet*) é que funcionam na parte administrativa.

Entre as atribuições do Presidente da República está o sancionar (expressa ou tacitamente), promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução.

O Poder Regulamentar, surgido, a bem dizer, com a Revolução Francesa, é das mais significativas competências do Executivo, consistindo na prerrogativa de editar normas destinadas à execução das leis, não podendo, por isso, inovar. (Não se confundem regulamento e instruções, essas competem aos Ministros de Estado, para a execução da-quele, das leis e dos decretos). Todavia, pode restar ao regulamento uma área residual, quando a lei apenas estabelece normas programáticas. No direito francês apresentamos o instituto da *loi cadre*, pelo qual, fixando o Parlamento, apenas, princípios e esquemas básicos, permite-se ao Governo transformá-los em normação legal. É, mais ou menos, o que os ingleses chamam de "skeleton legislation". Marcel Waline justifica a atividade regulamentar pela incapacidade legislativa de abranger todos os detalhes, para os quais foi criada a normação.

Contudo, muitas vezes o regulamento exorbita de suas funções, invadindo campo legislativo, o que pode configurar perigosa usurpação de funções e invasão de competência.

A doutrina encerra, hodiernamente, três espécies de regulamento: o de *execução*, o de *complementação* e o *autônomo*. O primeiro é o tipo clássico, de que acima tratamos; o segundo, também já referido, dá-se quando o legislador assenta, apenas, normas fundamentais; o terceiro constitui verdadeiro poder normativo governamental.

Embora o regulamento tenha, no sistema presidencial, coordenadas mais amplas que no parlamentar, tem ele encontrado clima propício na França (diz-se, aliás, que o sistema gaulês é um parlamentarismo-presidencialista, moldado à imagem de De Gaulle).

A SEGURANÇA NACIONAL E A DOUTRINA DA ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA

A Constituição trata, a partir do art. 86, da Segurança Nacional, conceito que adquiriu novas nuances com a legislação revolucionária e que deve ser pesquisado na Lei Suprema (principalmente), na Lei de Segurança e nas normas de reforma administrativa.

As duas Leis de Segurança que tivemos após 1964 (Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967 e Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969) conceberam, fundamentalmente, a segurança nacional como a garantia da consecução dos objetivos nacionais, contra antagonismos, tanto internos como externos, compreendendo as medidas destinadas à preservação da segurança externa, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva.

Observe-se as relações estabelecidas entre Política e Estratégia (Política de Segurança Nacional) e Segurança e Desenvolvimento.

A Constituição (art. 86) adverte, conclamando, que toda pessoa, natural ou jurídica, é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei.

Em verdade, a segurança começa nos lares e no trivial cotidiano; tem suas remotas colunas em cada cidadão e no patriotismo da coletividade. É sólida porque repousa em valores históricos sedimentados. Deve ser a causa e não o produto da ordem política.

O seu conceito, em nosso direito, é um tanto vago, ainda, não se devendo confundir uma sua concepção genérica com uma idéia juridicamente formulada, sob pena de perigoso Midas transformar tudo em segurança nacional, como no absolutismo e no Estado antigo.

A Escola Superior de Guerra, nobre estabelecimento fundado em 1949, à imagem de institutos congêneres dos Estados Unidos e da França (veja-se, também, a importância, na URSS, da Escola de Guerra da Criméia, onde estagiaram figuras exponenciais do marxismo, e que, como as demais, encontra precursora na Escola de Guerra da Prússia, que foi dirigida por Clausewitz), para o seu planejamento e para civicos altos

estudos de problemas brasileiros, no que é, *mutatis mutandis*, seguida pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, tem procurado desenvolver uma teoria política realista que é a *ideologia* da Constituição, mas que busca ainda seu acabamento doutrinário, impondo-se o retoque de alguns pontos (por exemplo, o conceito de Estado não reflete totalmente sua natureza, sendo insuficiente, bem como é equívoca a colocação da atividade político-partidária como um quarto poder) e a revisão de sua terminologia, que aqui e acolá veste com expressões novas, idéias cediças, quando o contrário é que deveria ocorrer.

Entretanto, o esforço que se realiza, nos dois estabelecimentos militares supracitados, em prol de um Brasil melhor é elogiável, exatamente por se procurar criar uma classe política enfronhada em uma grave problemática, cuja solução deve ser ampla e corajosamente debatida.

Já podemos falar em um Direito de Segurança, de contornos constitucionais-penais, embora sem autonomia, ainda, no Direito Público, e para cuja aplicação não só a Justiça Militar, como os Juizes Federais (art. 125, IV, da Constituição), são competentes. A finalidade desse novo ramo da ciência jurídica é assegurar o poder nacional, com todas suas implicações políticas, psicossociais, econômicas e militares, o qual, por sua vez, tem como função magna a Segurança, que é mais um *estado* de controle das energias sociais, do que uma situação de defesa, que é somente *ato*.

Segundo a doutrina da Escola Superior de Guerra, que estamos expondo, o Poder Nacional é a expressão integrada dos meios de toda a ordem, mencionados acima, de que dispõe efetivamente a nação, para alcançar e/ou manter interna e externamente os objetivos nacionais (integridade territorial, integração nacional, democracia, progresso, paz social e soberania, vindo a constituir todos eles o bem comum), podendo ser *atual* e *futuro* (poder atual mais o potencial nacional).

O Poder Nacional encontra suas bases em nossos valores intrínsecos e aciona a Política Nacional ("arte de estabelecer os Objetivos Nacionais mediante a interpretação dos interesses e aspirações nacionais e de orientar a conquista ou a preservação daqueles objetivos", que não deve ser confundida com a Política Governamental, de caráter circunstancial, efetivação que é da Política Nacional, em determinada conjuntura) na direção dos Objetivos Nacionais, com os quais estão identificadas as elites autênticas, nascendo, igualmente, dessa vinculação, o prestígio da classe política, necessária à democracia. Os Objetivos Nacionais devem ser *permanentes*, por essência, embora possam ser, eventualmente, *atuais*, mas produtos sempre dos *interesses* e *aspirações nacionais*.

Os obstáculos criados à política nacional podem ser *óbices*, *antagonismos* e *pressões*, conforme o substancial *Manual de Ciclos* (pág. 54, Biênio 1974-1975).

Os primeiros são os “que se antepõem aos esforços da comunidade nacional para alcançar e/ou manter os objetivos nacionais”; os segundos são “órbices de modalidade peculiar, por manifestarem atividade deliberada, intencional e contestatória à consecução e/ou manutenção dos Objetivos Nacionais”; os terceiros são “antagonismos que dispõem de Poder”.

A *Segurança Nacional*, cuja política é formulada e executada pelo Conselho de Segurança Nacional, órgão de mais alto nível na assessoria direta ao Presidente da República, que o preside, dele fazendo parte, como membros natos, o Vice-Presidente e os Ministros de Estado, podendo a lei admitir outros membros natos ou eventuais, é, para a E.S.G., o grau relativo de garantia que, através de ações múltiplas, o Estado proporciona, em determinada fase, à Nação que jurisdiciona, para a obtenção ou manutenção dos Objetivos Nacionais, malgrado os obstáculos existentes ou potenciais.

A execução da política de segurança nacional é feita pelas Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), instituições permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, que se destinam à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constituídos, da lei e da ordem (art. 91 da Constituição).

As Forças Armadas não constituem partido político, por assim dizer, coisa só admissível em regimes totalitários, nem há compatibilidade entre o militar (enquanto militar é sacerdote da ordem) e a política. Desempenhando, também, uma função moderadora, as Forças Armadas devem ser um *poder neutro*, destinado a velar pela ordem constituída, com uma autoridade prestigiada pelo respeito ao direito. Significativo sobre o tema, o lúcido livro de Seabra Fagundes, *As Forças Armadas na Constituição* (Biblioteca do Exército, 1955).

Do Ministério Público e do Funcionalismo tratamos em outros estudos.

ANOTAÇÕES SOBRE O JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário, ao inverso do que ocorre com a Administração, não está edificado em torno de padrões hierárquicos, mas atua dentro de esferas de *competência funcional*, aplicando a lei aos casos concretos, através dos procedimentos previstos em lei, particularmente da ação, que é um direito subjetivo.

Distingue-se de outras funções do Estado, não propriamente *ratione materiae*, mas *ratione munerae*, pela natureza de suas atribuições, sendo interessante, a propósito, livros de Pedro Lessa (*Do Poder Judiciário*) e Mami Guimarães (*O Juiz e a Função Jurisdicional*).

A Constituição (art. 112), catalogando Tribunais e Juizes estaduais no Poder Judiciário, preencheu uma lacuna das Cartas anteriores e revelou a tendência de se considerar federalizado esse Poder como um

todo, tendo por cúpula o Supremo Tribunal Federal (cuja competência originária não pode ser alterada). Era, aliás, o ponto de vista defendido por João Mendes Júnior.

O art. 114 determina que é vedado ao juiz, sob pena de perda do cargo judiciário, entre outras coisas, exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo um cargo de magistério e nos casos previstos.

O legislador, como se vê, preocupou-se mais com a cumulação de vencimentos do que com o aspecto moral, pois, em tese, permite que um magistrado, mesmo não estando em disponibilidade, exerça atividades privadas outras, além do magistério particular, como é óbvio.

Foi a Constituição de 1934 que, pela primeira vez entre nós, consagrou, conjuntamente, as três garantias constitucionais da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos); todavia, esta seria um departamento do poder, mesmo sem elas, em virtude da própria natureza de sua função, que só pode se manifestar amplamente no Estado de Direito, uma vez que não se coaduna com a autocracia. "No puede subsistir un Poder Judicial al lado de la dictadura. Debe haber tan solo un *poder perjudicial*, sumiso y obediente sin reparo alguno al regimen imperante", argumenta sabiamente González Calderón (*No Hay Justicia Sin Libertad*, pág. 124, B. Aires, 1956).

Nem todos os Estados, como o Brasil, a Colômbia e a Grécia, reconhecem simultaneamente as três garantias, que consistem, diz Bryce (é bela sua imagem de que a Suprema Corte americana, integrada por nove ministros, é "a porta-voz da Constituição"), um arnês em prol do Direito e da Justiça, livrando o julgador das pressões de interesses inconfessáveis. A vitaliciedade é, entre nós, apanágio também dos juizes dos Tribunais de Contas (art. 72, § 3º).

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal são escolhidos dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e de reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, pelo sistema de "freios e contrapesos", após aprovação do Senado Federal. A escolha dos mencionados cidadãos, entretanto, deveria ser feita pelo próprio Supremo (ou, admitamos, pelo próprio Executivo), em determinados setores, apenas (magistratura de carreira, magistério, ministério público e advocacia militante), pois não é possível, num passe de mágica, alguém tirar a túnica de Cícero para vestir a toga de Marshall.

Carlos Maximiliano ressaltou que o Supremo Tribunal é uma Corte política, no alto sentido da palavra, devido sua posição na balança dos poderes; mas ele também é, poderíamos acrescentar, a espada dos fracos, a garantia dos injustiçados, desfraldando, sem temor, a bandeira da lei. Só com a rigorosa seleção de seus juizes, poderá o Pretório Excelso manter as suas dignas tradições, ainda mais que dia a dia aumentam suas responsabilidades e suas atribuições, tendo-lhe, praticamente, sido dada competência para legislar sobre processo, em seu regimento interno.

O art. 122, I, b, da Constituição registra uma grave quebra de hierarquia judiciária, pois afirma ser da competência do Tribunal Federal de Recursos processar e julgar originariamente os juizes federais, os juizes do trabalho e os membros dos tribunais regionais do Trabalho etc., quando esses últimos são magistrados de segunda instância trabalhista e não poderiam ser colocados depois dos togados de primeira instância. O art. 121, ao esclarecer que, dos treze juizes do T.F.R., oito devem ser magistrados e cinco advogados e membros do Ministério Público, dá a entender que tanto os togados como os representantes do M.P. podem ser escolhidos na Justiça Federal como fora dela, pois, quando o legislador quis restringir o preceito, ele o fez (art. 141, § 1º, a).

Enquanto o art. 131, II, exige que entre os sete juizes do Tribunal Superior Eleitoral figurem dois advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, o art. 133, III, exara que dos Tribunais Regionais Eleitorais devem participar dois cidadãos, com as qualidades acima referidas, omitindo, incompreensivelmente, a condição de advogado, retornando à confusão de 1891, já lembrada anteriormente.

O art. 141, § 1º b, prescreve que dos dezessete membros do Tribunal Superior do Trabalho, seis devem ser classistas e temporários, em representação paritária dos empregados e dos empregadores. (Embora só a partir de 1946 figurasse a Justiça do Trabalho no texto Constitucional, ela existia desde 1937, pondo fim a procedimentos simplesmente administrativos).

Ora, isto é uma reminiscência insustentável do corporativismo estonovista, totalmente superada pelo evoluer histórico, além de consistir numa subversão de valores, inserindo, muitas vezes, numa função estritamente técnica, leigos, como em alguns tribunais populares da União Soviética. Numa democracia autêntica é justo que o povo participe dos três ramos do poder, mas a participação no Judiciário exige um alto grau de politização, e, além do mais, não basta bom senso para bem julgar, é preciso, também, cultura geral e conhecimento especializado.

O ingresso na magistratura de carreira, mediante concurso de provas e títulos, ainda é um sistema melhor que outros (eleição, sorteio etc.), mas advogamos que, após o concurso, deveria, ao Judiciário, caber a nomeação e a promoção de seus integrantes, como no Equador (art. 86 da Constituição), em Nicarágua e em Costa Rica. No Afganistão, a Corte Suprema é competente para tudo o que se referir às transferências, promoções e aposentadorias dos magistrados.

Tudo o que contribuir para livrar os juizes de injunções deve ser adotado, para aprimoramento do próprio Estado.

O art. 144, I, assenta que o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados participará do concurso público, mas deveria permitir a participação, também, do Ministério Público, pois ele integra o *quinto* dos tribunais e não há motivos razoáveis para sua exclusão.

O *quinto* (participação dos advogados e membros do Ministério Público nos colégios judiciários) tem por função desburocratizar a magistratura de carreira, impedindo, com sua contribuição arejada, advinda de outros setores, a formação do espírito de casta, mas, na prática, o que se nota é uma absorção total do *quinto* pela maioria, perdendo assim a sua finalidade, não se podendo compreender, por outro lado, que o *quinto* forme uma casta emulativa dentro dos tribunais.

A promoção dos juizes far-se-á, alternadamente, por antigüidade e por merecimento (art. 144, II), obedecendo essa ordem. O critério foi conseqüência de longos debates, na Constituinte de 1946, como relata José Duarte (*A Constituição Brasileira de 1946*, 2º vol., pág. 447), vindo a triunfar pelos argumentos de que a antigüidade repara injustiças das listas de merecimento, elaboradas segundo sentimentos pessoais, que não traduzem, rigorosamente, de modo geral, apreciação objetiva e segura dos méritos dos candidatos.

A antigüidade é merecimento que o tempo traz e o merecimento a antigüidade do prestígio, mas a luta pela promoção por merecimento, assemelhando-se a uma competição acadêmica, destoa da austeridade da Justiça, pelo estímulo ao carreirismo. Por isso, na Constituição do Império, apesar de suas dissonâncias, era utilizado largamente o princípio da antigüidade (art. 163, § 1º), e a Constituição gaúcha, de 1891, elaborada por Júlio de Castilhos, prescrevia, em seu art. 51, parágrafo único, que os desembargadores seriam nomeados pelo Presidente do Estado, dentre os juizes de comarca, pela ordem da antigüidade. O direito a essa, todavia, não deve ser absoluto, pois há casos, infelizmente, que justificam uma recusa do Tribunal pelo voto da maioria absoluta de seus membros, ou da maioria relativa se o acesso for ao Tribunal de Justiça (art. 144, III), não se justificando essa diferença de tratamento, uma vez que, perante a ética, as situações são idênticas. Mas, como a votação poderá não significar rigorosa justiça, é prudente o *quorum* da maioria absoluta, que permite uma ampla manifestação do Tribunal, e não a de uma eventual maioria.

Juizes togados, com investidura limitada no tempo, para julgamento de causas de pequeno valor e com função substitutiva e justiça de paz temporária, competente para a habilitação e celebração de casamentos, precipuamente, podem integrar, em caráter precário, o Judiciário. Entretanto, com relação a essa última que, em Minas Gerais, é eletiva, deve o legislador proceder cautelosamente no que concerne às atribuições judiciárias que fizer (não podendo envolver julgamentos finais e irrecorríveis), em razão de estarem os juizes de paz profundamente integrados num determinado meio sócio-político.

Está na Constituição que nenhum membro da justiça estadual pode perceber mensalmente importância total superior ao limite máximo estabelecido em lei federal.

Isso vulnera profundamente a natureza do regime federativo, porque, pagando a União com extrema parcimônia seus juizes, impede que

uma unidade federativa, fruindo de boa organização, remunerare condignamente seus magistrados, que assim ficam dependendo do legislador federal.

Considerações paralelas se pode fazer a respeito da incidência do Imposto de Renda sobre os vencimentos dos magistrados, tributação que era inconstitucional no regime da Constituição de 1946, porque não se podia asseverar, com rigor, que havia generalidade de tributos, princípio que deve, no sistema vigorante, conciliar-se com o da irreduzibilidade dos vencimentos da magistratura, consagrado já pelo *Act of Settlement* (1701) e, no Brasil, a partir de 1891, sob pena de incidir em inconstitucionalidade material, violando direito assegurado na Constituição, ainda mais que uma política tributária mais humana foi adotada, com relação aos militares, pela Lei nº 5.787, de 27 de junho de 1972, e aos integrantes do Legislativo Estadual da Guanabara, pelo Ministro da Fazenda, em despacho constante do Processo nº 413.187/73. A matéria foi bem debatida no *I Encontro Nacional de Magistrados*, realizado em Petrópolis (*Boletim* nº 9, da Associação dos Magistrados Brasileiros).

CONSIDERAÇÕES SOBRE A NACIONALIDADE

Enquanto a nacionalidade é vínculo político, a cidadania é nexó jurídico e a naturalidade é liame sociológico entre o indivíduo e o país. A subordinação imposta pela primeira acarreta, ao nacional, a proteção do Estado, quando no estrangeiro, consistindo a segunda no exercício dos direitos políticos.

A nacionalidade, em tese, pode ser *originária* (art. 145, I, II e III, da Constituição) e *secundária*, que pode se dar por naturalização requerida (só se consuma com a entrega da certidão, não importando em aquisição de nacionalidade brasileira pelo cônjuge e filhos do naturalizando) ou tácita (art. 69, itens IV e V, da Constituição de 1891), pelo casamento ou pela incorporação territorial. Fenômeno correntio aí é o da dupla nacionalidade, pela incidência simultânea, por exemplo, do *jus soli* e do *jus sanguinis*. (Observação curiosa é a de Mario Fumasoli, a respeito da Santa Sé: “non si nasce cittadino vaticano, ma si diventa. La cittadinanza vaticana non è uno stato originario, ma si acquista.”)

De qualquer maneira, todo indivíduo deve ter uma nacionalidade que o relacione com determinada pessoa estatal, podendo trocá-la voluntariamente, de modo geral, com anuência de outro Estado.

Como se sabe, existem três critérios determinantes da nacionalidade: o *jus sanguinis* (pelo qual os filhos têm a nacionalidade dos pais), *jus soli* (segundo o qual, o local do nascimento define a condição mencionada) e *jus domicilii* (em o qual, o domicílio, como em Israel, indica a nacionalidade). O sistema brasileiro é um misto dos dois primeiros, combinando, o mexicano, os três (art. 30 da Constituição).

É claro que esses princípios estão ligados à política imigratória e econômica dos Estados, que defendem interesses circunstanciais.

O Estatuto dos Estrangeiros é norma relevante, na matéria em geral, realçando-se que os portugueses têm um tratamento diferente do de outros alienígenas, mercê do art. 145, II, b, 3, combinado com o art. 199 da Constituição e com a Convenção entre os governos do Brasil e de Portugal, apoiada essa nação no art. 7, § 3º, da Constituição Portuguesa, que, então, vigorava. Precursor dessa aproximação entre os dois povos, foi o Prof. Barreto Campelo, com a sua teoria da quase-nacionalidade.

O art. 12 da Constituição do Equador declara: "sin perder su nacionalidad de origen, serán considerados ecuatorianos los iberoamericanos y españoles por nacimiento, que se domicilien en el Ecuador y manifiesten su voluntad de serlo".

Justificam-se cargos privativos de brasileiro nato, pelo fato de que pela relevância deles e por sua projeção política, não tivesse o naturalizado de optar, em situações críticas, entre a pátria de nascimento e a de adoção.

A nacionalidade será perdida pela aquisição de outra, por se aceitar comissão, emprego ou pensão de governo estrangeiro, sem licença do Presidente da República e pelo cancelamento da naturalização, em virtude de sentença judicial, por exercício de atividade contrária ao interesse nacional (art. 146). As razões de perda são apodicticas.

DIREITOS POLÍTICOS E PROBLEMA PARTIDÁRIO

Os *direitos políticos* consistem no direito que tem o cidadão de votar, ser votado e exercer cargos públicos, não devendo ser confundidos com os *direitos civis*, que abrangem não-cidadãos e alienígenas (art. 153), como os direitos à liberdade, à propriedade, à segurança etc.

Não poderão alistar-se eleitores: os analfabetos, os que não saibam exprimir-se na língua nacional e os que estiverem privados, temporariamente ou definitivamente dos direitos políticos. Os inalistáveis são, conseqüentemente, inelegíveis.

Com relação à primeira exclusão, já manifestamos nosso entendimento contrário, principalmente na obra *Democracia e Cultura*. Há valiosas opiniões pró e contra a restrição, mas devemos retornar à tradição do Império, só interrompida pela Lei Saraiva, que permitia o voto do analfabeto, embora devamos reiniciar a prática, através de experiências de âmbito municipal. Analfabetismo não quer dizer ignorância, mormente pelo aprimoramento dos veículos de comunicação, nem traduz falta de civismo. As influências que podem sofrer os apedeutas, nos meios rurais, são as mesmas que sofrem as massas urbanas, que, igualmente, não votam em idéias, mas em pessoas hábeis na arte de prometer.

A segunda exclusão, perfeitamente justificável, como a terceira, tem sua origem não propriamente em minorias (ver o ensaio *O Problema das*

Minorias), mas em quistos étnicos que estavam formando-se na primeira República, em alguns estados da região-sul.

A lei complementar deverá estabelecer os casos de inelegibilidade, visando preservar o regime democrático, a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, levando em consideração a vida pregressa do candidato etc., devendo observar as normas constantes do art. 151, parágrafo único, da Constituição, que distinguem os conceitos de *irreelegibilidade* e *inelegibilidade*, bastante evidentes.

O voto é um ato; o sufrágio é um direito que se exercita por ele. Discute-se, na doutrina, a natureza do voto, principalmente se é um direito ou uma função, mas temos por certa a posição de Duguit, que nele enxergava um direito-função, misto de prerrogativa e dever do cidadão e seu instrumento de ação cívica.

Já nos referimos ao problema dos partidos políticos e, em pesquisa anterior, longamente tratamos dele, determinando a Constituição que sua organização, funcionamento e extinção deverão ser regulados em lei especial, observados os princípios do art. 152, que mantiveram a *fidelidade partidária*, dilucidando que perderá o mandato legislativo quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito.

Instituída pelo Ato Complementar nº 16, tal medida é um excesso dentro da racionalização partidária, e atendeu a dificuldades circunstanciais, daí acreditarmos em seu caráter precário, apesar de reconhecer que era necessário refrear a incongruência, o oportunismo e a falta de idealismo partidário, mas se impõe reconhecer a possibilidade da consensualização de um equívoco e do direito inalienável de se retificar uma conduta política.

ALGUNS DIREITOS E GARANTIAS

Tanto os direitos políticos como as garantias individuais são espécies de direitos públicos subjetivos, “quel diritti, che spettano all'individuo in quanto facente parte della comunità pubblica nei suoi rapporti con lo Stato e con gli altri enti pubblici minori”, ensina Krieg. Suas origens estão no liberalismo anglo-franco-americano, uma vez que eram desconhecidos em épocas anteriores.

Mais precisamente, os direitos públicos subjetivos podem ser classificados em *individuais* (naturais ou civis) e *políticos*, dividindo-se as garantias, que visam assegurar direitos, em *gerais* e *especiais*, subdividindo-se essas em criminais, civis e tributárias.

A isonomia (igualdade perante a lei) pressupõe uma equivalência de condições e circunstâncias que, para os marxistas, significa igual situação social. Pontes de Miranda, ao contrário de Bielsa, refere-se a

uma igualdade formal, "porque não igualiza materialmente". É importante a dissertação que Paulino Jacques dedicou a essa temática (*Da Igualdade Perante a Lei*), tão importante quanto a do controle judicial (art. 153, § 4º).

A Constituição (art. 153, § 11) desconhece as penas de morte, de prisão perpétua, de banimento, de confisco, salvo nos casos que menciona. Somos favoráveis, em certos casos (homicídio, em que a autoria seja de indiscutível evidência probatória e o crime cruel, premeditado ou por motivo torpe ou fútil), à pena de morte, nada tendo a acrescentar ao nosso pronunciamento constante do livro *Safrá Obscura* (pág. 242, Pongetti, 1963).

Os autores americanos consideram a garantia do *due process of law*, que a nossa Constituição regula no art. 153, § 15, a mais importante. Ela assegura aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, sob o Juiz competente, proibindo foro privilegiado ou tribunais de exceção. Na sua origem britânica se chamava *law of the land*, adquirindo sua atual denominação sob Eduardo III, pelo motivo de que, como garantia processual, ter servido de óbice ao arbítrio, tendente a suprimir direitos fundamentais (Cfr. A. R. Sampaio Dória — *Princípios Constitucionais Tributários e a Cláusula "Due Process of Law"*). Foi acolhida nos Estados Unidos pelas Emendas V e XIV à Constituição, a segunda estendendo-a aos Estados-membros. Foram casos famosos *Powell v. Alabama* e *Gideon v. Wainwright*. A obra de Ernest Angell (*Les Aspects Constitutionnels des Libertés Publiques Aux États-Unis* — Dalloz, 1964) aborda bem a questão.

A instituição do Júri foi mantida, sem a soberania absurda que gozava, tendo competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida (homicídio, infanticídio, aborto, induzimento ou instigação ao suicídio e tentativas respectivas). O Júri, nascido modernamente (na Antiguidade encontramos alguns precursores dele) na Inglaterra (o nosso modelo foi o francês), para possibilitar um julgamento equânime do réu por seus pares, já desempenhou sua missão histórica, reagindo contra o absolutismo em que os juizes eram agentes do Rei. O Marquês de São Vicente, liberal clássico, via nos jurados uma garantia contra a influência do Executivo em certas causas. Refletindo os anseios de uma época, Montesquieu não queria ver o poder judicial exercido por magistrados profissionais e sim por jurados.

No Brasil, o Júri é instituto completamente decadente, desmoralizado, só interessando aos que com ele ganham a vida. O seu relativo equilíbrio nas grandes cidades, não oculta os seus desserviços em grande parte do país, servindo às manobras de política menor.

Além do mais, é insensato supor que os jurados apreciam unicamente fatos, porque esses, de constante, estão vinculados ao direito, que, freqüentemente, é postergado, por desconhecimento, em nome de um sentimentalismo prejudicial à ordem pública, ou em virtude de

influências. O argumento de que a existência de certos delitos justifica a permanência do tribunal popular significa, meramente, que se impõe absolvições *contra a prova dos autos*, julgamentos intuitivos, pelo coração (“decidindo segundo os impulsos do coração, não vos arriscais a errar”, dizia o irônico Anatole), e não pela razão (a humanidade do julgador pode se manifestar nas dimensões da pena e não em sua escamoteação), sugerindo-se, que entre nós se crie, ao arrepio da lei, Tribunais de Equidade. A favor da Corte de Jurados estão o liberal individualista e o socialista marxista, porque, a seu modo, cada um, sob diferentes pontos de vista, antagoniza com o Estado.

Penalistas do porte de Nelson Hungria, José Frederico Marques e Heleno Fragoso, aliás, já deram o veredicto definitivo sobre o Júri, tendo o segundo (*O Júri no Direito Brasileiro*, 2ª ed., pág. 47, Saraiva, 1955) alertado que “os congressos científicos e os escritores modernos condenam a instituição do júri”, inexistente, aliás, na Holanda, na Dinamarca, na Argentina, no México, entre outros países. Os Estados Unidos são, na verdade, a sua última expressiva trincheira.

É cabível o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção (não é fácil conceituar liberdade, em virtude dos critérios utilizáveis, mas juridicamente ela deflui da circunstância de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, como exprime a Constituição em seu art. 153, § 2º), por ilegalidade ou abuso de poder. Essa garantia (João Mendes a via como um direito), na falta de outras, teve nos primórdios do regime republicano uma aplicação indiscriminada, para não desamparar certos direitos, de acordo com o apostolado de Rui, se bem que a Constituição de 1891 (art. 72, § 22) não permitisse essa interpretação liberal.

A reforma de 1926 restringiu-a, tal como a entende a tradição britânica, de onde veio (Blackstone chamou o *Habeas Corpus Act*, de 1679, de “segunda Magna Carta”), a tutelar a liberdade de locomoção. Ao lado do *habeas corpus* liberatório há o preventivo, recursos (assim os considera o C.P.P.) inaplicáveis, no que concerne às transgressões disciplinares e à prisão administrativa (art. 650, § 2º, do Código de Processo Penal), mas podendo ser impetrados, inclusive, por pessoas jurídicas, em favor de pessoas naturais, e pelo Ministério Público, já se tendo conhecido do pedido, excepcionalmente, até contra particulares. A Constituição peruana (art. 69) admite-o, inclusive para assegurar direitos sociais (direito ao trabalho, à assistência, à educação etc.). Eliezer Rosa (*Dicionário de Processo Penal*, pág. 128, Ed. Rio, 1975) define-o como “ação pública constitucional”, conceito que podemos estender ao mandado de segurança e à ação popular. É clássico, sobre o que se trata, o livro de Pontes de Miranda, *História e Prática do Habeas Corpus*.

Para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade

responsável pela ilegalidade ou abuso de poder, bastando mesmo que tenha função delegada. As fontes do *mandamus*, que só ampara direitos pessoais, foram o *habeas corpus* e os remédios possessórios. O *habeas corpus* tinha uma aplicação muito plástica, exatamente pela inexistência do mandado de segurança que, reclamado de há muito (por Alberto Torres e Muniz Barreto, entre outros), ingressou definitivamente, no texto constitucional, em 1934, que adotou o nome que lhe fora dado por João Mangabeira. A expressão "líquido e certo", que substitui, com vantagem, palavras "certo e incontestável", refere-se a direitos prontamente constatáveis, facilmente verificáveis e apuráveis e contra os quais não se podem antepor motivos ponderáveis. A prova deve ser meramente documental.

A medida não cabe quando do ato impugnado se pode interpor recurso administrativo, com efeito suspensivo, independente de caução (ver, todavia, Súmula nº 429); quando do despacho ou decisão judicial é cabível recurso, ou pode ser modificado por meio de correição e quando se trate de ato disciplinar, a não ser quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial (Lei nº 1.533, de 1951). Não é possível o remédio contra a decisão transitada em julgado (Súmula nº 268).

É possível o mandado preventivo. Ação sem réu tem sido considerada a presente garantia, tanto que o Egrégio Supremo Tribunal Federal entendeu que nela descabe condenação em honorários advocatícios. Mas se existem duas partes para completar com o juiz o triângulo processual e se pode ocorrer sucumbência, tecnicamente deve haver um réu nesse tipo de ação, que é um idiotismo jurídico brasileiro, embora com ele se pareça o amparo, de origem mexicana, aplicável contra o direito em tese, o que não ocorre com o *typus* brasileiro (R.T. n.ºs 200/453), e que pode ser impetrado, na Argentina e na Venezuela, inclusive contra particulares, hipótese impossível entre nós (R.T. n.ºs 190/770).

Enquanto no *habeas corpus* só o direito é apreciado (a prova, apenas, se for de uma evidência manifesta), no mandado de segurança se examina ambos, embora limitado o elemento probatório ao campo documental. Na volumosa bibliografia sobre a medida heróica que afluíramos, destacam-se as monografias de Temístocles Cavalcanti e Eulálio Vidigal.

Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las, transmitindo-se esse direito, por herança, pelo tempo que a lei fixar. Sobre o assunto, escrevemos a tese *Tutela Civil e Penal do Direito de Autor*. A Constituição do Império não consagrava o direito autoral, que veio a ser acolhido pelo Código Criminal de 1830 e, posteriormente, pela Constituição de 1891 (art. 72, § 26), pela de 1934 (art. 113, § 20), pela de 1946 (art. 141, § 19) e pela de 1967-1969 (art. 153, § 25). É lamentável que inúmeras constituições não tenham disposições a respeito. Embora não fosse muito clara a

Carta de 1937, sob o regime dela foi escrita uma dissertação sugestiva (Telles Netto — *Como Proteger a Atividade Literária em Face da Constituição Brasileira?*, Rio de Janeiro, 1942). O direito autoral é *sui generis*, com base na personalidade do autor, e integrado pelos indefectíveis elementos moral e econômico. Ao contrário de outros países, onde existe um respeito absoluto por esse direito (“la plus sainte des propriétés”, no sentir de Lamartine), o Brasil ainda engatinha nesse setor, apesar de alguns progressos visíveis. Das garantias tributárias (art. 153, § 29) cuidamos mais atrás.

É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou contra abuso da autoridade (art. 150, § 30, da Constituição de 1967; § 30 da Emenda nº 1).

O direito de petição, ensina *Duguit*, está vinculado ao direito de opinião, como liberdade individual, mas escreveu *Pimenta Bueno*, comentando o art. 179, § 30, da Carta Imperial, que “não é um direito para ser gasto em circunstâncias triviais; mas em circunstâncias graves”. A faculdade de representar (*right of petition*), oriundo da prática inglesa, tem, pois, o caráter solene de garantia constitucional, sendo ainda mais ampla que a ação popular, uma vez que essa é prerrogativa do cidadão e ela de qualquer pessoa, inclusive de estrangeiros, distinguindo-se também os institutos pelo fato de a ação popular invocar diretamente a atividade jurisdicional do Estado e o direito de petição, mediadamente, acionando a autoridade superior àquela contra a qual se representa o competente para lhe impor sanção, ou o próprio Ministério Público, a fim de iniciar a demanda pleiteada. Diga-se, de passagem, que tal direito, preferencialmente, deve ser exercido conforme a tradição constitucional, em que pese a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, junto aos poderes Legislativo e Executivo, observando *Walker*: “If, however, a petition be disrespectful in its language, or demand something manifestly frivolous or wrong, a legislature does not hesitate to reject it as soon as presented.” O mesmo doutrinava *Barbalho*, com pertinência ao art. 72, § 9º, da Constituição de 1891, e interessantes as considerações de *Araújo Castro* sobre os Códigos Políticos de 1934 (art. 113, nº 10) e 1937 (art. 122, nº 7). O direito de que tratamos é aquele, lembra *Mortati*, “con qui i cittadini, sia singolarmente che in gruppi, possono chiedere alle Camere l’emanazione di provvedimenti legislativi oppure esporre necessità coletive”. Pode ser utilizado por motivos de interesse geral ou particular, como registra a Constituição Colombiana (art. 45). Em todo caso, a autoridade que recebe a Petição, adverte *Pinto Falcão* (*Constituição Anotada*, 2º vol., pág. 241), deve examinar, além da autenticidade da firma e da linguagem civil, se a petição está na forma porventura prevista em norma geral e instruída como esta exigir. Convém notar que o direito de petição existe, igualmente, no campo jurídico internacional, uma vez que é expressamente reconhecido pelo art. 87, b, da Carta da ONU, dele tomando conhecimento a Assembléia-Geral e o Conselho de Tutela. Como notou J. C. de Oliveira Torres (*Natureza e Fins da Sociedade Política*, pág. 59, Vo-

zes, 1968) "quem adquire uma posição, pode contar com a difamação, a calúnia e a injúria". Não foi para servir a indignidade que se preservam o direito de petição, mas para punir os indignos.

A ação popular surge sobre as ruínas do absolutismo como uma conquista do liberalismo. A Constituição de 1824 (art. 157) não deixava de acolhê-la, intentada por *qualquer do povo* ("criou a ação popular por suborno, peita, peculato e concussão contra os juizes", evoca Oscar Tenório, *A Justiça no Tempo de Dom João VI e Dom Pedro I*, in R.J.T.J.E.G., nº 30), no que não foi seguida pela Constituição de 1891. A Constituição de 1934 (art. 113, § 38) instaurou-a definitivamente em nosso direito, embora tenha ocorrido a síncope constitucional de 1937, seguindo-se as Constituições de 1946 (art. 141, § 38), 1967 (art. 150, § 31), com a Emenda nº 1 (art. 153, § 31), que torna claro: "qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas". Só é levada em conta pelo cidadão (muitos deveriam imitá-lo patrioticamente), que age defendendo a coletividade (*pro populo*), a lesividade do ato contra o qual se insurge. (Ver José Afonso da Silva, *Ação Popular Constitucional*, Ed. R.T., 1968, e Paulo Barbosa, *Ensaio Sobre a Ação Popular*, Saraiva, 1939).

O art. 153 da Constituição Federal não encerra um *numerus clausus* de direitos e garantias, sendo o seu arrolamento meramente exemplificativo, que não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota. Esse entendimento vinha do art. 78 da Constituição de 1891, que se refletiu nas Constituições de 1934 (art. 114), 1937 (art. 123), 1946 (art. 144), 1967 (art. 150, § 35), com a Emenda nº 1 (art. 153, § 36). O princípio nos viera do art. 33 da Constituição da Argentina, que, por sua vez, o colhera na 9ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos. A Constituição portuguesa, de 1911 (art. 4º), recebeu-o através da nossa primeira Carta republicana, transmitindo-o à Constituição de 1933 (art. 8º, § 1º).

Não é fácil apontar que outros direitos não enumerados são esses a que se refere o texto constitucional, mas entre eles podem ser indicados os pertinentes à integridade moral.

O Supremo Tribunal Federal, fugindo algo à natureza de suas funções, poderá declarar a suspensão de direito individual ou político utilizado com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, mediante as condições do art. 154.

O ESTADO DE SÍTIO

Na vida das comunidades estatizadas podem ocorrer situações de *legalidade especial*, que impõe uma ação decidida da autoridade constituída, para a proteção do bem público e para sua própria e legítima preservação, através de uma ação coercitiva e da restrição de direitos.

Tanto o Estado de Emergência, que recebemos, em 1937, da Constituição da Polônia, de 1935 (se bem que o art. 48 da Constituição de Weimar, igualmente, a prevessa), como o Estado de Sítio (que pode ser preventivo ou repressivo), como a Suspensão do *Habeas Corpus*, e a Lei Marcial são modalidades da supracitada *legalidade*.

Encontrando origem, nas ditaduras e tiranias antigas, que tinham um sentido peculiar distinto do atual, bem estudado por M. G. Ferreira Filho (*Do Estado de Sítio*, São Paulo, 1964), o Estado de Sítio (art. 155 da Constituição) é decretado quando houver grave perturbação ou ameaça de sua irrupção ou guerra. É uma questão política que pode transformar-se numa questão jurídica, se forem descumpridas suas formalidades essenciais e inobservadas quaisquer de suas prescrições, o que torna ilegal a coação, justificando o recurso ao Judiciário.

A Lei Marcial é, igualmente, uma situação excepcional, existente em alguns países anglo-saxônicos, na qual não se suspende a legalidade, e na qual o poder militar substitui, eventualmente, o civil, não para aboli-lo, mas para auxiliá-lo. A legislação castrense e a das praças de guerra não são, a rigor, leis marciais.

Carlos Sanchez Viamonte (*Ley Marcial y Estado de Sítio*, pág. 14, Buenos Aires, 1957) diz-nos que “la ley marcial o estado de guerra consiste prácticamente en la sustitución del fuero civil por el militar, no solo cuando se trata de delitos, sino también de faltas que el gobierno revolucionario reputa peligrosas para su estabilidad, y aún de actos que, dentro del régimen legal, son perfectamente lícitos”.

Sampaio Dória (*Estado de Sítio*, 1925), ensina que, na lei marcial, não apenas o governo reprime, mas julga e executa por meio dos tribunais militares.

Acrescenta Gonzalez Calderón que nela se dá “el sometimiento de todas las personas y de todas las cosas a la ley militar y a los tribunales militares”. Entretanto há quem opine inexistir, na *lei marcial*, modificação da ordem legal.

Já no chamado *Estado Policial*, encontramos a subordinação de tudo aos procedimentos policiais de prevenção e repressão, encerrando um constrangimento contínuo.

A Constituição americana (art. 1º, Seção IX) prevê a suspensão do *habeas corpus*, nas hipóteses de rebelião ou invasão, se necessária à segurança pública. A suspensão da Constituição, também, é medida utilizada. O art. 171 da Carta de 1937 prescrevia: “na vigência do estado de guerra deixará de vigorar a Constituição nas partes indicadas pelo Presidente da República”, o qual, como se sabe, tinha poderes inclusive de dissolver a Câmara dos Deputados, realizando novas eleições (art. 167, parágrafo único). Essa Carta distingue o *estado de emergência do estado de guerra*. O primeiro, como sublinhou Araújo Castro (*A Constituição de 1937*, 2ª ed, pág. 501, Freitas Bastos, 1941), equivalia ao *estado de sítio*, que se filia à tradição francesa (*état de*

siège). O estado de guerra era motivado por conflito com país estrangeiro e seria declarado no decreto de mobilização (art. 173).

O estado de sítio, de acordo com a Constituição de 1967-1969, deve ser medida situada no tempo e no espaço, isto é, o ato que o decretar especificará as regiões que a providência abrangerá, e que não podem envolver todo o território nacional, bem como as normas a serem observadas, nomeando a pessoa incumbida de sua execução, autorizadas as medidas coercitivas constantes do art. 155, § 2º, da Constituição. A duração do estado de sítio, a não ser em caso de guerra, não deverá exceder 180 dias, mas poderá ser prorrogada se persistirem as razões que o determinaram. A Carta do Estado Novo não fixou qualquer prazo, declarando ela, permanentemente, o estado de emergência.

Só o Congresso Nacional poderá, durante o citado período, mediante lei, determinar a suspensão de garantias constitucionais, sofrendo-se, com isso, possíveis abusos do Executivo.

É preciso frisar que o estado de sítio é o estado jurídico, por encontrar fundamento na *lex magna*, e deve ser encarado como uma vicissitude natural do Estado.

As situações de *legalidade especial* devem ser encaradas, equilibradamente, pelo cientista político, e cada uma de *per si* não se podendo negar *a priori*, como vimos, sua legitimidade, mormente quando a sociedade política e juridicamente organizada enfrenta períodos críticos que exigem patriotismo e decisão.

A liberdade será sempre garantida pelo poder, embora a serviço das idéias. Lê-se em Sarmiento que "a Constituição não foi feita somente para dar liberdade aos povos, mas, também, para lhes dar segurança, porque se compreende que, sem esta, a liberdade não pode perdurar".

VARIAÇÕES SOBRE A ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL

A chamada democracia política sucedeu, no primeiro pós-guerra, a democracia econômica e social, através das constituições mexicana, russa e alemã, que inauguraram o período das constituições analíticas, porque, ao contrário das sintéticas, detinham-se, longamente, em contemplar hipóteses. Ainda aí o meio termo é a melhor solução, porque, apesar da constituição descarnada, que esboçava "the frame of government", não atender mais aos reclamos do tempo (o modelo americano é uma sábia exceção, que encontrou fatores propícios para sua adequação ao processo histórico), que não só aumentou a envergadura do Estado, como o conteúdo do próprio direito constitucional, os Códigos simplesmente casuísticos podem se anquilosar rapidamente, dada a impossibilidade de abarcarem toda a vida social. Entrementes, certas matérias, embora não sendo rigorosamente constitucionais, não podem ser deixadas, por sua relevância, ao legislador ordinário, ficando ao arbítrio das circunstâncias. Têm essa origem as *constituições programáticas*, que traçam um programa de ação ao Estado (art. 180).

Os novos direitos surgidos, então, eram consequência de uma extensa evolução doutrinária sobre a questão social, que encontrava na obra de Marx e na encíclica *Rerum Novarum*, que sintetizou a posição da Igreja, seus pontos cardiais, bem distantes de uma demagógica literatura de “meeting”, que empolgou o século XIX, mas a consagração desses direitos teria que ser feita “a forceps”, depois da Primeira Grande Guerra, que realizou uma operação plástica na face do mundo, trocando-lhe o ar frívolo da “belle époque” por um semblante sério, preocupado com as transformações sócio-econômicas ocorridas e que traziam para a luz do direito positivo classes totalmente desprotegidas e vilmente espoliadas, que explicam o fato de, na Rússia, ter o marxismo levantado o povo, como o arado à terra, na bela imagem do escritor Mikhail Sholokov.

A Constituição de 1934 captou as inquietações de uma época decisiva, em que direita e esquerda propunham soluções para os problemas sociais, e nutrindo-se na Constituição de Weimar (1919), baseada, no que concerne à estrutura do poder, nas Leis da Inglaterra, EUA, França e Suíça, inaugurou, entre nós, o período das constituições de análise. Comentando o Documento alemão, Ottmar Buhler (*La Constitución Alemana de 11 de agosto 1919*, pág. 139, Labor, 1931), após notar que, até então, na Alemanha, não se havia desenvolvido um programa mais extenso de política econômica, conclui, com este juízo crítico: “el hecho de que ahora se haya sentido la necesidad de fijarlo y con gran extensión, revela hasta que punto el Estado moderno se ha convertido ante todo en organismo económico”.

As preocupações da Constituição de 1934 se refletiram em graus cada vez maiores nas Cartas subseqüentes, que sofreram o impacto do momento histórico em que foram elaboradas. Ao contrário da Constituição de 1946 (artigo 145 e segs.), a de 1967-1969 declara (art. 160) que a finalidade da ordem econômica e social é o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos princípios seguintes: liberdade de iniciativa, valorização do trabalho como condição da dignidade humana, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência, o aumento arbitrário dos lucros e a expansão das oportunidades de emprego produtivo. O *Estado Econômico exige*, pois, o intervencionismo para se configurar, uma vez que é inconciliável com o liberalismo clássico.

“O Estado moderno tem que intervir aí no domínio econômico, para que haja uma verdadeira ordem econômica”, argumenta Oldegar Franco Vieira (*O Estado e a Ordem Econômica*, pág. 26, Livraria Progresso, 1958).

A Constituição brasileira apresenta um conteúdo neocapitalista (que pode converter-se num hipercapitalismo), dando prioridade à iniciativa privada, mesmo sobre a valorização do trabalho e a destinação

social da propriedade, o que pode desvincular a economia de urgente substrato moral, ainda mais quando a necessidade de uma repressão maior ao abusivo poder econômico se faz sentir. Como escreve Modesto Carvalhosa (*Ordem Econômica na Constituição de 1969*, pág. 159, S. Paulo, 1972), é preciso condicionar a livre iniciativa às exigências do desenvolvimento nacional e da justiça social. Devemos ter presente sempre o art. 153 da Constituição weimariana: "a propriedade gera obrigações. Seu uso deve ser ao mesmo tempo um serviço em prol do interesse geral". O trabalho deve ser, na realidade, a sua fonte, porquanto sua valorização é feita como condição da dignidade humana. A greve nos serviços públicos e atividades essenciais definidas em lei não será permitida (art. 162). Não há dúvida de que a greve é um direito do trabalhador, por melhores condições, mas é evidente que esse direito não pode abranger todas as categorias, sob pena de uma paralisação total do Estado, privada a população das coisas mais elementares e básicas. Embora se reconheça, por vezes, a má remuneração do funcionalismo e de outras atividades, o caminho para a melhoria salarial, para eles, não deve ser a greve, definida pelo Decreto-Lei nº 9.070, de 15 de março de 1946, como sendo a deliberada cessação coletiva do trabalho, pela totalidade ou pela maioria dos trabalhadores de uma ou de várias empresas, acarretando a paralisação de todas ou de algumas das respectivas atividades.

Originário das concentrações obreiras na Praça da Greve, em Paris, o movimento grevista deixou-se impregnar, desde logo, em grande parte, pela pregação marxista, que via nessa manifestação o proletariado adestrando-se para o assalto ao poder.

A greve é um justo direito natural dos obreiros, mas não deve ser instrumento dos perturbadores da ordem e dos mero agitadores das massas, razões pelas quais deve ser fiscalizada de perto, para não se tornar o que se tornou o "sciopero", na Itália, uma violência contra a coletividade.

A Lei nº 4.330, de 1º de junho de 1964 (art. 2º), considerou necessário, para que houvesse o exercício legítimo da greve, os seguintes requisitos: suspensão de serviços, a empregador, coletiva e temporária; que tenha havido deliberação da assembléia-geral da entidade sindical representativa da categoria profissional interessada; que haja indicação prévia e por escrito das reivindicações formuladas pelos empregados; que a suspensão do trabalho tenha sido feita na forma e de acordo com as disposições previstas em lei.

Salienta Nélcio Reis (*Problemas Sociológicos do Trabalho*, pág. 244, Freitas Bastos, 1964) que a lei desautoriza a denominada *greve de ocupação*, "ou seja, aquela em que não se afastando do local de serviço, permanecem, todavia, os trabalhadores sem trabalhar (*arms in arms*), mas impedindo, com sua presença, pela ocupação das máquinas e utensílios, que outros prossigam em suas tarefas". Investindo contra a organização do trabalho, a greve efetuada com violência é punida pela lei penal.

As empresas privadas foi confiado organizar e explorar as atividades econômicas, contando com o estímulo e o apoio do Estado, de sorte que, unicamente em caráter subsidiário da livre iniciativa, organizará e explorará diretamente, aquele, a atividade econômica, se bem fosse de desejar maior presença sua nessa matéria.

O Estado, na exploração da atividade econômica, utilizará as empresas públicas e as sociedades de economia mista que serão regidas pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

Ambas essas pessoas jurídicas de direito privado, criadas por lei, integram, como entes paraestatais, a administração indireta do Estado.

A sociedade de economia mista, pelo Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, reveste a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito de voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da Administração Indireta, que engloba as autarquias e os retro-mencionados entes paraestatais (sendo que as Fundações, mesmo instituídas pelo poder público, dela não participam). A minoria das ações é subscrita pelo capital privado, como a própria natureza da companhia indica. As autarquias são “serviços públicos personalizados” (Manoel Ribeiro — *Direito Administrativo*, 1ª vol., pág. 137, Salvador, 1964), envolvendo várias espécies (de previdência e assistência social, as mais antigas, culturais, corporativas, de crédito etc.). Reunindo seus elementos constitutivos, podem elas ser conceituadas como organismos autônomos da administração indireta do Estado, criados e controlados por ele, com personalidade jurídica de direito público interno, base institucional, e patrimônio e receita próprios, para a execução de atividades que lhe são típicas. Envolvem as autarquias o complexo problema da *parafiscalidade*, em virtude de sua gestão financeira descentralizada.

A Sociedade de Estado ou Empresa Pública pode revestir-se, ao contrário da de Economia Mista, de qualquer das formas admitidas em direito, e suas ações pertencem ao Estado, sugerindo uma espécie de sociedade unipessoal.

Opina Sampaio de Lacerda (“Sociedade de Economia Mista e Sociedades de Estado”, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*, nº 12), com razão, que ela “melhor seria caracterizada como pessoa jurídica de Direito Público”, mesmo porque o Estado é o único responsável pelo empreendimento.

A ordem econômica é um organismo articulado das atividades econômicas (produção, distribuição, consumo) do Estado ou dos entes públicos intermediários, sendo termômetro indisfarçável da vida coletiva como sua profunda infra-estrutura.

OBSERVAÇÕES FINAIS

O Direito de Família é hoje direito público, pela forma com que várias Constituições, como a nossa (art. 175), o enfocam, permitida, en-

tre nós, a inscrição no registro de casamento religioso, devendo-se entender como tal aquele celebrado por representante competente de religião, devidamente sedimentada e que não brigue com os bons costumes ou com a ordem pública. Por outro lado, a indissolubilidade do matrimônio não encontra mais qualquer respaldo, a não ser em alguns setores reacionários da Igreja. O divórcio não trará desequilíbrio social, porque será recurso dos efetivamente desajustados. A sua adoção, entretanto, deve ser criteriosa.

Nossa política internacional tem, *mutatis mutandis*, sido a mesma defendida pelo geométrico espírito de San Tiago Dantas, na coletânea *Política Externa Independente* (Civ. Bras., 1962): coexistência, fortalecimento do princípio da não intervenção, defesa da autodeterminação dos povos, apoiando a emancipação dos territórios não autônomos, ampliação do mercado externo. Esses princípios, aliás, já haviam sido perfilhados pelo Governo Jânio Quadros.

A Constituição (art. 181) aprovou e excluiu da apreciação judicial os atos praticados que menciona, apoiados na legalidade revolucionária, possuindo um dispositivo supraconstitucional (art. 182), superior a todos os outros na hierarquia das normas constitucionais, que atesta continuarem em vigor o Ato Institucional nº 5 e os demais posteriormente baixados (ou seja, os de nº 6 ao nº 17), se bem que o Presidente possa, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, decretar a cessação da vigência de qualquer desses Atos ou dos seus dispositivos que forem considerados desnecessários.

A República Federativa do Brasil é, ao que parece, o único Estado que possui uma superlegislação, que suspende, por tempo indefinido, a própria Constituição, a qual, por seu lado, necessita de urgente reforma.

Não há uma contração permanente do poder, como não existe uma autoridade continuamente descontraída, em virtude das injunções da vida política, mas o caminho do Estado, e a sua vocação, é a liberdade, através dos roteiros da lei e da igualdade, resguardando os direitos, de tal forma "que nenhum poder temporal os possa violar ou anular" (José Duarte).

Conta Marc Bloch que, indo com Henri Pirenne a Estocolmo, perguntou-lhe: "Que vamos ver em primeiro lugar?" "Existe uma Câmara nova, iniciemos por ela", respondeu o admirável medievalista, que completou: "Se eu fosse um antiquário, só teria olhos para as coisas velhas, mas sou um historiador e amo a vida" (*in Educação*, nº 12). Constituição e Estado não integram o mostruário de lojas de antigüidades nem, ao contrário do que pensava Engels, se tornarão peças de um museu político, participando, exuberantemente, das condições essenciais da vida social. Eis porque Política e História comungam de um mesmo e intenso clima angustiantemente humano, de um mesmo ideal de aperfeiçoamento coletivo, buscando pelos caminhos do espírito a incontaminada democracia de seus sonhos.

Do Controle de Constitucionalidade das Desapropriações no Processo Expropriatório

RUBEM R. NOGUEIRA

Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade Católica da Bahia. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

QUESTÕES CONSTITUCIONAIS SÃO, ANTE A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, A QUESTÃO DE NECESSIDADE PÚBLICA E A QUESTÃO DE UTILIDADE PÚBLICA NAS DESAPROPRIAÇÕES.

RUI BARBOSA, "Supremo Tribunal Federal, Conselho de Jurisdição, n.º 431, 1921, in "Comentários à Constituição Federal Brasileira", col. notas e observações por Hermenegildo Pires, vol. V, São Paulo, 1934, página 427.

NA VERDADE, QUALQUER DISCUSSÃO LIMITADA AO VALOR DA COISA DESAPROPRIADA, NÃO ENTRANDO NO EXAME DA JURIDICIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO, CONFLITA-SE COM A DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL NA QUAL ASSENTA O DIREITO DE PROPRIEDADE INDIVIDUAL.

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO "Desapropriação, na Doutrina, no Direito Brasileiro, na Legislação Comparada", São Paulo, 1933, n.º 1139.

1. Na exposição de motivos com que encaminhou ao chefe do governo ditatorial, em 3 de maio de 1941, o projeto de Decreto-Lei disciplinador das desapropriações por utilidade pública, que tomaria o n.º 3.365, de 21 de junho, o Ministro Francisco Campos, da Justiça, justificando-o, partiu dogmaticamente da afirmativa de que "o processo judicial de desapropriação visa exclusivamente fixar o preço da indenização" — o que, à luz dos princípios jurídicos da época, já era francamente contestado — e invocava a jurisprudência em formação até ali e segundo a qual só por ação direta, em processo autônomo, poderia o expropriado colocar o problema legal da invocada necessidade ou utilidade pública (reduzida no projeto apenas a **utilidade pública**) e assim tentar o exame judicial do ato declaratório.

2. Regulando o disposto no art. 72, § 17, da Constituição de 1891, a Lei nº 1.021, de 23-8-1903, alterou o processo vigente, desde o Império, que era o do Decreto nº 1.664, de 27-10-1855, por ela expressamente modificado, mas foi omissa em relação a ser ou não permitido discutir, na ação expropriatória, qualquer outro tema além do preço da indenização. Apenas dizia que, depositado o preço das avaliações, mesmo no caso de haver disputa entre proprietários e locatários, o Governo entraria na posse do prédio, "continuando o processo **desembaraçadamente**", como se quisesse neste advérbio por nós grifado fixar uma incompatibilidade do processo expropriatório com a discussão sobre os motivos da necessidade ou utilidade pública. O Decreto nº 4.956, de 9-9-1903, regulamentador dessa lei, estabeleceu, no art. 1º, que a única exceção à plenitude do direito de propriedade, na forma do art. 72, § 17, da Constituição, era a desapropriação por necessidade ou utilidade pública **legalmente verificada**, e distinguiu entre as duas espécies, regulando os casos de desapropriação por "necessidade" e por "utilidade" pública em artigos diversos (2º e 3º, respectivamente). A primeira era feita **judicialmente**, a requerimento do Procurador da República perante o Juízo seccional do domicílio do proprietário, com audiência deste (art. 4º) e a segunda, mediante ato do Poder Legislativo ou do Presidente da República quanto às obras da competência da União etc. Dispunha ainda o art. 9º que a transferência da propriedade, uma vez legalmente verificada a desapropriação, se tornaria efetiva pela indenização do valor fixado por acordo ou arbitramento.

Mas o art. 10 impedia qualquer reclamação ou contestação contra a desapropriação resultante da aprovação dos planos e plantas por decreto. E aí é que se apoiava boa parte da jurisprudência mencionada pelo Ministro Francisco Campos.

3. Não tinha, entretanto, sido tranqüila, até ali, a maneira de encarar a justiça brasileira o problema jurídico estranhamente surgido com o art. 10 do Decreto de 1903. Em mais de uma ocasião houve julgamentos divergentes. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, pela unanimidade dos votos de seus juízes presentes, afirmou certa feita a inconstitucionalidade dessa proibição, em acórdão de 30 de dezembro de 1915, de que foi relator o Ministro Gabriel Natal. Este e mais os Ministros Viveiros de Castro, Sebastião Lacerda, Canuto Saraiva, Oliveira Ribeiro, André Cavalcanti, Pedro Lessa, Pedro Mibielli, Eneas Galvão, Leoni Ramos, Godofredo Cunha e J. L. Coelho e Campos, em sessão presidida pelo Ministro H. do Espírito Santo, presente o Procurador-Geral da República, Min. Muniz Barreto, numa apelação cível do Rio Grande do Sul, decidiram que **"a proibição imposta à autoridade judiciária pelo art. 10 do Decreto nº 4.956, de 1903, reprodução do disposto no art. 2º do Decreto nº 1.664, de 1855, é inaplicável por inconstitucional"**. Esta parte conclusiva do acórdão figura, resumidamente, na ementa, nos seguintes termos: **"Inconstitucionalidade do art. 10 do Decreto nº 4.956, de 1903, que impõe restrições à competência do Poder Judiciário Federal"**.

A doutrina jurídica aí firmada foi objeto de longas considerações de RUI BARBOSA, segundo quem não era legítima tirar outra inferência do

texto constitucional garantidor do direito de propriedade. O seu argumento fundamental não assentava propriamente na garantia constitucional desse direito, mas na natureza da matéria a que estava o sacrifício do direito de propriedade associado imediatamente no preceito constitucional. Noutras palavras, ele achava que, quando o art. 72, § 17, subordinava o poder de desapropriar, pelo Governo, a motivos de necessidade ou utilidade pública, convertia a condição da necessidade ou utilidade pública numa **questão constitucional**, e, assim sendo, tornava-se impossível impedir o seu exame pelo judiciário, para evitar lesão de direito individual, **no próprio processo da desapropriação**.

Se o desapropriado fundava a sua defesa na Constituição — e visto que a existência ou inexistência da necessidade ou utilidade pública invocada no decreto expropriatório era tanto uma questão constitucional quanto o direito de desapropriar —, então estava definida a competência dos juízes e tribunais para processar e julgar as causas em que alguma das partes baseasse a ação ou a defesa em disposição da Constituição Federal, conforme esta prescrevia no art. 60, alínea **a**. Tal doutrina lhe parecia a única verdadeira e conciliável com a letra e o espírito da Constituição. A seu ver, a condição da necessidade ou utilidade pública era matéria cuja averiguação dependia da instância **judicial**, simultaneamente com o exame do pedido formulado pela autoridade desapropriante.

Interpretando os textos constitucionais de 1824 e 1891, que assentavam, em termos equipolentes, o direito de propriedade e o de desapropriação pelo Estado, considerava RUI BARBOSA a questão da necessidade ou utilidade pública invocada nos decretos governamentais expropriatórios, matéria de inevitável **competência judicial**. Conseqüentemente, caberia averiguá-la no mesmo processo em que a declaração de utilidade pública se afirmasse, para o efeito de se consumar ou não a expropriação. Tal como no sistema norte-americano, cujo texto fez ver que, no particular, não discrepava do nosso. Lá também a jurisprudência tinha assentado que “a questão de saber se a desapropriação observa ou não observa a exigência constitucional de se destinar ao uso público, ao bem público, à utilidade pública, é da alçada judicial”. Baseava-se no magistério de JOHN LEWIS (“A Treatise on the Law of Eminent Domain in the United States”) que arrolava nada menos de sessenta e cinco acórdãos relativos à tese de que “aos tribunais compete decidir o em que o uso público consiste (“and that what is a public use is a question for the courts”), de EVERETT PATTISON (“On Eminent Domain”), EMLIN McCLAIN (“Cyclopedia of American Government”) e COOLEY (“Constitutional Limitations”).

O estudo comparado dos dois direitos públicos constitucionais levou-o a afirmar que, na Constituição de 1891, como na dos Estados Unidos, “o recurso à justiça, contra as desapropriações que não guardam a condição de exigidas pela necessidade ou utilidade pública, é um dos elementos subs-

tanciais da garantia da propriedade, consagrada na lei fundamental do país". Daí concluir pela **nulidade** das leis ordinárias que subtraíssem ao conhecimento dos tribunais a apreciação da necessidade ou utilidade pública, nos requisitos que determinam a existência desta condição constitucional. O exame judicial das condições constitucionais (necessidade ou utilidade pública da desapropriação) devia, entretanto, coincidir com o da ação expropriatória. Do contrário, não seria possível averiguar utilmente se a necessidade ou utilidade pública invocada exige a obra a que se destina a expropriação e se o imóvel objeto da desapropriação é indispensável à execução do empreendimento dito de utilidade pública. O momento para o exame de tais requisitos constitucionais da desapropriação é o da ação expropriatória, impugnando a qual o expropriado funda a sua defesa no preceito constitucional garantidor da propriedade. Isso é o que se harmonizava, já então, com o nosso ordenamento fundamental, porquanto este fez do Poder Judiciário o árbitro das garantias constitucionais e o defensor dos direitos individuais, quando ofendidos por leis inconstitucionais ou por atos ilegais das autoridades administrativas.

Desde a Constituição de 1824, a única exceção também para a garantia do direito de propriedade "em toda a sua plenitude" era a exigência do bem público "legalmente verificado" (art. 179, nº 22). Uma vez apurada a ocorrência do requisito essencial do bem público, vinha a segunda etapa, conforme a lei regulamentadora, isto é, a indenização do valor da propriedade, após o que se consumava a desapropriação. Essa **verificação legal** da condição constitucional do bem público era feita judicialmente, por ser "o meio único de averiguar direitos, onde todos eles têm sua base na lei e a sua guarda na justiça".

5. O regime constitucional de 1937 eliminou a garantia da **prévia** indenização (art. 122, nº 14). Pelo ato expropriatório o titular da propriedade seria apenas indenizado. Mas manteve explicitamente a condição da necessidade ou utilidade pública. Veio então o decreto-lei regulamentar desse dispositivo: proibiu a discussão dos motivos da desapropriação no processo da ação expropriatória (arts. 9 a 20) e ainda introduziu a novidade de que os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, mesmo fundada em nulidade do processo expropriatório.

O legislador de 1941, como o de 1903, em relação ao art. 72, § 17, não foi fiel ao art. 122, nº 14, que tornava a exigência da necessidade ou utilidade pública uma **questão constitucional**, como tal sujeita ao controle dos tribunais. Vem daí talvez a afirmativa de PONTES DE MIRANDA de que o art. 1º do Decreto-Lei nº 3.365/41 **era contrário à Constituição de 1937**. ("Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969", 2ª ed., vol. V, pág. 422).

Assim, pois, jamais poderá ser impedida uma desapropriação. No máximo, e em processo autônomo, por ação direta, o expropriado obterá perdas e danos. A desapropriação será mantida com a transferência definitiva do bem expropriado para o patrimônio público, mesmo que tenha sido po-

sitivada a **falsidade** do interesse público invocado, visto como nada além do preço e de nulidades processuais pode ser alegado, resolvendo-se em perdas e danos qualquer ação julgada procedente (art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365).

6. O impedimento de discutir os motivos da desapropriação resulta, pois, direta e exclusivamente da lei ordinária. Mas a questão de ser ou não ser de necessidade ou utilidade pública (hoje, também, “por interesse social”) a expropriação, sempre foi uma **questão constitucional**. Os textos fundamentais de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 (tanto quanto o vigente), todos eles garantiam o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, e não salvo as exceções que viessem a ser definidas em lei. A Constituição é que sempre submetia esse direito a uma só exceção, designadamente consubstanciada na “necessidade ou utilidade pública”. Se, pois, constitucional é a ressalva, parece não caber ao legislador comum, sujeito que é e não superior à Constituição, impedir o Judiciário, “**guarda da Constituição contra a legislação e desta contra a administração**”, conforme o pensamento ruiano, de exercer a sua competência verificadora dessa **questão constitucional**.

A substância da juridicidade legal da desapropriação, diz RUI, está precisamente na apuração **judicial** do fato de haver ou não a necessidade ou utilidade pública, referida no ato do poder expropriante. Em Parecer de 11 de dezembro de 1917, sobre o tema ora versado, ele escreveu que os direitos individuais só se podem reputar seguros com a garantia da sanção direta, da sanção repressiva, isto é, com a faculdade outorgada ao indivíduo lesado, em qualquer desses direitos, por um arbítrio legislativo, de promover a intervenção tutelar da justiça e, mediante ela, resistir vitoriosamente ao ato inconstitucional, seja qual for o poder de onde emane. O art. 9º, combinado com o art. 20 do Decreto-Lei nº 3.365/41, veda-nos terminantemente assim proceder.

Não se alegue que a prerrogativa judicial de controle de constitucionalidade das desapropriações poderia embaraçar a ação governamental, cada vez mais ávida de força e celeridade de ação. Ainda que isso fosse certo, não seria justo, quando se cogita de enquadrar os atos da autoridade administrativa em seus limites constitucionais, ceder ante o argumento **ad terrorem**.

7. De pouco ou nada vale permitir a revisão da legitimidade da desapropriação por interesse público mediante ação direta (fora do processo expropriatório), se não fica assegurada a preservação final do bem atingido pelo ato **nulo**. A lei só permite, na fase judicial da expropriação, a impugnação do preço oferecido ou a denúncia de vício do processo respectivo, e ainda veda a reivindicação do bem incorporado à Fazenda Pública, mesmo em havendo nulidade processual. Por onde se vê que, não admitindo a dis-

cussão dos pressupostos constitucionais da desapropriação, o legislador comum despoja o direito de propriedade de sua garantia constitucional, o que deve abrir a instância judicial do controle de constitucionalidade dos atos legislativos.

Reconhece CRETELLA JÚNIOR a inanidade do apelo à ação direta para o pleno resguardo do direito de propriedade contra uma expropriação eivada de **abuso de poder**, por exemplo, ou **desvio de finalidade**, visto como os bens expropriados são irreversíveis, irreivindicáveis, irreincorporáveis. "Se, por um lado", escreve ele, "ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se ocorreram ou não os casos de utilidade, necessidade pública ou interesse social (Decreto-Lei nº 3.365, art. 9º); se, por outro lado, ao particular expropriado é permitido, dentro do processo, versar, na contestação, vício judicial e, fora do processo, ajuizar ação direta para ser decidida qualquer outra questão (Decreto-Lei nº 3.365, art. 20), tais esperanças caem por terra diante da norma que veda a volta dos bens expropriados ao patrimônio do particular, mesmo que a "reivindicação" se fundamente em "nulidade" apontada no processo expropriatório (Decreto-Lei nº 3.365, art. 35)." (CRETELLA JÚNIOR, "Comentários às Leis de Desapropriação", S. Paulo, 1972, pág. 373.) (Grifos nossos.)

Mas a fórmula do texto constitucional que assegura o direito de propriedade com uma só exceção é o escudo protetor deste contra as expropriações lesivas das condições ali postas, conforme a constante idéia de RUI, hoje confirmada pelos maiores expoentes do direito constitucional (Cfr. seu Parecer de 11-12-1917, in "Revista de Direito", de Bento de Faria, vol. 48, 1918, págs. 273-292).

A doutrina contida nesse trabalho jurídico conserva plena atualidade e ajusta-se à colocação do problema das desapropriações em nossos dias. No entanto, foi ela sustentada ao tempo em que possuíamos apenas o texto do art. 72, § 17, da Constituição de 1891. Que diria o seu autor se tivesse contado então com uma regra igual à do vigente art. 153, § 4º? Através de interpretação fundada no sistema do seu tempo e nos precedentes do ordenamento constitucional que havia servido de modelo ao nosso, ele extraiu a inferência de ser constitucional a questão das condições do ato expropriatório e de caber ao Poder Judiciário a tarefa de verificar a existência ou não da necessidade ou utilidade pública invocada, mas isso no mesmo processo em que o poder expropriante tornava efetiva a sua faculdade expropriadora. Para confirmar essa posição científica ainda não ultrapassada, temos agora o art. 153, § 4º, que sujeita a controle judicial toda e qualquer lesão de direito individual e proíbe o legislador de dispor o contrário.

8. O legislador de 1941 ampliou as restrições antes postas pelas leis reguladoras das desapropriações, partindo de sua concepção autoritária do direito e, secundariamente, da jurisprudência que até ali se havia formado, embora sem uniformidade e em desacordo com a doutrina.

Alguns de seus dispositivos mais restritivos já foram corrigidos pela aplicação judicial, como, v.g., o art. 27, parágrafo único, limitando o valor

da indenização a vinte vezes o valor locativo do imóvel expropriado. A partir do regime constitucional de 1946, que restabeleceu a garantia da prévia e justa indenização em dinheiro, foi-se formando ininterrupta jurisprudência no STF, no sentido de permitir a ultrapassagem daquele limite, por considerá-lo conflitante com a cláusula da **justa indenização**. (Ver, p.ex., acórdãos de 5-12-1950, no RE nº 13.378-DF; de 17-12-1950, no RE nº 17.726-DF; de 5-6-51, no RE nº 18.605-DF; de 28-6-51, no RE nº 18.581-DF.) A mesma orientação foi adotada relativamente ao problema, não previsto na lei, da condenação do expropriante em honorários advocatícios, como parte integrativa da **justa indenização**.

É certo que os juizes ainda não se desembaraçaram das aparentes dificuldades criadas pelo legislador da ditadura de 1941, com o seu conceito de desapropriação como um puro tema de direito administrativo, e não participante também do direito constitucional e processual. Mesmo assim, porém, outras faces igualmente inarmonizáveis desse decreto-lei com o regime constitucional que lhe sucedeu em 1946 vão sendo gradualmente reveladas, na experiência judiciária. A desapropriação **por zona, v.g.**, autorizada pelo art. 4º do Decreto-Lei nº 3.365, já vem sendo considerada colidente com o dispositivo constitucional disciplinador da **contribuição de melhoria**. SEABRA FAGUNDES reputa-a inconciliável com o exercício do direito de desapropriar, nos termos em que o coloca o art. 153, § 22, da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969. A seu ver, depois de incluída a contribuição de melhoria no sistema tributário brasileiro (art. 18, item II), a desapropriação por zona, destinando-se a ensejar a revenda dos terrenos indicados no ato declaratório, “assumiria o feitiço de mera especulação, pelo Estado, à custa da propriedade privada” (Cfr. M. SEABRA FAGUNDES, “Evolução do Instituto da Desapropriação e suas Repercussões no Âmbito Municipal”, in Anais do 1º Encontro de Procuradores Municipais do Brasil, Recife, 1974, págs. 76-84).

Essa mesma colisão com o texto constitucional regulador do direito de propriedade e do direito de desapropriar é vista com maior profundidade por PONTES DE MIRANDA, segundo quem a desapropriação **por zona** “ultrapassa os limites conceptuais do art. 146, § 16, 1ª parte, **in fine** (necessidade pública, utilidade pública, interesse social)”, o que o torna “inconciliável com o direito constitucional brasileiro” (in “Tratado de Direito Privado”, 2ª ed., tomo XIV, págs. 176-7).

As condições constitucionais autorizativas da desapropriação (a **questão constitucional** a que se referia RUI), isto é, a necessidade ou utilidade pública e o interesse social, entram em choque com a revenda, segundo também o pensamento do Prof. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, salvo excepcionais casos desprovidos de intenção especulativa. Admiti-la, escreve ele, “admitir a revenda dentro da normalidade constitucional, será o mesmo que negar o princípio de que as desapropriações só fazem a favor

das pessoas de direito público, ou de pessoas de direito privado, delegadas ou concessionárias de serviço público" (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, "Desapropriação, na Doutrina, no Direito Brasileiro, na Legislação Comparada", S. Paulo, 1973, pág. 153).

Em sua obra acima citada, CRETELLA JÚNIOR fica na mesma linha de PONTES DE MIRANDA, considerando a "valorização futura para revenda" uma ultrapassagem do disposto no art. 153, § 22, 1ª parte, da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69, ou seja, algo infringente das condições constitucionais do poder de desapropriar (necessidade pública, utilidade pública, interesse social).

Assim, o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, vai pouco a pouco revelando os graves defeitos que o caracterizam e são próprios da filosofia política que o inspirou. Além de desprezar a cláusula de **justa indenização**, e de contemplar uma espécie de expropriação afrontosa das vigentes **condições constitucionais** desta, como é a desapropriação **por zona**, investe também, ostensivamente, contra a função peculiar da justiça no regime federativo, vedando-lhe que conheça, seja qual for o motivo alegado, da **questão constitucional** da desapropriação, no processo expropriatório.

9. Tal proibição expressa, taxativa, é duas vezes contraditória e ofensiva do que o nosso ordenamento jurídico tem de mais arejado, de mais perfeito, como diz PONTES DE MIRANDA, que é o art. 153, § 4º, da Constituição. Vedando o controle judicial dos requisitos essenciais de toda desapropriação, no mesmo processo em que esta se efetiva, impede com isso o controle imediato de constitucionalidade da lei expropriatória e, ainda por cima, fecha a via de conhecimento de possível lesão de direito individual, o que tudo envolve manifesto desrespeito ao disposto no art. 153, § 4º

Não se diga, como fazem arestos submissos ao obstáculo criado pelo art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365/41, que sempre houve essa proibição ou, segundo o entendimento de certa doutrina **data venia** compressiva, que o limite à ação foi posto pela lei. Não é verdade que entre nós o poder de legislar tem limites constitucionais e que de tais limites é o Judiciário, precisamente, o guardião? Na vigência da Constituição de 1891, o seu maior artífice e intérprete, em várias oportunidades, sustentou o cabimento do controle judicial de constitucionalidade das desapropriações nos mesmos autos da ação respectiva, e não em processo autônomo.

10. A ação expropriatória não parece ter sido criada unicamente para a avaliação do preço do bem expropriado e sua incorporação ao patrimônio público. Partindo do art. 153, § 22, 1ª parte, da Constituição, que assegura o direito de propriedade salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, e dando-lhe cumprimento, o legislador enumera os casos de utilidade pública (o texto constitucional posterior ao Decreto-Lei nº 3.365/41 cuida de **necessidade ou utilidade pública e interesse social**), e estabelece a maneira de compor-se o preço da indenização. Mas, quando cria as regras dos arts. 9º e 20, cai em contradição virtual.

Ou o juiz pode apurar se a declaração governamental se enquadra numa das hipóteses de utilidade pública descritas no art. 5º, ou essa declaração vale como um absoluto que se choca com o sistema de controle, pelo Judiciário, dos atos dos demais Poderes. A lei ordinária veio regular o dispositivo constitucional, mas este não diz assegurar o direito de propriedade, salvo desapropriação **na forma da lei**. Se assim fosse, estaria correto o argumento de que a ação expropriatória objetiva regular tão-só a avaliação do bem e sua incorporação à Fazenda Pública. A Constituição porém garante o direito de propriedade, “salvo o caso de desapropriação **por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social**”. Ela estabelece, portanto, as condições da desapropriação, as quais compõem, como dizia RUI, uma **questão constitucional**, não puramente **legal**.

Parece, assim, demasiado aceitar que a norma subordinada possa, através da ação por ela instituída, limitar, restringir, reduzir o que a Constituição não condicionou, não restringiu, não reduziu. O Poder Social de desapropriar é que está constitucionalmente condicionado por motivos determinados. A lei ordinária encarregou-se de desdobrar as hipóteses enquadráveis nas exceções constitucionais, mas se o ato declaratório de necessidade ou utilidade pública expedido pelo expropriante coincide ou não coincide com as **condições constitucionais** do direito de desapropriar, ou se existe contradição entre o motivo aparente e os fins reais do ato expropriatório, noutras palavras, a apreciação da existência **objetivamente** e não apenas **subjetivamente** das condições de toda desapropriação, tudo isso cabe na competência do Poder constitucionalmente encarregado de verificar a compatibilidade de todas as leis e de todos os atos dos Poderes estatais com a Constituição.

Na realidade, escreve TEMISTOCLES CAVALCANTI, “tanto o ato declaratório como o de execução podem estar maculados por vícios que os tornam suscetíveis de exame judicial e assim a medida (judicial) pode se destinar exclusivamente ao exame do ato declaratório de utilidade pública.” (In Parecer de 2-10-1973). Essa medida judicial tanto pode ser o mandado de segurança como a contestação da ação expropriatória, com apoio no art. 153, § 4º, da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69.

Opondo-se a ponto de vista adotado por escritores solidários com as limitações do art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365, o Prof. CAIO TÁCITO afirma, em recente trabalho: “Não nos furtaríamos a admitir que, mesmo na ação expropriatória, o juiz possa declarar a inconstitucionalidade do decreto de utilidade pública que comprovadamente visasse a fim estranho ao interesse público, ou seja, se a nulidade do ato é manifesta, tal como se verificará com o vício de incompetência” (CAIO TÁCITO, “Teoria e Prática do Desvio de Poder”, in RDA, vol. 117, pág. 12).

Era o que RUI queria, antes do advento da regra do art. 141, § 4º, da Constituição de 1946, atual art. 153, § 4º, de que talvez tenha sido o pre-

cursor, e como hoje é sustentado por nomes insignes no campo do direito administrativo e do direito constitucional. Haja vista, além das citações já feitas, o que, em vigoroso estudo do tema, diz o Prof. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Para o jovem mestre paulista, tão apreciado pelo brilho e a segurança com que trata as palavras da lei, as hipóteses legais previstas como autorizadoras da desapropriação, têm um sentido próprio, um conteúdo, à vista de uma finalidade, que é a garantia do sistema normativo, e se o ato expropriatório se conteve nos seus limites, é o Judiciário que terá de o dizer, pelo único meio eficaz, isto é, **na própria ação de desapropriação, sob pena de não resultar na proteção pleiteada ao valor jurídico resguardável** (Cfr. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Apontamentos sobre a desapropriação no Direito Brasileiro", in "Revista de Direito Público", nº 23, jan.-março de 1973, págs. 18-31).

11. Com muito maior razão jurídica deveria realizar-se hoje essa revisão da juridicidade substancial do ato do governo, em face de uma legislação segundo a qual, depois de efetuada a desapropriação, nunca mais poderá o expropriado recuperar o bem expropriado, visto como se converterá em perdas e danos qualquer ação proposta, que se funde em nulidade do processo. É possível fazer tábua rasa da efetiva proteção constitucional do direito de propriedade, substituindo-a pela percepção de perdas e danos?

Alguns julgados, inclusive do STF, invocam a opinião doutrinária que atribui ao Legislativo a competência inapelável de fixar o âmbito das ações, o seu raio de alcance, de maneira que, se males resultarem das restrições postas nalgumas delas, para isso não haverá solução judicial. (Cfr., v.g., ac. do STF, de 9-5-1949, no RE nº 13.367-BA, in RDA, 24/232.) É o caso de perguntar: e se a lei objetiva for incompatível com o ordenamento constitucional? Até onde pode a lei prevalecer contra uma garantia constitucional?

Essa posição judicial, apoiada aliás em ensinamento de SEABRA FAGUNDES anterior ao começo de vigência da plena tutela judicial dos direitos individuais, instituída pelo art. 141, § 4º, da Constituição de 1946, equivalente ao art. 153, § 4º, da atual, parece já não ter condições de subsistir. A partir desta regra fundamental, como vedar o conhecimento de uma alegada lesão de direito individual decorrente de **falsidade** do interesse público invocado no ato expropriatório? É a Constituição que diz:

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

Destarte, como admitir que o faça? Dir-se-á que fica aberto o exame de legalidade do ato por ação direta, em processo autônomo. Mas isso as leis do regime anterior já permitiam e era reputado infringente do art. 72, § 17, da Constituição de 1891. Por outro lado, a ação direta não obsta ao

principal que é a invalidação do ato expropriatório acaso fulminado de nulidade, isto é, de ofensa às **condições constitucionais** do direito de desapropriar, nem assegura ao expropriado a recuperação do bem. Antes, pelo contrário, prescreve a lei a perda definitiva deste e sua substituição por uma verba de perdas e danos, como se o art. 153, § 4º, da Constituição fosse uma simples instância indenizatória. Isso o mesmo é que estabelecer o caráter **absoluto** do direito de desapropriar, em contrário ao texto constitucional que o submete a **condições**.

Não se diga também ser a necessidade ou utilidade pública ou o interesse social matéria do arbitrio exclusivo do Governo, como se se tratasse de tema de mera conveniência e oportunidade de desapropriar, ou como se estas duas últimas expressões fossem sinônimas de necessidade e utilidade pública, as quais equivalem a **interesse público**, do qual entretanto nem sempre é o expropriante o Juiz único.

12. Regulamentando o disposto na Constituição, a lei apenas definirá os casos de interesse público (necessidade ou utilidade pública e interesse social) ou, nas palavras de CAIO TÁCITO, os casos de incidência do poder expropriatório, porquanto “a competência do Poder Executivo para decretar a desapropriação é, em suma, uma faculdade **vinculada** à lei, não **discricionária**. (Grifos do autor) (CAIO TÁCITO, “Desapropriação e Desvio de Poder”, in RDA, 26/223, Comentário.) Seu magistério é objetivo: “Toda manifestação administrativa, por mais ampla que seja a sua discricionariedade, será obrigatoriamente **vinculada** com respeito ao elemento finalidade. A violação do requisito teleológico importa a nulidade do ato administrativo por **desvio de poder**” (Id., Id.).

Mas de que adiantaria apurar isso, num processo autônomo, por ação direta, se esta já encontra consumada a desapropriação, e, por força de lei, é impossível reivindicar o bem expropriado?

Justamente por sentirem isso, o STF e Tribunais estaduais já têm admitido o controle de constitucionalidade do ato expropriatório nos autos mesmo da ação respectiva, sem embargo da vedação do art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365/41. Foi o que fez, por exemplo, a 7ª Câmara Cível do TJ do Distrito Federal, em acórdão unânime de 15 de junho de 1951 (Relator, Des. Oscar Tenório), julgando nula uma desapropriação feita pela Prefeitura local, sob o fundamento de não ser verdadeiro o interesse social invocado no ato expropriatório, nem haver utilidade pública. O expropriado, em consequência, foi mantido no direito de usar e gozar, na sua plenitude, a propriedade adquirida (Cfr. RDA, 26/223).

Sentenças de juízes de direito sensíveis à preponderância da regra constitucional têm também dado pela improcedência da ação expropriatória (Ver, p. ex., RDA, vol. 47, pág. 190).

Comentando, em nota, o julgado do Tribunal carioca, o Prof. CAIO TÁCITO elogiou-o e disse: “Pela propriedade doutrinária e pela relevância prática, merece registro especial a decisão da egrégia Câmara que traçou

roteiro certo e excelente ao controle jurisdicional do poder de desapropriar."

A ação direta (art. 20 do Decreto-Lei nº 3.365/41) não protege o proprietário contra abusos ou a infringência das condições da desapropriação. Não apenas ela não impede que a expropriação se consuma, e parece que só isso atenderia plenamente ao direito do expropriado ante conduta irregular do Poder Administrativo, como ainda ocorre que, com apoio nesse dispositivo, se tem negado a própria ação revisora do ato expropriatório. Foi o que fez a 1ª CC do TJ de S. Paulo, por acórdão unânime de 14-3-1972, rel. Des. Andrade Junqueira, na Ap. Civ. nº 204.582, de Guarujá (RDA, 111/269). Ali se afirma que "o ato pelo qual o poder público desapropria um imóvel para fins de utilidade pública, é discricionário, não podendo sofrer revisão por parte do poder judiciário em ação que munícipe intente com o objetivo de impedir a desapropriação".

A desapropriação fica, assim, elevada a direito **absoluto**, insuscetível de contraste judicial, ainda que acarrete lesão de direito individual, quando a verdade é que neste regime soberano é só o direito interpretado pelos tribunais, como na lição de RUI.

13. A doutrina contemporânea inclina-se, entretanto, para o condicionamento do ato declaratório do poder expropriante pela legalidade constitucional, donde concluir a legitimidade de seu controle imediato pelos tribunais, a partir do momento em que esteja em causa uma lesão de direito individual. No seu exercício, o poder de expropriar, como ensina o Prof. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, nada mais é que um poder legal, entrosado num sistema de garantias, manifestamente constitucional ("A Desapropriação no Direito Comparado", in RDA, 112/13).

O pensamento *data venia* injurídico que subtrai ao conhecimento do Judiciário um ato suscetível de violar a sua própria natureza, faz-nos lembrar as palavras de RUI, por sinal em relação a um acórdão paulista: "Causa estranheza, e a nossa estranheza não podemos ocultar, que um Alto Tribunal de Justiça demita de si as mais elevadas atribuições que lhe são conferidas pela Constituição, e pregue doutrina tão subversiva do direito de propriedade, retrogradando ao tempo em que vigorava o contencioso administrativo, que subtraía a administração pública do contraste da justiça. inconciliável, hoje, com o nosso regime constitucional, que fez do Poder Judiciário o árbitro das garantias constitucionais e o defensor dos direitos individuais, quando ofendidos por leis inconstitucionais ou por atos ilegais e prepotentes das autoridades administrativas" ("A Desapropriação da São Paulo Northern Railroad Company. Recurso Extraordinário nº 1.555, Rio, 1922, págs. 11-12, in "Comentários à Constituição Federal Brasileira", Coligidos e ordenados por Homero Pires, vol. V, S. Paulo, 1934, pág. 422).

A esta altura da nossa evolução constitucional, já não subsistem os argumentos que apoiaram a jurisprudência segundo a qual toda e qualquer matéria, além do preço e de vícios do processo, terá de ser encaminhada,

em processo autônomo, por ação direta. Contra isso levanta-se, principalmente, o art. 153, § 4º, da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69, a mais prestante criação do constituinte de 1946, na palavra de PONTES DE MIRANDA, a regra jurídico-constitucional em que se formulou o **princípio da ubiqüidade da justiça**. (In “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969”, vol. V, 2ª ed. revista, pág. 108.) Tão insigne regra, que RUI entreviu em imperecíveis pugnas forenses que deflagrou apoiado na doutrina da supremacia judicial (1) não há-de submergir nas águas da lei ordinária de uma fase ultrapassada de nossa evolução jurídica.

Esse dispositivo arejado que, diz PONTES DE MIRANDA, coloca o nosso sistema jurídico entre os mais perfeitos do mundo, é incompatível com a recusa de competência ao Poder Judiciário para fazer a verificação das **condições constitucionais** de toda expropriação, na ação ajuizada pelo expropriante. A lei ordinária, estabelecendo tal vedação, coloca-se alguns côvados acima da Constituição, cujo art. 153, § 4º, “**institui o monopólio judiciário do controle jurisdicional**” e “**traz em si forma completa de garantia jurisdicional dos direitos individuais**”. (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “O Artigo 141, § 4º, da Constituição Federal”, in Revista de Direito Processual Civil, 2º vol., 1960, pág. 13).

14. A segurança da plenitude da tutela judicial dos direitos individuais, não menos estimável que o interesse público, rejeita a regra puramente legal, proibitiva da revisão, pela Justiça, no processo da ação expropriatória, das exigências condicionadoras do direito de desapropriar. O art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365 que manteve e alargou o disposto no art. 10 do Decreto regulamentar de 1903, vedando a verificação dos casos de necessidade ou utilidade pública — **capitis deminutio** do Judiciário num regime que assenta no princípio de sua supremacia — era uma regra jurídica de não cognição contrária ao art. 141, §§ 16, 1ª parte, e 4º, da Constituição de 1946, equivalente ao art. 153, §§ 22, 1ª parte, e 4º, da Constituição vigente, conforme está dito em PONTES DE MIRANDA. Se o caso não cabe na enumeração legal, ou nas exemplificações da lei — escreve o grande comentador —, “**tem o juiz de considerar ilegal a declaração de desapropriação; se é a lei, em que ela cabe, que é contrária à Constituição, tem o juiz de decretar a inconstitucionalidade da lei e, em seguida, a inconstitucionalidade da declaração de desapropriação. A alegação de não ser caso de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social no sistema jurídico brasileiro, é de pressuposto da pretensão à tutela jurídica da desapropriação**” (PONTES DE MIRANDA, ob. e vol. cit. pág. 461) (Grifos da transcrição).

Fica assim, pelo direito constitucional dos nossos dias, confirmado o pensamento de RUI em matéria de desapropriações por utilidade pública.

(1) Cfr. Rubem Nogueira, “Possíveis Antecedentes Doutrinários dos arts. 42, item VII, e 153, § 4º, da Constituição Brasileira”, in FORUM, Revista do Instituto dos Advogados da Bahia, Número Especial, Bahia, 1973, págs. 189-197).

Ainda é PONTES DE MIRANDA que reputa implícita, no direito brasileiro, a desapropriabilidade, uma vez que os pressupostos constitucionais se componham; a utilidade pública, a necessidade pública, o interesse social não de existir **objetivamente** e não só **subjetivamente**, isto é, por simples declaração do poder expropriante, e a declaração pode ser verdadeira, como pode ser falsa. Numa palavra: **A matéria é de exame pelo Poder Judiciário, sem qualquer pré-eliminabilidade** (ob. e vol. cit., pág. 415).

Na linha, pois, de seu pensamento, a eliminação da competência judicial feita pelos arts. 9º e 20 do Decreto-Lei nº 3.365/41 está fora do direito constitucional positivo brasileiro. Parece-lhe que, se discutível é perante alguns sistemas jurídicos a possibilidade da apreciação judicial da declaração de desapropriação e seu conteúdo, aqui isso está acima de qualquer disputa: **"Toda essa discussão é de afastar no sistema jurídico brasileiro. O art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365, que era contrário à Constituição de 1937, multiplicadamente o foi, e evidentemente, desde a promulgação da Constituição de 1946."**

15. O desenvolvimento contemporâneo da teoria do **desvio de poder** ou do **desvio de finalidade** do ato administrativo e a plena tutela judicial de direitos fundada no art. 153, § 4º, da Constituição, tornam inarmonizável com as idéias dominantes entre nós a conservação dos dispositivos legais amputadores da atuação do Poder Judiciário. A futura legislação disciplinadora de toda a matéria das desapropriações por necessidade ou utilidade pública e por interesse social, para ser coerente com as linhas mestras do ordenamento constitucional em vigor, deve excluir toda restrição à atividade jurisdicional relativa ao exame das condições constitucionais do direito de desapropriar, sob pena de sustentar uma contradição que enfeia senão deforma o regime jurídico brasileiro.

Isso podemos deduzir da essência do pensamento das nossas maiores autoridades na matéria. Há um consenso em torno da ilegitimidade substancial dos arts. 9º e 20 do Decreto-Lei nº 3.365/41.

Interpretando literalmente o art. 9º em exame, diz o Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em Parecer de 10 de setembro de 1973, "seria incompatível com o Estado de Direito e, portanto, com o sistema constitucional brasileiro. Importaria em vedar o exame da validade do ato expropriatório, donde decorreria o manifesto absurdo de se dar curso a uma ação de desapropriação cuja base fosse eventualmente nula. Assim, colidiria com o art. 153, § 4º, da Constituição brasileira, segundo o qual "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". Ora, seria manifesta lesão de direito individual a perda da propriedade, não por motivo de necessidade ou utilidade pública por outra finalidade qualquer. Exatamente isso é que propiciaria o referido art. 9º, literalmente interpretado, pois é a mesma coisa, praticamente, não ter o direito ou não ter remédio que o assegure" ("Rev. de Direito Administrativo", vol. 118, pág. 429).

Não se coaduna com as linhas fundamentais do sistema constitucional em vigor, sobretudo a partir da criação da grande regra do art. 153, § 4º,

que o expropriado seja obrigado a fazer uma grande volta, percorrer veredas, enfrentar enfim as vicissitudes de uma longa demanda a *latere*, num caso manifesto do que HELY LOPES MEIRELES chama “violação ideológica da lei”, isto é, de **abuso de poder** ou de **desvio de finalidade**, ou, por outras palavras, a afronta moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou baseando o ato em motivos falsos ou *inexistentes para a prática de um ato administrativo aparentemente legal*, mas na realidade ilegal. Em tal caso, embora se dizendo amparada pela lei, a autoridade afronta a lei, por **abuso de poder**, sob a modalidade de **excesso de poder** ou de **desvio de finalidade**, que tornam o ato **ilegal e nulo**.

Como, em emergências esse tipo, recusar o controle imediato de legalidade, a apuração da legitimidade constitucional do ato expropriatório **no mesmo processo da desapropriação**? Tanto mais contraditório é o impedimento, quanto é certo que, recorrendo à ação direta, em processo autônomo, jamais poderá o expropriado conseguir o principal, que seria reaver o bem alcançado pelo ato governamental definitivo (art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41).

Diante disso, temos por mais indicado promover-se uma reforma da regulamentação básica das desapropriações. Variada e numerosa é já a nossa legislação sobre a matéria (Decreto-Lei nº 3.365, de 21-6-1941, lei básica da desapropriação por necessidade ou utilidade pública; Lei nº 4.132, de 10-10-1962, disciplinadora da desapropriação por interesse social; Lei nº 4.686, de 21-6-1965, que introduziu a correção monetária do valor apurado nas avaliações; Decreto-Lei nº 554, de 25-4-1969, dispondo sobre desapropriação, por interesse social, de imóveis rurais, para fins de reforma agrária; Decreto-Lei nº 1.075, de 22-1-1970, regulando a imissão *initio litis* em imóveis residenciais urbanos; Lei nº 3.833, de 8-12-1960, sobre desapropriações por utilidade pública para a execução de obras no Polígono das Secas), cujos princípios fundamentais bem poderiam estar codificados, com vistas àquela indispensável **unidade do sistema** apontada pelo Prof. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, a qual, a seu ver, nos reconciliaria com as normas de direito comparado e com as razões normativas que levam o Estado à desapropriação. Por outro lado, “pontilhadas de divergências doutrinárias e de caráter processatório, as diferentes leis atualmente vigentes estão a exigir disposições harmônicas e mais consentâneas com a natureza conceitual do fenômeno da desapropriação” (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *ob. cit.*, pág. 522, Nota).

O Congresso faria, pois, obra valiosa e oportuna, elaborando nova disciplina geral das desapropriações por necessidade ou utilidade pública, e não apenas por utilidade pública, como está no diploma em vigor, a fim de abranger todas as condições da limitação posta pelo direito social de desapropriar ao direito individual de propriedade, excluída, já se vê, qualquer

pretensão de coarctar a função constitucional da magistratura, **no processo expropriatório.**

O poder administrador jamais se enfraquecerá pelo reconhecimento da soberania judicial, desde que esta decorra da vontade da lei fiel à Constituição. **Dentro da lei, a força de qualquer governo sério é incomensurável** (RUI BARBOSA, Disc. no Senado, sessão de 6-11-1897, in "Obras Completas", v. XXIV, Tomo I, pág. 174).

RESUMO DAS CONCLUSÕES

1. O regime da lei anterior não impedia o exame judicial das condições da necessidade ou utilidade pública das desapropriações, embora dispositivo regulamentar o tivesse feito. A jurisprudência dos tribunais refletiu essa insegurança, tendo havido acórdãos, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que, diante da garantia constitucional do direito de propriedade, admitiram a inconstitucionalidade daquela proibição.

2. Na vigência da Carta Outorgada de 1937, a lei ordinária (decreto-lei) expressamente impediu que no processo da ação expropriatória se discutisse qualquer outra matéria, além do preço da indenização e de nulidades processuais. Ainda mais: tornou definitiva a incorporação do bem expropriado à Fazenda Pública, proibindo-lhe a reivindicação, mesmo fundada em **nulidade** do processo expropriatório e convertendo em perdas e danos qualquer ação julgada procedente.

Tais proibições colidem com a garantia da propriedade prescrita na Constituição, a qual converteu as condições da necessidade ou utilidade pública numa **questão constitucional**, o conhecimento de cujas implicações compete imediata, direta e exclusivamente ao Poder Judiciário, no sistema federativo de supremacia da Constituição, sem possibilidade lícita de interferir o legislador ordinário no exercício dessa função soberana.

3. Por outro lado, a Constituição Federal, a partir de 1946, criou a tutela plena dos direitos individuais contra todas as formas de lesões, encarregando ainda o Poder Judiciário de exercê-la, igualmente sem que contra isso possa prevalecer qualquer disposição de lei. Logo, duas vezes tem apoio na Constituição (um virtual, outro expresso) a pretensão de pedir, **no processo expropriatório**, que o Juiz conheça de **alegado abuso de poder ou desvio de finalidade** da autoridade editora do ato declaratório da necessidade ou utilidade pública, para restabelecer direito individual lesado.

4. Por todo o exposto, inclinamo-nos pela necessidade de uma codificação das leis sobre o instituto da desapropriação por **interesse público** (locação na qual, segundo SEABRA FAGUNDES, se traduz nas várias legislações a dupla condição da **necessidade** ou **utilidade pública** do expropriação), a fim de atualizá-las, unificá-las e pô-las em consonância com a nova realidade constitucional, os avanços da doutrina e a evolução da jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal e os “Habeas Corpus”

ALCIDES DE MENDONÇA LIMA

Catedrático de Direito Processual Civil
na Faculdade de Direito da Universida-
de Federal de Pelotas.

Normalmente, os **habeas corpus** são impetrados perante Juiz de Direito (v.g., contra ato de Delegado de Polícia, Prefeito etc.) ou Juiz Federal (v.g., Delegado da Receita Federal etc.) ou perante Tribunal de Justiça ou de Alçada (se é contra ato de autoridade estadual mais graduada) ou perante o Tribunal Federal de Recursos (se é contra ato de autoridade federal, indicada na Constituição Federal, **ex vi** do art.

Embora o **habeas corpus** seja comumente usado na justiça criminal, pela finalidade de restituir a liberdade ao paciente ou de impedir sua prisão, no cível também pode ser aplicado, quando, ainda que em casos raros (v.g., ação de alimentos, falência, depositário infiel etc.), alguém haja sido privado de sua liberdade ou esteja na iminência de sê-lo.

122, I, c), ou perante o Superior Tribunal Militar (nos casos de sua competência, se o ato é de autoridade militar).

Processado o **habeas corpus** perante Juiz de Direito, caberá **recurso stricto** para o Tribunal de Justiça ou de Alçada, nos casos de competência da justiça estadual; ou para o Tribunal Federal de Recursos, nos casos de competência da justiça federal. Se o **habeas corpus** for impetrado diretamente a um órgão colegiado, ou seja, Tribunal (Federal de Recursos, Justiça, Alçada, Militar), não caberá o referido **recurso stricto** previsto pelo Código de Processo Penal.

Se, porém, na primeira, como na segunda hipótese acima, o pedido for **denegado**, o interessado poderá interpor recurso ordinário constitucional para o Supremo Tribunal Federal, como permite o art. 119, II, a, da Constituição Federal. Se o pedido foi impetrado originariamente perante Juiz, o recurso ordinário constitucional será contra o acórdão proferido no **recurso stricto**, interposto contra a decisão do magistrado; se o pedido foi impetrado originariamente perante um Tribunal, então o recurso ordinário constitucional será interposto contra o próprio acórdão, que é a única decisão na espécie.

Entretanto, quando se trata de elevadíssimas autoridades ou entidades, como co-autoras ou pacientes, indicadas na Constituição Federal (art. 119, I, h), o **habeas corpus** deve ser dirigido diretamente ao Supremo Tribunal Federal, que tem, no caso, o que se denomina tecnicamente competência originária. O processo não chega ao Supremo por via de recurso contra decisão proferida por um órgão inferior, mas, sim, em primeira mão, diretamente.

Desde a Lei n.º 221, de 1894 (art. 21), suprindo omissão da Constituição Federal de 1891 (a primeira da República), passando pelas sucessivas Leis Magnas (Constituição de 1934, art. 76, I, h; Const. de 1937, art. 101, I, g; Const. de 1946, art. 101, I, h; e Const. de 1967, art. 114, I, h), que, tradicionalmente, se permitia que o Supremo Tribunal Federal conhecesse de pedidos diretos de **habeas corpus**, fora dos casos expressos de competência originária, "se houver perigo de se consumir a violência antes que outro Juiz ou Tribunal possa conhecer do pedido", segundo o texto da parte final da citada alínea h do inciso I do art. 114 na redação primitiva da vigente Constituição Federal de 1967, antes da Emenda n.º 1, de 1969, o qual era repetição, em essência, dos dispositivos análogos das anteriores Cartas Magnas nacionais.

Tal norma era mais ou menos supérflua, porque será mais fácil fazer um pedido a um Juiz ou Tribunal do que processar perante o Supremo, sempre congestionado e distante do resto do país, dificultando as solicitações de informações à autoridade coatora. De qualquer maneira, entendia-se ser uma garantia a mais em favor da liberdade individual, quando faltasse o amparo dos órgãos judiciários locais que, normalmente, deveriam conhecer do processo.

O Ato Institucional n.º 6, de 31 de janeiro de 1969, antecipando-se à Emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969, porém, implicitamente já revogara a mencionada alínea **h** do inciso I do então art. 114 da Constituição Federal de 1967, pela redação imprimida à alínea **a** do inciso II do mesmo art. 114, que passou a ser a seguinte: "os **habeas corpus** decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão, NÃO PODENDO O RECURSO SER SUBSTITUÍDO POR PEDIDO ORIGINÁRIO."

Por conseguinte, desde o advento daquele Ato n.º 6, de 1969, a parte lesada ou ameaçada no seu direito de liberdade passou a não mais poder bater às portas do Supremo, tentando obter o remédio heróico, mesmo com "perigo de se consumir a violência antes que outro Juiz ou Tribunal possa conhecer do pedido", na expressão clássica e tradicional em nosso ordenamento constitucional.

A competência do Supremo, originariamente, a partir de então, ficara adstrita, apenas, à primeira parte da referida alínea **h**, isto é, contra atos de altas autoridades ou entidades, ou protegendo-as, se as mesmas fossem as pacientes. Como a Emenda n.º 1, de 1969, reeditou o texto daquele Ato Institucional n.º 6, no atual art. 119, I, **h**, e II, **c**, não mais existe, presentemente, a excepcional competência originária do Supremo pela iminência de haver violência sem oportunidade de outro órgão judiciário conhecer do pedido.

Os pacientes apenas poderão chegar ao Supremo por via de recurso ordinário constitucional, que não mais pode ser substituído por pedido originário. E o recurso ordinário constitucional somente leva o processo ao Supremo depois do tramitamento normal nos órgãos inferiores, se denegado o pedido. A parte não mais poderá dar um pulo, isso é, deixar os graus inferiores, perante os quais deveria impetrar o **habeas corpus**, para dirigir-se diretamente ao Supremo, sob a alegação de perigo iminente de violência.

O Ato n.º 6, na verdade, não alterara, diretamente, a parte final da alínea **h** do inciso I do art. 114 do primitivo texto da Constituição Federal de 1967. Mas, implicitamente, a mesma fora revogada pelo teor formulado para a alínea **a** do inciso II do mesmo dispositivo. E a Emenda n.º 1, de 1969, constitucionalizou a situação, conforme o já citado art. 119, II, **c**, que está em vigor.

Em relação aos **habeas corpus**, a competência do Supremo Tribunal Federal é a seguinte, presentemente, pela Constituição Federal:

- a) originária** — nos casos expressos (artigo 119, I, **h**, parte inicial; a parte final do primitivo art. 114, que àquele corresponde, já fora revogada desde o Ato Institucional n.º 6, pela redação dada à alínea **a**, último período do inciso II do mesmo dispositivo);
- b) recursal ordinária** — apenas quando **denegados**, depois de processado o pedido em todos os órgãos inferiores (art. 119, II, **c**);
- c) recursal extraordinária** — somente quando **concedidos**, se a matéria puder ser enquadrada no art. 119, III, em uma ou em algumas de suas alíneas, como ocorre com qualquer outra causa. Quando **denegados**, não há necessidade do recurso extraordinário, pois a parte pode atingir o Supremo normalmente com o recurso ordinário constitucional, sem as limitações inerentes àquele remédio extremo.

Não há mais, portanto, a competência excepcional: originária em face de iminente perigo de consumir-se violência pela impossibilidade de outro Juiz ou Tribunal conhecer do pedido.

Foi rompida, assim, uma tradição, que remontava aos primórdios da República. A significação era apenas moral, porque pouco era o efeito prático, sobretudo pela dificuldade da prova de que outro Juiz ou Tribunal não podia conhecer do pedido. Era um modo oblíquo de afastar os graus inferiores e chegar diretamente ao Supremo.

A nova norma servirá para descongestionar o Supremo, aliviando-o de mais encargo, embora hipotético, que somente servia para desvirtuar suas altíssimas funções dentro do regime federativo.

Natureza Jurídica dos Partidos Políticos Brasileiros

A. B. COTRIM NETO

Professor titular de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da UFRJ e na Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas (Rio). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Nacional de Direito.

1. O partido político, na concepção de BLUNTSCHLI, de KELSEN e de PINTO FERREIRA.
2. *Idem*, segundo HOMERO PINHO.
3. Problemas de ordem jurídica, suscitados pela indefinição sobre a natureza jurídica do partido.
4. Os partidos políticos apreciados como “fenômeno social”.
5. Os partidos políticos modernos, segundo BURDEAU e DUVERGER.
6. Os partidos políticos nos Estados Unidos, pela observação de LINARES QUINTANA.
7. Histórico dos partidos políticos, especialmente no caso do Brasil, visto por AFONSO ARI-NOS DE MELLO FRANCO.
8. Recepção dos partidos políticos nos diplomas legais modernos, conforme estudo de JOSAPHAT MARINHO.
9. Natureza jurídica dos partidos políticos brasileiros, no entendimento de O. A. BANDEIRA DE MELLO.
10. Os partidos políticos brasileiros são autarquia *sui generis*.

1. Se a Política puder ser definida, segundo clássico entendimento, como a arte da governamentação das nações, ou o expediente que organiza e estrutura a própria sociedade, é fora de dúvida que o partido não poderá deixar de ser considerado integrante do poder político, da estrutura do Estado, enfim.

Em seu "Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno", (1) PINTO FERREIRA tem oportunidade de estudar a natureza sociológica e jurídica do partido político, resumindo suas observações no proclama de que, para alguns estudiosos, ele será mero grupo social, enquanto outros o vislumbram como genuíno instituto de Direito Público. A tese clássica de sustentação do primeiro entendimento, para o mestre do Recife, foi enunciada por BLUNTSCHLI, no século passado, quando dizia que "os partidos não são uma instituição do Direito Público, mas da Política, e nem membros do organismo do Estado, mas grupos sociais em que cada um livremente entra e sai"; em outros termos, acrescentava PINTO FERREIRA, de acordo com o publicista alemão: os partidos seriam apenas corporações político-sociais, grupos sociológicos ou entidades da sociologia.

Ao contrário dessa interpretação de BLUNTSCHLI, a concepção moderna destaca o aspecto jurídico-formal das agremiações partidárias, e se radica no magistério de KELSEN, e sobretudo neste pensamento: "Não faz muito tempo que as legislações desconheciam oficialmente a existência dos partidos políticos, adotando em face deles uma atitude abertamente negativa; e ainda hoje não se tem plena consciência de que a hostilidade das antigas monarquias centro-européias aos partidos, e a contraposição essencial estabelecida pela ideologia da monarquia constitucional, sobretudo entre os partidos políticos e o Estado, não era senão uma inimizade mal dissimulada contra a democracia." E, mais ainda, KELSEN: "É patente que o indivíduo isolado carece completamente de existência política positiva, por não poder exercer qualquer influência efetiva na formação da vontade do Estado, e que, por conseguinte, a democracia só é possível quando os indivíduos, a fim de lograr uma atuação sobre a vontade coletiva, reúnem-se em organizações definidas por diversos fins políticos, de tal maneira que se interponham, na relação indivíduo-Estado, aquelas coletividades que agrupam, sob a forma de partidos políticos, as vontades políticas coincidentes dos indivíduos. Só por ofuscação ou dolo é possível sustentar a possibilidade da democracia sem partidos políticos. A democracia requer necessária e inevitavelmente um Estado de partidos" (apud P. FERREIRA, ob. cit., pág. 437 do vol. I).

Depois de apresentar o pensamento de KELSEN, nos termos em que os reproduzimos, PINTO FERREIRA acrescentou: "... por isso mesmo, o Professor KELSEN se limita a compreender os partidos como simples instituições de natureza jurídica, como órgãos para a formação da vontade estatal, numa posição doutrinária que é retificação, ditada pela experiência moderna, à tese clássica de BLUNTSCHLI" (ob. cit., pág. 438). E, em seguida: "Para efeito de ilustração doutrinária, seria útil mencionar algumas retificações semelhantes, ora atribuindo-se aos partidos políticos o caráter de verdadeiros institutos de Direito Público, na concepção de AMUCHASTEGUI, ora o de instrumentos necessários ao mecanismo do regime constitucional, como pretende POSADA, ou o de

(1) 2ª ed. de José Konfino, Rio, 1951, 2 vols. O estudo dos partidos políticos é feito entre as págs. 431/463 do tomo I.

órgãos da democracia, na interpretação de PALACIOS, parte integrante do processo governativo, segundo A. F. MAC DONALD, verdadeiros órgãos de governo, em consonância à opinião de WILLOUGHBY, ou, afinal, uma parte do governo mesmo, na tese proposta por MERRIAM-GOSNELL” (id., ib.).

Ao fim deste tópico de sua obra (artículo 3 do § 20), PINTO FERREIRA apresenta seu próprio entendimento, a propósito do tema, escrevendo: “Diante do exposto, convém chegar a uma interpretação integral sobre a verdadeira natureza dos partidos, afirmando-se que eles são simultaneamente corporações político-sociais e institutos do Direito Público, ou seja, entidades da sociologia reguladas tecnicamente pelo direito positivo. Por isso é que LINARES QUINTANA declara judiciosamente ser uma das obrigações nítidas do Estado Moderno a de “reconhecer os partidos como corporações político-sociais necessárias e dar-lhes normas para que respondam eficazmente à função que tendem a cumprir”. Trata-se, destarte, de uma conceituação integral dos partidos, que reconhece a sua dupla natureza, social e jurídica, de conformidade com a própria orientação científica dominante na doutrina geral do Estado” (ob. cit., pág. 439).

2. No desenvolvimento do verbete “Partidos Políticos” do “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, HOMERO PINHO definiu o partido político como “uma associação de eleitores subordinados às normas legais e a uma disciplina estatutária, unidos pela mesma corrente de idéias sobre o que lhes parece a melhor forma da organização da vida social e que objetiva conquistar, ou influir, o poder do Estado em ordem a realizar o programa a que se propuser”. (2) E, no prosseguimento de seu trabalho — onde, lamentavelmente, não aprofundou o estudo do tema —, o pranteado mestre de Direito Constitucional, que o escreveu, apreciando a natureza sócio-jurídica do partido político, assinalou: “Para nós, a natureza dos partidos já não oferece problemas. Em conformidade com o nosso direito positivo são eles pessoas de Direito Público interno, qualidade que adquirem com o respectivo registro pelo Tribunal Superior Eleitoral, conforme o artigo 132, § 2º, do Código Eleitoral de 1950, e agora é repetido e respeitado pelo disposto em o artigo 3º da recente Lei Orgânica dos Partidos Políticos” (no trabalho e publicação cit., pág. 124).

Concordamos perfeitamente com o autor dessas observações, que à sua condição de jurista aliava a de magistrado, com experiência no Direito Eleitoral, visto ter exercido por longo tempo a Presidência do Tribunal Regional Eleitoral do Estado da Guanabara.

3. Mas essa colocação temática não resolve os mais agudos problemas de ordem jurídica que a matéria suscita. Por exemplo: ainda que pessoa jurídica de Direito Público, qual a exata posição do partido político no quadro do Governo e da Administração Pública? Qual a natureza e extensão dos controles a exercer sobre a entidade pública partido po-

(2) “Partidos Políticos”, verbete do vol. 36 do “Repertório”, ed. Borsoi, Rio, págs. 120/128.

lítico, e quem tem poderes para fazê-lo? Um partido político pode ser sujeito passivo em ação popular, ou mandado de segurança, expedientes típicos de exercício de controle judiciário sobre a Administração Pública? Quid? Outro tanto em relação a esse expediente *sui generis* de controle que é o inquérito parlamentar? Qual o regime jurídico dos bens e dos empregados do partido político, com todas as suas implicações, inclusive as de responsabilidade civil e as de natureza criminal (são crimes contra a Administração aqueles que se praticam contra partido político)? Qual o foro para as ações contra partido e quais os prazos prescricionais em relação às mesmas entidades? Qual a maneira de se executar, contra partido, a condenação de pagamento: mediante penhora e suas seqüelas, ou através de precatório, de ônus estatal?

4. Implicitamente concorde com o entendimento de PINTO FERREIRA, sobre a dupla característica dos partidos políticos — que hão de ser apreciados no prisma sociológico como no jurídico —, GEORGES BURDEAU teve ensejo de dizer que, no seu entendimento, os partidos devem ser considerados em tanto quanto se exterioriza neles o Poder Político, isto é, como dado primeiro da vida política, e, ademais, quanto à sua função no quadro de um tal ou qual sistema governamental. (3) Considerado como elemento necessário da vida política, o partido se apresenta como um “fenômeno social provavelmente tão antigo como a própria sociedade” (A. e ob. cit., pág. 422). E como “fenômeno social” é, efetivamente, que o partido político tem sido objeto de mais frequentes apreciações: sem necessidade de maiores pesquisas, de pronto nos é possível referir uns quantos magníficos estudos — desde a curiosa obra na qual, cerca do ano de 1730, na Inglaterra, o VISCONDE DE BOLINGBROKE lançou um célebre anátoma contra a corrupção dos partidos (“Cartas e Dissertação sobre os Partidos”) — a propósito dos partidos da Argentina, da França, dos Estados Unidos etc. (4)

Com presença obrigatória na história social da humanidade, os partidos políticos não têm também — exatamente por isso mesmo — deixado de receber, ao mesmo tempo que exaltação, as objurgatórias de seus críticos, entre as quais o notável registro de HAMILTON, no “Federalist”, a propósito do “espírito de intolerância” que sempre os carac-

(3) In “Traité de Science Politique”, cit., tomo I, pág. 423.

(4) Ver Rodolfo Rivarola, em “Partidos Políticos — Unitário y Federal”, ed. Lajonane, B.A., 1904; José Maria Rosa (Hijo), “Los Partidos Políticos y la Nación; in *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, da Univ. de la Plata, tomo VIII, anos 1935/1937, págs. 784/816; 2 interessantes “cahiers” da Fundação Nacional de Ciências Políticas de França, ed. pela Livraria Colin, um deles elaborado por Charles Morazé, e outros, e intitulado “Études de Sociologie Electorale” (1947), o segundo por Maurice Duverger, e outros, sob o título “L’Influence des Systèmes Electoraux sur la Vie Politique” (1950); o alentado livro de Paul Marabuto, “Les Partis Politiques et les Mouvements Sociaux sous la IVe. République”, ed. Sirey, Paris, 1948; Wilfred E. Binkley, “American Political Parties — their natural History”, pub. na 3.ª ed. em 1958, e trad. para o português, sob o título “Partidos Políticos Americanos”, em ed. do Fundo de Cultura, Rio, 1961. Quiséssemos delongar estas referências e faríamos um infundável catálogo, tão denso é o tema e tão constante a sua análise sociológica; os livros acima relacionados nós os tomamos quase ao acaso em nossas estantes.

terizou, a ponto de o ferro e o fogo não terem produzido maiores males, em política como em religião, do que os partidos. . .

5. Poucos publicistas têm feito melhor e mais profundo estudo do fenômeno do partidismo que os autores franceses GEORGES BURDEAU e MAURICE DUVERGER, o primeiro em volumes vários — especialmente no I e no IV — de seu “*Traité de Science Politique*”, e o segundo no “caderno” da Fundação Nacional das Ciências Políticas, “*L’influence des Systemes Electoraux sur la Vie Politique*”, já mencionado, como em vários capítulos de seu “*Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*”. (5)

De certo modo, ambos os autores estão concordes em que os partidos modernos são genuínos “órgãos de formação da vontade nacional” (palavras de BURDEAU, no livro cit., vol. I, nº 331), e em que “a organização dos partidos influi na forma de vida política” (DUVERGER, em “*L’Influence*”, pág. 13), o que implica em — mesmo nos regimes que não adotam o partido único, os quais, por isto, são regimes ditatoriais — se ter de admitir estarmos diante de manifesta tendência “para o Estado de partidos” ou, mesmo, para o “Estado partidário”, da expressão de BURDEAU (ob. e lugar cit.).

No concernente à estrutura dos partidos, entende DUVERGER que ela naturalmente varia, de acordo com os sistemas eleitorais em cujo seio os mesmos funcionam. Assim, o professor parisiense os esquematiza destarte: 1º) a representação proporcional tende para um sistema de partidos múltiplos, rígidos e independentes; 2º) o escrutínio majoritário de dois turnos tende para um sistema de partidos múltiplos, flexíveis e independentes; 3º) o escrutínio majoritário de um só turno tende para o dualismo de partidos (em “*L’Influence*”, ainda à pág. 13).

Se os partidos efetivamente correspondem à real manifestação das opiniões que prevalecem, num dado momento, no espírito dos integrantes do corpo eleitoral, é inquestionável a dúvida que BURDEAU opõe à autenticidade dessas manifestações (v. o vol. IV do “*Traité*”, *passim*, especialmente págs. 278/279); e DUVERGER, quase se antecipando ao pessimismo do SIEGFRIED — que lhe prefaciou “*L’Influence. . .*” — também sobre a autenticidade eleitoral das entidades partidárias, quando escreveu que o centro de gravidade da vida política se deslocou, modernamente, para a burocracia dos partidos, de sua parte assim se exprimiu: “Para nós o eleito não representa o eleitor como um mandatário representa seu mandante, mas como um quadro representa uma paisagem” (ob. cit., pág. 33).

(5) Na trad. esp. de Jesus Ferrero, ed. Ariel, Caracas—Barcelona, 1962, pub. sob o título “*Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*”. Aliás, este professor da Universidade de Paris tem outros estudos sobre a vida político-partidária, que não importa aqui citar, pois a matéria de fundo do nosso estudo atual não é propriamente o partido político, mas, apenas, o Partido Como Órgão do Estado. Deve-se informar que as observações de Duverger influíram muito nas opiniões de Burdeau, conforme este admitiu, quando escreveu que “nós freqüentemente nos inspiramos” na obra (“*L’Influence*”) do autor mencionado (in “*Traité*”, vol. IV, pág. 278, nota 1).

Entretanto, havendo estudado com percuciente minúcia a natureza política e sociológica dos partidos, nos mais diferentes sistemas eleitorais e regimes políticos, os autores em referência não se detêm no estudo jurídico da natureza dos partidos políticos do mundo democrático, embora BURDEAU se tenha expressado — em breves manifestações — contra o que ele chama de “oficialização” dos partidos. (6)

6. Há pouco mais de trinta anos, SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, que posteriormente viria a se tornar o mais fecundo publicista de seu país, teve ensejo de publicar interessante estudo sobre os partidos americanos, onde, a par de nos fornecer ótimos elementos para especulação doutrinária do tema de que nos ocupamos, informa sobre o regime jurídico dos partidos nos Estados Unidos. (7)

Antes de passar ao desenvolvimento de suas próprias considerações sobre os partidos da grande república do norte, QUINTANA nos apresenta a observação do autor do clássico “American Commonwealth”, BRYCE, para quem “o espírito e a força dos partidos foram tão necessários para o funcionamento da máquina governativa (nos Estados Unidos) como o vapor para a locomotiva; ou, o que é a mesma coisa, para mudar a comparação, a associação e a organização dos partidos são, para os órgãos do governo, o que os nervos motores são para os músculos, tendões e ossos do corpo humano. Transmitem a força motriz, indicam as direções em que hão de mover-se os órgãos” (pág. 25).

Em seguida, o Professor QUINTANA faz o exame do conceito de partido político, através de um excursão pela doutrina, legislação e jurisprudência dos Estados Unidos, ressaltando os entendimentos de dois professores de Ciência Política, que são JOSEPH R. STARR e AUSTIN F. MACDONALD. Conforme LINARES QUINTANA teria colhido em obra do primeiro, o status legal dos partidos políticos nos Estados Unidos dista muito de se achar claramente definido: “Por uma parte, encontramos vasto corpo legislativo e jurisprudencial que verdadeiramente coloca o agrupamento partidário num ramo do governo, em certa semelhança com o sistema dos principais países totalitários da Europa. Por outro lado, é dado perceber uma situação parecida com a imperante na Grã-Bretanha e na França da III República, com partidos políticos praticamente sem regulamentação, salvo a disposta nas leis de controle dos agrupamentos subversivos” (pág. 60). E, na obra de MACDONALD, o publicista QUINTANA toma escólios nos quais o escritor americano proclama que o governo é algo mais que uma questão de constituições e de leis, já que, em grande medida, atua através dos partidos políticos, que necessariamente “são parte integrante do procedimento governativo” (id., ib.).

Na continuação de seu estudo, e depois de ter feito o registro de que a Constituição Federal norte-americana como a da maioria dos Es-

(6) As págs. 459 e 460 do vol. I do “Traité”, Burdeau refere certos movimentos para a oficialização legal da estrutura dos partidos políticos, a qual, todavia, ainda não chegou a se consumir.

(7) “Los Partidos Políticos en los Estados Unidos da América — su ordenamiento jurídico”, ed. Depalma, B.A., 1943.

tados-membros, guarda silêncio sobre os partidos políticos, o autor argentino se detém na apreciação da obra de MERRIAM and GOSNELL — escritores de livro sobre o sistema americano de partido —, os quais agrupam as numerosas e variadas concepções existentes nos Estados Unidos em quatro grandes categorias: 1) interpretação do partido como uma agência responsável de governo; 2) interpretação do partido como um agrupamento formado para proporcionar candidatura e política; 3) interpretação do processo partidário, especialmente em seu aspecto patológico, como o produto das forças sociais e industriais; 4) interpretação do sistema de partidos, especialmente em seu aspecto sociológico, como uma agência indispensável de controle popular (ob. cit., pág. 67).

Consoante a observação de SEGUNDO LINARES QUINTANA, a generalidade dos autores entende que o partido político, nos Estados Unidos, é uma associação de caráter público, sobre o qual o Estado pode legislar, máxime se se tem em conta que o pensamento majoritário o considera uma parte da máquina governamental. Todavia, admite-se, o partido apresenta algumas características de associação privada, pois o ingresso de seus membros é voluntário, e ninguém poderá ser compelido a integrá-lo. Noutro trecho, QUINTANA reitera que uma forte corrente de opinião sustenta a concepção de que o partido político é uma agência do governo: FORD, GOODNOW, WILSON, ROOT, MERRIAM e GOSNELL assim pensam, sendo que os dois últimos vão além, por entenderem que as agrupações partidárias devem ser vistas como instituições suplementares do governo, com a função de auxiliar o eleitorado na seleção de certos funcionários, na determinação das políticas governativas, assim como na delicada e essencialíssima operação de apoiar ou criticar a Administração (pág. 70).

7. Pelo cuidado que sistematicamente põe nas suas obras, os estudos de AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO, sobre os partidos políticos nacionais, devem ser classificados dentre os que maior interesse apresentam. O primeiro deles foi uma tese de concurso, escrita logo depois de promulgada a Constituição brasileira de 1946; o segundo, uma tese apresentada ao IV Congresso Jurídico Nacional, que se reuniu em São Paulo, no mês de janeiro de 1955. (8)

No primeiro dos referidos estudos, ARINOS percorre a história dos partidos políticos da antiguidade clássica, para concluir ser impróprio chamar de “partido” — no sentido que hoje se atribui a este nome — aos movimentos de facções ou de classes sociais que aparecem em Atenas ou em Roma (pág. 10); e chega à Inglaterra, protótipo da democracia na Idade Moderna, dela falando que ali só se chegou a praticar o “governo de partidos” a partir do século XIX, depois do Reform Bill, de 1832, o

(8) A tese de concurso, com a qual o autor conquistou uma cátedra de Direito Constitucional, foi publicada sob o título de “História e Teoria do Partido Político no Direito Constitucional Brasileiro”; atualmente circula uma 2ª edição, da Editora Alfa-Omega, SP, 1974, com o título de “História e Teoria dos Partidos Políticos no Brasil”, e é o livro que iremos citar. A tese apresentada ao Congresso Jurídico foi publicada na Revista Forense, vol. 157 (1955), págs. 7/20, sob o título “Os Partidos Políticos Nacionais”.

qual, criando e assegurando a fidelidade partidária, assegurou a coesão das maiorias (pág. 14). Finalmente, depois de larga pesquisa histórica, proclama AFONSO ARINOS: "Podemos, assim, graças a esta análise perfunctória, verificar que a tendência geral do Direito Constitucional dos países democráticos, a partir da Primeira Guerra Mundial, é de reconhecer explicitamente o partido político como uma das peças do sistema jurídico do Estado (...). No caso brasileiro, temos as mais evidentes provas de que, rematando antigos esforços que datam da implantação da República, a Constituição de 1946 veio marcar a vitória da doutrina que entendia ser fundamental a atividade partidária, por meio dos partidos nacionais, ao exercício do poder democrático no país" (pág. 112, de "História..."); e encerra o livro com a exaltação programática do **partido nacional**, subordinado a um regime jurídico de estrito controle dos recursos aplicados no custeio de suas atividades e de sua propaganda, pois, consoante o pensamento de KELSEN, que ele aplaude, "a democracia é necessariamente e inevitavelmente um Estado de partidos", pelo que, "manter a democracia significa, para o Brasil, cultivar e robustecer a instituição dos partidos" (*idem, ib.*, pág. 123).

Quanto aos encerramentos da tese proposta ao IV Congresso Jurídico Nacional, pode-se dizer que, aí, MELLO FRANCO resumiu as observações que fizera na obra maior e anterior. Num dos trechos iniciais, proclamou o publicista: "É sabido que só há pouco tempo os partidos políticos vêm sendo referidos nas Constituições e leis eleitorais dos países democráticos de mais alto nível cultural (...). Pode-se dizer que, em tais casos, dado o maior adiamento e a politização do povo, as leis vieram, de acordo com a concepção clássica, exprimir um estado de consciência social. No Brasil, porém, não foi isso que se deu. A fragmentação que sofreram os partidos imperiais, com a implantação da República, não correspondeu à adoção do regime federativo". No entanto, AFONSO ARINOS já tinha admitido, logo ao início deste trabalho: "O artigo 134 da Constituição Federal de 1946 assegura a representação proporcional aos partidos nacionais. Pelo histórico desse texto, na Comissão Constitucional, verificamos que os constituintes adotaram deliberadamente o partido político como instrumento exclusivo de captação do sufrágio, bem como o caráter nacional de sua organização. Aliás, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, manifestando-se sobre as hipóteses dos partidos de âmbito estadual e da apresentação de candidatos avulsos, optou pela inconstitucionalidade de tais iniciativas. Reconheceu, pois, aquela Comissão, o monopólio político dos partidos e o seu caráter nacional como peças integrantes do nosso Direito Constitucional positivo."

8. Num excelente, conquanto não muito desenvolvido trabalho, onde estudou a institucionalização jurídica dos partidos políticos, JOSAPHAT MARINHO nos informa ter sido a partir de 1919 — isto é, no imediato após 1ª Guerra Mundial — que se deu "a recepção dos partidos, expressa ou implicitamente, no contexto dos diplomas legislativos". (9) Anterior-

(9) Veja-se "Institucionalização e Estatuto dos Partidos Políticos", na *Revista de Informação Legislativa*, n.º 9, 1966, págs. 3/10.

mente, segundo este jurista, não havia um processo seguro de institucionalização dos partidos, e sua submissão a uma disciplina legal, primeiro, pela resistência da tradição do direito anterior, que desconhecia os partidos nas Constituições e nas leis; depois, porque as peculiaridades dos regimes políticos impediam as inovações: por isso, o Brasil e toda a América Latina não discrepavam da generalidade, a ponto de JOÃO NEVES DA FONTOURA ter proclamado que, em nosso País, até 1930, “quem quisesse, poderia fundar um partido, como abrir uma loja...”

Por muitos títulos, a Constituição que PREUSS elaborou para a república alemã, e se promulgou na cidade de Weimar, em 1919, foi absolutamente original e revolucionária: talvez haja sido ela a que primeiro admitiu no texto o nome “partido”, tendo-o feito no seu artigo 130, enquanto reconhecia a existência dos partidos e admitia a possibilidade de serem eles colocados no sistema das instituições do Estado.

Daí por diante, as agremiações políticas passaram a ser reconhecidas nos diplomas constitucionais e legais dos mais variados países, a ponto de, mesmo na França — onde, segundo BURDEAU, considerando-se bastante fortes, os partidos recusaram sua constitucionalização, em 1946 —, já no ano de 1919, “o legislador reconhecia a existência dos partidos políticos”, conforme lembra MOHAMMED KHEITMI, em escólio que tomamos do citado JOSAPHAT MARINHO (ob. e loc. cit., pág. 5).

Na Inglaterra — ainda é MARINHO quem observa —, os partidos se integram nas instituições políticas, representando as suas bases fundamentais, a ponto de o autor inglês IVOR JENNINGS ter proclamado que um exame realista da Constituição britânica, em nossos dias, deve começar e terminar pelos partidos.

O exame do direito comparado que o Professor JOSAPHAT MARINHO fez em certo trecho de seu estudo, tendo por mote a situação dos partidos políticos nas instituições constitucionais de variados países — cujo enunciado começa com a República Federal da Alemanha e, passando pelo Togo, Congo, Tchad, alcança a República Popular da China —, é dos mais interessantes, e continua, antes de sua conclusão, com o exame do quadro jurídico brasileiro. Todavia, como o trabalho em referência é do ano de 1966, seu autor não teve oportunidade de considerar as mais modernas instituições constitucionais de nosso País, parando no exame da matéria em face da Constituição de 1946, com este registro: “Enquadrou-se, assim, o Direito Público brasileiro na linha da recepção direta dos partidos no sistema constitucional.”

Em seguida, depois de apreciação do significado que se deve atribuir aos nomes “estatuto” e “lei orgânica”, o publicista baiano faz um perfunctório comentário sobre a antiga (vigente à época de seu artigo) “Lei Orgânica dos Partidos Políticos”, que se continha na Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965, para lançar as penúltimas linhas do estudo com estas palavras: “Contudo, sob a designação de **estatuto** ou de **lei orgânica**, o instrumento autônomo regulador da existência e do funcionamento dos partidos completa o processo de institucionalização deles, e os destaca, por seus fins precisos, dentre as demais forças sociais organizadas(...),

e criadores de novos corpos dirigentes.” E encerrava seu estudo, assim: “A institucionalização dos partidos traduz, enfim, uma forma de aperfeiçoamento dos regimes políticos, que é ideal de todos os povos.”

9. Em virtude da antes apontada recepção dos partidos políticos nos sistemas legais e, mesmo, nas Constituições modernas, criou-se um problema óbvio para todos os legisladores e juristas: qual a colocação dessas entidades no elenco das pessoas jurídicas, quais as prerrogativas e tratamento que se hajam de lhes atribuir, e quais os consectários deveres que a eles serão impostos, pelo status que receberam de órgãos governamentais?

No 2º volume de seu “Princípios Gerais de Direito Administrativo”, o Professor OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO exprime o entendimento de que os partidos políticos constituem uma categoria sui generis de pessoas jurídicas, a que ele denomina “entes paraestatais” — adotando nomenclatura e categoria da criação de HELY LOPES MEIRELLES —, com personalidade de Direito Privado. Para o eminente mestre de São Paulo, ARANHA, o Estado brasileiro incorporou os partidos políticos na forma de preceitos constitucionais particulares, classificando-os como elementos necessários para a formação de órgãos coletivos governamentais; e é através da expressão de movimentos de opinião político-partidária que o povo se representa e participa do Governo (ob. cit., págs. 99 e 271/274).

Nessas condições, como integrantes da paraestatalidade, os partidos são constituídos “para realizar atividade pública, de forma mediata, como órgãos paralelos à ação pública, levada a efeito pelo Estado, em virtude de lhes ser legalmente facultada essa atividade, de colaboração, com poder de império específico para tanto, mediante livre organização, nos termos legais. Necessitam, por vezes, de autorização ou registro para funcionar, e, mesmo, de posterior reconhecimento, a fim de ficar oficializada a sua atividade” (ob. cit., pág. 271). Mas, exatamente porque são entes paraestatais, coadjuvando o Estado na consecução dos seus fins, os partidos políticos devem sujeitar-se à fiscalização estatal, quanto ao desempenho de seus cometimentos (idem, pág. 274).

10. Não obstante, o direito legislado do Brasil afronta a opinião sustentada por BANDEIRA DE MELLO, a começar pela colocação dos partidos políticos em moldura de Direito Público, e no quadro da Constituição Federal.

De fato, várias vezes a Emenda Constitucional nº 1 se refere aos partidos políticos, seja para lhes atribuir imunidade tributária, no artigo 19, III, c, ou para lhes assegurar representação proporcional, no artigo 148, mas, principalmente, para institucionalizá-los plenamente no artigo 152. Assim, no atual regime jurídico, bem se pode dizer das entidades em referência aquilo que ACCIOLY FILHO proclamou, nestes termos: “Daí, a elevação do partido à condição de pessoa jurídica de Direito Público, com a sua instituição prevista na própria Carta Magna, regulado em legislação especial. Não mais entidades de Direito Privado, associações tendentes a fins de natureza política, mas sem encarte na própria orga-

nização do Estado. O partido político passou a interessar a toda a comunidade, deixou de pertencer ao grupo de cidadãos que o integravam. Agora, o partido, fazendo parte do Estado, é instituição aberta a todos, segundo regras que a própria lei disciplina e, assim, pertence à sociedade inteira.” (10)

Mas a legislação orgânica, editada para execução dos referidos preceitos constitucionais, foi tão minuciosa, ao inserir os partidos políticos no meio das instituições do Estado, que será possível classificar tais entidades como órgãos auto-administrados do mesmo Estado, pelo qual também são fiscalizados. Como os partidos políticos tiveram sua organização disciplinada pela Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971, será pertinente sua classificação como genuínas autarquias, que só merecerão o qualificativo de *sui generis* pelo fato de estarem inseridas na representação política com assento nos Legislativos — em vez de terem sede administrativa — e, ainda, por estarem sujeitos ao controle financeiro da Justiça Eleitoral, em lugar de o receberem do Tribunal de Contas da União.

Efetivamente, pela vigente Lei Orgânica dos Partidos Políticos, estes serão pessoas jurídicas de Direito Público interno (artigo 2º), e, como só funcionarão depois que tiverem seus atos constitutivos, e os seus estatutos e programas aprovados e publicados pelo Tribunal Superior Eleitoral (artigo 16), essas circunstâncias são mais que suficientes para identificar os partidos políticos brasileiros com as demais entidades que integram o sistema de órgãos do Estado. Entretanto, não fora isso bastante, a apreciação de quanto se encerra na Lei nº 5.682/71 convencerá de que a estrita disciplina imposta à organização e ao funcionamento dos partidos, as imunidades que os adargam e os subsídios que deverão receber do Estado, e a rigorosa fiscalização das origens como das aplicações de seus recursos financeiros — a cargo da Justiça Eleitoral —, tudo confirma o asserto de ACCIOLY FILHO (os partidos políticos não são, hoje, meras sociedades de objetivos políticos), e nos leva à conclusão de que eles serão integrantes da própria estrutura orgânica do Estado.

Não há de ser fácil identificar-se, noutros sistemas jurídico-políticos, algo que se assemelhe à organização de partidos construída em nosso País. Se compulsarmos, por exemplo, o levantamento que o Professor HANS NAWIASKY faz dos mais variados estilos organizacionais dos partidos — em seu magnífico estudo da Teoria Geral do Estado —, (11), concluiremos ser praticamente impossível qualificar dois sistemas de idênticos. Isto, logicamente, excetuando os sistemas unipartidários e ditatoriais, que sempre exibem a mesma monótona estrutura devotada à obediência cega de quem ou quantos estejam na cúspide do Poder.

Como quer que seja, entretanto, algures, o fato é que os partidos políticos têm, no Brasil, um baseamento jurídico mercê do qual parti-

(10) No artigo sobre “Alguns Aspectos do Partido Político”, publicado na *Revista de Informação Legislativa*, n.º 44, 1974, págs. 3/12.

(11) Em sua desenvolvida obra “Allgemeine Staatslehre”, ed. Benziger, Zurique, 1952, 2.º vol., págs. 91/148.

cipam da estrutura do Estado; se não podem ser vistos como órgãos de Governo, deste participam, numa certa medida, pelo fato de terem representação proporcional a seu peso eleitoral, nas casas do Legislativo. Observados por outro ângulo, os partidos têm uma conformação administrativa que os assemelha às autarquias, em sentido estrito, contam com lei orgânica, estatuto particular submetido à aprovação administrativa da entidade a que estão vinculados, a Justiça Eleitoral, que, outro tanto, exerce sobre eles um controle financeiro e certo poder de polícia nos termos do que resulta do espírito do artigo 152 da Constituição Federal.

Não será ocioso observar-se, ao final dessas considerações, que a condição de entidade governamental autônoma, *id est* autárquica, deferida pela Constituição e pela Lei Orgânica aos partidos, deixa de significar perda de autoridade e autonomia para essas entidades políticas, em virtude dos cuidados postos na elaboração do diploma orgânico.

Observou NAWIASKY, na obra e tópico a que citamos antes, que o grande perigo de um partido se transformar em trampolim para a ditadura reside na estruturação interna em que grande número de pessoas e órgãos dependem de uma só pessoa, ou de pequeno número de pessoas e o autor refere o famoso "Führerprinzip", instituído no partido nazista alemão, que seria o instrumento utilizado por HITLER para a implantação da mais terrível ditadura que a Alemanha já conheceu (pág. 127).

Outra importante consideração sobre o direito brasileiro dos partidos políticos deve ser feita, a propósito do preceito constitucional, desenvolvido na Lei Orgânica, que proíbe as coligações partidárias; também foi NAWIASKY quem chamou atenção para os inconvenientes dessas coligações, pelo fato de terem elas, freqüentemente, resultado na formação de partido único. A propósito, o mestre de Munique observa que, "em princípio, a coligação política traz na mochila a ordem de marcha para a ditadura". (12)

Não é, portanto, a colocação dos partidos numa estrutura governamental onde reside o grande perigo para a sua independência. A propósito, ainda é HANS NAWIASKY quem nos refere o que ocorre na Inglaterra, onde a chefia do mais idôneo partido da oposição desempenha uma espécie de cargo oficial "eine Art amtliche Stellung einnimmt") de Chefe Presuntivo do Governo (pág. 105).

Sem termos alcançado o grau de desenvolvimento político da Inglaterra, é inquestionável que as instituições democráticas se aperfeiçoam em nosso País, embora tenhamos de reconhecer que ainda nos resta largo excurso a fazer, no caminho desse aperfeiçoamento institucional.

(12) É no item VII do artigo 152, que a Constituição Federal estabelece "proibição de coligações partidárias", matéria que a Lei n.º 5.682, de 1971, reitera em seu artigo 6.º, e adota como princípio de ação partidária, desenvolvido implicitamente adiante. Sobre a observação de Nawiasky, informe-se que ele a fez assim: "Das ist in grossen Zügen der Weg, in welchem da und dort der Einparteiistaat entstanden ist. Der politische Bund trägt im Prinzip den Marschbefehl zum Diktaturstaat im Tornister" (ob. e vol. cit., pág. 127).

Efeitos da Constituição

Sobre o Direito Anterior

MÁRCIO ANTONIO INACARATO

Promotor Público, Curador de Massas Falidas da Capital de São Paulo. Professor de Direito Comercial das Faculdades Metropolitanas Unidas.

SUMARIO

- 1 — O ato constituinte e a Constituição.
- 2 — Efeitos da nova Constituição sobre a Constituição anterior.
- 3 — Efeitos da nova Constituição sobre a legislação ordinária anterior.
- 4 — Efeitos da nova Constituição sobre os direitos adquiridos.

1 — O ato constituinte e a Constituição

A distinção entre “poder constituinte” e “poderes constituídos” é, na feliz expressão de CARLOS SANCHES VIAMONTE, a mais importante criação de toda a teoria do constitucionalismo.

A partir do momento em que se forneceu à teoria do poder constituinte sua exata diferenciação, aí se criaram condições para um melhor desenvolvimento do Direito Constitucional dos povos. É que, distinguindo-se o poder constituinte dos poderes constituídos, ao mesmo tempo afirmava-se a supremacia da Constituição face às leis ordinárias.

A partir do momento em que se estabeleceu que a Constituição só poderia ser modificada pelo próprio poder que a editou, *ipso facto* concluiu-se que as leis ordinárias não têm o condão de alterar as disposições constitucionais.

Ensinam os doutrinadores que o poder constituinte originário é revolucionário, por sua própria natureza. Tal se fez sentir mais agudamente quando se elaboraram as primeiras constituições escritas: o direito constitucional, daí resultante, surgiu justamente para amparar as pretensões da nova classe que ascendia no quadro político, econômico e social, que não a nobreza e o clero. Classe esta que justamente SIEYÈS denominou de “terceiro Estado”.

Ora, natural que as classes até então dominantes não aceitassem sem lutas a ascensão da burguesia, classe dominada.

Assim é que se afirma que a revolução é o instrumento do poder constituinte, e que este se exprime geralmente através dela.

Manifestação revolucionária, o poder constituinte é definido nas searas positivistas como “força social” que introduz no ordenamento jurídico a Constituição.

A Constituição é, pois, obra do poder constituinte, que perdura, ainda após a edição da mesma.

E por que perdura? Porque o poder constituinte é expressão de liberdade, é manifestação da liberdade, do direito que tem o povo de edificar a estrutura jurídica da comunidade em que vive.

Assim, o poder constituinte, cujo titular é o povo, permanece até enquanto tenha vigência a Constituição elaborada por ele, até quando o “ideal de direito”, de que nos fala HAURIUO, se mantenha o mesmo no seio do povo.

É que o poder constituinte, introduzindo uma Constituição, introduz com ela as idéias vitoriosas da revolução que ensejou sua criação.

Todo grupo revolucionário, como tão bem salientou o ilustre titular da Cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP — Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO —, tem a sua própria “cosmovisão”, tem as suas próprias idéias de como deve organizar-se e reger-se a sociedade.

Vitoriosa a revolução, o grupo vitorioso tem a necessidade de “legitimar-se”.

O fenômeno da legitimidade, tão bem estudado por CARL SCHMITT, em sua obra “Teoria de la Constitución”, começou a ser estudado e compreendido a partir da Restauração Monárquica ocorrida em França a partir da queda de Napoleão, em 1814. Até então se confundiam “legitimidade” e “legalidade”. A partir daí, a legitimidade adquiriu transcendental importância, para explicar a aceitação da revolução vitoriosa no mundo jurídico.

Revolução esta que amiúde se faz contra a “legalidade” existente, mas que por vezes conta desde logo com a “legitimidade”.

É que, se o “ideal de direito” do grupo revolucionário coincide com o “ideal de direito” do povo, decorre a aceitação imediata das medidas tomadas pelo grupo revolucionário, através do mecanismo que se convencionou chamar de *consensus*.

Assim, vitoriosa a revolução, edita o governo revolucionário o seu “ato constituinte”, ato constituinte este que, se contar com o *consensus*, se tiver “eficácia” (no conceito sempre cristalino de KELSON), adquire legitimidade, e com esta a necessária “validade” (também, segundo KELSEN). Desta forma, o “ato constituinte se transforma em “Constituição”.

A “Constituição”, que traduz, segundo CARL SCHMITT, “um novo modo de ser de toda a comunidade”, produz logicamente inúmeros e notáveis efeitos jurídicos.

Tais efeitos jurídicos provocados pela Constituição é que serão analisados em seguida.

Diz-se que a Constituição introduz as “bases de um novo ordenamento jurídico”. Ora, em sendo assim, ela revoga todo o ordenamento jurídico anterior, pelo menos naqueles pontos em que as normas são colidentes.

Mas, abrindo-se um parêntesis, como entender-se aqui o significado de “Constituição”?

A Constituição tem um sentido “formal” e um sentido “material”.

Há um “conceito absoluto” de Constituição (tomada como um todo unitário) e um conceito “relativo” (conjunto de leis constitucionais).

Há um “conceito positivo” de Constituição: uma decisão de conjunto sobre o modo de ser de toda a comunidade, e um “conceito ideal” de Constituição, quando o que se visa são as aspirações fundamentais de um povo numa dada época.

Tomaremos em nosso estudo, sem nos aprofundarmos nas diferentes conceituações acima expostas, a Constituição como entendida no seu conceito “positivo” e no seu “sentido material”. Quanto a este, é que nos possibilita aferir a autenticidade da Constituição, porque traduz todas as aspirações de um determinado povo, numa determinada época.

Fechado o parêntesis, voltemos aos efeitos da Constituição. Ora, como já se salientou, cumpre se reconheça a “supremacia da Constituição” sobre as leis ordinárias.

Esta supremacia teve sua formulação jurídica primeira (e talvez a mais notável) num voto do Juiz MARSHALL, na Suprema Corte Americana, no célebre caso “*Marbury versus Madison*”.

Em outras palavras, MARSHALL doutrinou que, quando a norma constitucional e a norma ordinária regulam diferentemente uma mesma hipótese jurídica, surge o problema de se saber qual das duas deve ser aplicada: a lei ordinária ou a constitucional.

Ora, diz ele, se a Constituição escrita dos Estados Unidos consagrou os anseios de todo o povo americano, todos os seus ideais de justiça, tudo que contravenha a estes anseios, a estes ideais, deve ser recusado. Assim, cumpre seja aplicada a Constituição, recusando-se aplicação à lei ordinária.

Mas, declarado um ato inconstitucional, o mesmo é “nulo” ou simplesmente “anulável”?

KELSEN afirma que a “nulidade” não existe no campo do Direito, pois que o direito é como o Rei Midas, que transforma em ouro tudo quanto toca. Assim, só existe a anulabilidade, que pode produzir efeitos *ex tunc* e *ex nunc*. Para o mestre de Viena, as normas declaradas inconstitucionais produzem efeitos *ex tunc*, e têm caráter constitutivo-negativo a sentença que as declara.

Já a “Doutrina Clássica” entende que as leis e atos inconstitucionais são nulos de pleno direito.

No direito brasileiro, as opiniões se dividem, com predomínio da segunda corrente.

O Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO entende que o Supremo Tribunal Federal, pela Súmula nº 5, teria acolhido a tese da anulabilidade, pois que admite a convalidação de leis por defeito de ini-

ciativa. Recentemente, contudo, ao julgar recurso extraordinário oriundo da Guanabara, a propósito de aumento concedido aos juizes por iniciativa de deputados, o STF declarou a nulidade da lei, embora sancionada posteriormente pelo executivo.

Também arrola o contido no art. 42, item VII, da Constituição vigente como argumento em favor da tese da anulabilidade, pois que “só se pode suspender o que existe”.

Sem embargo de divergirmos dessa ilação ampliada desse dispositivo constitucional, deixamos o tema em aberto, pois que outras questões reclamam nossa atenção.

É bem de salientar-se que o problema ora tratado surge tão-somente nas chamadas “constituições rígidas”, sendo desprovido de interesse nas “constituições flexíveis”, como o “Estatuto Albertino” ou a Constituição Francesa de 1848.

2 — Efeitos da Constituição sobre a Constituição anterior

Tornando-se eficaz a nova Constituição, adquirindo legitimidade, faz cessar imediatamente o alcance das normas da Constituição anterior. Esta perde a eficácia, e, perdendo a eficácia, perde a “validade”, pois que a eficácia é condição de validade da ordem jurídica.

Todavia, ante essa conclusão categórica e absoluta, procura a doutrina temperá-la devidamente.

Assim é que os autores franceses criaram a “doutrina da desconstitucionalização”, invocando em seu apoio o contido no art. 75 da Constituição Francesa de 1709 e no art. 4^o da Constituição Francesa de 1848. Argumentam que tais dispositivos continuaram tendo vigência, apesar das constituições posteriores. É que, para eles, estas normas “desconstitucionalizaram-se”, tornaram-se normas ordinárias, e foram recebidas pelas constituições posteriores como normas ordinárias.

O Prof. BASTID salienta, entretanto, que essa teoria “é mais confortável que lógica”, e serve apenas para justificar determinadas finalidades políticas surgidas após, o que a Constituição posterior não previu.

CARL SCHMITT, partindo da diferenciação entre “Constituição” e “normas constitucionais”, salienta que a “Constituição” é sempre derogada pela Constituição posterior, eis que esta introduz um novo ideal, um novo “modo de ser”.

Já as “normas constitucionais”, estas se não colidirem com a Constituição posterior, continuam “como se fossem eficazes”.

O Prof. MANOEL GONÇALVES, partindo da distinção entre “normas materialmente constitucionais” e “normas formalmente constitu-

cionais”, conclui que as primeiras são derogadas pela nova Constituição, e as últimas, se não colidirem com a mesma, continuam eficazes. Argumenta que esta diferenciação explica também logicamente a “teoria de desconstitucionalização”, pois que só as normas formalmente constitucionais, e não as materialmente, é que se desconstitucionalizam.

3 — *Efeitos da Constituição sobre a legislação ordinária anterior*

Face à nova Constituição, entende-se que a lei ordinária anterior, com muito mais razão, deixa de ser eficaz, perde a sua vigência.

Entretanto, tal não acontece na generalidade dos casos.

A própria Constituição, como o fez a Constituição brasileira de 1937, em seu art. 183, pode prorrogar-lhe a eficácia:

“Art. 183 — Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição.”

Também o Decreto nº 19.398, de 11-11-30, no seu art. 4º (ele que é o Ato Constitucional da Revolução de 1930), “desconstitucionalizou” as constituições anteriores, e admitiu a vigência das leis ordinárias anteriores.

Mesmo no silêncio da Constituição nova, e ainda no caso de “revoluções profundas”, tem-se admitido a vigência das leis ordinárias anteriores, não colidentes com a nova Constituição. CATTANEO cita, a propósito, a revolução russa, e um dispositivo daquela constituição russa, pós-revolucionária, nesse sentido.

Isto se explica pelo fenômeno que se convencionou denominar “receptação” do direito anterior, e que vem muito bem explicado por KELSEN. Chama ele a esse fenômeno de “procedimento abreviado de criação de normas”: ora, com a nova Constituição, se se tivesse que edificar novamente todo o direito, não haveria condições hábeis de tempo. Assim, a nova Constituição, por sua própria força, dá validade às normas ordinárias não colidentes. A eficácia destas deriva agora da nova Constituição. Perdem momentaneamente a eficácia e readquirem-na através da nova Constituição. Impróprio é afirmar-se que “continuam eficazes”.

MORATTI, analisando tal fenômeno, denomina-o de “novação das fontes”.

4 — *Efeitos da Constituição sobre os direitos adquiridos*

A primeira idéia é de que não existem “direitos adquiridos” contra a nova Constituição: ela, introduzindo um novo ordenamento jurídico, a tudo transforma. Nada sobreviveria do ordenamento anterior, que foi derrubado pela revolução.

Dividem-se os juristas: os publicistas entendem, em geral, que não há direitos adquiridos em matéria de direito público, a não ser quando ressalvados expressamente.

CLÓVIS BEVILAQUA, por seu turno, comentando o Código Civil, entendia que as vantagens pessoais dos funcionários públicos podem consagrar direitos adquiridos. A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, no seu art. 6º, assegura os direitos adquiridos, e os define em seu § 2º

“Art. 6º — § 2º — Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbitrio de outrem.”

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, estudando a matéria, apresenta uma conclusão profundamente lógica: afirma que se a Constituição traz dispositivo proibindo a “irretroatividade das leis”, seria absurdo que ela mesma ofendesse tal dispositivo, ferindo os direitos adquiridos.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO procura ainda resolver a matéria com fundamento na distinção entre “normas materialmente constitucionais” e “normas só formalmente constitucionais”: quanto às primeiras, não pode haver “direitos adquiridos”, e argumenta com a idade fixada para a capacidade política. Se uma Constituição nova aumentar de 21 para 25 anos a idade de votar, seria absurdo que os que já tivessem 22 anos à época pudessem invocar o seu “direito adquirido”. Já, para as “normas só formalmente constitucionais”, é possível, no seu entendimento, invocar-se contra elas direitos adquiridos.

Trabalho muito interessante fez publicar o Juiz Federal do Estado de Minas Gerais, Dr. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO (“Rev. Lemi”, nº 59, 1972, pág. 2.481), a respeito do direito adquirido à aposentadoria de funcionário público sob a vigência da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

A legislação anterior à Constituição de 1967 (Lei nº 1.711, art. 184) concedia aos funcionários que aposentassem com 35 anos de serviço público 20% sobre os vencimentos da classe imediatamente superior. A Constituição de 1967, por seu art. 101, determinou que os proventos da inatividade não poderiam exceder à remuneração na atividade, mas fiel ao princípio do direito adquirido, deixou expresso no art. 177, § 1º, que o servidor que tivesse satisfeito, ou que viesse a satisfazer, dentro de um ano, as condições necessárias para a aposentadoria nos termos da legislação vigente em 24 de janeiro de 1967, seria aposentado com os direitos e vantagens previstos nesta legislação.

Inúmeros servidores, com o advento da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, não mais conseguiram administrativamente

as vantagens asseguradas pela Constituição de 1967, eis que a administração entendeu que o direito do § 1º do art. 177 da Constituição de 1967 não veio expressamente consignado na Emenda Constitucional nº 1, apesar de que tais servidores possuíam, ao tempo da promulgação da Constituição de 1967, as condições especificadas para a aposentadoria com as vantagens.

Assim, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, além de não consignar expressamente a ressalva do § 1º do art. 177 da Constituição de 1967, ainda determinou no § 2º do seu art. 102 que os proventos da inatividade não poderiam de forma alguma exceder a remuneração percebida na atividade.

Firmado o pressuposto de que “se na vigência da lei anterior o funcionário havia preenchido todos os requisitos para a aposentadoria, não perde os direitos adquiridos pelo fato de não haver solicitado a concessão”, que é a expressão do voto vitorioso do Min. LUIS GALLOTTI no R.M.S. nº 11.395, do Supremo (*in R.D.A.*, vol. 82, pág. 186), e que consagra a atual doutrina do Supremo Tribunal Federal, entende o referido e ilustre autor CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO que ainda sob a vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, os funcionários públicos que à época da Constituição de 1967 houvessem preenchido os requisitos do § 7º do art. 177 daquela Constituição, terão direito às vantagens da legislação anterior, e por duas razões fundamentais:

a) sendo a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, fruto do “poder constituinte constituído”, e não “originário”, um direito adquirido por força da Constituição de 1967, obra do Poder Constituinte originário, há de ser respeitado pela reforma constitucional, produto do Poder Constituinte instituído, ou de 2º grau, vez que este é limitado, explícita e implicitamente pela Constituição;

b) a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não poderia repetir a regra do § 1º do art. 177 da Carta de 1967, porque quando de sua edição, o prazo consignado no mencionado § 1º do art. 177 já havia expirado de há muito, e a norma transitória, desde que produza seus efeitos se exaure, não necessitando ser repetida numa reforma constitucional posterior, para ter resguardados os efeitos dela decorrentes.

Se aceitamos a conclusão do ilustre autor quanto ao segundo argumento, não a aceitamos, todavia, quanto ao primeiro argumento invocado, eis que entendemos ser a “Emenda Constitucional nº 1” fruto de “poder constituinte originário”, emanada de uma Junta Militar representativa da Revolução de 1964, e que outorgou ao País, a 17 de outubro de 1969, mais que uma simples “emenda”, uma autêntica nova Constituição para o Brasil.

Ação Popular

VENERO CAETANO DA FONSECA

No momento em que o governo federal manifesta a sua elogiável preocupação em intensificar o combate à corrupção administrativa, torna-se oportuno recordar-se a Lei n.º 4.717, de 29-6-65, editada no governo do Marechal Castello Branco, sob os auspícios do Ministro Milton Campos.

Este justo interesse governamental em defender o erário, pois constituímos uma República (**res publica**) — Constituição Federal, arts. 1.º e 47, § 1.º —, foi salientado, recentemente, pela Lei Federal n.º 6.223, de 14-7-75 (D.O. de 15-7-75). Esta Lei, além de permitir ao Congresso requisitar ao Tribunal de Contas informações sobre documentos relativos a prestações de contas (art. 3.º), inclusive aquelas “que envolverem atos ou despesas de natureza secreta” (art. 4.º), submete também à fiscalização do Tribunal de Contas competente as entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, cujo capital pertença exclusivamente ou majoritariamente à União, ao Estado, ao Distrito Federal, ao Município ou a qualquer entidade da respectiva administração indireta (art. 7.º), aplicando-se, no que couber, às fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público (art. 8.º).

O Professor Hely Lopes Meirelles informa que a Lei n.º 4.717/65, que regula a ação popular, “resultou do projeto Bilac Pinto (substitutivo ao Projeto n.º 2.466, de 1952) e do anteprojeto de nossa autoria, solicitado pelo ex-Ministro Seabra Fagundes, incumbido pelo então Ministro da Justiça, Milton Campos, de redigir o texto final”. (“Mandado de Segurança e Ação Popular,” 3.ª ed., RT, 1975, pág. 64.)

A ação popular foi, no Brasil, prevista na Constituição, pela primeira vez, em 1934, tendo sido mantida nas Constituições subsequentes, exceto na de 37. O respectivo texto, na Constituição de 67 (conservado pela Emenda n.º 1/69, art. 153, § 31), é o seguinte:

“Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio das entidades públicas.”

Paulo Barbosa de Campos Filho lembra a sintonia da ação popular com o aforismo de Paulo, destacado no direito romano:

“Importa à República que sejam muitos admitidos a defender sua causa.”

(“Da Ação Popular Constitucional,” Ed. Saraiva, 1968, pág. 7.)

A ação popular, sendo direito político, é privativa do cidadão, isto é, daquele que pode votar e ser votado. Por isso, assinala o § 3.º do art. 2.º da Lei n.º 4.717/65:

“A prova da cidadania para ingresso em juízo será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.”

Bielsa mostra que o exercício da ação popular faz do cidadão um colaborador da Administração Pública (RDA 38/41).

O Ministro Wilson de Souza Aguiar, no seu discurso de posse no Tribunal de Contas da União, referindo-se aos parágrafos 30 e 31, art. 153, da Constituição (representação e ação popular), disse que, neste e em outros assuntos, o cidadão brasileiro deve desempenhar sempre o papel de auxiliar da administração pública, mesmo que não exerça qualquer encargo oficial (D.O. de 24-5-75, fls. 5.992.)

Procurando estimular essa colaboração, tão útil aos objetivos de moralização administrativa, os Tribunais têm decidido que:

“O autor, vencido na ação popular, não está sujeito ao pagamento de honorários de advogado em favor do réu.” (Ap. Civ. 206.427, Trib. de Just. de S. Paulo, RDA 113/213.)

“**Ação popular** — Não cabe condenação de honorários contra o autor de ação popular, julgada improcedente.” (RE 70.679, RDA 107/180.)

“**Ação popular — Honorário** — Na ação popular, tanto pelo silêncio da lei específica, quanto pelo interesse público social que a caracteriza, como direito e dever do cidadão, não cabe a condenação do autor a honorários, em caso de sucumbência.” (RE 78.831, *Diário da Justiça* de 4-11-74, fls. 8.177.)

Por outro lado, manifestando também interesse na ampliação dessa fiscalização proveniente dos administrados, por meio de ações populares, em Minas Gerais, a Lei estadual n.º 5.959, de 27-7-72 (Regimento de Custas), estabeleceu, no seu art. 25, que:

“São isentos de custas e de emolumentos a ação popular e processo sob o patrocínio da Justiça gratuita, quando vencido o beneficiário.”

Outro incentivo legal a quem pretenda ajuizar ação popular é a certeza de receber estreita cooperação do Ministério Público, que não poderá defender o ato impugnado, nem o autor dele, de acordo com a Lei n.º 4.717/65, art. 6.º, § 4.º:

“O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado.”

Bielsa diz que o autor, na ação popular, “não solicita um favor, mas reclama uma legalidade, e o seu título de autor é dado pela lei, do mesmo modo que esse título é dado ao Ministério Público para acusar e prosseguir as acusações contra os transgressores de leis de ordem pública. Isso explica a ação conjunta que o autor da ação popular e o Ministério Público realizam em defesa do interesse geral. (RDA 38/58.)

O patrimônio público a que a lei visa proteger é amplamente conceituado:

“Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico.” (§ 1.º do art. 1.º)

No mesmo sentido ampliativo a conceituação que a lei faz de entidades públicas, abrangendo "...quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicas." (Art. 1.º)

E considerando entidades autárquicas "as entidades de direito público ou privado a que a lei tiver atribuído competência para receber e aplicar contribuições para-fiscais." (Art. 20, c.)

Outra curiosidade que apresenta a Lei n.º 4.717/65 é a nulidade do ato administrativo por desvio de finalidade:

"O desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquilo previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência." (Art. 2.º, c.)

No Brasil, dentre os estudos mais recentes do desvio de finalidade, destacam-se os do Prof. Caio Tácito, "Teoria e Prática do Desvio de Poder" (RDA 117/1) e "O Desvio de Poder Administrativo", cap. III do seu "Direito Administrativo" (Ed. Saraiva, 1975), dos quais transcrevemos os seguintes trechos:

"A finalidade, como assinalado, é elemento permanente de vinculação dos atos administrativos, e a sua inobservância configura um vício peculiar — o desvio de poder ou finalidade — que já mereceu ingresso, de forma expressa, na lei processual brasileira (Lei n.º 4.717, de 29-6-1965, art. 2.º, e)."

"É mister, assim, que o intérprete não se contente com a letra dos motivos determinantes, mas mergulhe em seu espírito, atente a suas omissões e contradições, pondere a veracidade e a proporcionalidade dos meios em razão do fim colimado, preferindo, em suma, verificar sob a roupagem do ato os verdadeiros contornos de sua essência." (Dir. Adm., pág. 133.)

"A decisão mais clara e precisa na invocação da teoria do desvio de poder foi a que proferiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em 28 de julho de 1948, calcada com notável voto, denso de substância doutrinária, da lavra do então Desembargador Seabra Fagundes. O acórdão, que mereceu comentário de Victor Nunes Leal (RDA 14), é o *leading case*, na jurisprudência brasileira... Tratava-se do julgamento da legalidade do ato da Inspetoria Estadual de Trânsito, que estabelecera, no uso de poder discricionário, o horário de funcionamento de empresa de transporte coletivo entre a capital e cidades vizinhas. A anulação do ato fundou-se na prova de que em verdade a determinação dos horários visara favorecer outra empresa, assegurando-lhe a clientela nas horas nobres da locomoção de passageiros entre as localidades, em detrimento do concorrente." (RDA 117/10.)

A Lei n.º 4.717/65, art. 2.º, c, e parágrafo único, e, possibilita o controle do judiciário sobre o poder discricionário, questão complexa, cujas controvérsias vão sendo reduzidas pela jurisprudência:

"O julgamento da legalidade dos atos administrativos está incluído na competência jurisdicional que protege qualquer lesão de direito individual." (RE 72.390, RDA 110/243.)

"O poder judiciário não transborda de suas funções específicas quando confere a veracidade e a qualificação legal dos motivos do ato administrativo.

Apurado que os motivos não existem ou não se ajustam à lei, o ato não pode subsistir." (Antecedentes do TFR e do STF, Ap. Civ. TFR 32.945, *Rev. do TFR* 46/143.)

"O poder discricionário terá que ser usado com observância do fim para que foi conferido e visado pela lei." (TFR — AMS 70.441, *Diário da Justiça*, de 7-11-72, fls. 7.616 e 7.617.)

"Faltando ao ato a finalidade que apresenta, e visando, em verdade, a fins outros, não previstos pela lei, dá-se o desvio de poder, que inquina de ilegalidade o ato." (Ag. MS 71.591, TFR, *Rev. do TFR* 41/81.)

"Pode o Judiciário examinar o ato administrativo sempre que ele se constituir em lesão de direito. Não poderá dizer da conveniência ou não dele para a ordem administrativa, mas poderá, e deve, examiná-lo quanto a sua legitimidade e justiça, pois que outra mesmo não é a função do judiciário." (TJ de SP, Ap. Civ. 208.977, *RDP* 23/180.)

"Na conformidade da melhor doutrina e jurisprudência, não é vedado ao judiciário o exame da legalidade intrínseca dos elementos internos do ato administrativo, sendo-lhe permitido perquirir a intimidade dos mesmos, verificando a existência e legalidade dos motivos, a consistência significativa da prova, a legitimidade dos fins, com vistas a corrigir a indevida aplicação da lei, de modo a reduzir a área interdita, apenas, ao merecimento *stricto sensu* no plano da conveniência e da justiça." (TFR, AC n.º 26.762, *Diário da Justiça*, de 8-4-75, fls. 2.173.)

Assim sendo, é hoje uma afirmativa apressada a proclamação de que o poder discricionário do administrador está excluído da apreciação do poder judiciário, regente tradicional da harmonia dos poderes e especialmente quando houver lesão ao direito individual:

"A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual." (C.F., art. 153, § 4.º)

O Judiciário poderá, pois, e assim constitucionalmente, progredir no controle da atividade discricionária, respeitando o mérito do ato administrativo, *restritamente*, quanto à sua conveniência e oportunidade, colaborando no aperfeiçoamento da moralização administrativa, que hoje se confunde com a "boa administração", conforme, inclusive, observações do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinha, no seu livro "O Controle da Moralidade Administrativa" (Ed. Saraiva, 1974, págs. 197 e 200.)

Mas, para que seja mesmo positiva essa colaboração do Judiciário, ajudando a melhorar a administração pública, seria conveniente, *data venia*, que o Egrégio Supremo Tribunal Federal — como sugere, por outras razões, o mestre Seabra Fagundes (RDA 105/10) — suprimisse a Súmula n.º 400:

"Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da C.F."

Além dessa promissora presença do Judiciário no aprimoramento objetivo dos resultados do serviço público, viabilizada, expressamente, pelo art. 2.º, e, e parágrafo único, e, da Lei n.º 4.717/65, esta admite, ainda, qualquer cidadão como litisconsorte ou assistente (§ 5.º do art. 6.º) na ação popular.

Dos Limites Naturais da Lei Jurídica

JOÃO BAPTISTA VILLELA

Professor na Universidade Federal de Minas Gerais

1. O termo *lei* convém a um variado número de conceitos, todos eles implicando a idéia de *ordem*, em relação à qual entretanto assumem intenções distintas. Assim, por exemplo, a lei física não visa a ordenar o mundo da matéria, senão que é antes a expressão de como a matéria do mundo se ordena. Sua correção se confunde com a sua eficácia, neste sentido de que ou ela é correta (com mais propriedade: corretamente formulada) e se verifica sempre, ou ela deixa de se verificar, quando então se impõe concluir pela falsidade de sua formulação. O motivo é simples e reside em que a lei física opera com *juízos de realidade*. Seu universo é o universo do *ser*. A esfera do *Sein*. Já com a lei jurídica se passam as coisas de outro modo. Suas intenções relativamente à idéia de ordem são *instaurativas* e não simplesmente *explicativas*. Vale dizer, a ordem a que ela se refere é uma ordem a que se aspira, uma ordem que não existe e que se deseja instituir. A possibilidade de que ela não se cumpra é inerente à sua própria natureza, pois, ao contrário da lei física, seu âmbito operativo é o universo do *dever ser*. A esfera do *Sollen*. Ora, o que deve ser não é necessariamente e *pode* não vir a ser, isto é, continuar deixando de ser. Daí porque se poderia resumir o paralelismo dizendo que, enquanto a lei física está sob o signo da *necessidade* ou do *determinismo*, a lei jurídica (do mesmo modo que a lei moral) se vincula ao mundo da *liberdade* ou do *arbítrio*.

2. Constitui portanto recurso indevido à lei jurídica pretender-se com ela a fixação de verdades históricas, já que estas são categorias pertencentes ao

mundo do ser. Um fato é ou não é, vale dizer, ocorreu ou deixou de ocorrer. Não é passível de ter ocorrido, se não ocorreu, ou deixado de ocorrer, se efetivamente ocorreu, por mais desejável que o oposto do real possa ser num caso ou noutro. Suponha-se, por exemplo, a batalha de Itararé: que ela se tenha ou não travado não pode, pela essência mesma do conceito, ser estabelecido em lei. Categorias semelhantes são estados exteriores de coisas. Percebem-se sensorialmente e estão sujeitos à causalidade material, na terminologia de KANT. Não podem constituir em si mesmas objeto de conhecimento jurídico.

3. Dessas considerações, de elementar compreensão, nem sempre parece estar-se advertido. Um periódico de Belo Horizonte noticiou um veto do Governador do Estado de Minas Gerais, a proposição de lei da respectiva Assembléia Legislativa, que *oficializava* certo retrato tido como de ANTONIO FRANCISCO LISBOA, o ALEIJADINHO. (1) Nas razões divulgadas argüia S. Ex^ã existirem dúvidas quanto à autenticidade do retrato. E acrescentava: "A autenticidade se impõe como norma básica à motivação para se oficializar o retrato." Sendo evidente que a lei não poderia tomar como oficial um retrato inautêntico, segue-se que a oficialização só poderia significar aqui a declaração mesma de autenticidade, isto é, de fato histórico, cuja fixação não compete entretanto a uma norma de Direito. Realmente: fossem outros retratos igualmente autênticos, que significaria a declaração de oficialidade? Como pode um, dentre vários retratos autênticos, ser *o oficial*? De duas, uma: ou a declaração de oficialidade significa o reconhecimento de ser autêntico — atribuição que, repita-se, não compete a uma lei por consistir numa proposição factual — ou envolve — o que é mais grave, pretensioso e impertinente — a afirmação implícita de que outros retratos são inautênticos.

Oficial é primária e fundamentalmente aquilo que por vias formais é elegido pelo Estado. Só se pode oficializar, por conseguinte, onde houver alternativas, pluralidade de caminhos, enfim, *liberdade de escolha*. Sempre que se encontrar perante matéria factual, o Estado já não dispõe da faculdade de exercer a oficialização. Assim é possível oficializar um hino, um símbolo, um padrão monetário, formulários, pesos, medidas, cores. Mas nunca a extensão de um rio, a luminosidade do sol, a idade da terra, a existência ou inexistência de Roma, a cor dos olhos que teve JÚLIO CÉSAR. Verdade é que — para ficar com um desses exemplos — analogicamente se poderia falar da extensão *oficial* de um rio, no sentido de que o poder público a tem como verdadeira, a reputa certa, já que o ato de medir, sendo humano, está sujeito a erro maior ou menor. Não porém no sentido de que o Estado eleja determinada extensão como politicamente a mais conveniente, conferindo-lhe por isso a autoridade incontestável de lei. Nem muito menos no de que, declarando-a por lei, a torna factualmente certa.

Não cabe ao Estado declarar um retrato oficial, reconhecendo-lhe autenticidade: ou ele é efetivamente autêntico — e a declaração nada acrescenta — ou ele não o é — e neste caso não há de ser a declaração que o fará ser. Como quer que seja, o mesmo periódico estampava, em outra edição, na coluna *Aviação*, assinada por IVAN MARTINS VIANNA, um retrato de SANTOS DUMONT,

(1) *Estado de Minas*, 22-7-1972, pág. 5.

com a legenda de ser sua “fotografia oficializada pelo Ministério da Aeronáutica” (grifo meu). (2)

4. Fatos, disse-se, não compete à lei reconhecer. O que ela pode, sim, e freqüentemente o faz, é dar efeitos jurídicos a ocorrências factuais. Ao ligar conseqüências jurídicas a realidades de fato, o que o legislador está mesmo fazendo é admitindo a anterioridade cronológica dos eventos relativamente aos efeitos na órbita jurídica, e pois situando implicitamente aqueles fora dos limites da criação legal. Ainda que formalmente contido na lei, o reconhecimento do fato não integra o conteúdo criativo dela. Pode constituir base, fundamento, ponto-de-partida, não porém criação jurídica propriamente dita. Em outras palavras, pode-se dizer que o reconhecimento do fato é obra do legislador, mas não ato da lei.

5. Uma lei que se esgote no reconhecimento de um fato constitui pois obra anômala, criação cuja natureza não se compadece com os fins. Mesmo que do reconhecimento se possam gerar efeitos jurídicos. Merece portanto reparos um ato como o Decreto nº 1.460/71 da Comissão do Mercado Comum Europeu, expresso nestes termos:

“Art. 1º — Fica estabelecido que o mercado de couve-flor se encontra numa séria crise.

Art. 2º — Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. . . , é obrigatório em todos os seus termos e vige imediatamente em cada um dos Estados-Membros.” (3)

É provável, senão inevitavelmente certo, que deste decreto decorram ou tenham decorrido efeitos jurídicos, precisamente aqueles que se teve em vista ao baixar-se o ato. Não seriam tão desavisados e inconseqüentes os técnicos e autoridades do Mercado Comum para se admitir que o texto do decreto esgotasse as intenções. Mas a técnica é visivelmente incorreta. Poder-se-ia dizer, por exemplo, que para fins tais ou quais considerar-se-ia que o mercado de couve-flor estava em séria crise, com o que não só se daria conteúdo pertinente ao decreto, como também ressaltar-se-ia a subjetividade (avaliação do legislador) do juízo factual.

6. Explicar-se-ia esse mau emprego do instrumentário jurídico apenas por uma ignorância maior de seus fins e de seus limites? Ou constitui o fenômeno busca ansiosa, quem sabe inconsciente, de segurança e certeza numa civilização em que todos os valores são contestados? Sabe-se como a mentalidade popular é pronta em atribuir às leis o prestígio da indisputabilidade. Onde, pois, há carências humanas, dúvidas e temores, que venha a leil Tudo, como num passe de mágica, se fará de novo perfeito, certo, incontestável.

A mesma notícia sobre o veto do Governador, antes referida, estampava o retrato em questão, abaixo do qual se podia ler o seguinte comentário, que não esconde a frustração de seu autor: “O governador diz que este não pode ser o Aleijadinho, e assim Minas continua sem um rosto oficial para o seu maior

(2) Estado de Minas, Belo Horizonte, 23-7-1972 (Cad.), Veículos, pág. 5.

(3) Extraído da *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*, segundo a coluna *Hohlspiegel de Der Spiegel*, Nr. 34, Hamburg, 16-8-1971, S. 16.

artista." E o título da notícia é sintomático do estado de inversão em que o mundo da realidade e o da legalidade se acham referidos, como se este pudesse gerar aquele: "Rondon decidiu: este nunca foi Aleijadinho." (4) Ora, é evidente que uma tal *decisão* não pode se conter jamais no poder de veto, precisamente porque fatos históricos não se *decidem*: apuram-se, descobrem-se, esclarecem-se.

Atribui-se à lei um tal poder criador e curativo que ao mínimo pretexto se pensa nela como solução. Veja-se o seguinte fato: em conhecida coluna de jornal, reclamava-se contra a prática de se inaugurar indiscriminadamente retratos de ex-dirigentes de repartições públicas:

"Então, há galerias de ex-secretários, ex-presidentes de entidades, ex-diretores de unidades, ex-tudo em todos os lugares." (5)

Muito bem. Para obviar a esse mal, a coluna propunha, sem pestanejar, nada menos que "um decreto regulamentando" a matéria. . . Esquecia-se assim de que, ao denunciar um abuso, incorria no incentivo de outro: o da proliferação de leis e decretos, ou, em vocabulário da moda, o da *poluição* legislativa.

É possível que uma investigação sistemática no campo da Sociologia identifique um variado número de formas sob que a eminência mítica da lei se manifesta. Recorde-se, por exemplo, aqui o uso popular de adjetivo *legal*, como indicador de bom, correto, simpático, liberal etc., de tão ampla serventia que levou CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE a registrar: "Parece que nunca houve tanta legalidade neste País." (6)

A verdade é que a imagem da lei como panacéia parece trair, em última análise, uma profunda desconfiança no homem. Vale a pena meditar, a propósito, as seguintes palavras de MIGUEL REALE:

"Se há algo que me impressiona, no evolver do Direito pátrio, é a crescente perda de confiança no homem. Nossa legislação baseia-se cada vez mais no pressuposto da má-fé. Desconfia-se de tudo e de todos, postos no mesmo plano os honestos e os que o não são, como se fosse possível esperar tudo da lei quando nada se espera da livre e espontânea cooperação do homem. Crê-se na lei, porque já se não crê no homem, quando aquela só vale como expressão objetiva das virtudes humanas." (7)

(4) É interessante registrar, não só para a curiosidade do leitor, mas também para a sua melhor compreensão do fenômeno, que, tal foi o empenho da Assembléia Legislativa em *oficializar* o suposto retrato de ALEIJADINHO, que acabou por derrubar o veto do Governador, não obstante a maioria parlamentar de que este dispunha. Em reunião extraordinária, contra o voto de um único Deputado, a Assembléia rejeitou o veto, transformando em lei o projeto de autoria de um dos vice-líderes do Governo, Deputado NELSON LOMBARDI, o qual, em declarações publicadas na imprensa, afirmou não constituir a medida "um desafio ao Governador Rondon Pacheco", tendo explicado que o propósito foi "fazer justiça a Antônio Francisco Lisboa, o Aleijadinho" (sic) (Cf. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 1-9-1972, pág. 3). Onde estaria a justiça em se atribuir a quem quer que seja, como oficial, este ou aquele retrato é um ponto que o Deputado não explicou ou a nota omitiu. De qualquer forma, e de novo sem distinguir entre o plano da realidade e o da normatividade, o *Estado de Minas* pôde noticiar, entre desafogado e triunfante: "AL decide: retrato é mesmo de Aleijadinho". (Belo Horizonte, 1-9-1972, pág. 3.) E sob a reprodução do retrato, encimando a notícia: "Aleijadinho: o primeiro veto perdido de Rondon..."

(5) Notas do Dia. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 1-8-1972, pág. 5.

(6) Rapidamente (Prosa miúda para assuntos miúdos), *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 7-12-1972, pág. 6.

(7) *Horizontes do Direito e da História*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1956, pág. 10.

PARECER — Terminologia Inadequada
para Designação de Atos Próprios
de Ministério Público (*)

JOSÉ DILERMANDO MEIRELES
Carader

JARBAS FIDELIS DE SOUZA
Promotor Público

A Opinião de César Salgado ()**

Acabo de receber a tese que os prezados amigos Dr. José Dilermando Meireles e o Dr. Jarbas Fidelis de Souza elaboraram para ser apresentada ao IV Congresso Nacional do Ministério Público, em Uberlândia.

Li-a de uma assentada, com especial apreço, pois o tema, dos mais oportunos, se valoriza pela lucidez e segurança da exposição.

A tese defendida pelos prezados colegas decorre da posição do Ministério Público, no Estado Moderno. Superada a velha concepção, que via no agente do Ministério Público um simples preposto do Poder Executivo, urgia situá-lo

(*) Tese aprovada pelo IV Congresso Nacional do Ministério Público.

(**) Apreciação feita sobre a tese "PARECER — Terminologia Inadequada para Designação de Atos Próprios de Ministério Público" pelo Dr. José Augusto César Salgado, Presidente da Associação Interamericana do Ministério Público.

no seu devido lugar, com os atributos de um organismo, que atingira a maioridade. Daí a minha proposição — seja-me permitido dizê-lo — pioneira, no sentido de se reconhecer no Ministério Público as características de “órgão do Estado”. É o que consta do “Anteprojeto de Código do Ministério Público do Estado de São Paulo”, de minha autoria, publicado em 1953.

Se, na expressão de Sabatini, em “El Pubblico Ministero nel Diritto Processuale Penale”, o Ministério Público vive e se movimenta na pessoa jurídica do Estado, com autonomia de vontade, de objetivo e de poderes, e se, na frase de Tommaso Vila, transcrita por Siracusa, em “El Pubblico Ministero”, a instituição representa perante os tribunais “a ação da lei, a ação pública, tutora dos grandes interesses sociais”, é de concluir-se que sua atuação no processo não deve ser, em determinados casos, simplesmente opinativa, mas conclusiva, como, aliás, já o é em se tratando da disponibilidade da ação penal.

Esse entendimento tem o abono de Luigi de Bells e de Francisco Siracusa, no trecho citado pelos prezados colegas, quanto à posição do Ministério Público no processo:

“... non lo si debba costringere ad assumere nel processo il ruolo di un'assistenza passiva, limitandosene l'attività alla semplice manifestazione del parere, in contrasto con quella funzione di ordine pubblico e di interesse sociale che appartiene al Pubblico Ministero quale organo dello Stato.”

De tudo resulta que o interesse da sociedade não pode ser aferido na mesma balança em que se pesa o interesse particular.

Não se veja neste asserto qualquer eiva do autoritarismo, peculiar às ideologias antidemocráticas. A tese é perfeitamente jurídica, em face da realidade de nosso tempo. Quando dizemos que o direito nasce do fato (*jus ex facto oritur*), afirmamos, implicitamente, que o direito nasce da realidade, isto é, de uma congêrie de fatos.

Cabe ao jurista captar com a sensibilidade de uma antena, exposta às vibrações do mundo físico, as reações da consciência jurídica da nacionalidade.

A importância do Ministério Público resulta de seu papel de promotor da realização do direito, na ordem judiciária. E que não se esqueça de que o Ministério Público, na sua origem, era delegado da soberania real e é, hoje, partícipe da soberania do Estado.

O processo não pode manter-se alheio a essa realidade, que deixou de ser um conceito meramente doutrinário para afirmar-se em preceitos legais de países de alta cultura jurídica.

Compete aos integrantes do nosso “parquet” o dever de proclamar e reivindicar as prerrogativas a que a nossa instituição tem pleno direito.

O excelente trabalho dos prezados colegas é uma afirmação de que o Ministério Público brasileiro conta com valores morais e intelectuais que sabem prestigiar-lo e dignificá-lo.

PARECER — TERMINOLOGIA INADEQUADA PARA DESIGNAÇÃO
DE ATOS PRÓPRIOS DE MINISTÉRIO PÚBLICO

JOSÉ DILERMANDO MEIRELES

Curador

JARBAS FIDELIS DE SOUZA

Promotor Público

Sob a rubrica "Parecer", no Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, escreve SADY CARDOSO DE GUSMÃO:

"Opinião ou conselho por parte de advogado a mais das vezes oral, sobre assuntos de direito ou questões de fato, em face do direito.

Idem de referência a funcionários, nos processos administrativos de sua competência; de juriconsultos, em relação a matérias controversas de direito, dados por escrito e visando esclarecer o objeto de controvérsia, ou a boa interpretação da lei ou cláusulas contratuais.

As vezes constituem pronunciamentos de peritos, mormente em questões de fato e questões técnicas.

Dá-se esta denominação também aos pronunciamentos dos representantes do Ministério Público, nos processos penais e nos cíveis, em que tenham de intervir."

Esse o juízo corrente entre os doutrinadores, na vigência do Código de Processo Civil anterior.

No âmbito do novo estatuto processual civil, o Ministério Público recebeu tratamento bem mais vantajoso que no anterior, posição que superou até mesmo a expectativa de muitos. O "Parquet" exerce as funções de órgão agente e interveniente. Quando funciona como parte, cabe-lhe os mesmos direitos e deveres desta. Já, quando funciona como órgão interveniente, tem poderes relevantíssimos.

O título terceiro do Código de Processo Civil bem demonstra que o Ministério Público, em qualquer natureza de sua intervenção no processo, detém poderes que elevam acima da parte, dado que não lhe é próprio ser parcial. Atuando no processo, no socorro de incapazes, nas questões de família, nas falências e em inúmeros outros campos, enormes são suas responsabilidades. Sua preocupação deve estar voltada no interesse da Constituição e das leis, sem dependência de ordem pessoal. O verdadeiro sentido do Ministério Público atual é o de promover justiça, até mesmo na esfera da ação penal.

Dentro da relação processual, o Ministério Público tem posição avantejada. Cumpre-lhe ativar a jurisdição, suprindo as omissões das partes e fazendo ser respeitada a ordem jurídica.

Fácil concluir que o órgão, na sua cotidiana atividade, deve ter assegurados meios que o habilitem a bem desempenhar suas funções. O futuro Código de Processo Penal colocá-lo-á em posição superior à do atual. O Código de Processo Civil já elevou as atribuições do Ministério Público, dando-lhe maiores poderes.

Durante a realização do IV Congresso Interamericano do Ministério Público, em Brasília, no ano de 1972, o então Procurador-Geral da Justiça do Estado da Guanabara, Dr. CLÓVIS PAULO DA ROCHA, apresentou excelente tese, intitulada "Ministério Público como Órgão Agente e como Órgão Interveniante no Processo Civil", em que, além de aprofundar-se no estudo das raízes históricas da Instituição, obteve pleno êxito na aprovação das conclusões a que chegou e que assim resumiu:

1.^a Deve-se recomendar o estudo, a ser debatido nos próximos Congressos, a respeito da sistematização das diversas formas de atuação do Ministério Público no Processo Civil.

2.^a Deve-se adotar, como sistematização provisória, a que se encontra neste trabalho, assim resumida:

I) distinguir a atuação do Ministério Público na jurisdição contenciosa e na voluntária;

II) na jurisdição contenciosa, separar as posições de:

- a) órgão agente, parte principal;
- b) órgão agente, substituto processual;
- c) órgão interveniente.

III) na jurisdição voluntária, igualmente distinguir as posições de:

- a) órgão agente;
- b) órgão interveniente.

3.^a Deve ser reconhecido o direito do Ministério Público de recorrer das decisões proferidas nas causas e processos em que atua:

- a) como parte principal ou substituto processual;
- b) como interveniente, quando puder ser parte e para observância de normas de ordem pública."

O trabalho do emérito ex-integrante do Ministério Público, e hoje um dos ornamentos do Tribunal de Justiça da Guanabara, foi produzido na vigência do Código de Processo Civil anterior, em cujo estatuto as funções do Ministério Público estavam mais mal delineadas que no atual.

Assim é que, para o insigne PONTES DE MIRANDA, essas funções podiam classificar-se em quatro posições distintas, a demarcar a esfera de atuação do Ministério Público:

- 1) procurador da entidade de direito público, representando-a como advogado;

- 2) defensor de certos interesses públicos em que é parte, no sentido do direito material e do processual;
- 3) defensor dos mesmos interesses apenas no sentido do direito processual;
- 4) órgão judicial consultivo.

No primeiro caso, o Estado é que é o titular da pretensão de direito material, ou seja, é a parte processual; no segundo, o titular da pretensão é o próprio Ministério Público, como instituição; no terceiro, é substituto processual; e, finalmente, no quarto caso, mero consultor jurídico.

As funções próprias de uma doutrina pura do Ministério Público estão certamente consubstanciadas nas segunda e terceira hipóteses figuradas acima. A primeira delas, ou seja, a de procurador do Estado — e que marca a atividade principal dos Procuradores da República, já brilhantemente profligada, *de lege ferenda*, por Rui Junqueira de Freitas Camargo, em substanciosa tese submetida ao III Congresso do Ministério Público Fluminense, propondo, para o seu exercício, a criação do Advogado Geral da República — e a quarta, ou seja, a de órgão judicial consultivo — agora, a nosso ver, suprimida pelo advento do novo Código de Processo Civil —, não são próprias do Ministério Público.

O presente trabalho se cingirá a demonstrar as incoerências da consideração doutrinária do Ministério Público como órgão consultivo e a sua nova posição em face do Código de Processo Civil promulgado em 1973. E, como corolário, a necessidade de alteração da nomenclatura dos atos designados, por mera praxe, de PARECER, pelos diversos órgãos do “Parquet.”

Nem se diga que o nome não fortalece nem enfraquece sua posição. “O rigor da ciência jurídica depende substancialmente da pureza da linguagem, não devendo designar com um nome comum institutos diversos, nem institutos iguais com nomes diferentes” — afirma o Professor Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil. Na verdade, há de se convir que não se trata de, pelo nome de uma peça, tentar robustecer sua atuação. Essa já se acha na lei. Trata-se de ajustar, de encontrar um nome que espelhe, com fidelidade, sua atuação no Cível, quando não exerce o direito de ação nos casos previstos em lei.

O próprio PONTES DE MIRANDA não oculta as suas perplexidades ante as funções meramente consultivas do Ministério Público, manifestando assim o seu pensamento:

“Restam os casos em que o Ministério Público apenas é órgão judicial consultivo, técnico, podendo externar o que pensa pró ou contra quaisquer comunicações de vontade feitas ao Juiz. Não é parte. Não tem, *a priori*, qualquer legitimação a recorrer; só a lei pode criá-la, e essa lei mesma é que lhe pode permitir o recorrer contra o que se resolveu de acordo com o seu parecer, espécie de *ius poenitendi*, digna de maiores investigações como problema de política legislativa.”

FREDERICO MARQUES, sem dúvida dos juristas pátrios que mais se aprofundaram no estudo doutrinário da Instituição, mesmo no regime do Có-

digo de Processo Civil anterior, já repudiava o conceito mais ou menos assente do Ministério Público como órgão consultivo, pontificando:

“Quando ele oficia nos autos, junto às instâncias superiores, opinando nos recursos pertinentes a casos onde o Ministério Público funcionou em primeira instância, ou em hipóteses especiais como a revista, o recurso extraordinário, o conflito de jurisdição, aí é o fiscal da lei quem aparece, para que, antes da decisão, diga o Estado de como entende dever ser respeitada a ordem jurídica.

O Ministério Público, como *custos legis*, oficia nos autos. Mas a sua atuação, nesse sentido, não se limita a oferecer pareceres como se fosse um órgão simplesmente consultivo. Sujeito processual que é, sua função pode ir além desse mero pronunciamento, pois lhe cumpre promover diligências tendentes à regularização do procedimento e ao melhor esclarecimento da lide. Absurdo é, por isso, que se lhe restrinja a faculdade de recorrer, como o faz o artigo 814 do Código de Processo Civil.”

Na doutrina italiana, deparamos com a mesma perplexidade, conforme se infere desta assertiva de FRANCISCO SIRACUSA e LUIGI DE BELLS, extraída do “digesto”, e que reflete o pensamento corrente naquele país, não obstante lá exista, diferentemente daqui, a intervenção facultativa, do Ministério Público:

“Nelle altre ipotesi di intervento (obbligatorio o facoltativo), invece, poichè la posizione dogmatica del Pubblico Ministero concludente non può affatto equipararsi a quella di un “interventore adesivo” nè di un “interveniente consortile”, essendo il Pubblico Ministero sempre un organo dello Stato che agisce per l’interesse generale della società, é logico, da un lato, che debba egli essere svincolato dalla posizione delle parti, per quanto riguarda il contenuto positivo delle domande, e possa anche formulare, nei limiti delle domande proposte dalle parti, conclusioni contrastanti con quelle di tutte le parti in causa; dall’altro, che non lo si debba costringere ad assumere nel processo, il ruolo di un’assistenza passiva, limitandosene l’attività alla semplice manifestazione del parere, in contrasto con quella funzione superiore di ordine pubblico e di interesse sociale che appartiene al Pubblico Ministero quale organo dello Stato (art. 73 Ord. giud.).”

Parecer, além de próprio de assessoria jurídica, técnica e administrativa, constitui ato desvalorizativo institucional para o Ministério Público. O uso desse vocábulo absolutamente inadequado, que não traduz, de modo nenhum, a essência do ato que o consubstancia, resulta de mera praxe, tolerável em face da legislação anterior, mas incomportável diante do novo estatuto processual.

Cumprido, pois, aboli-lo, substituindo-o por outro que melhor traduz o significado atual da atuação do Ministério Público.

Não é fundamental ao propósito deste trabalho a aceitação do substitutivo a ser proposto. O que realmente está no seu objetivo central é a abolição do

termo “parecer”, por caracterizar o Ministério Público como órgão judicial consultivo, excrescência de que, na opinião dos autores deste trabalho, acaba de livrar-se.

Não obstante, procurou-se encontrar uma terminologia a ser proposta ao Congresso, deferindo-se-lhe, todavia, o alvitre de outra que melhor se ajuste à idéia do papel desempenhado pelo Ministério Público na esfera processual.

Não há dúvida de que, pelo uso difundido e continuado, através de tantos anos, o termo “Parecer” ganhou foros de consagração no direito judiciário, sendo difícil encontrar outro que venha a substituí-lo com o consenso geral. Há, porém, que ser encontrado esse substitutivo, pois que a terminologia já não condiz com a nova posição atingida pelo Ministério Público no processo civil, após a promulgação do Código Buzaid.

Temos para nós que a incoerência se tornou página do passado, ante a promulgação do Código de Processo Civil de 1973. É o escopo fundamental deste trabalho não é outro senão demonstrá-lo. Vejamos!

O estatuto processual vigente, nos seus artigos 162 e 163, classificou os atos do Juiz em: despacho, decisão, sentença e acórdão.

Não fez o mesmo em relação ao Ministério Público; todavia, destacou a sua dupla atuação de órgão agente (art. 81) e órgão interveniente (art. 82), da relação processual. E inovou, substancialmente, no art. 499, § 2.º, ao prescrever: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.”

Essa nova orientação, de alto conteúdo evolutivo, torna a atuação do Ministério Público incompatível com a condição de mero órgão consultivo, que lhe atribuía a doutrina anterior.

Com efeito, o consultor apenas emite um parecer, *sub censura*, não sendo, por isso mesmo, normal que se lhe assegure recurso contra a rejeição de um simples conselho ou orientação técnica. A idéia de recurso pressupõe pretensão rejeitada. E não há confundir pretensão deduzida em juízo, ainda que *custos legis*, com parecer.

O ofício do Ministério Público, seja como agente, seja como interveniente, num conceito atual, harmônico com a nova doutrina consagrada pelo art. 499, § 2.º, do Código de Processo Civil, sempre contém pretensão, na defesa da qual se empenha o órgão do *Parquet*, com autonomia e força de autoridade.

Os autores deste trabalho, após pesquisa demorada, optaram pelo termo *PROMOÇÃO*, que submetem à consideração do douto Congresso.

As razões que determinaram essa escolha melhor são dadas por RILDO SOUTO MAIOR, no excelente estudo que desse vocábulo fez no Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, volume 42, pág. 60:

“Um tanto particularizada, nesse mesmo sentido, é a noção de *promoção*, como ato dos promotores públicos. A própria função de *promotor público* ganha nela seu nome, pela prática de atos de parte, como órgão do Estado, visando sobretudo a aplicação da lei penal.

Não se limitam aos promotores públicos as promoções, nem ao processo penal.

Assim, "todos os requerimentos, feitos em bem da justiça, dizem-se promoções, quando têm por finalidade levar para adiante qualquer diligência ou ação". Realizam promoções todos os órgãos do Ministério Público (cfr. Lei Orgânica do Ministério Público): o procurador-geral da República, nas causas junto ao Supremo Tribunal Federal, ao Tribunal Superior Eleitoral e a outros Juízos, a seu critério (arts. 30, 31, 35 e 73); o subprocurador-geral e os procuradores da República (arts. 35 a 51); os procuradores da Justiça do Trabalho (art. 61 e seguintes da lei citada); o procurador-geral e os promotores da Justiça Militar (arts. 52 e seguintes). Também os procuradores e promotores da Justiça dos Estados; os defensores públicos e os curadores, quando, em nome do Estado e este como parte, defendem interesses em processo judicial."

CONCLUSÕES

1.^a A nova orientação processual brasileira, assegurando ao Ministério Público a faculdade de recorrer nos processos em que officiar como agente ou interveniente, torna a sua atuação incompatível com a de mero órgão consultivo.

2.^a Deve-se abolir dos pronunciamentos do Ministério Público o uso do vocábulo "Parecer", usando-se, em seu lugar, o termo PROMOÇÃO, e fazendo-se recomendação, nesse sentido, a todas as Procuradorias-Gerais do Brasil.

3.^a Deve-se recomendar o estudo, a ser debatido nos próximos congressos, a respeito da classificação dos atos praticados pelo órgão do Ministério Público no processo, tal como procederam os arts. 162 e 163 do Código de Processo Civil vigente em relação aos atos do Juiz.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- SADY CARDOSO DE GUSMÃO — "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 36.
 CLÓVIS PAULO DA ROCHA — "Ministério Público como Órgão Agente e como Órgão Interveniente do Processo Civil".
 PONTES DE MIRANDA — "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. XI, págs. 76 e segs., 2.^a edição.
 ALFREDO BUZAID — "Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil".
 RUI JUNQUEIRA — "Perspectivas do Ministério Público na conjuntura Constitucional Brasileira", Revista do Ministério Público Fluminense, Tomo II, vol. 2.^o, págs. 331 e segs.
 FREDERICO MARQUES — "Instituições de Direito Processual Civil", vol. II, págs. 168 e segs., 4.^a edição.
 NOUVEAU REPERT. DROIT — Dalloz, 12.^e édition, tome 13, pág. 330 e segs.
 NOVO DIGESTO ITALIANO — "Pubblico Ministero — Diritto Processuale Civile", págs. 536 e segs.
 CABRAL NETTO — "O Ministério Público na Europa Latina."
 GERALDO NUNES — "Breves Notas sobre o Ministério Público Francês", pub. no Suplemento n.º 41 do Boletim do Ministério Público do Distrito Federal.
 J. A. CESAR SALGADO — "Campos Sales, o Precursor da Independência do Ministério Público do Brasil."
 GUIMARAES LIMA — "A Magistratura e o Ministério Público em face do Estado Moderno."
 ELVIA LORDELLO C. BRANCO — "Aspectos do Ministério Público de Portugal e do Brasil" — Revista de Informação Legislativa, n.º 39, pág. 51.
 RILDO SOUTO MAIOR — "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 42, pág. 60.
 JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO — "O Ministério Público Norte-Americano", Justiça, vol. 65,

O Distrito na Primeira República Mineira

SILVEIRA NETO

Professor de Teoria Geral do Estado da
Faculdade de Direito da UFMG

SUMÁRIO:

- 1 — A República Mineira em Miniatura.
- 2 — O Distrito na Constituinte.
- 3 — O Distrito na Lei Especial.
- 4 — As Atribuições do Conselho Distrital.
- 5 — As Conseqüências da Descentralização.

1. *A República Mineira em Miniatura*

O propósito de nosso artigo é apenas oferecer aos interessados em organização municipal alguns subsídios relativos à maneira como esse problema foi tratado em Minas Gerais, na Primeira República. Na verdade, os republicanos convertidos, talvez mais que os republicanos chamados *históricos*, foram os mais ardorosos defensores do federalismo. Em Minas, mais que em São Paulo e noutros Estados, o federalismo chegou à exacerbação, sobretudo no que concerne à organização municipal. Pode-se afirmar que Minas, naquela fase, foi mais distritalista que

propriamente municipalista, pois os distritos, de 1891 a 1903, contavam com os conselhos distritais, que eram verdadeiras mini-câmaras. Os líderes políticos mineiros quiseram que o Estado fosse, na verdade, uma pequena república, em miniatura. Daí o bicameralismo — Senado e Câmara de Deputados — que funcionou até 1930, como no plano federal. Os deputados eram eleitos por distritos; os senadores por todo o Estado, em número de vinte e quatro. Era a Câmara Alta do Estado, o poder moderador, o órgão revisor, a fim de que as leis fossem mais perfeitas e democráticas, numa época em que havia o tabu da supremacia absoluta do poder legislativo, a tal ponto que, para conceder licenças a funcionários públicos, o presidente do Estado só podia fazê-lo depois da autorização do Congresso Estadual.

Fato consumado, trataram os republicanos de organizar o Estado nos moldes do federalismo, da descentralização política e administrativa, e dentro do mais acentuado liberalismo que se podia imitar de modelos estrangeiros.

Em 1892, AFONSO PENA, antigo conselheiro do Império e futuro Presidente da República, dizia:

“O regime federativo é conquista definitiva e o elo mais forte da união dos Estados, sólida garantia dos destinos da grande pátria brasileira, à qual está reservada seguramente a glória de primeira representante da heróica raça latina, em futuro não muito remoto.” (1)

Muito interessante, na Constituinte Mineira de 91, a posição do Deputado OLINTO DE MAGALHÃES, que apresentou um projeto de Constituição pelo qual o Estado de Minas seria dividido em cantões, à maneira suíça.

O referido projeto dizia:

“Art. 2º — O Estado de Minas Gerais será dividido em tantos cantões autônomos, quantos uma lei especial determinar, e com eles formará uma união política e administrativa, organizando, de acordo com as disposições desta Constituição, a União Cantonal Mineira.” (2)

Apesar do radicalismo de alguns constituintes, a pulverização do Estado não chegou ao ponto que pretendiam, pois interveio o bom-senso dos moderados; a Constituição, promulgada em 15 de junho de 1891, deu condições, entretanto, para que, logo depois, uma lei ordinária desse autonomia aos distritos e criasse os conselhos distritais.

(1) MINAS GERAIS, n.º 7, 28-4-1892.

(2) ANAIS DO CONGRESSO CONSTITUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS — 1891 — Imprensa Oficial — Ouro Preto — 1896.

2. O Distrito na Constituinte

A organização municipal foi um dos temas mais debatidos na Constituinte Mineira de 1891. O projeto do governo, enviado ao Congresso, era comedido, e tomava como base da organização do Estado o Município e não o distrito. Mas, logo de saída, foi criticado por vários constituintes, inclusive o futuro presidente do Estado, SILVIANO BRANDÃO, de ser um projeto centralizador. O Senador CAMILO DE BRITO (que foi senador desde 1891 a 1924, quando faleceu; professor da Faculdade Livre de Direito, da qual foi também fundador), propôs que os cidadãos dos distritos participassem na administração municipal. Dizia ele:

“É preciso que os habitantes do distrito tenham a iniciativa na decretação das taxas, dos melhoramentos e de todas as medidas que forem de seu peculiar interesse. Não basta a liberdade política, é mais necessário que se mantenha o direito de reunião, de associação e de petição.” (3)

O corifeu da autonomia distrital foi o Senador CARLOS FERREIRA ALVES, que afirmou, num de seus discursos:

“O meu interesse, tomando parte na discussão da presente constituição, é defender especialmente a vida local. Só pode haver verdadeira federação no dia em que o município for independente e autônomo.” (4)

A autonomia do município, para CARLOS ALVES, tinha, realmente, sentido local. Assim, ele justificou a sua emenda apresentada ao projeto do governo:

“Digo que ofereço uma emenda concedendo ao distrito de paz completa administração local; o distrito terá seu conselho composto de três cidadãos eleitos pelo povo para servir de mediador entre os interesses da população e o município. Lá está o cemitério, o embelezamento das povoações, a água potável, a viação pública, a instrução primária, e compreendem os nobres congressistas que são coisas todas peculiares ao distrito.” (5)

Seria longo citar os debates a respeito do assunto, que demonstraram o interesse de muitos congressistas em concretizar, em Minas, um tipo de federalismo estendido até aos lugarejos, o que seria, efetivamente, uma espécie de *self government*.

Depois de debates, emendas, substitutivos, discussões, a Constituição Mineira de 91 apresentou, no Título II, a organização municipal. O

(3) ANAIS — *Idem* — Pág. 101.

(4) ANAIS — *Idem* — Pág. 101.

(5) *Idem* — Pág. 103 — Sessão de 5-5-1891. CARLOS FERREIRA ALVES era médico, formado pela Faculdade de Medicina do Rio. Clinicou em São João Nepomuceno, onde fez carreira política. Foi deputado à Assembléia Provincial de Minas; aderiu à República e, no dizer de JOAQUIM DUTRA, seu sucessor no Senado mineiro, foi um verdadeiro patriarca. (ANAIS DO SENADO MINEIRO, 1896, sessão de 18-6-96.)

município seria a unidade básica da administração estadual, mas, no art. 77, previu a criação dos conselhos distritais ou minicâmaras.

Estabeleceu o art. 74:

“O território do Estado, para sua administração, será dividido em municípios e distritos, sem prejuízo de outras divisões que as conveniências públicas aconselharem.”

A Constituição apenas ofereceu algumas bases para a organização dos municípios, deixando o mais para uma futura lei especial.

Pode-se inferir, da atenta leitura do art. 74, que foi muito grande o choque entre os federalistas extremados e moderados, e os ANAIS da Constituinte estão repletos dos debates sobre o assunto.

A criação dos conselhos distritais, pela Constituinte, não se fez, portanto, de modo tranqüilo; enquanto o Senador CARLOS ALVES os defendia, com veemência, o Deputado INACIO MURTA considerou-os sem nenhuma utilidade, “um verdadeiro trambolho”. (6) Certamente foi por causa desse conflito de opiniões que a Constituição acabou adotando uma posição comedida e estabeleceu que o órgão deliberativo do município era a Câmara Municipal. É o que se vê no art. 75, item II:

“A administração municipal, inteiramente livre e independente, em tudo quanto respeita ao seu peculiar interesse, será exercida em cada município por um conselho eleito pelo povo, com a denominação de Câmara Municipal.”

3. O Distrito na Lei Especial

Separados os dois órgãos do poder legislativo, após a promulgação da Constituição, o Senado estadual imediatamente discutiu a lei sobre organização municipal. O projeto foi acimado de inconstitucional pelos Senadores CAMILO DE BRITO e MELLO FRANCO, em vista de estar inovando, quando o mesmo devia ficar nos limites da Lei Magna do Estado. MELLO FRANCO afirmou:

“O distrito, compreendido e criado, como foi pela comissão, é uma criação política, e uma criação política que não pode ser derivada da Constituição, porque não organizou mais esse novo embrionário poder.” (7)

Para MELLO FRANCO, o projeto de organização municipal dava excessiva liberdade aos municípios e estava fora da nossa realidade so-

(6) ANAIS DO CONGRESSO CONSTITUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS, pág. 336.

(7) ANAIS DO SENADO -- Ano de 1891 e 1892 -- Imprensa Oficial -- 1911 -- 2.ª edição -- Pág. 94.

cial, dizendo ser o mesmo “inaplicável ao estado atual de nossa civilização, e este é, a meu ver, o seu maior defeito”. (8)

Os próprios senadores estaduais consideravam o projeto de organização municipal excessivamente livre; MELLO FRANCO dizia que “a nossa Constituição criou o município libérrimo, admitindo até o estrangeiro tomar parte em seus negócios”. (9)

SILVIANO BRANDÃO afirmava: “Não há Estado nenhum que tenha organização municipal tão livre como a nossa.” (10)

CARLOS ALVES lamentava não ter havido o direito de voto para a mulher nas eleições municipais. (11)

A argumentação de MELLO FRANCO, como Juiz de Direito que fora e seguro jurista que era, visava demonstrar que o projeto, tal como a comissão mista havia apresentado ao Senado estadual, havia inovado a Constituição, dando autonomia ao distrito. Dizia ele:

“Para que fosse o distrito uma criação puramente administrativa, era preciso que não tivesse poder deliberativo e executivo independentes.” (12)

Aprovado no Senado estadual, o projeto da organização municipal foi remetido à Câmara dos Deputados, onde teve tramitação tranqüila. Mas, nessa Casa, a palavra de maior expressão, no assunto, foi a do Deputado ILDEFONSO ALVIM, que, por ocasião da Constituinte, já havia discutido amplamente o problema. Apesar de reconhecer o liberalismo do projeto, ALVIM criticou-o em muitos aspectos. Vale a pena transcrever alguns trechos de seu discurso, na Câmara:

“Quando em uma das sessões deste Congresso ofereci um substitutivo ao título relativo à organização municipal, eu disse que deveríamos proceder para com os municípios do mesmo modo que a União procedeu para com os Estados.

Deveríamos estabelecer apenas em nossa Constituição as teses gerais sobre as quais organizar-se-iam os nossos municípios e deixar essa organização a cada um deles, independente de qual-

(8) ANAIS — *Idem* — Sessão de 17-7-1891.

(9) ANAIS DO SENADO — *Idem* — Pág. 96.

(10) *Idem* — Pág. 82.

(11) *Idem* — Pág. 82.

(12) *IDEM* — Pág. 98 — Virgílio Martins de MELLO FRANCO era de Paracatu, onde nasceu em 1839. Ao lado de CAMILO DE BRITO E LEVINDO LOPES, foi um dos três maiores senadores estaduais de Minas. Exerceu o mandato desde a Constituinte de 91 até o seu falecimento, em 1922. Espírito liberal e independente, dotado de grande probidade e coerência intelectual, foi um dos nomes mais expressivos da Primeira República Mineira. AFONSO ARINOS biografou-o em UM ESTADISTA DA REPÚBLICA; por ocasião de seu falecimento, o MINAS GERAIS dedicou-lhe longo necrológico no número de 2-1-1923.

O autor deste artigo está realizando uma pesquisa sobre o Senado Mineiro, que será oportunamente editada, e na qual serão expostos os aspectos principais do legislativo mineiro na primeira fase republicana.

quer lei ordinária reguladora do assunto, por isso que eu receava qualquer exorbitância por parte do legislador ordinário, atentatória da autonomia municipal.

Esse receio, Senhor Presidente, com grande mágoa o declaro, tornou-se para mim hoje em dura realidade. No projeto que discutimos deu-se essa exorbitância, estabelecendo-se até disposições para completa organização distrital.

Terá para isso competência o Congresso? Parece-me que não.

A Constituição, em diversos artigos, procura garantir a autonomia municipal e essa autonomia burlou-se ou burlar-se-á, desde que sejam aprovadas todas as disposições do projeto, por isso que nele não se atende à *diversidade de circunstâncias* dos nossos municípios e distritos, principal meta dos partidários da autonomia ou do federalismo.

Dá-se, pelo projeto, uma organização uniforme a todos os municípios e distritos do Estado, sem ao menos deixar-se cousa alguma nesse sentido para, por eles, ser feita.

Será isto autonomia?!

Autonomia para escolher onde não há o que escolher, mas sim obedecer.

Não há dúvida alguma que as disposições do projeto são liberais; mas onde a garantia de permanência para essas disposições?

Amanhã virá um outro Congresso que pense de modo diferente e adeus organização municipal e distrital.” (13)

O projeto foi sancionado e transformado na Lei nº 2, de 14 de setembro de 1891. Pelo cotejo dos dispositivos dessa lei com o texto da Constituição Estadual, pode-se, realmente, notar que o legislador ordinário foi bastante além da Carta Magna e deu grande autonomia ao distrito. Vamos aos dispositivos da Lei:

“Art. 1º — O distrito é a base de organização administrativa do Estado de Minas Gerais.

§ 1º — O distrito é a circunscrição territorial que tem administração própria, em tudo quanto respeita ao seu peculiar interesse.

§ 2º — A sede do distrito é a povoação em que houver um conselho administrativo, criado pela Câmara Municipal.

(13) ANAIS DA CAMARA DOS DEPUTADOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 1891, pág. 256.

Art. 2º — O município é a reunião de distritos, formando outra circunscrição administrativa, com direitos, interesses e obrigações distintas; pode, porém, constar de um só distrito.

Parágrafo único — A sede do município é a povoação nele elevada à categoria de cidade ou vila.

Art. 3º — A criação de um distrito depende das seguintes condições:

1ª — população não inferior a mil habitantes, ou renda líquida, municipal, de um conto de réis por ano;

2ª — terreno necessário para logradouro público, a juízo da Câmara Municipal;

3ª — terreno decentemente fechado, nas imediações da povoação, para cemitério público;

4ª — existência de edifícios públicos para casa do Conselho Distrital e de instrução pública primária.”

Mais adiante, os dispositivos sobre a composição da Câmara e do Conselho Distrital:

Art. 10 — A Câmara Municipal se comporá de 7 a 15 membros, com a denominação de vereadores, sendo cada distrito nela representado por um vereador, pelo menos.

Art. 11 — O Conselho Distrital compor-se-á de 3 a 5 membros, com a denominação de conselheiros distritais.

Art. 12 — A Câmara Municipal, depois de feita a divisão distrital, e no último ano de seu mandato, fixará para o triênio seguinte o número de seus membros, o de vereadores que a cada distrito compete eleger e o de cada Conselho Distrital, respeitando as disposições dos dois artigos antecedentes.

Art. 13 — O exercício das funções de vereador, de membro do Conselho Distrital, de agente executivo municipal e de agente executivo distrital durará três anos, podendo os cidadãos eleitos renunciar o mandato em qualquer tempo.

Art. 14 — São condições de elegibilidade para os cargos de vereador, de membro do Conselho Distrital e de agente executivo municipal:

1ª — a posse dos direitos políticos;

2ª — saber ler e escrever;

3ª — a idade de 21 anos completos;

4ª — ter dois anos de domicílio e residência no município.

Parágrafo único — O estrangeiro que reunir as 2ª e 3ª condições, tiver quatro anos domiciliado e residência no município e for contribuinte do cofre municipal poderá ser eleito vereador ou agente executivo municipal, assim como membro do Conselho Distrital.”

A Lei nº 2, sancionada pelo Presidente José Cesário de Faria Alvim, era muito extensa e minuciosa, com 95 artigos. Continha os seguintes títulos: *Título I* — Da administração municipal; *Título II* — Da administração distrital; *Título III* — Da Assembléa Municipal; *Título IV* — Disposições Gerais e Transitórias. Cada Título desdobrava-se em vários Capítulos.

4. *As Atribuições do Conselho Distrital*

A fim de que o leitor possa ter uma noção mais exata do que foi o distrito na primeira república, em Minas Gerais, é suficiente considerar as atribuições do Conselho Distrital, na Lei nº 2.

Embora o capítulo seja um pouco extenso, a sua transcrição aqui é necessária.

“*Art. 54* — Ao Conselho Distrital compete:

§ 1º — Resolver sobre a administração dos bens do distrito.

§ 2º — Promover e auxiliar, pelos meios ao seu alcance, a fundação de escolas de instrução primária, sujeitas à inspeção do seu agente executivo e ao regulamento da Câmara Municipal, criar estabelecimentos de beneficência para asilo de indigentes, doentes incuráveis, recolhimento de expostos e quaisquer outros fins humanitários.

§ 3º — Velar pela execução do estatuto municipal e especialmente sobre o modo de fruição do logradouro comum dos moradores do distrito, concedendo licenças para cortes de lenha, tirada de madeiras, colheitas de frutos etc.

§ 4º — Deliberar sobre contratos para a construção de obras do interesse do distrito e sobre a aquisição de imóveis para o serviço ou por motivo de utilidade distrital.

§ 5º — Representar a Câmara Municipal sobre a alienação de imóveis no distrito.

§ 6º — Decidir sobre a aceitação de heranças, legados e doações feitas ao distrito, com ou sem condições.

§ 7º — Dar autorização ao agente executivo distrital para intentar ação em juízo, quando assim convenha ao distrito.

§ 8º — Formular o regulamento do cemitério, mercado e de outros serviços do distrito, sendo estes atos submetidos à aprovação da Câmara Municipal.

§ 9º — Criar quaisquer taxas que julgue necessárias para serviços do interesse especial do distrito, contanto que não vá de encontro às leis em vigor.

§ 10 — Deliberar sobre o orçamento da receita e despesa do distrito, mediante proposta do agente executivo distrital, orçamento que será anual, distribuído por verbas e será em tempo conveniente remetido à Câmara Municipal, para que seja contemplado, em rubrica especial, no orçamento municipal.

§ 11 — Aplicar a renda do distrito, como entender conveniente, contanto que seja em misteres do interesse do distrito.

§ 12 — Criar os empregos necessários para os serviços especiais do distrito e nomear para eles empregados, mediante proposta do agente executivo distrital.

§ 13 — Prestar anualmente contas de sua gestão à Assembléia Municipal.” (14)

Aí está, legalmente, o Conselho Distrital, realmente uma espécie de mini-câmara, com amplas atribuições. O município, nessa sistemática jurídica, uma federação de distritos. Era o princípio federativo levado até às últimas conseqüências, ou seja, até aos lugarejos do interior.

5. As Conseqüências da Descentralização

Veio o tempo, com a experiência, mostrar que o Senador MELLO FRANCO tinha razão ao afirmar não haver maturidade política suficiente para concretizar uma descentralização tão acentuada como a que votaram os legisladores mineiros. É preciso entender-se que, naquela época, não havia partidos; as lutas políticas desenrolavam-se através dos clãs existentes em cada lugar ou região, com seus chefes ou “coronéis”, as quais degeneravam, não raro, em desmandos, perseguições e até carnificinas. Mais tarde, em 1898, fundou-se o Partido Republicano Mineiro, o famoso P.R.M., que teve tanta importância na vida política brasileira. O P.R.M., como partido único, escolhia os candidatos e os elegia; era difícil, senão impossível, eleger-se fora dele. O sistema partidário, monolítico, era muito simples: o partido era a ligação entre o poder central (o Presidente do Estado) e os “coronéis” do interior. A Comissão Executiva do P.R.M. era o órgão que decidia tudo, nas câmaras palacianas. O Partido recebia o apoio dos “coronéis” e estes do Partido; em cada lugar, o Partido era representado pela facção dominante. Como o sistema eleitoral da época propiciava fraudes, as eleições não eram, na realidade, senão

(14) COLEÇÃO DAS LEIS — 1891 — Imprensa Oficial — Ouro Preto — 1895 — Arquivo Público Mineiro.

nomeações dos candidatos indicados pelo Partido. Havia deputados eleitos por distritos que eles nem ao menos conheciam.

Sob o aspecto que estamos analisando o problema, o que se pode notar é que tudo dependia do jogo político local. O Palácio da Liberdade dava cobertura ao clã vitorioso. Esse original sistema conseguiu manter o equilíbrio político, em Minas, durante toda a primeira república. Acontece, porém, que a autonomia municipal acabou degenerando em abusos, que iam repercutir na área do poder legislativo. Os ANAIS do Senado mineiro estão repletos de casos dessa natureza; muitas decisões das Câmaras Municipais eram anuladas pelo Legislativo. O que era muito comum, na época, era a dualidade de Câmaras no mesmo município. As facções desentendiam-se; uma não aceitava o mando da outra; como resultado, a cissiparidade da Câmara Municipal em duas.

Os legisladores mineiros foram verificando, aos poucos, que os resultados da exagerada autonomia municipal eram negativos. Então trataram de mudar a lei. A experiência foi relativamente curta; em 1903, foram extintos os Conselhos Distritais.

Em 17 de setembro de 1903, foi promulgada a Lei nº 373, que dispôs o seguinte:

“Art. 1º — É da exclusiva competência do Congresso a criação, supressão e desmembramento de distritos, assim como a mudança de sede.

Art. 2º — Ficam extintos os Conselhos Distritais a que se refere o final do art. 9º da Lei nº 2, de 14 de setembro de 1891.”

A Lei nº 373 visou acabar com os abusos na criação e emancipação dos distritos, mas não solucionou inteiramente o problema. Nos anos subsequentes, eram numerosos os casos oriundos das Câmaras Municipais que iam parar no Legislativo. Era muito comum a criação de distritos transformar-se num problema meramente eleitoreiro. Em 1923, o senador estadual FRANCISCO ESCOBAR denunciava a indiscriminada criação de novos municípios, através de distritos que não tinham condições de serem emancipados. ⁽¹⁵⁾

O objeto deste artigo não comporta maiores indagações sobre o assunto, mas cremos ter ficado evidente a proposição inicial: a autonomia municipal, em Minas, mormente até 1903, foi mais propriamente distritalista que municipalista. E ela representou a aplicação do princípio federativo levado ao mais alto grau, dentro de uma realidade social e política que não comportou essa acentuada autodeterminação local.

(15) ESCOBAR era natural de Jaguari, onde nasceu em 1865. Intendente municipal em São José do Rio Pardo, foi amigo de EUCLIDES DA CUNHA, a quem ajudou, quando o autor de OS SERTÕES ali residiu. ESCOBAR foi nomeado prefeito de Poços de Caldas, por Wenceslau Brás. A Comissão Executiva do P.R.M. deu-lhe uma cadeira no Senado mineiro. A sua passagem por aquela Casa ficou marcada, sobretudo, por seu famoso discurso sobre o problema municipal.

A Polícia das Construções e os Direitos da Criança

JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF

(Juiz de Direito no Estado do Espírito
Santo e Professor da Universidade Fe-
deral daquele Estado)

ROTEIRO DO TRABALHO

1. Um caso de polícia de construções
2. A decisão judicial do caso
3. Apreciação da decisão judicial à luz da doutrina
 - 3.1 O poder de polícia
 - 3.2 A polícia das construções
 - 3.3 O drama da moradia
 - 3.4 Origens históricas das limitações ao direito de construir
 - 3.5 A regulamentação edilícia no Brasil
 - 3.6 Embargo de obras, consectário natural da polícia de construções
 - 3.7 Conclusão da análise da decisão judicial à luz da doutrina

4. Polícia das construções: como vem sendo exercida
5. A polícia das construções e os direitos da criança
 - 5.1 O alheamento da criança na regulamentação edilícia
 - 5.2 A missão humana na cidade
 - 5.3 A falência da cidade como instrumento do espírito gregário
 - 5.4 A necessidade humana de espaço
 - 5.5 A criança e o espaço
 - 5.6 A criança de apartamento, na cidade grande
 - 5.7 Uma idéia em favor da criança: imposição do **playground**, nos edifícios de apartamentos

1. UM CASO DE POLÍCIA DE CONSTRUÇÕES

Jamtob Azuly e sua mulher mandaram construir, em Curitiba, um edifício de sete pavimentos. O projeto foi aprovado e licenciado pela Prefeitura.

Com as obras bastante adiantadas — já concluídas as lojas do edifício —, a Prefeitura embargou, administrativamente, a construção. Fundamentou o embargo no fato de haverem os proprietários alterado o projeto primitivo, sem licença do Departamento competente, no que desrespeitaram as posturas municipais.

Inconformados, os donos da obra bateram às portas da Justiça com mandado de segurança.

Confessaram, no pedido, as modificações havidas no projeto, mas afirmaram que as mesmas foram de pequena monta, e não afetaram o conjunto da obra.

Insurgiram-se contra a circunstância de se operar a proibição por via administrativa, ou seja, através de simples expediente policial.

Alegaram que o verdadeiro motivo do embargo era a pretensão de dar novo alinhamento aos edifícios, no local, e o que queria a Prefeitura era fugir do dever de desapropriar mediante prévia indenização.

As posturas municipais dispõem:

“Qualquer obra de construção e edificação só poderá ser iniciada se o proprietário possuir o respectivo alvará de licença.”

“Sempre que houver alteração na planta aprovada ficam os proprietários obrigados a submeter à aprovação o projeto modificativo, para cuja execução será expedido novo alvará de licença.”

2. A DECISÃO JUDICIAL DO CASO

O caso foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso de Mandado de Segurança nº 1.687, julgado em 28 de julho de 1952.

Enfrentando apenas a matéria concreta dos autos, no que procedeu, corretamente, o STF não abordou o **poder de polícia** em todos os seus aspectos.

O Supremo declarou que a administração exerce poder de polícia legítimo, embargando obras que estão sendo executadas em desconformidade com plantas aprovadas.

Ficou expresso que a autoridade municipal é “responsável pela segurança dos edifícios, sua harmonia arquitetônica, alinhamento, ingressos, saídas, arejamento, enfim, acomodações às exigências que a vida humana, nas grandes cidades, vai tornando cada vez mais difícil”.

Achou o Supremo que, na espécie, legítimo era o exercício do poder de polícia face aos elementos fornecidos.

Após fixar que, no caso, não cabe mandado de segurança porque a administração não feriu direito líquido e certo dos impetrantes, sustenta o acórdão que, ocorrendo dano a direito líquido e certo do particular, seja ou não, por ato de **poder de polícia**, pode este recorrer ao mandado de segurança.

A tese esposada pela decisão recorrida, de que ao Judiciário cabe apreciar apenas a “legalidade” do ato administrativo (aspecto formal), não foi discutida no decisório do STF.

A ementa do aresto foi assim redigida:

“Poder de polícia: exerce-o legitimamente a autoridade exigindo rigoroso cumprimento das posturas municipais e fiel observância das plantas aprovadas para construções, impedindo alterações não autorizadas.” (1)

3. APRECIÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL A LUZ DA DOCTRINA

3.1 O poder de polícia

O Poder de Polícia, como define Fernando Henrique Mendes de Almeida, é o “conjunto de limitações impostas pela Administração Pública à atividade dos indivíduos, em benefício do bem comum e da subsistência do Estado.” (2)

(1) Ver Revista de Direito da Procuradoria-Geral, n.º 6, 1957, págs. 330 a 335.

(2) Fernando Henrique Mendes de Almeida, “Noções de Direito”, págs. 215 e 216, apud Daltro de Abreu Dallari, “As leis municipais e o direito de construir”, in Revista da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, LXV, 1970, págs. 105 e segs.

Hely Lopes Meirelles observa que:

“a extensão do poder de polícia é hoje muito ampla, abrangendo a polícia judiciária, encarregada da repressão das infrações penais, e a polícia administrativa, nas suas múltiplas e variadas modalidades que abarcam desde a segurança dos indivíduos em sociedade, até a defesa da estética da cidade, passando por uma gama infundável de proteção de bens, tais como a saúde, a higiene, a tranquilidade pública e outros mais.” (3)

O mesmo autor alinha, como principais áreas da polícia administrativa, a de costumes, a dos logradouros e veículos públicos, a sanitária, a da atmosfera, a das plantas e animais nocivos, a das construções, a funerária, a de pesos e medidas, a de trânsito e tráfego. (4)

3.2 A polícia das construções

“A polícia das construções se expressa pelo controle técnico-funcional da edificação individual e pelo ordenamento urbanístico da cidade.” (5)

“Em nome do bem comum é lícito ao Poder Público opor justas limitações ao direito de construir, desde que requeridas pelos superiores interesses da comunidade. Tais interesses são múltiplos e variados, dada a diversidade de bens públicos a proteger, os quais vão desde os que asseguram a satisfação de necessidades físicas, até os que proporcionam conforto espiritual ou sensações estéticas à coletividade, ou sejam indispensáveis aos serviços públicos e à segurança da nação.” (6)

“As limitações urbanísticas podem e devem abranger todas as atividades e setores que afetem o bem-estar social, na cidade e no campo, nas realizações materiais e na vida comunitária. Para isto o urbanismo prescreve e impõe normas de desenvolvimento, de funcionalidade, de conforto e de estética da cidade, e planifica suas adjacências, racionalizando o uso do solo, ordenando o traçado urbano, coordenando o sistema viário, e controlando as construções que vão compor o agregado humano — a urbs. Essas limitações incidem precipuamente, sobre a habitação, e é natural que isto ocorra porque a casa é, e será sempre, o elemento primordial da povoação e a base do conforto individual.” (7)

(3) Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1966, 2.ª ed., pág. 96.

(4) Id., ib., pág. 106.

(5) Id., ib., pág. 127.

(6) Id., “Direito de construir”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1965, 2.ª ed., pág. 24.

(7) Id., ib., pág. 101.

3.3. O drama da moradia

A simples polícia das construções não esgota, nem resolve, por si, o drama da moradia. Este reflete um dos aspectos da problemática social, cuja solução demanda reformas estruturais, a nível mundial e a nível nacional.

Mesmo em matéria tão específica como a de que trata esta monografia, não é possível isolar o tema de um contexto maior de idéias.

É que se trata de polícia de construções, habitação, e como advertiu Louis Virth, "uma civilização pode ser julgada pelas condições mínimas de moradia que tolera". (8)

3.4. Origens históricas das limitações ao direito de construir

As primeiras limitações ao direito de construir tiveram motivação religiosa. "Os Deuses Lares deveriam ficar em absoluto isolamento, sendo interdita ao estranho até mesmo a simples visão do Lar no momento da realização do culto." (9)

Informa Fustel de Coulanges:

"Reportemo-nos à idade primitiva da raça ariana... A população chegou à Grécia e à Itália e construiu cidades. As moradias aproximaram-se, mas, no entanto, não estão contíguas. A vedação sagrada existe ainda, mas em menores proporções; muitas vezes, reduzida a um pequeno muro, a um fosso, a um sulco, ou a simples faixa de terra de alguns pés de largura. Em qualquer caso, duas casas não devem tocar-se; a contigüidade ainda é coisa considerada impossível. A mesma parede não pode ficar comum a duas casas porque então o recinto sagrado dos deuses domésticos desapareceria. Em Roma, a lei fixa em dois pés e meio a largura do espaço livre que sempre deve separar duas casas, e este espaço está consagrado ao "deus da cerca". (10)

A. E. Giffard diz que o direito de propriedade nunca foi absoluto, vez que sofria limitações impostas pela lei da cidade, ou pela organização familiar e gentilícia. Afirma:

"Ainsi, le propriétaire d'un terrain bâti, il doit anciennement laisser tout autor de la maison un "ambitus" de deux pieds pour circuler; si c'est un champ, il doit laisser un "confinium" de cinq pieds pour la circulation des équipages. L'ambitus disparut de bonne heure et sûrement à la suite de l'incendie de Rome par les Gaulois." (11)

(8) Apud Carlos A.A. Maffel e Caio Fábio A. da Motta, "Habitação e Sociologia", in Revista de Cultura Vozes, n.º 3, 1973, 67, pág. 21.

(9) Dalmo de Abreu Dallari, "As leis municipais e o direito de construir", *ib.*, pág. 107.

(10) Fustel de Coulanges, "A Cidade Antiga", vol. I, págs. 86 e 87; apud Dalmo de Abreu Dallari, *ib.*, pág. 108.

(11) A. E. Giffard, "Précis de Droit Romain", vol. I, pág. 334, apud Dalmo de Abreu Dallari, *ib.*, pág. 108.

3.5. A regulamentação edilícia no Brasil

No Brasil, entende-se, de longa data, como sendo da competência do Município a regulamentação edilícia, ou seja, a expedição de normas de polícia das construções e de ordenamento urbanístico da cidade.

A regulamentação edilícia decorre de um dos atributos da autonomia municipal, qual seja a administração própria, no que concerne a assuntos de seu peculiar interesse.

Já a Constituição de 25 de março de 1824 (Constituição Imperial) estatua:

"Art. 167 — Em todas as cidades e vilas ora existentes, e nas mais que para o futuro se criarem, haverá câmaras, às quais compete o governo econômico e municipal das cidades e vilas."

A Constituição republicana estabeleceu:

"Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse" (art. 68).

O princípio foi agasalhado pela Constituição de 1934 (art. 7º, inciso I, letra d), pela de 1937 (art. 26, não obstante o esvaziamento do princípio por força do Decreto-Lei nº 1.202, de 8 de abril de 1939), pela de 1946 (art. 28, inciso II), pela de 1967 (art. 16, inciso II) e pela Emenda de 1969 (art. 15, inciso II).

A primeira lei de organização municipal, em nosso País, é datada de 1º de outubro de 1928. Fixando a competência dos vereadores, esse diploma incumbiu-os de legislar sobre todos os aspectos relativos às edificações e suas decorrências para as cidades. (12)

Determinou o art. 66:

"Proverão (os vereadores) em posturas sobre os objetos seguintes:

§ 1º — alinhamento, limpeza, iluminação, despachamento de ruas, cais e praças, conservação e reparo de muros; calçadas, pontes, fontes, para decoração e benefício comum."

E o art. 71 complementou:

"Vejam meios de manter a tranqüilidade, segurança, saúde e comodidade pública, asseio, segurança, elegância dos edifícios e ruas."

O Código Civil determina no seu art. 572:

"O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos."

(12) Cf. Dalmo de Abreu Dallari, *ib.*, pág. 112.

Doutrina e jurisprudência têm retirado deste artigo a força de legitimação às limitações impostas pelas Municipalidades ao direito de construir. Trata-se, assim, de uma **norma em branco**.

Segundo Meucci, citado por Dalmo de Abreu Dallari:

“Se uma norma local de polícia administrativa prescrevesse afastamento entre os edifícios ou área mínima para se poder edificar, tal norma não seria obrigatória se o Código Civil não houvesse ressalvado a competência dos estatutos locais”. (13)

3.6. Embargos de obras, consecrário natural da polícia de construções

A exigência de aprovação de plantas, as vistorias, os embargos, as demolições, os alvarás de “habite-se” são conseqüências necessárias do poder municipal de policiar as construções.

Neste sentido, o ensinamento autorizadíssimo de Hely Lopes Meirelles:

“Para bem policiar as edificações as municipalidades devem subordinar as construções e reformas à prévia aprovação do projeto pela seção competente da Prefeitura, e exigir que tais projetos sejam elaborados e subscritos por profissional legalmente habilitado, na forma da legislação federal pertinente. Pelo mesmo motivo, a ocupação dos edifícios deve ser precedida de vistoria e expedição de alvará de utilização, conhecido por “habite-se”. O poder de polícia municipal, em matéria de construções, é amplo, possibilitando o acompanhamento da execução da obra, e vistorias posteriores à sua conclusão, desde que o Poder Público suspeite de insegurança ou alterações das condições de higiene e salubridade, sempre exigíveis. Encontrando-se em desconformidade com as exigências legais e regulamentares, pode promover a sua interdição e demolição, ou permitir a adaptação às condições oficiais.” (14)

Não é outro o pensamento de Angelito A. Aiquei:

“As multas, os embargos, a demolição constituem algumas das medidas de que se vale o poder público a bem da observância de suas determinações.” (15)

3.7. Conclusão da análise da decisão judicial à luz da doutrina

A decisão do mais alto colégio judiciário do País harmoniza-se, perfeitamente, com a doutrina dominante e com a lei, conforme se viu.

Legítima é a regulamentação edilícia. Legítimas as limitações ao direito de construir visando ao bem-estar da população, à segurança das edifica-

(13) Meucci, “Instituzioni di Diritto Amministrativo”, pág. 52, apud Dalmo de Abreu Dallari, *ib.*, pág. 119.

(14) Hely Lopes Meirelles, “Direito Municipal Brasileiro”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1964, 2.ª ed. vol. I, pág. 292.

(15) Angelito A. Aiquei, “Problemas Jurídicos dos Municípios”, Porto Alegre, Ed. Sulina, 1959, vol. I, pág. 108.

ções, à preservação da saúde, à estética da cidade e a outros objetivos cuja execução está confiada ao poder discricionário que é balizado pelas exigências do bem comum. Legítimos os meios diretos de ação do poder público municipal para impor, através da prevenção ou da repressão, o respeito dos particulares às normas editadas.

Ao Judiciário cabe, **a posteriori**, defender o particular de atos que configurem **abuso de poder** ou **desvio de poder**, sem peias no seu julgamento. Por excessos que pratiquem, podem os administradores, conforme as hipóteses, responder até a processo criminal, como nos casos de prevaricação ou violência arbitrária, pesando sobre eles também a responsabilidade civil. Este último aspecto não foi objeto de exame no julgamento mas é aqui referido porque coroa o sistema de equilíbrio entre os instrumentos de ação do poder e de garantia dos direitos individuais.

4. POLÍCIA DAS CONSTRUÇÕES: COMO VEM SENDO EXERCITADA

Na cidade de São Paulo, a Lei nº 4.615, de 13 de janeiro de 1955, que atualizou o antigo "Código de Obras", estabelece o seguinte feixe de restrições ao direito de construir:

- a) normas relativas à insolação, iluminação e ventilação, visando a proteger a saúde dos habitantes, além de fixar condições mínimas de conforto;
- b) dimensões mínimas dos compartimentos e condições a serem observadas em cada dependência da habitação;
- c) liberdade na composição de fachadas, exceto nos locais em que se determinar soluções de conjunto.

É também comum, em São Paulo, a exigência de condições específicas para construções em determinados bairros (bairros destinados a famílias de maiores posses).

Hely Lopes Meirelles abre caminhos ao legislador, demonstrando a amplitude que pode alcançar a regulamentação edilícia:

"Na regulamentação municipal deverão ser impostas minuciosamente as condições em que o proprietário pode construir, visando à segurança, à higiene e à estética das edificações e da cidade em geral. Dentre as exigências, são perfeitamente cabíveis as que se relacionem com a solidez da construção, com a aeração, insolação, cubagem, altura máxima e mínima, recuos e requisitos de estética, que não contrariem as disposições da lei civil." (16)

"Não escapa do poder de polícia das construções a estética dos edifícios particulares, a exigência de recuo, a só admissão de determinadas fachadas, e a imposição de outros detalhes externos que objetivem o desenvolvimento harmônico e funcional da cidade.

(16) Hely Lopes Meirelles, *ob. cit.* sob o n.º 13, vol. I, pág. 292.

O urbanismo, como arte da organização do espaço habitável, e especialmente do espaço das cidades, enuncia regras tão úteis e necessárias quanto as de higiene e de segurança públicas.” (17)

As limitações impostas pelas Municipalidades ao direito de construir são classificadas por Alcides Greca em três grupos:

- “a) as que implicam em obrigação de **fazer**;
- b) as que contêm uma obrigação de **não fazer**;
- c) as que impõem uma obrigação de **deixar fazer**.” (18)

Explicitando e subscrevendo o pensamento daquele autor, escreve Dalmo de Abreu Dallari:

“No primeiro grupo estariam as imposições relativas à impermeabilização de paredes e pisos, à abertura de janelas para insolação, iluminação e ventilação, à adoção de normas técnicas relacionadas com a segurança das edificações, bem como todas as demais disposições legais que obrigam o proprietário a dotar sua edificação de certas características.”

“Entre as limitações da segunda classe estariam a proibição de aberturas, sem observância de certo afastamento da área vizinha, a obrigação de recuo do alinhamento do passeio público, a proibição de porões habitáveis, como é o caso da cidade de São Paulo, a limitação da altura dos edifícios, assim como todas as normas que impõem a abstenção de determinadas práticas.”

“As limitações da terceira classe não dizem respeito, precisamente, a características que deva ter a edificação. Na realidade, são limitações ao uso do edifício, mas que pressupõem já a existência da edificação. Tais restrições seriam, principalmente, a obrigação de permitir a colocação de presilhas ou suportes para colocação de cabos de energia elétrica ou telefone, a colocação de caixas de correspondência, a ocupação do subsolo para passagem de cabos e encanamentos, a ocupação do espaço aéreo para a passagem de cabos, e outras circunstâncias eventuais em que uma edificação deva servir de ponto de apoio para a consecução de um serviço público.” (19)

5. A POLÍCIA DAS CONSTRUÇÕES E OS DIREITOS DA CRIANÇA

5.1. O alheamento da criança na regulamentação edilícia

As restrições ao direito de construir vêm assumindo formas altamente sofisticadas e economicamente bastante onerosas, como, por exemplo, na exigência de recuos de edifícios e na fixação de gabaritos. Desconheço, porém, qualquer texto legal que imponha restrições ao direito de construir

(17) Id., *ib.*, pág. 293.

(18) Alcides Greca, “Regimen Legal de la Construcción”, pág. 35, *apud* Dalmo de Abreu Dallari, artigo citado sob o n.º 1, pág. 120.

(19) Dalmo de Abreu Dallari, *ib.*, págs. 120 e 121.

visando, especificamente, aos interesses da criança, exceto decreto de 20 de abril, de 1970, do Estado da Guanabara, que não me parece, porém, atender, pela timidez de suas exigências, os objetivos aqui visados, sendo, contudo, iniciativa pioneira que demonstra sensibilidade para o problema e deve servir de inspiração ao legislador municipal brasileiro para que, com arrojo maior, discipline a matéria. (20)

5.2. A missão humana da cidade

“Uma cidade deve ser construída de forma que dê a seus habitantes a segurança e a felicidade. Para se cumprir este propósito não é suficiente o conhecimento científico do técnico — é também necessário o talento do artista. Só em nosso século matemático a construção e expansão de cidades são questões puramente tecnológicas.”

Esta advertência foi feita por Camilo Sitte, em 7 de maio, de 1889. (21)

Júlio Artigas e Rita Vaz sublinham que a cidade é “um conjunto de relações entre consciências.” (22)

Anhaia Mello defende, no urbanismo,

“a precedência de valores humanos e espirituais em face dos mecânicos e imobiliários”. (23)

A missão humana da cidade é a do encontro, da cooperação, da fraternidade.

A cidade do interior — onde as pessoas se identificam e se cumprimentam, onde o homem não é o anônimo da angústia de Kafka —, ainda cumpre essa função humanista e integradora.

Mas a cidade grande vem se afastando desse desiderato.

(20) O Decreto “E” — n.º 3.800, de 20 de abril de 1970, que aprova os regulamentos complementares à Lei de Desenvolvimento Urbano do Estado da Guanabara, e dá outras providências, dispõe no art. 10, do Cap. III, da Seção 3:

“Uma ou mais edificações residenciais multifamiliares possuirão sempre:

f) área de recreação proporcional ao número de compartimentos habitáveis, de acordo com o abaixo previsto:

I — proporção mínima de 1,00 m² (um metro quadrado) por compartimento habitável, não podendo, no entanto, ser inferior a 40,00 m² (quarenta metros quadrados);

II — indispensável continuidade, não podendo, pois, o seu dimensionamento ser feito por adição de áreas parciais isoladas;

III — forma tal que permita, em qualquer ponto, inscrição de circunferência com raio mínimo de 2,50m (dois metros e cinquenta centímetros);

IV — acesso através de partes comuns, afastado dos depósitos coletores de lixo e isolado das passagens de veículos, por mureta com altura mínima de 0,70 (setenta centímetros);

V — não será localizada na cobertura das edificações.”

(21) Apud Júlio Artigas e Rita Vaz. “Planejamento Urbano: o caso brasileiro”, Revista de Cultura Vozes, n.º 3, 1973, ano 67, pág. 12.

(22) Júlio Artigas e Rita Vaz, *ib.*, pág. 13.

(23) Luís Anhaia Mello, “Engenharia e Urbanismo”, 1954, pág. 7, apud Hely Lopes Meirelles, *ob. cit.* sob o n.º 13, vol. I, pág. 307.

5.3. A falência da cidade como instrumento do espírito gregário

A grande cidade vem aniquilando o valor do homem como pessoa, como individualidade. As relações interpessoais procedem-se de forma mecânica. O anonimato, com a sua força de anulação, não encontra o fator que poderia reequilibrar o relacionamento humano: a valorização do homem, como *ser*, independentemente de sua identidade.

Observa Carvalho Pinto:

“Nascidas sob a inspiração de abrigo, proteção e amparo a superiores necessidades espirituais e materiais do homem, o crescimento desordenado das cidades, fora de qualquer planejamento global, as converte em perigosos agentes de desumanização das criaturas, de rebaixamento de suas condições de vida, de desagregação social, enfim, de paradoxal inversão das condições que as legitimam.” (24)

Contudente é a denúncia de Paulo VI:

“Em lugar de favorecer o encontro fraterno e entreaduda, a cidade, pelo contrário, desenvolve as discriminações e também as indiferenças. Ela se presta para novas formas de exploração e do domínio, em que uns especulam as necessidades dos outros, disso auferindo lucros inadmissíveis.” (25)

Alípio Pires Castello Branco também assinala “as carências de significado humano que as nossas cidades apresentam”. (26)

A conclusão de Erich Fromm, de que as relações entre os indivíduos perderam o caráter direto e humano, para adquirir um espírito de manipulação e instrumentalidade, (27) ajusta-se, sem dúvida, com muito maior precisão, à realidade das grandes concentrações urbanas.

De tudo resulta a solidão, registrada nos versos de Carlos Drummond de Andrade:

“Nesta cidade do Rio
de dois milhões de habitantes
estou sozinho no quarto
estou sozinho na América.” (28)

(24) Carvalho Pinto, “Política do Desenvolvimento Urbano”, in *Revista de Informação Legislativa, Senado Federal*, n.º 32, outubro a dezembro de 1971, ano VIII, pág. 3.

(25) Paulo VI, “Octogesima Adveniens”, apud Carvalho Pinto, *ib.*, pág. 5.

(26) Alípio Pires Castello Branco, “Educação, lazer e vida urbana”, in *Revista de Cultura Vozes*, n.º 3, 1973, ano 76, pág. 50.

(27) Erich Fromm, “Medo à Liberdade”, apud Ethel Bauzer Medeiros. “O lazer no planejamento urbano”, Rio, FGV, 1971, pág. 96.

(28) Carlos Drummond de Andrade, “A Bruxa, Obras completas”, Rio, Aguilar, 1964, pág. 12, apud, Ethel Bauzer Medeiros, *ib.*, pág. 95.

5.4. A necessidade humana de espaço

Grande parte da tragédia da cidade resulta da carência de espaço. No escritório, na fábrica, no ônibus, no elevador, no apartamento, o homem vive confinado. O confinamento assume caráter mais esmagador na casa que, por força da trepidação nervosa da vida moderna, precisaria de libertar o homem das pressões que o atormentam. Mas, a casa da maioria é o apartamento de dimensões precárias, o "apertamento".

5.5. A criança e o espaço

O espaço é indispensável ao desenvolvimento biológico e psicológico da criança. A criança precisa de espaço em casa e de espaço na escola. Área livre, terra, espaço onde possa correr e brincar, desenvolver suas potencialidades, libertar sua criatividade.

O espaço ideal é aquele proporcionado pelo quintal:

"Um dos lugares mais adequados à recreação é o quintal de casa, convenientemente equipado. Ele destina-se, principalmente, à recreação da criança pequena, que ainda não vai à escola, mas se beneficiam dele crianças até 10 anos ou mais. O pré-escolar é o que mais tem a ganhar com esta solução, verdadeiramente feliz, para as suas horas de ar livre e de brinquedo. Autores existem, mesmo, que contra-indicam a ida de crianças de baixa idade aos parques infantis públicos, indicando o quintal da casa como lugar apropriado ao brinquedo dos meninos e meninas desse tipo." (29)

Também Ethel Bauzer Medeiros, no livro "O lazer no planejamento urbano", (30) e Ruth Gouvêa, na obra "Recreação", destacam a importância do espaço para o desenvolvimento normal da criança. (31)

Ethel Bauzer Medeiros afirma que "com o crescimento das cidades, o problema da carência de espaço para morar (e até viver) aguçou a delinquência juvenil"... (32)

Ainda Ethel Bauzer Medeiros refere-se à pesquisa do professor Tsung-Yi-Lin, da Universidade Nacional de Formosa, que concluiu pela existência de relação entre urbanização e aumento de suicídios, destacando entre os fatores negativos da urbanização o espaço limitado para a recreação. (33)

Num exame específico da situação brasileira, Paulo Sérgio Markun denuncia "a irracionalidade das edificações residenciais de nível médio". (34)

(29) Dante Costa, "A infância e a recreação", Rio, Departamento Nacional da Criança, 1953, pág. 24.

(30) Ethel Bauzer Medeiros, *ib.*, pág. 133.

(31) Ruth Gouvêa, "Recreação", Rio, Agir, 1963, pág. 33.

(32) Ethel Bauzer Medeiros, *ib.*, pág. 91.

(33) *Id.*, *ib.*, pág. 104.

(34) Paulo Sérgio Markun, "Por que falar das cidades?" -- in Revista de Cultura Vozes, n.º 3, 1973, ano 67, pag. 47.

5.6. A criança de apartamento, na cidade grande

Grande parte das famílias, numa cidade grande, vive em apartamentos. Acrescendo a essa circunstância, o perigo das ruas (acidentes de trânsito, criminalidade), o resultado é que a criança da cidade grande vive aprisionada. A escola maternal, o jardim-de-infância podem proporcionar à criança espaço e sociabilidade. O espaço das escolas nem sempre é satisfatório. A rede de escolas maternais e jardins-de-infância é constituída, em grande parte, de estabelecimentos particulares, pagos. Resulta que o benefício passa a ser privilégio de uma parcela das famílias. Parques infantis, **play-grounds** distribuem-se por muitos bairros da cidade. O acesso aos mesmos é, porém, marcado pelos perigos assinalados (trânsito, criminalidade). Outrossim, a criança precisa de ser conduzida a esses locais, com acompanhante: se for a mãe, é necessário que não trabalhe para poder levar todos os dias os filhos pequenos aos parques infantis; se a mãe não puder acompanhar os filhos, é preciso que a família conte com alguém para esse encargo, circunstância que envolve variados problemas. Em dias de chuva ou em dias em que a criança não estiver bem de saúde, é inconveniente a ida a parques públicos ou até mesmo à escola. Para a criança, a permanência contínua, dia inteiro, no apartamento, contraria a natureza e é neurotizante. Na impossibilidade de poderem as crianças desfrutar do quintal, o **play-ground**, no andar térreo dos edifícios de apartamento, é o melhor substitutivo.

Verifiquei 25 ofertas de apartamentos, para venda, na edição do dia 26 de maio de 1974, do "Jornal do Brasil". Dos 25 edifícios, apenas 9 contavam com **play-grounds**. Os preços de apartamento nesses edifícios, eram bem mais elevados do que a média, destinando-se a classes de elevado poder aquisitivo. Nos restantes 16 edifícios, não estava prevista a existência de áreas para crianças, embora todos contassem com garagem.

5.7. Uma idéia em favor da criança: imposição do "play-ground" nos edifícios de apartamentos

Creio que uma nova **limitação ao direito de construir** devia ser imposta pelas Municipalidades, em toda cidade que tenha mais de 200 mil habitantes: a obrigatoriedade de **área para criança**, nos edifícios de apartamentos, nos quais venham a residir mais de 6 (seis) famílias. Essa área teria sua dimensão proporcional à área total residencial do edifício. Tal limitação situar-se-ia entre as **obrigações de fazer**, da classificação de Alcides Greca. O beneficiário da norma é a criança, que poderá ter um desenvolvimento melhor, facilitando-se, outrossim, a vida das famílias.

Na vida grupal, a nível de criança, talvez o habitante da cidade grande retome o humanismo perdido. Vizinhos que não se conhecem talvez se encontrem através da amizade dos filhos.

Talvez, quem sabe, nesse amanhã, se possa ir ao apartamento de luzes acesas, partilhar da alegria do irmão-vizinho que festeja, como na crônica do velho Braga, Rubem, meu conterrâneo.

E, então, já não será como hoje em que:

“no cimento, nem traço da pena dos homens. As famílias se fecham em cédulas estanques. . . Entretanto, há muito se acabaram os homens. Ficaram apenas tristes moradores. . .” (35)

“Compete ao profissional do Direito, ao homem que por formação está capacitado a identificar valores e garanti-los sob normas jurídicas, a responsabilidade de revestir do grau de cogência necessário os novos valores que vêm sendo introduzidos pelo Urbanismo, ao mesmo tempo que a compatibilizá-los com os valores tradicionais. Cabe-lhe, enfim, conciliar os valores da técnica com os valores do homem.” (36)

Dentro desse espírito, tentei dar uma contribuição.

Não sei se os interesses da indústria de construção civil aplaudem essa sugestão. É que a cidade vem sendo planejada “mais do ponto de vista da logística, considerando-se o território urbano como um instrumento a serviço dos interesses da economia e da administração”. (37)

E o que se pretende aqui é alguma coisa oposta: colocar o poder do Estado, o poder de polícia administrativa, a polícia das construções, a serviço de uma cidade mais humana, na afirmação peremptória do absoluto primado do **social** sobre o **econômico**, do **ser** sobre o **ter**, da **cidade do homem** sobre a **cidade dos bens**.

(35) Carlos Drummond de Andrade, “Edifício Esplendor, Obras Completas”, Rio, Aguillar, 1964, pág. 124, apud Ethel Bauzer Medeiros, *ib.*, pág. 33.

(36) Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “Notas sobre o I Seminário de Direito Urbanístico do Instituto dos Advogados”, in *Jurídica*, Instituto do Açúcar e do Alcool, n.º 122, junho-setembro 1973, ano XVIII, pág. 324.

(37) Alípio Pires Castello Branco, *ib.*, pág. 50.

BIBLIOGRAFIA

- 1) AIQUEL, Angelito A. *Problemas Jurídicos dos Municípios*. Porto Alegre. Editora Sulina, 1959, vol. I.
- 2) ARTIGAS, Júlio, e VAZ Rita. “Planejamento urbano: o caso brasileiro”. In *Revista de Cultura Vozes*. Petrópolis, n.º 3, 1973, ano 67, págs. 12 e segs.
- 3) BRANCO, Alípio Pires Castello. “Educação, lazer e vida urbana”. In *Revista de Cultura Vozes*. Petrópolis, n.º 3, 1973, ano 67, págs. 50 e segs.
- 4) COSTA, Dante. *A infância e a recreação*. Rio. Departamento Nacional da Criança, 1953.
- 5) DALLARI, Dalmo de Abreu. “As leis municipais e o direito de construir”. In *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo — Universidade de São Paulo, vol. LXV, 1970, págs. 105 e segs.
- 6) GOUVEA, Ruth. *Recreação*. Rio, Agir, 1963.
- 7) MAFFEI, Carlos A.A., e MOTTA, Caio Fábio A. da. “Habitação e Sociologia”. In *Revista de Cultura Vozes*. Petrópolis, n.º 3, 1973, ano 67, págs. 21 e segs.
- 8) MARKUN, Paulo Sérgio. “Por que falar das cidades?” In *Revista de Cultura Vozes*. Petrópolis, n.º 3, 1973, ano 67, págs. 47 e segs.
- 9) MEDEIROS, Ethel Bauzer. *O lazer no planejamento urbano*. Rio. Fundação Getúlio Vargas, 1971.
- 10) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1966.
- 11) ———. *Direito de construir*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1965.
- 12) ———. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1964, 2 vols.
- 13) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Notas sobre o I Seminário de Direito Urbanístico do Instituto dos Advogados Brasileiros”. In *Jurídica*. Rio. Instituto do Açúcar e do Alcool, n.º 122, junho-setembro de 1973, ano XVIII, pág. 324.
- 14) PINTO, Carvalho. “Política do Desenvolvimento Urbano”. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal n.º 32, outubro a dezembro de 1971, ano VII, págs. 3 e segs.

A “Sociologia do Tempo” e a Pena Privativa da Liberdade (*)

GEORGES SLIWOWSKI

Professor da Faculdade de Direito e
Administração da Universidade Nico-
las Copernic — Torun — Polónia.

À primeira vista, o título deste trabalho pode parecer estranho e até mesmo esquisito. Existe uma “Sociologia do Tempo”? Antes de ser empregada, essa noção nova deveria ser amoldada. É por esse motivo que a indicamos entre aspas, e passamos em seguida à sua explicação.

O fator tempo desempenha um papel imenso, na vida do homem — é uma verdade que não precisa de comprovação. Todavia, esse fator desempenha um papel não menos importante no Direito Penal, em planos diversos. Assim, inicialmente se nos apresenta a duração da pena privativa da liberdade, que se expressa em dias, meses ou anos (a menos que se trate de pena perpétua, caso em que, porém, tampouco está ausente o fator tempo); a seguir, a importância decisiva que a idade do autor de uma infração tem, quanto à sua responsabilidade penal; finalmente, o prazo de prescrição, estabelecido — também ele — com base no decurso de um certo tempo após a perpetração da infração.

É o primeiro desses aspectos — deixamos claro desde logo — que vai nos interessar exclusivamente. Trata-se de estabelecer a duração de uma pena privativa da liberdade (qualquer delas, se determinada legislação comina várias penas desse gênero), de parte do legislador. Trata-se de observações que levam a descobrir se o legislador tem plena liberdade para estabelecer os limites temporais de tal pena, ou se certos limites lhe são impostos pela “natureza das coisas”. Impõe-se uma observação preliminar: evidentemente, o legislador está limitado pela própria duração da vida humana. A duração da vida humana torna ineludivelmente necessário que não seja cominada pena que vá além dela. Sem embargo, pode ser aplicada pena que dure a vida toda do condenado — é o seu limite definitivo. A previsão que certas legislações façam ou tenham feito de penas além de cem anos, não tem ou não tinha senão importância simbólica, sem expressar, de modo algum, efetiva duração das penas.

Essas observações preliminares são muito simples, por isso não há por que se aprofundar nelas.

(*) Trad. por Armida Bergamini Miotto.

Há, porém, algo mais, cuja análise será mais complicada. Trata-se de estabelecer o valor intrínseco do fator "tempo" para apreciar ou, melhor, para valorar a pena privativa da liberdade.

O tempo não é um valor absoluto, estável, insuscetível de mudanças. Não há tempo "absoluto". Há, apenas, um critério de ordem, para sistematizar a vida humana, para bem fixar a interdependência e a seqüência dos acontecimentos. Esse ponto de vista, aparentemente certo, tem valor fundamental quanto às observações subseqüentes.

Outra observação há, concernente ao modo de utilizar o tempo, e ao seu "ritmo" interior. Um certo lapso de tempo terá o mesmo valor para quem quer que seja? Para a criança, o adolescente, o jovem-adulto, o homem maduro, o ancião? É de, sobretudo, se perguntar se há equivalência do mesmo lapso de tempo em todas as épocas ou — talvez — esse lapso seja ou tenha sido sentido e vivido de maneira diferente nas diversas épocas ou períodos de tempo. Trata-se, principalmente, de estabelecer o valor específico do tempo vivido — eis o problema. Da sua solução dependem as observações ulteriores concernentes mais diretamente ao problema da pena privativa da liberdade, observações essas que podem ser de valor primordial, do ponto de vista da política criminal.

O problema se divide, pois, em dois subproblemas: o tempo e a idade do homem, e o tempo numa determinada época de uma determinada sociedade; vê-se, assim, desde logo, que o critério social não pode ser omitido. Com efeito, o tempo é também um valor social, que não fica submetido a apreciação puramente individual: a sociedade e a época em que alguém vive, configuram uma coisa só, pois o tempo deve ser vivido tanto pelo indivíduo como pela sociedade. Admitindo isso como verdade, a denominação um pouco estranha deste artigo será facilmente compreendida.

O primeiro subproblema não é complicado. O tempo, à luz do ponto de vista estritamente individual, é muito diferenciável. Um ano de diferença de idade entre as crianças, ou entre uma criança e um adolescente, é sentido de modo inteiramente diverso do que entre dois adolescentes ou entre dois homens maduros. Isso se deve ao desenvolvimento do organismo humano, sendo o processo de amadurecimento, na primeira época da vida humana, tão acentuado que um ano de diferença nele provoca diferenças nítidas e bem perceptíveis. Essa diferenciação corresponde ao tempo vivido pelo indivíduo, do que ele se dá conta perfeitamente, sabendo o que de mudanças um ano da sua vida lhe traz para a sua situação vital.

As conseqüências resultantes, no plano da pedagogia coercitiva (internação em estabelecimento de educação ou em casa de correção), são manifestas. A educação forçada tem de se ajustar a essas mudanças rápidas, a essas mutações inevitáveis e facilmente previsíveis; ela tem de ser, como, no passado, já foi dito tão acertadamente por H. Donnedieu de Vabres (falando especificamente da pena), semelhante a uma "roupa sob medida". Daí o imperativo de ser posto em liberdade, de certos esta-

belecimentos, em certa idade, além da qual a permanência se tornaria contraproducente. Daí, também — talvez —, a pena relativamente indeterminada, admitida por diversas legislações, para os jovens-adultos.

As observações, porém, relativas ao Direito Penal dos menores são apenas marginais; não cabem no centro do problema tratado.

Ocupar-nos-emos, como tema fundamental, da percepção do tempo em matéria de pena de direito comum aplicada aos maiores, e da repercussão dessa percepção sobre diversos problemas penitenciários.

Tem de ser desenvolvida, principalmente, a análise do problema do tempo vivido pelos condenados a pena privativa da liberdade. E aqui surge a necessidade de distinguir, conforme a atitude assumida pelo legislador, pelo juiz, pela administração penitenciária e pelo condenado.

Começemos pelo legislador. Afirmamos que não lhe interessa de modo algum o tempo vivido pelos homens condenados à luz de disposições promulgadas por ele. Mas isso não é de causar admiração. O reino do legislador está mergulhado na abstração. As tipificações do comportamento proibido mediante ameaça de pena, são amplamente abstratas, sendo consideradas mais perfeitas as disposições mais genéricas, portanto mais abstratas, despidas dos traços individuais que caracterizam os autores das infrações, e suas ações e omissões. Essa abstração necessária, imprescindível, para definir uma norma geral de comportamento anti-social, estende-se, por força das coisas, até alcançar, inclusive, a pena cominada, que virá a ser aplicada. Com efeito, a uma regra abstrata de conduta, devia necessariamente corresponder uma pena (privativa da liberdade) estabelecida entre certos limites que representam, pois, delimitações abstratas. Esse fato foi percebido, assim como os perigos que dele decorrem para a administração da justiça, quando se concebeu a idéia das penas a serem aplicadas indeterminadamente, que, afinal, não obtiveram a concordância da maioria dos legisladores, não constituindo, atualmente, mais que alguma exceção.

Devendo ter como base o meio termo, quanto à previsão da duração mínima e da máxima da pena, o legislador tinha de desviar inteiramente a atenção da idéia do tempo vivido pelos condenados, pois de outro modo não chegaria jamais a uma solução jurídica na fixação dos limites da mesma pena. Aliás, não é de esquecer que essa duração, mesmo hoje em dia, é baseada na idéia de retribuição e repressão. É apoiando-se na valoração negativa do comportamento criminoso, que o legislador estabelece essa duração, e não porque ele considere que um certo período de tempo seria necessário para o reajustamento do delinqüente. Se a idéia de uma pena educativa e ressocializante abre um caminho seu, é somente — por assim dizer — no âmago da pena aplicada com fundamento numa disposição que, estabelecendo seus limites, não levou em conta senão o perigo social do fato criminoso e, secundariamente, do perigo que emana da personalidade do seu autor. No fundo, porém, dessas considerações, encontra-se sempre a reprovação de certa conduta, como termo de comparação com o tanto de pena cominada pelo legislador. Ponhamo-nos,

por um momento, no lugar daqueles que elaboram as leis penais, que fazem os códigos. Ao fixar os limites da pena de prisão, por exemplo, para duas infrações diferentes, eles se colocam no plano da reprovação moral e social dessas modalidades de conduta, o que evidencia, necessariamente — pelo menos em grande parte —, um juízo de valor de caráter retributivo, tanto quanto punitivo e repressivo, fundado num sentimento de convicção moral negativa. É principalmente a escala comparativa das penas previstas para as diversas infrações, que prova a veracidade desta tese.

Pode-se, entretanto, notar, desde já, há algum tempo, nos legisladores e nos futuros legisladores, certa tendência a, mais do que dantes, se aperceberem de que eles também devem levar em conta o tempo vivido pelos condenados. Sobre isso voltaremos a falar adiante, no momento oportuno. Essa tendência é devida a certa reconsideração a respeito do tempo vivido pelos condenados, reconsideração essa que, feita no plano sociológico, é tão profunda que atingiu também os legisladores.

Parece que a atitude dos magistrados é ou deve ser um pouco diferente. É a eles que toca descer das alturas de uma apreciação abstrata, tão característica dos legisladores, para o nível da apreciação do fato individual e seu agente. Eles não julgam um homem médio, mas dado homem em concreto, tal, qual ele é, na amplitude dos seus traços individuais e da sua personalidade. Além disso, eles têm, de modo muito especial, toda a possibilidade e todos os meios (pelo menos teoricamente) para conhecer a personalidade do "seu" delinqüente, e aprofundar esse conhecimento, a fim de aplicar a justa quantidade de pena — justa não somente do ponto de vista repressivo, como também e sobretudo, para as boas finalidades de revalorização social do criminoso. Eles, os juízes, têm, pois, um conceito do fator "tempo", diverso daquele que os legisladores têm, e, por estarem mais próximos do ser humano confiado ao seu julgamento, eles se apercebem ou, pelo menos, deveriam se aperceber, do "tempo vivido" por aqueles que eles condenam a penas mais ou menos longas, tempo esse, de privação da liberdade, que constitui fator essencial da sua vida.

Essa hipótese, porém, é em grande parte teórica, pois a atitude dos juízes se concentra muito mais na apreciação do fato, e muito menos — senão de modo algum — na apreciação da personalidade do criminoso. Sua formação jurídica e judiciária se assenta principalmente nos métodos clássicos do ensino do Direito Penal. As noções de Criminologia, profundas ou mesmo elementares, não são do seu conhecimento. Seu contato com o acusado é muito curto, sendo que freqüentemente se limita à breve duração da audiência. Assim, pois, a divisão do processo em duas fases, isto é, a **prova** e a **sentença**, seria incontestavelmente preferível, de vez que facilitaria, pelo menos para certas categorias de delinqüentes, melhor aproximação deles aos juízes que decidem a sua sorte, ao mesmo tempo que, de parte dos magistrados, haveria melhor compreensão dos indivíduos submetidos à sua jurisdição, e da personalidade deles, o que permitiria melhor percepção do tempo vivido. Essa divisão,

porém, é dificilmente realizável, já porque, na prática, esbarra sempre com obstáculos intransponíveis.

As conquistas da Criminologia Clínica são, a seu turno, pouco conhecidas pelos juizes, havendo magistrados para quem essa expressão parece quase incompreensível. Apesar do célebre dito de VON LISZT, de que se pune o autor e não o fato delituoso, o que ainda acontece na maioria dos países é que se julga sobretudo o fato, julgando-se o autor exclusivamente com fundamento no fato. Tal é, infelizmente, a verdade.

Todavia, aqui também se esboça claramente uma importante mudança: é a que diz respeito aos magistrados a quem foi confiada a supervisão da execução da pena privativa da liberdade, quer sejam eles denominados Juizes de Supervisão (Itália), Juizes de Execução Penal (França) ou Juizes Penitenciários (Polônia). Em razão das suas atribuições, eles se situam no centro da ação ou do tratamento penitenciário. Estão — ou deveriam estar — junto do condenado enquanto ele cumpre a sua pena. Incumbe-lhes — conforme disse o Presidente ANCEL, no Simpósio de Siracusa (março de 1973) (1), dedicado ao papel do juiz na sociedade moderna — encetar o diálogo com os condenados. Não podem desempenhar as suas funções senão tomando profundo conhecimento da vida do condenado no estabelecimento penitenciário, e podendo, assim, se dar conta do ritmo do tempo vivido por ele.

Vem, em seguida, a administração penitenciária. Também aqui pode-se verificar que houve um passo adiante. Não vai nisso nenhum mérito da referida administração, uma vez que isso acontece por causa da sua missão, da sua incumbência específica, de executar a pena. Os guardas, os educadores, o pessoal de ensino, os chefes de divisão, os diretores e seus adjuntos, passam parte da sua vida dentro da prisão. Em termo sociológico, realizam uma observação participante; entretanto, é mais do que uma observação que, como tal, é parcial ou totalmente artificial, planejada e realizada com a finalidade de conhecer e verificar certos acontecimentos ou certas hipóteses. Ao contrário, os profissionais da administração penitenciária vivem, com os presos, verdadeira e autêntica vida carcerária (expressão essa, quase de "outra época", evocando triste passado, mas ainda empregada por falta de outra melhor).

Não é nosso propósito abordar os diversos problemas de relações mútuas entre os presos e a administração penitenciária. Esse problema toca à Sociologia Penitenciária, novo ramo da Sociologia, importante e de grande atualidade, cuja bibliografia parece que já é volumosa(2). Quiséramos somente que se percebesse que os funcionários dessa administração estão situados tão perto do condenado, que podem observá-lo e chegar a conhecer profundamente a sua personalidade. Poder-se-ia

(1) Instituto Superior Internacional de Ciências Criminais, de Siracusa. Atas do Simpósio.

(2) Para não citar senão alguns: Clemmer, in Johnston N. et al., *Sociology of Punishment and Correction*, New York, 1962; M. Lette, "Ecologie carcérale: observations sur la structure hiérarchique d'un milieu fermé". *Annales internationales de criminologie*, 10 (2), 1971, pp. 377-383; H. F. Ellenberger, "Nouvelles vues sur la socio-psychologie de la prison", *Critère*, 4, juin 1971, pp. 199-210; J. Pinatel, *La société criminogène*, Paris, 1971, pp. 193-196; G. M. Sykes, *The Society of Captives*, New York, 1958; E. H. Johnson, *Crime, Correction and Society*, Homewood, Ill. 1969, pp. 506 e segs.

mesmo dizer, mantida certa reserva, que seu tempo se assemelha ao tempo vivido pelos presos. Com efeito, passam junto grande parte do dia, em condições de relacionamento mais ou menos direto, variando, naturalmente, conforme a natureza do serviço dos funcionários.

Entretanto, aqui também é preciso fazer algumas reservas. É verdade que o funcionário passa longas horas junto ao preso. Ele está no mesmo edifício, respira o mesmo ar do estabelecimento; sua jornada de trabalho está dividida de modo análogo à do preso. Assim mesmo, porém, uma diferença essencial, enorme, se apresenta indiscutivelmente: o funcionário sabe, com efeito, que tem hora certa para sair da prisão e retomar a sua vida no seio do mundo livre; sabe que vai ver a sua família, podendo consagrar-se a um trabalho suplementar ou prosseguir na sua própria formação, continuando seus estudos ou, ainda, ter bons lazeres. Essas alternativas não existem ou só existem para escasso número de condenados que tenham de viver ininterruptamente o jugo do ambiente penitenciário.

Chegamos, finalmente, ao preso e à sua percepção do tempo, do tempo que é vivido por ele, e que ninguém senão ele mesmo, poderia sentir, pois que é ele somente que está em situação de privação da liberdade, o que se traduz pelo transcurso de certo tempo em situação coercitiva, acabrunhadora e artificial (*).

O estado psicológico do preso não pode ser sequer parcialmente aqui comparado com o do funcionário do serviço penitenciário. O célebre penologista norte-americano T. MOTT-OSBORNE, quando diretor de uma prisão, determinou que o prendessem e fosse tratado como qualquer preso, durante uma semana (4); assim procedeu ele por compreender que, de um lado, o chefe da administração penitenciária deve conhecer a fundo a psicologia do homem privado da liberdade, e que, de outro lado, esse conhecimento não é adquirido só pelo fato de exercer atividades no estabelecimento. Mesmo, porém, experiências como essa jamais poderão preencher o gigantesco fosso que existe entre a psicologia do funcionário de uma prisão e a do preso. Nem mesmo quem se deixa prender deliberadamente, com a finalidade específica de sentir o "gosto amargo" da privação da liberdade, poderá jamais se colocar numa situação psicológica análoga à do "verdadeiro" preso, pois não pode se desembaraçar da consciência de que ingressou na prisão por sua própria vontade, daí por que a experiência é inteiramente artificial.

A "verdadeira" vida penitenciária de um condenado exige a plena consciência de ter ingressado na prisão contra a própria vontade, e que (em princípio) não poderá ser posto em liberdade antes da expiração do prazo da pena que lhe foi aplicada, o que significa que a sua situação é inexorável. O condenado está sujeito aos efeitos coercitivos da sua prisão; está encurralado num espaço limitado, e submetido a um regu-

(3) Nesse sentido foram feitos estudos, em Israel, por M. Simha F. Landau (*The effect of Institutionalisation on the Time-Sense of Prisoners*), mas os resultados não são conhecidos; ver também E.H. Johnson, *Crime, Correction and Society*, op. cit., pp. 501-503.

(4) T. Mott-Osborne, *Within Prison Walls*, New York, 1914.

lamento como um subordinado. Sente-se rejeitado pela sociedade, e vive a vida de um homem acuado e perseguido. Nessas condições é que vive o tempo da sua pena. Para ele, esse tempo é um pesadelo, e conta os meses, os dias que o separam da liberdade. Sente-se fora da sociedade que o expulsou. Tudo isso pesa quanto à valoração do tempo vivido pelo condenado, dentro de um estabelecimento penitenciário.

A pena privativa da liberdade tem sido — verificação que poderia parecer estranha — raramente analisada a fundo, no que tange aos seus valores psicológicos pormenorizados (5). Este estudo não seguirá o caminho que poderia oferecer oportunidade para muitas descobertas suplementares; contemplará somente o princípio de que a prisão é a privação da liberdade humana, o que constitui a contrapartida da mesma liberdade. Daí poder-se facilmente deduzir que a perda dessa liberdade será tanto mais dolorosa quanto a liberdade for cheia de promessas, rica de esperança, de perspectivas e alternativas — enfim, mais apreciável. Por outro lado, essa perda há de ser tanto mais sentida quanto as condições da vida na prisão difiram do estado de liberdade de um homem livre. Como, porém, as condições de vida dentro de um estabelecimento, são, em princípio, semelhantes (evidentemente, conforme as categorias indicadas pela lei), o elemento preponderante continuará sendo principalmente o apreço que o homem privado da liberdade tem pelo estado livre — apreço “objetivo”, conforme sejam as oportunidades que essa liberdade lhe ofereça realmente. Com efeito (mas isso, atualmente, parece ter significação puramente histórica, pois as condições de vida têm mudado, elevando-se consideravelmente o seu nível) o apreço por essa liberdade “externa” tem sido, por vezes, tão negativo, que tem havido indivíduos capazes de cometer infrações, com a finalidade exclusiva de ingressar na prisão, para ali encontrar abrigo; assim têm procedido vagabundos, mendigos e outros miseráveis (ver *Crainquebille*, de Anatole France), não, porém, pessoas que saibam apreciar e escolher, embora a escolha feita traia toda a miséria da sina delas.

A liberdade humana não consiste somente numa situação estável, inatingível pelas mudanças que estão além dela. Consiste, sim, em poder dispor livremente dos próprios bens, na faculdade de se locomover, de escolher (em certa medida) as situações preferíveis, de tomar as necessárias iniciativas a fim de realizar os próprios planos. Em todas essas alternativas, o fator tempo aparece como sombra fiel da liberdade.

Realmente, a liberdade tem sentido estático e dinâmico. Seu ponto de partida é o momento atual, mas ela jamais pode fazer abstrações do futuro humano. A vida do homem não se resume jamais em um instante único da vida atual; desde a sua infância, ele está acostumado a perceber o porvir do amanhã. A escolha continua a que está entregue (dos brinquedos, do lazer, das ocupações preferidas, da profissão, do cônjuge, da conduta — social ou anti-social) se relaciona sempre, de um modo ou de outro, ao seu futuro. O futuro é o tempo que a gente viverá amanhã.

(5) P. Cannat, *La reforme pénitentiaire*, passim.

Poderá, esse tempo, ser mais ou menos promissor, mais ou menos rico de oportunidades alternativas. Se considerarmos o fator tempo no seu "ser", isto é, no dia do momento atual e do futuro, poderemos deduzir que a perda da liberdade é tanto mais aflitiva para o condenado, quanto o tempo a ser vivido em liberdade seja mais rico e lhe ofereça mais possibilidades de existência, de desenvolvimento, de perspectivas.

Começamos dizendo que o tempo não tem valor absoluto, tudo dependendo das alternativas da sua utilização. Voltamos a essa tese. Verificamos que, desse ponto de vista, o tempo atual não é de modo algum comparável aos tempos de épocas passadas. Uma simples olhadela comparativa pode comprová-lo. Dantes, ia-se de diligência, de uma aldeia para a cidade, gastando, em tal excursão, muitas horas de ida e volta, freqüentemente o dia inteiro, o que significa mais tempo do que hoje é preciso para atravessar o Atlântico, de avião. Para nossos contemporâneos, a viagem de trem se destina somente a quem não tem pressa e pode se permitir considerável perda de tempo; as pessoas que dão valor ao seu tempo, viajam de avião. A ciência da medicina, a imunologia e a higiene têm sabido prolongar notavelmente a duração da vida humana. Nos últimos decênios, a técnica e a ciência têm multiplicado vertiginosamente seus resultados e suas conquistas, sem termo de comparação no passado. Tudo isso prova que a humanidade contemporânea tem vivido e vive seu tempo, de maneira completamente diversa do que ocorria com os nossos antepassados. Quanto a isso, a democratização tem constituído importante alavanca: democratização política, social e econômica. Inventam-se os mais diversos meios para integrar os deficientes e aleijados. A geriatria parece, às vezes, que opera milagres, enquanto que a idéia de hibernação de organismos humanos, a fim de poder "ressuscitá-los" em futuro mais ou menos próximo, que hoje se apresenta como fantástica, poderá, sem embargo, tornar-se uma ciência do amanhã; de qualquer modo, essa idéia comprova a meta do pensamento humano, de prolongar a vida, tornando-a mais rica, mais frutífera e atraente. Todas as conquistas da técnica e da ciência conduzem a esse alvo. Elas denunciam uma luta encarniçada, mas propícia e vitoriosa, com o fator tempo, tornando-o mais útil ao homem, dando-lhe melhores condições para realizar suas mais audaciosas esperanças. Esse fator tempo, Saturno implacável e sombrio de ontem, se transforma lentamente, sem desistir do seu domínio sobre a destinação definitiva do homem; faz-se seu aliado, permitindo-lhe conquistar, durante sua vida, grande riqueza de conhecimentos, de experiência, de bens, de deleites, assim como de verdade.

Em conclusão, é preciso dizer: o tempo atual não pode ser comparado ao tempo de épocas passadas, por ser mais rico, mais favorável, mais ponderável, mais diverso e altamente apreciável, do ponto de vista sociológico, do que seu avô, o tempo dos nossos avós.

E aí está explicado o verdadeiro conteúdo dessa noção "misteriosa", por nós denominada "Sociologia do Tempo". Cuidemos agora de colher proveito das observações anteriores, a fim de evidenciar a influência que

o novo valor do fator tempo pode ter no domínio da responsabilidade humana, mais precisamente quanto às regras das penas previstas pelo legislador, e respectiva execução.

A “fertilização” do tempo vivido eleva a sua valorização. O condenado a uma pena privativa da liberdade é mais sensível à perda que sofre, porque sabe, apesar de todas as possíveis falhas sociais, qual é o real valor do “tempo da liberdade”. Quanto mais o tempo da liberdade for valorizado — e o é cada vez mais — mais a sua perda é dolorosa e acabrunhadora, e a pena, pois, é sentida como mais repressiva e mais severa. Essa tese pode explicar muitas coisas. Em primeiro lugar, a clemência de muitos juizes que se limitam a proferir sentenças relativamente indulgentes, supondo que, dadas as mudanças da época (isto é, a mudança de valoração do tempo), elas podem ser consideradas como substitutivos das penas muito mais severas do que as de outrora; a seguir, a sensibilidade, de modo algum diminuída, de parte dos condenados, *quanto à perda da liberdade de que foram privados. Com efeito, as pessoas são muito sensíveis a penas privativas da liberdade, embora as modalidades da sua execução sejam com freqüência extremamente liberalizadas, e a pena privativa da liberdade, contemporânea, muitas vezes se transforme em simples restrição de liberdade (trabalho externo, execução da pena em semiliberdade, prisão descontínua). A liberdade se tornou, talvez subconscientemente, mais preciosa, pois atualmente o seu tempo é mais “caro”, de sorte que mesmo um “fiapo” dela que seja eliminado pela condenação, é valorado pelo condenado, como dantes, há poucos decênios, era valorada uma pena privativa severa, integralmente executada. Não deixa de ser uma consolação para aqueles que deploram o enfraquecimento da repressão e o, assim chamado, aniquilamento da ação punitiva (da função intimidativa da pena)...*

O enriquecimento do tempo vivido (em liberdade) acarreta conseqüências profundas quanto à pena privativa da liberdade. Na medida em que a perda da liberdade é sentida mais afilivamente, a pena é considerada mais severa e mais repressiva. A oscilação e o equilíbrio desse mecanismo parecem totais.

Se fosse admitida a tese de uma revalorização do tempo em liberdade, e de aumento desse valor para o homem ameaçado de perdê-la, dois fenômenos haveriam de decorrer, no plano da política criminal dos legisladores; são dois fenômenos que, aparentemente opostos, tendem, entretanto, ao mesmo fim, principalmente a concentração da pena privativa da liberdade em duplo sentido: o rebaixamento do máximo das penas cominadas pelo legislador, e a eliminação das penas de curta duração. Essas conseqüências parecem contraditórias, mas isso é só ilusão.

Procuramos analisá-las separadamente.

Essa concentração ou “compressão” provocaria em primeiro lugar a abolição das penas de muito longa privação da liberdade. Impõe-se, porém, uma observação preliminar. O problema se apresenta de maneira diversa nos países que aboliram a pena de morte, e naqueles que a

conservaram. O mesmo se poderia dizer dos países que conservam a prisão perpétua, mas nesse caso a questão parece apresentar-se de modo um pouco diverso. Com efeito, se uma legislação tiver abolido a pena de morte ou a de prisão perpétua, pode entender que deve conservar penas de longa duração, supondo que a abolição dessas seria inteiramente inoportuna. Se, ao contrário, tiver sido conservada a pena de morte, a questão da redução do máximo da pena privativa da liberdade cominada, permanece aberta. Limitamo-nos a essa observação, sem poder nem sequer entrar noutro aspecto da questão, isto é, o da abolição ou conservação da pena de morte.

Há também países que, tendo conservado a pena de morte, aboliram, em princípio, a prisão perpétua (códigos dos países socialistas), como por exemplo o Código Penal polonês (1969) ⁽⁶⁾, o qual, tendo abolido a pena de prisão perpétua, prevê, em casos expressamente indicados pela lei, uma sanção de vinte e cinco anos de privação da liberdade ⁽⁷⁾. Isso é característico de dois pontos de vista. Em primeiro lugar, porque o juiz está autorizado a substituir por essa pena, a de morte, que é a cominada para o crime ⁽⁸⁾; a seguir, porque o máximo legal da pena privativa da liberdade é fixado em princípio em quinze anos ⁽⁹⁾. A pena de vinte e cinco anos continua sendo exceção, de vez que está além do máximo habitual. Pode-se discutir se a pena de vinte e cinco anos de privação da liberdade difere muito da prisão perpétua, da qual não seja senão um disfarce, nem mesmo — pelo menos teoricamente — nos casos em que, estando rebaixado o máximo, se manifesta o princípio da concentração.

Pode-se também observar — como já mencionamos — certa tendência, de parte dos legisladores ou dos autores dos projetos de códigos penais, a rebaixar o máximo da pena. Alguns códigos socialistas fixam, em princípio, o máximo de dez anos (salvo para as infrações mais graves, elevando-se, então, a quinze anos ou mais), deixando, sempre, ao juiz a faculdade de aplicar uma pena de vinte ou vinte e cinco anos (conforme o código), nos casos excepcionais (evidentemente assim previstos pela lei). O Código Penal sueco (1962) fixa o máximo em dez anos (cap. 26, seção 1), mas comina, também, prisão perpétua.

Essa tendência legislativa não pode — na nossa opinião — ser explicada senão pela compreensão, por todos que se ocupam da luta contra a criminalidade, de que a vez das penas de muito longa duração já passou, e que a recém-mencionada tendência não poderia deixar de interessar aos legisladores ou aos autores dos projetos de códigos e leis.

A tendência de abolir as penas de muito longa duração, porque não mais correspondem às exigências da época (tendo em vista uma diversa “valoração” do tempo vivido), deve ser saudada por outros motivos também; isto é, podemos verificar a feliz coincidência dos motivos aqui

(6) Tradução francesa. Edição do Ministério da Justiça polonês, Varsóvia, 1970.

(7) Art. 30, § 3.º

(8) Disposição citada (art. 30, § 3.º, Cód. Penal).

(9) Art. 32, § 1.º, Cód. Penal.

expostos, com argumentos de pedagogia penitenciária de data recente, coincidência essa que depõe em favor das nossas idéias.

A pedagogia penitenciária tem demonstrado que os efeitos educativos da pena de prisão só podem manifestar-se até certo limite de duração da pena; além desse limite, os efeitos serão nulos, sendo mesmo de temer um retrocesso. É verdade que os douts não estão de acordo quanto a esse limite; alguns acreditam que está entre três e quatro anos, enquanto outros o situam ao redor de cinco anos ou mesmo mais, sempre, entretanto, aquém dos dez. De qualquer modo, se a pena privativa da liberdade não ultrapassasse os dez anos, estaria assentada sobre a base de uma nova "filosofia penal", e confirmaria todos os postulados da pedagogia penitenciária. Nos casos extremos (onde a legislação não comina penas de severidade máxima, como a de morte e a de prisão perpétua), para expressar a maior reprovação, o ferrete, poder-se-ia recorrer a esse novo máximo, pois nesses casos, os argumentos de pedagogia penitenciária não contam.

Tal rebaixamento do máximo da cominação da pena privativa da liberdade, que hoje ainda se encontra no centro da administração penal (embora em certos países ela já constitua menos da metade do total das penas aplicadas), faria com que dita pena melhor se conformasse com as idéias modernas, e fosse mais humana sem ser menos eficaz, correspondendo melhor às exigências da "défense sociale nouvelle" (10).

Contudo, a idéia da concentração abrange também um segundo elemento que está, aparentemente, em oposição ao primeiro, recém-analisado, que é o de eliminar — pelo menos em boa parte — as penas privativas da liberdade de curta duração.

O caráter nocivo, do ponto de vista penitenciário, das penas privativas da liberdade de curta duração é tão manifesto, que não é preciso demorar-se no exame do problema. Evidentemente, é impossível eliminá-las de um todo, pois que devem permanecer como meios, por assim dizer, de "terapia de choque", principalmente nas suas formas de prisão de fim de semana. Quanto, porém, às situações que não exigem tal procedimento, é desejável substituí-las por outras penas, restritivas, somente, de liberdade (nesse sentido, exemplo interessante é dado pela pena de "limitação de liberdade", prevista no Código polonês de 1969) (11) ou por penas pecuniárias.

Um argumento decisivo contra as penas de prisão, e que leva em conta os motivos que se prendem ao moderno critério de valoração do tempo, é o seguinte: as penas de curta duração correspondem a um período de tempo muito breve, fator esse (tempo vivido) tão precioso na vida atual, que não é admissível usar de um pequeno lapso de tempo como elemento essencial da pena. Esse breve lapso de tempo, por mais que seja curto, subtrai o condenado do seu ambiente social habitual,

(10) Ver, sobre o assunto, K. Peters, *Grundprobleme der Kriminalpaedagogik*, Berlin, 1960; J. Hellmer, *Kriminalpaedagogik, eine Einfuehrung in ihre Probleme*, Berlin, 1959; J. Pinatel, *La société criminogène*, op. cit. pp. 211-213.

(11) Arts. 33-35, Cód. Penal.

da sua vida familiar e profissional, desintegra-o socialmente, levando-o, muitas vezes, à falência humana. É preciso, pois — é uma necessidade imperiosa —, recorrer, nesses casos, a meios diferentes, a penas diversas, que é preciso “achar”, excogitar, para não ficar no mundo das idéias retrógradas, inoperantes, ineficazes, que não se coadunam com o ponto de vista de humanização.

Esboça-se, assim, a importante idéia (segundo nosso ponto de vista) da concentração da pena privativa da liberdade, com base e apoio na nova concepção de valoração e valorização do tempo vivido.

Não seria, porém, oportuno terminar estas observações sem acentuar uma circunstância e condição muito importante.

A idéia da concentração da pena privativa da liberdade provoca, como conseqüência, uma elevação (em princípio, salvo exceção) do mínimo e o abaixamento do máximo das penas cominadas. A cominação poderia, pois, situar-se entre os limites de seis meses (ou um ano, conforme a preferência dos legisladores), e dez anos (ressalvada a necessidade de inflingir penas mais severas, em casos extremos). Desse modo, o processo de privação da liberdade estaria escoimado de um sem-número de condenações a penas de curta duração, ou relativamente curta, aplicadas por infrações mais ou menos fúteis. Seu máximo de cominação seria consideravelmente reduzido.

O objetivo penitenciário da pena deveria ser alcançado dentro desses limites ou, de qualquer modo, deveriam ser postos em ação todos os meios para alcançá-lo. Tal é a contrapartida necessária para a reforma projetada. Isso, entretanto, obriga a uma profunda reforma dos serviços penitenciários, pondo de parte os outros aspectos e os outros problemas da mesma reforma, desde que tenham cunho geral, não relacionado com a tese preconizada neste trabalho.

Todos nós conhecemos o caráter de imperfeição desses serviços, em muitos senão em todos os países (com algumas raras exceções talvez). A causa está no recrutamento errôneo (freqüentemente são recrutados de preferência antigos militares ou policiais), na falta de treinamento e formação, previamente necessários, bem como condições econômicas pouco satisfatórias.

A execução da pena privativa da liberdade deve, onde isso seja possível, alcançar os objetivos indicados pela pedagogia penitenciária, que devem constituir o alvo de cada pena desse gênero, apesar da escassez de “chances” de reeducação que se verifique em certos casos. Ora, para que isso possa ser possível, deve reinar no estabelecimento uma atmosfera adequada, que, aliás, talvez seja o mais importante fator que nos falte. De qualquer modo, o que ocorre é que, com muita freqüência, em não poucos países, os serviços penitenciários encaram, como sua principal tarefa, a vigilância da segurança, e não a supervisão do tratamento; falta-nos um equilíbrio adequado entre ambas as tarefas. Não é de se espantar, porém. Com efeito, a sombra funesta do velho adágio

romano "carcer servit ad continendos homines non ad puniendos", durante tanto tempo observado, continua, ainda atualmente, suspensa sobre o funcionamento de estabelecimentos penitenciários que se têm na conta de estar de acordo com as exigências modernas.

Tal estado de coisas deverá desaparecer definitivamente, se quisermos tirar proveito dessa reforma que, fundamentando-se na idéia de valoração do tempo vivido, quereria concentrar nos estabelecimentos somente aqueles que tenham absoluta necessidade de tratamento em regime de prisão; os outros seriam tratados em liberdade vigiada ou se lhes infligiriam penas diversas da privação da liberdade.

Com efeito, não basta construir novos estabelecimentos; o essencial é mudar a atitude dos antigos guardas — de nada adiantaria limitar-se a trocar sua denominação pela de "educadores". Já tem sido demonstrado que, para pôr em prática um tratamento penitenciário adequado, não é, de modo algum, necessário construir novas prisões, e que, mesmo nas antigas, o tratamento penitenciário moderno pode ser introduzido, sob a condição expressa de uma nova visualização do preso (12).

Não se trata de uma reforma parcial ou suplementar. Há de ser uma reforma primordial e inelutável, se quisermos verdadeiramente **tratar** os condenados. O tratamento não é uma ação unilateral, mas um contato mútuo entre dois pólos: o sujeito ativo, representado pelo funcionário, e o sujeito passivo, que é o preso. A concentração da pena privativa da liberdade, que preconizamos, não demanda somente uma triagem quanto àqueles que devem, ineludivelmente, ser recolhidos à prisão para aí serem tratados, e quanto àqueles que podem permanecer no seu ambiente, submetidos a restrições, sem prisão; demanda também uma triagem quanto àqueles que possam dedicar-se ao serviço penitenciário, àqueles que para isso não têm aptidão.

Essa escolha deveria ser feita com base no conhecimento da personalidade do candidato, e do seu nível intelectual. Essa escolha, porém, não é senão uma providência inicial. O candidato deveria, a seguir, freqüentar, durante o tempo necessário, um curso de treinamento, teórico e *prático, com ensino de diversas disciplinas e estágios probatórios* nas tarefas da função. Sua formação jamais deveria ser considerada definitiva, mas, já como funcionário, deveria continuar freqüentando sucessivos cursos de aperfeiçoamento. Somente assim, com efeito, se poderia falar de serviço penitenciário com pessoal adequado — condição absoluta para uma reforma urgente, sem a qual a idéia da referida concentração da pena, apoiada na teoria do tempo vivido, seria inteiramente malograda.

É verdade que o tempo vivido pelo pessoal penitenciário e pelos presos, não é o mesmo, porque aqueles que pertencem ao primeiro grupo são pessoas livres, que prestam serviço ao estabelecimento, enquanto que os pertencentes ao segundo grupo, quer se queira quer não, são presos (a expressão é um pouco antiga, mas ainda adequada). Os fun-

(12) J. Sachs, "Introducing Modern Specialized Treatment in an Old Prison", *Bulletin de la Société Internationale de criminologie*, 2, 1960, pp. 330-340.

cionários penitenciários não vivem o tempo dos condenados, mas estão em condições de compreender o tempo vivido por eles, o que já é muito.

Seria preciso, enfim, fazer compreender a importância desse problema, ao juiz penitenciário (seja qual for a denominação que essa instituição tenha nos diversos países). Apercebendo-se do valor do tempo vivido pelo homem privado da sua liberdade, ele poderia ver sob outra luz, os diversos problemas que tem de resolver, pois é preciso que, no desempenho das suas funções de administrar a justiça penitenciária, ele leve em conta o valor desse tempo. Desse ponto de vista, suas funções se assemelham às dos funcionários dos serviços penitenciários; entretanto, com elas não se confundem, porque o juiz resolve certos conflitos e, como juiz que é, julga e decide. Observador participante que ele também é, dessa grave experiência constituída pela execução da pena privativa da liberdade, é-lhe facultado conhecer plenamente todos esses problemas que lhe compete resolver. Todavia, aqui também se impõe uma importante condição; isto é, ele deve ser realmente **participante** da vida do estabelecimento, e não simples visitante ou hóspede. Para isso, ele deve conhecer bem o ambiente penitenciário, e ter, também, profundos conhecimentos do conjunto de dados fornecidos pelas ciências humanas, para que a execução da pena seja acertada. É de se mencionar, aqui, a feliz iniciativa francesa, de organizar jornadas de juizes da execução penal, jornadas essas que têm contribuído, de modo essencial, para a evolução e para o progresso da justiça penitenciária. Somente então, é que se poderá falar de verdadeiro **juiz penitenciário**, e de uma justiça digna desse nome.

Estas observações valem como hipótese, suscetíveis, pois, de discussão. O objetivo específico deste trabalho consiste em provocar uma discussão fértil sobre um problema de importância capital, como é o do **tempo vivido do preso**, e sua valoração penitenciária. (**)

(**) O autor deste artigo, Mestre de todos nós que labutamos com execução penal e regimes penitenciários, não raro desperta a nossa atenção para algum aspecto ainda não contemplado pelo Direito Penitenciário. Desta vez, sem prejuízo da sólida argumentação lógica, nos acicata afetivamente, fazendo vir à tona aquela empatia que, pouca ou muita, está latente em cada um de nós, para compreender, na situação vital do preso, o valor do seu tempo vivido. Nesse modo de ver a questão, encontram-se, entre outros, fundamentos de ordem psicológica, sociológica, moral e jurídica, para colimar uma reformulação das penas privativas da liberdade e, ao mesmo tempo, adoção de outras formas de pena, sem prisão. Esse é um enfoque humano, da questão, muito diverso daquele, tão conhecido, de conteúdo meramente utilitário, isto é, que põe o fundamento da mencionada reformulação e da dita adoção, simples e puramente na necessidade de esvaziar as prisões superlotadas e de diminuir as enormes despesas com os estabelecimentos penitenciários.

O presente artigo, pois, é de muito alta significação e relevância. Merece ser lido, relido e meditado.

Sem embargo, como tradutora faço, data venia, um reparo. Isto é, o autor visualiza o condenado como "indivíduo" a ser "reeducado", "sujeito passivo do tratamento", o que não só vem expresso, como está subjacente, orientando e dando a tônica de diversas considerações básicas expendidas no texto. Entendo, porém, que à luz do Direito Penitenciário, o condenado não é simples "indivíduo a ser reeducado, sujeito passivo do tratamento", mas é "pessoa — sujeito de direitos e deveres, sujeito passivo, assim, do cumprimento da pena (ou da medida de segurança), enquanto tem de suportá-la, mas sujeito ativo, enquanto consciente e voluntariamente e com senso de responsabilidade, participa da dinâmica desse cumprimento", donde corolários e conseqüências diferentes das expendidas pelo autor, no que se refere à natureza, às funções e finalidades da pena (e das medidas de segurança).

Feito esse reparo, parece que não se pode deixar de admitir que o núcleo da tese exposta pelo Prof. Silwowski, no presente artigo, espelha uma realidade humana, sociológica e axiológicamente contemplada, independente de diferenças filosófico-jurídicas — motivo por que é válido e digno de consideração, bastando mudar ou modificar os revestimentos, conforme seja o caso — (Nota da tradutora).

La "Escuela Penitenciaria de la Nación" de Argentina

Dr. JULIO ALTMANN-SMYTHE

LA FORMACION DEL PERSONAL CARCELARIO

Nada constructivo podrá hacerse en el terreno penitenciario si no se cuenta previamente con un personal especialmente seleccionado y formado. Como lo ha afirmado EUGENIO CUELLO CALÓN: "el personal si no es todo, es casi todo". (1)

No basta la experiencia adquirida en el servicio. Esta es simplemente un complemento a una capacitación alcanzada previamente. No es que se reste importancia a la experiencia. Empero, hay que convenir que, en el campo carcelario, la experiencia se consigue generalmente a costa del sufrimiento de los reclusos.

El personal penitenciario no cumple con una función de mera custodia. Debe realizar una misión reeducadora, de transcendencia social,

(1) Eugenio Cuello Calón. "Moderna Penologia". Barcelona. 1958. p. 516.

la que siempre es delicada y difícil. Es obvio que para efectuarla deba poseer una amplia base cultural, particularmente en materias carcelarias y conexas.

En uno de sus bien meditados editoriales la acreditada *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social* decía:

“Tarea indiferible y de indiscutido rango, la capacitación del personal penitenciario ocupa un lugar preeminente tanto dentro del marco general de la reforma penitenciaria como respecto de sus objetivos más específicos y concretos.” “Esto significa, en otras palabras, que se tiene la certeza de la imposibilidad de fincar sobre bases firmes un proceso renovador — como el actual penitenciarismo nacional — sin la infraestructura humana y cultural que lo apoye y promueva en sus implicaciones más profundas.” (2)

Estos conceptos debieran orientar toda reforma carcelaria.

Realzando las dificultades que se presentan cuando se pretende seleccionar y capacitar al personal penitenciario, el renombrado especialista alemán Dr. VERNER RUPRECHT ha indicado: “el problema del personal penitenciario es uno de los más áridos, por su importancia cuantitativa como cualitativa”. (3)

CAPACITACION DEL PERSONAL CARCELARIO EN AMERICA LATINA

Todos los países latinoamericanos aspiran a mejorar sus sistemas carcelarios. Sin embargo, impiden que se realice este anhelo una serie de factores. Seguramente el más importante de éstos es la falta de personal idóneo. Bien lo ha dicho el prestigioso penitenciarista argentino Prof. J. CARLOS GARCÍA BASALO:

“En la actualidad en América Latina existe un serio problema relacionado con la selección y formación del personal indispensable, en todos los niveles, para los procesos correccionales institucionales.” (4)

En algunas naciones de la Región se procura capacitar al personal carcelario antes de su ingreso al servicio. No faltan las escuelas destinadas a este cometido. Empero, estos cursos y escuelas generalmente

(2) *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*. Editorial del N.º 9 (Mayo-Junio de 1973). México, D. F. — p. 5.

(3) VERNER RUPRECHT. — “Formación de Personal”. — Ponencia presentada en la “Primera Reunión de Expertos para el Estudio de los Problemas Penitenciarios de América Latina”. — Santa Bárbara de Heredia, Costa Rica, 1974. Acta de la Reunión. — p. 16.

(4) J. CARLOS GARCÍA BASALO. — “Formación de Personal para los Procesos Correccionales”. — Ponencia presentada en la “Reunión de Trabajo de un Grupo de Expertos Latinoamericanos sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”. — La Guaira, Venezuela, 1963. — Documento de Las Naciones Unidas ST/TAO/SER. C/88. — p. 21.

tan sólo instruyen a agentes penitenciarios de los escalones inferiores. Rara vez se capacita al personal de todos los niveles.

Sin restar méritos a los esfuerzos que se realizan en algunas naciones latinoamericanas, cabe adherirse a la aseveración hecha por el distinguido penitenciarista mexicano Lic. ANTONIO SÁNCHEZ GALINDO, Director del Centro Penitenciario del Estado de México:

“En América Latina, con excepción de Argentina, no existe ninguna escuela de entrenamiento penitenciario, aún cuando cada país efectúa diferentes métodos para la selección del personal.” (5)

PAISES LATINOAMERICANOS QUE CAPACITAN AL PERSONAL

Funcionan escuelas especializadas o se dictan cursos de capacitación en los siguientes países:

ARGENTINA: En el orden nacional existen dos escuelas: la “Academia Superior de Estudios Penitenciarios” y la “Escuela Penitenciaria de la Nación”. La primera funciona en Buenos Aires, cuenta con un cuerpo docente muy capacitado y posee categoría universitaria. La segunda funciona en Ezeiza, localidad cercana a Buenos Aires. Su cuerpo docente es muy bien seleccionado y es la única fuente para el reclutamiento del personal penitenciario federal del Cuerpo General. Lleva el nombre de “Dr. Juan J. O’Connor”, en honor y recuerdo del primer Director General de los Institutos Penales de la Nación, quien realizó una profícua labor en este cargo.

BOLIVIA: Solamente funcionan programas de capacitación para el personal subalterno.

BRASIL: Se han elaborado algunos proyectos bien estructurados para crear escuelas de capacitación. La Professora ARMIDA BERGAMINI MIOTTO ha propuesto dictar cursos especialmente dedicados al personal superior. Actualmente existe una única escuela en el Estado de Rio Grande do Sul, la que prepara personal de los escalones inferiores.

COLOMBIA: En Bogotá funciona la “Escuela Penitenciaria” que forma personal subalterno. Sus planes de estudios se diversifican de acuerdo a las tareas que habrán de realizar los egresados.

COSTA RICA: Cuenta con una escuela que prepara al personal criminológico, pero carece de una verdadera escuela para todo el personal. Se ha proyectado la creación de una Escuela Penitenciaria.

(5) ANTONIO SÁNCHEZ GALINDO. — “El Personal Penitenciario”. — Ponencia presentada al Tercer Congreso Nacional Penitenciario Mexicano. — Copia Mimiográfica. — p. 14.

CUBA: Las disposiciones del "Reglamento de los Establecimientos de la República" crearon la "Escuela Penitenciaria Nacional", en 1951. Funcionó hasta 1954. Se desconoce si actualmente existe.

CHILE: Creada en 1954 y perfeccionada en 1962, la "Escuela Técnica del Servicio de Prisiones" capacita personal de todos los niveles.

MEXICO: En el Distrito Federal se ha creado un centro de estudios especializados para la formación de miembros de Prisiones y de la Policía Judicial. Con buenos resultados se han dictado cursos en diversas ciudades de la Federación, auspiciados por las autoridades federales.

Asimismo, en algunos establecimientos penales de varios Estados funcionan cursos con el fin de capacitar al personal subalterno. Mención especial merece la Escuela que existe en el Centro Penitenciario del Estado de México, el que goza de prestigio nacional e internacional. Anualmente concede becas de estudios a personal de las prisiones de otros Estados de la Federación.

El actual Sub-Secretario de Gobernación de la República Mexicana, Dr. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, tiene proyectado la fundación de una "Escuela Penitenciaria". Formaría el personal de las cárceles del Distrito y Territorios Federales y, además, de las prisiones de los Estados que manifiesten interés en enviar becados a la Escuela. Se halla inspirado este Proyecto en lo que preceptúa el Art. 50 de la "Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, expedida en 1971.

PERU: En este país han venido funcionando escuelas para preparar personal subalterno de prisiones desde 1929. Por desgracia, éstas han tenido una vida relativamente corta. La primera duró únicamente dos años. La fundada en 1945 funcionó sólo meses. Duró tres años la "Escuela del Personal Auxiliar" fundada en 1946, gozando de prestigio nacional e internacional. Su organización fué excelente. En la actualidad existe la "Escuela Penitenciaria" que procura formar personal de los escalones inferiores, de ambos sexos.

URUGUAY: La "Escuela de Funcionarios Penales" se creó en 1934. Fué discontinuada en 1951. Ha comenzado a funcionar otra desde 1962.

VENEZUELA: Actualmente funciona en Caracas la "Escuela para Formación del Personal de Prisiones", la que es continuación de la que fuera creada en 1951. Capacita a agentes penitenciarios de los niveles inferiores únicamente, al igual que casi todas las escuelas existentes en América Latina. Sin embargo, en el país se dictan esporádicamente cursos de perfeccionamiento y de información a los profesionales al servicio de la Administración Penitenciaria. En algunas ocasiones estos cursos han sido auspiciados por las Naciones Unidas, interviniendo

como experto el renombrado criminólogo Profesor MANUEL LÓPEZ-REY.

En líneas generales estas escuelas y cursos se inspiran en Resoluciones y Recomendaciones adoptados por los Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, particularmente en la Recomendación de 30 de Agosto de 1955 (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos) ⁽⁶⁾ y en la Recomendación de primero de Setiembre del mismo año (Selección y Formación del Personal Penitenciario). ⁽⁷⁾

No sería apropiado entrar al detalle de cada una de estas escuelas. Únicamente habrá que ocuparse de la "Escuela Penitenciaria de la Nación" de la República Argentina, que es el semillero del personal carcelario que sirve en los Institutos Penales del sistema federal.

EL "CUERPO PENITENCIARIO DE LA NACION"

Todos los cuadros del servicio penitenciario federal o nacional de Argentina están integrados por el "Cuerpo Penitenciario de la Nación". A los miembros de este servicio se les denomina "Agentes Penitenciarios".

Para comprender el radio de actividad de la "Escuela Penitenciaria de la Nación" es imprescindible conocer cómo se encuentra integrado el "Cuerpo Penitenciario de la Nación".

Este Cuerpo comprende tres categorías: a) Cuerpo General; b) Servicio Técnico-Profesional; y c) Servicios Auxiliares. Elementos de la plana superior e inferior se constatan en la primera y en la última categoría.

El Cuerpo General está integrado por los servidores directamente responsables del tratamiento de los reclusos y de su seguridad. Sus miembros obligadamente deberán ser graduados de la Escuela, pues la "Escuela Penitenciaria de la Nación" es la única fuente de reclutamiento existente. Este hecho hace comprender la importancia de este centro docente.

La Plana Superior engloba a cuatro grupos: 1) Cuerpo directivo Superior (Director General, Sub-Director General e Inspector General); 2) Cuerpo Directivo (Prefecto Mayor, Prefecto y Sub-Prefecto); 3) Jefes (Alcaide Mayor, Alcaide y Sub-Alcaide); y 4) Oficiales (Adjutor Principal, Adjutor y Sub-Adjutor o Auxiliar).

(6) Naciones Unidas. — "Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente". — Ginebra, 1955. — Documento A/CONF/6/1, 1957. — p. 73.

(7) Op. cit., p. 80.

La Plana Inferior comprende: 1) Sub-Oficiales (Principal, Sargento Ayudante, Sargento Celador y Cabo Guardián; y 2) Guardias (Guardia y Guardia Ayudante).

La Guardia Externa forma parte de los cuadros del servicio carcelario y se encuentran incorporados al escalafón general. Depende de la Dirección General. Únicamente pueden ingresar al interior de un instituto penal en casos especiales: sublevaciones, amotinamientos, etc. Son los únicos que llevan armas.

El Servicio Técnico-Profesional pertenece a la Plana Superior. Sus miembros deben ostentar título universitario. Incluye a los profesionales adscritos a los servicios de sanidad y afines y de Criminología (médicos, criminólogos, psicólogos, odontólogos, farmacéuticos etc.). Además comprende a los abogados, asistentes sociales, veterinarios, ingenieros, arquitectos, clero, religiosas, profesores de las escuelas para los reclusos, profesores de educación física, bibliotecarios, etc.

Los Servicios Auxiliares se hallan integrados por ayudantes de laboratorios; enfermeros; practicantes; mecánicos dentales; profesores de artes, oficios e industrias etc. que deben ostentar certificado de estudios e diploma. Pertenecen asimismo a estos servicios el personal destinado al mantenimiento de los servicios hidráulicos, electrógenos, fuerza motriz, maestranza, mecánica general, choferes, ordenanzas, peones, etc.

Los agentes penitenciarios usan el uniforme del Cuerpo. Sin embargo, no lo emplean aquellas personas que debido a sus funciones no lo requieran, como ser, médicos, personal de criminología, profesores, asistentes sociales, instructores de educación física etc.

CREACION DE LA "ESCUELA PENITENCIARIA DE LA NACION"

Cuando existió el clima propicio se dió lugar a la creación de esta Escuela. Su nacimiento fué preparado por diferentes normas legales.

En verdad, sus orígenes se hallan en dos importantes disposiciones legales: a) La Ley nº 11.833, de 9 de Octubre de 1933 (Organización Carcelaria y Régimen de la Pena); y b) El Decreto nº 12.351, de 10 de Octubre de 1946 (Estatuto del Servicio Penitenciario de la Nación).

La Ley creó la Dirección General de Institutos Penales de la Nación y, además, se ocupó del Instituto de Clasificación y del Anexo Psiquiátrico, del Régimen Penal, de los Establecimientos Penales y de los Patronatos de Liberados.

El Decreto es el Estatuto del Personal Penitenciario Nacional. Establece la carrera penitenciaria; determina las normas que regulan el

ingreso al Cuerpo Penitenciario; señala las funciones del personal carcelario; estatuye la estabilidad en los cargos, el sistema de ascensos, remuneraciones y goces. Interesa señalar que el Estatuto otorga a los agentes penitenciarios goces superiores a los que disfrutaban los demás empleados públicos, por estimarse que este Servicio es de defensa social y de seguridad, especializado y que sus miembros se hallan expuestos a innumerables peligros.

Como es fácil de concebir, si no se hubiesen expedido estas disposiciones legales no hubiera podido prosperar un proyecto de creación de la "Escuela Penitenciaria de la Nación". Son, en verdad, su base de sustentación.

Es provechoso puntualizar que las normas penitenciarias argentinas son reformadas periódicamente, modernizándose. Por ejemplo, el acotado Decreto nº 12.351 fué derogado por el art. 66 de la Resolución de 8 de Mayo de 1948, denominada igualmente "Estatuto del Servicio Penitenciario de la Nación".

Enorme trascendencia posee el Decreto-Ley nº 412/58, de 14 de Enero de 1958 (Ley Penitenciaria Nacional). Al ser ratificada por el Congreso Nacional, se convirtió en la Ley nº 14.467. Su art. 31 estableció que esta Ley debería considerarse como complementaria del Código Penal de 1922, lo que fué de utilidad manifiesta. Este Código Penal se aplica por igual en la Capital Federal, en las 22 Provincias y en la Gobernación. Tiene vigencia, pues, en todo el país. Constituyó una valiosa innovación dentro del sistema federativo de Argentina. De esta suerte se ha alcanzado en el país la uniformidad legal del régimen de ejecución de las penas privativas de libertad. Empero, los institutos penales provinciales continúan dependiendo de sus respectivas autoridades.

Este paréntesis lo consideramos provechoso.

La Ley nº 11.833, de 1933, fué reglamentada en 1947, a base de un proyecto elaborado por el Prof. ROBERTO PETTINATO, entonces Director General de Institutos Penales de la Nación. El Decreto Reglamentario nº 35.753 fué expedido por el Poder Ejecutivo el 14 de Noviembre de 1947, el que dispone, entre otras medidas, la creación de la "Escuela Penitenciaria de la Nación".

En la fundamentación de su proyecto, después de dar a conocer un vasto programa de futura acción penitenciaria en Argentina, PETTINATO dice: "Es por tal motivo que propiciamos la creación de la Escuela Penitenciaria destinada a la formación y preparación del Personal Penitenciario de la Nación" (8).

(8) ROBERTO PETTINATO. "Fundamento del Proyecto de Reglamentación". *Revista Penal y Penitenciaria*, Año XII, Nº 43/46, 1947. Buenos Aires, Rep. Argentina. p. 244.

Se ocupan de la "Escuela Penitenciaria de la Nación" los arts. 9º, 10 y 11 del aludido Reglamento. Se les da a conocer textualmente:

"*Art. 9º* Créase la Escuela Penitenciaria destinada a la formación y perfeccionamiento de los agentes penitenciarios y cuya finalidad es la de preparar un personal especializado consciente de su misión."

"*Art. 10.* Los cursos de la Escuela Penitenciaria se organizarán de forma que la asistencia y aprobación de los mismos constituya no sólo un requisito indispensable en el futuro para ser designado agente penitenciario, sino también un medio de perfeccionamiento para los actuales integrantes."

"*Art. 11.* En la Escuela Penitenciaria se dictarán cursos de reclutamiento para el personal de las planas superior e inferior y de perfeccionamiento e información para los agentes penitenciarios de la plana superior."

Se expidió el "Reglamento de la Escuela Penitenciaria de la Nación" el 13 de Diciembre de 1947 (Decreto nº 39.089).

Como es de verse, la creación de esta Escuela constituyó la coronación de sucesivas y previas etapas, entre las que destacan: la expedición del Estatuto del Personal Penitenciario y de la Ley de Retiro y Pensiones. Estas normas aseguraron la carrera penitenciaria, la estabilidad en los cargos, mejores retribuciones, seguridad económica al cesar en el servicio, etc.

Los cursos de la Escuela fueron inaugurados el 19 de Junio de 1948, aunque la inauguración oficial sólo tuvo lugar el 16 de Octubre del mismo año.

Gracias a la expedición del Estatuto del Servicio Penitenciario y la creación de la "Escuela Penitenciaria de la Nación" se pudo estructurar en la República Argentina una verdadera carrera penitenciaria en el ámbito nacional. Ningún otro país latinoamericano la posee.

EVOLUCION DE LA ESCUELA

Su ininterrumpida existencia de cerca de 28 años, se ha caracterizado por su incesante progreso material e intelectual. Se ha podido situar entre uno de los mejores centros de enseñanza especializada de su especie. Es un modelo digno de imitarse.

Tuvo comienzos muy modestos. Los antiguos profesores y alumnos todavía recuerdan lo penoso que resultaba el dictado de las clases en

la época invernal de Buenos Aires. Sin embargo, evocan esos tiempos con honda nostalgia.

Actualmente funciona en un espléndido local, habilitado en 1972. Ocupa una extensión de 8.972 metros cuadrados. Todas sus construcciones se hallan rodeadas de hermosos jardines. Cuenta con aulas espaciosas; cómodos dormitorios para el alumnado y para el personal administrativo; gimnasios; buenas oficinas; cuidadas bibliotecas; lugares de entretenimientos; departamentos médicos, odontológicos y farmacéuticos; etc. Admira la técnica catalogación de los libros de las bibliotecas, los que han sido seleccionados con amplia visión y cultura.

Esta Escuela desarrolla programas de formación y de perfeccionamiento, los que se cumplen tanto previamente al servicio, como durante éste. Además, se efectúan jornadas de estudios, dedicadas particularmente al perfeccionamiento de los profesionales adscritos al servicio penitenciario.

Los planes de estudio son revisados periódicamente a fin de actualizarlos. Se pretende que la formación de todo el personal penitenciario responda a las necesidades de un moderno régimen carcelario. Su evolución no cesa jamás.

Se ha expresado que maravilla su buena organización y su continuo rejuvenecimiento. Sin embargo, personalmente discrepamos de su organización netamente para-militar. Como es obvio, los alumnos asimilan estas formaciones militares, dejándose sentir posteriormente en los mismos cuadros del servicio de prisiones.

SU FUNCIONAMIENTO

La Escuela cuenta con un Director, el que se halla asistido por un Sub-Director, un Jefe de Administración, un Jefe de Estudios, un Secretario, varios bibliotecarios y el personal auxiliar.

Del Jefe de Estudios dependen las siguientes secciones: Cursos de Reclutamiento, Gabinetes Científicos, Bibliotecas y el Cuerpo de Profesores, incluida la Sección de Educación Física. Además, funciona la "Comisión Consultiva de Enseñanza e Instrucción", la que está integrada por el Sub-Director, el Jefe de Estudios, el Secretario y los profesores.

La Escuela cuenta con diversos servicios: Servicio de Sanidad (médicos, odontólogos, farmacéuticos, kinesiólogos, enfermeros, etc.); Servicio de Banda de Música; Servicio de Armería; y Servicios varios (Transportes, eléctricos, de agua y desagüe, maestranza, lavandería, peliquería, cocina, jardinería, etc.)

Se dictan cuatro clases de cursos: *a)* para Cadetes, estudiantes que ocuparán cargos en la Plana Superior; *b)* para Oficiales y Jefes (de aplicación y de perfeccionamiento); *c)* para el personal directivo (de información); y *d)* para tropa y sub-oficiales.

Es de interés comprobar que esta Escuela ha de acompañar a su alumnado desde su ingreso al centro de enseñanza hasta que el ex-graduado deja el servicio.

CURSOS PARA CADETES

“Cadetes” son los alumnos de la Escuela que habrán de graduarse de oficiales del Cuerpo General. Forman el “Cuerpo de Cadetes”, el que cuenta con un Jefe y Oficiales del Cuerpo.

El ingreso está condicionado a determinadas exigencias físicas y de edad. Además, deben de haber cursado estudios previos, lo que varía según a qué grupo han de pertenecer en el servicio carcelario. Los del escalafón penitenciario deben tener aprobados, cuando menos, el ciclo básico secundario y ingresan al primer año de estudios. Los del escalafón administrativo han de ostentar el título de Perito Mercantil e ingresan directamente al segundo año. Igualmente ingresan al segundo año los del escalafón docente, los que deben ser maestros nacionales. Los del escalafón mal denominado “profesional” deben poseer título de técnico industrial e ingresan al segundo año.

Además de los cadetes que ingresan a la Escuela ciñéndose a las pautas señaladas se reciben cadetes de las diversas provincias de la República y de países extranjeros, los que gozan de becas especiales. Después de graduados, éstos se incorporarán a los servicios carcelarios de sus respectivas Provincias o países.

Todos los cadetes son becarios del Estado. Se les proporciona enseñanza, elementos de estudio, prendas de vestir, alimentación, útiles para el aseo personal, dormitorios, atención médica, odontológica y farmacéutica, recreaciones, etc. Además reciben una retribución. Estos alicientes permiten atraer a muchos jóvenes, por lo que puede realizar una cuidadosa selección del alumnado.

Los ingresantes se obligan a servir en el Cuerpo Penitenciario de la Nación (con excepción de los becados extranjeros y de Provincias) por lo menos durante cinco años. Si así no lo hicieran, deberán abonar al Estado los gastos originados durante su estada en la Escuela.

Los cadetes del escalafón penitenciario siguen cursos que duran dos años y los de los otros escalafones ingresan directamente al segundo y último año de estudios.

El Plan de Estudios del Cuerpo de Cadetes es el siguiente:

PRIMER AÑO: Introducción al Derecho; Penología y Ciencia Penitenciaria; Técnica Penitenciaria; Criminología; Identificación; Contabilidad y Seguridad Profesional.

SEGUNDO AÑO: Derecho Penal y Procesal Penal; Ciencia Penitenciaria; Técnica Penitenciaria; Biopsicología; Derecho Administrativo Usual; Procedimiento y Práctica Sumarial Administrativa y Elementos de Contabilidad Pública.

Asimismo se les imparte enseñanzas vinculadas con la defensa personal. Además, siguen cursos de educación física y militar y armas. Rige un régimen de internado.

La aprobación de los cursos reporta a los graduados: *a)* excepción del Servicio Militar; y *b)* designación en el primer grado de oficial en el escalafón correspondiente.

Los graduados del escalafón penitenciario reciben el título de Bachiller en Ciencias Penitenciarias, quedando aptos para ingresar a las universidades.

CURSOS DE APLICACION PARA LOS RECIEN EGRESADOS

Tienen el objetivo de ampliar los conocimientos adquiridos en la Escuela. Se cumplen con estudios y prácticas en distintas funciones. Se realizan en el Instituto de Detención de la Capital Federal y duran nueve meses. Rige el sistema de internado.

Se estudian las siguientes materias: Ética Profesional; Metodología Penitenciaria; Introducción a la Sociología; Psicopedagogía; Psicología Social; Práctica Sumarial de Procedimiento Penal; Inglés; Educación Física y Defensa Personal.

CURSOS DE PERFECCIONAMIENTO PARA OFICIALES

Para ser ascendidos los oficiales deben demostrar capacitación. A fin de que determinados ascensos se produzcan en la forma deseada se han creado los cursos de perfeccionamiento para oficiales, los que son de dos clases: 1) para Oficiales en el grado de Adjutor Principal; y 2) para Oficiales Jefes en el grado de Alcaide Mayor.

Condición indispensable para la promoción a la gerarquía de Oficial Jefe (Sub-Alcaide), en los escalones penitenciario y administrativo, es aprobar los respectivos cursos, de conformidad con el siguiente plan de estudios: Derecho Penal y Procesal Penal; Régimen Penitenciario; Psicología Social; Criminología; Sociología Criminal; Procedimiento Penitenciario; y Asistencia Social Penitenciaria y Post-Penitenciaria. Se

complementen con clases de educación física y visitas a entidades y organismos afines a la función penitenciaria. Estos cursos duran siete meses y rige el régimen de externado.

Los Oficiales Jefes en el grado de Alcaide Mayor deben aprobar diversos cursos para ascender a la gerarquía de Oficial Superior (Sub-Prefecto). El Plan de Estudios es el siguiente: Derecho Penal; Régimen Penitenciario Argentino; Sociología Criminal Argentina; Organización y Administración del Trabajo Penitenciario; y Delincuencia de los jóvenes-adultos y su Tratamiento. Estos cursos se desarrollan durante tres meses en régimen de externado. A los mejor calificados frecuentemente se les envía al extranjero en viajes de estudio.

OTROS CURSOS DE PERFECCIONAMIENTO

Se denominan "Cursos de Perfeccionamiento" los que se dictan a los oficiales de la Plana Mayor del Cuerpo General para capacitarlos.

Son dictados durante el servicio. Se cumplen mediante enseñanzas periódicas; seminarios; conferencias; publicaciones técnicas, visitas a establecimientos penales del país e del extranjero; intercambio de personal etc.

CURSOS DE INFORMACION PARA EL PERSONAL DIRECTIVO

El personal penitenciario nacional tiene la perentoria obligación de mantenerse debidamente actualizado en su formación profesional. Esta comienza cuando ingresa a la "Escuela Penitenciaria de la Nación" y sólo termina cuando finaliza su carrera. Es así como se ha podido contar con un personal altamente calificado.

Estos cursos de información están destinados a la capacitación del personal directivo (Prefecto Mayor, Prefecto y Sub-Prefecto). Los cursos son dictados por expertos penitenciarios. El plan de estudios, como es obvio, varía de año a año. Son de corta duración.

OTROS CURSOS DE INFORMACION

Los reciben los docentes, capellanes y otros miembros del servicio de prisiones. Generalmente duran cuatro meses. Asimismo se dictan cursos especiales para médicos, abogados, capellanes, religiosas, maestros, asistentes sociales, etc. de duración más corta.

Paralelamente se organizan Jornadas y Seminarios. Sirven para analizar problemas diversos: Asistencia Social Carcelaria; Sanidad Penitenciaria; Educación Correccional; Pastoral Penitenciaria, etc.

CURSOS PARA SUB-OFICIALES Y TROPA

Estos cursos son de dos tipos: a) de Formación; y b) de Perfeccionamiento. Los primeros se dan a los alumnos de la Escuela que forma al personal de tropa del Cuerpo General. Los segundos sirven para el perfeccionamiento de los sub-oficiales.

CURSOS DE FORMACION

La "Escuela Penitenciaria de la Nación" cuenta con un departamento independiente dedicado exclusivamente a la formación de la tropa del escalafón penitenciario. Conviene repetir que la Escuela es la única fuente de reclutamiento de este personal.

Los alumnos gozan de un régimen similar al que existe en el Departamento de Cadetes, pero los cursos duran un año solamente. Los graduados ingresan al servicio con la categoría de Guardia Ayudante.

Se estudian las siguientes materias: Nociones de Ciencia y Técnica Penitenciaria; Nociones de Derecho Administrativo y Penitenciario; Nociones de Derecho Penal y Procesal Penal; Nociones de Criminología; Deontología Penitenciaria; Higiene y Primeros Auxilios; Urbanidad; Ceremonial; Instrucción Cívica; Castellano; Educación Física; Armas y Tiro; y Instrucción Militar.

CURSOS DE PERFECCIONAMIENTO PARA EL PERSONAL SUBALTERNO

Para ser ascendidos a Ayudantes de Segunda, los Ayudantes de Tercera deben aprobar estos cursos, en los que se estudian las materias siguientes: Técnica Penitenciaria; Régimen Penitenciario; Ética Profesional; Nociones de Derecho Penal y Procesal Penal; Medicina Preventiva y Primeros Auxilios; Educación Física; Defensa Personal; Instrucción Militar; y Armas y Tiro. Rige un régimen de internado. Los cursos duran tres meses.

INSTRUCCION EN EL DESTINO

Al igual con lo que acontece con el personal de la Plana Mayor, se anhela que el personal subalterno tenga capacidad puesta al día. Es por esta razón que se imparten enseñanzas al personal de la Plana Menor. Estos cursos se denominan "Plan Anual de Instrucción en Destino". Su objetivo es actualizar los conocimientos adquiridos.

Paralelamente funciona un "Plan Anual de Tiro".

La instrucción en el destino es de corta duración. Durante este lapso se dictan clases, conferencias, etc. Los estudios son teóricos y prácticos, a la vez.

BECAS ESPECIALES

Se ha expresado que la "Escuela Penitenciaria de la Nación" otorga becas de cadetes a personas de las Provincias argentinas y de países extranjeros. Conviene señalar que esta Escuela ha recibido becados desde su creación, a nivel de oficiales. Empero, su oficialización es posterior, como se explicará en seguida.

En la "Reunión de Trabajo de Expertos Latinoamericanos sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente" (La Guaira, Venezuela, 1963) se recomendó a los países en donde existía formación sistemática de agentes penitenciarios y que estuviesen dispuestos a recibir alumnos de naciones de América Latina, ofrecieran becas para el personal en actividad, a nivel de oficiales.

Uno de los expertos asistentes a dicha Reunión — que tuvo un excepcional relieve — fué el Prof. J. CARLOS GARCÍA BASALO, quien haciéndose eco de tal recomendación, propuso a las autoridades del sistema nacional de prisiones de Argentina la aceptación de tan brillante y beneficiosa idea. Dicha propuesta del Prof. GARCÍA BASALO fué aceptada oficialmente en 1966.

Las autoridades penitenciarias del sistema federal argentino acordaron otorgar tales becas. Para este efecto, cada gobierno de las naciones latinoamericanas seleccionaría a un becado de su país, debiendo costear los gastos de los pasajes de ida y de regreso. Como se ha dicho, los becados tienen todos los goces que se conceden a los cadetes argentinos. Al graduarse, estos becados reciben el título de "Oficial Honorario del Servicio Penitenciario Nacional Argentino".

A partir de 1966 la "Escuela Penitenciaria de la Nación" ha venido recibiendo becados de diversas naciones de América Latina. Sería ocioso señalar las ventajas alcanzadas, puesto que es obvia la utilidad de estas becas. El plausible gesto de las autoridades penitenciarias argentinas ha beneficiado a becados de Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

No siempre los gobiernos de los países latinoamericanos efectúan una cuidadosa selección de los becados. Muchas veces intervienen influencias políticas y personales. De otro lado, en lugar de un becado anual, se envían tres o cuatro. Lógicamente esto ha traído algunos problemas. Sin embargo, las autoridades de la Escuela han salvado todas estas dificultades con sagacidad, inteligencia y serenidad.

Actualmente hay varios becados latinoamericanos en el Cuerpo de Cadetes de la "Escuela Penitenciaria de la Nación" de Argentina. Como los hemos comprobado personalmente, aprovechan seriamente sus estudios.

Inconstitucionalidade Material e Correção Monetária

ARNOLDO WALD

1. O Supremo Tribunal Federal consagrou o princípio da inconstitucionalidade material declarando, em acórdão de 1.º-9-1971, que o Decreto-Lei n.º 893/69 era inconstitucional ao sujeitar a ação do acidentado à exaustão dos recursos administrativos, diante da demora na solução do problema que implicaria a apreciação prévia de suas pretensões pelos órgãos administrativos. A mencionada decisão, que foi unânime e que se encontra publicada na **Revista Trimestral de Jurisprudência** do Excelso Pretório, vol. 58, pág. 692 (Recurso Extraordinário n.º 72.071-GB), fundamentou-se no voto do relator Ministro THOMPSON FLORES, cuja tese foi adotada e desenvolvida pelo Ministro BILAC PINTO, para quem a exaustão dos recursos administrativos, como condição para a ação judicial, não é inconstitucional em si, tornando-se, todavia, inconstitucional quando, como no caso do Decreto-Lei n.º 893/69, implica em denegação de justiça. Resumindo o voto do relator, o Ministro BILAC PINTO esclareceu que:

“Sustentou S. Ex.^a que embora o Decreto-Lei n.º 893, de 26-9-69, seja formalmente constitucional, na parte em que determina a exaustão

dos recursos administrativos como condição para o ingresso em Juízo, em casos de acidente do trabalho, é ele materialmente inconstitucional, na sua aplicação prática, porque os órgãos administrativos não estão aparelhados para desempenhar, em prazo razoável, a tarefa de examinar os recursos opostos pelos acidentados.

Não existindo processo adequado para a solução pela Previdência Social dos conflitos decorrentes de acidentes do trabalho, que permita àquela exercer, com a celeridade desejável, a composição do dano infortunistico, não se poderá reconhecer a validade da incidência das normas do Decreto-Lei n.º 893/69, pois que, do ponto de vista material, os dispositivos que estabelecem a exaustão dos recursos administrativos representam, na sua aplicação prática, uma violação do § 4.º do art. 153 da Constituição.

A distinção entre inconstitucionalidade formal e material, relativamente às leis fiscais, foi por nós suscitada em trabalho publicado na R.F. 82/561.

A época em que elaboramos esse estudo, estávamos convencidos de que somente às leis fiscais seria aplicável o critério distintivo entre a inconstitucionalidade formal, que consiste no conflito explícito ou implícito da lei com a Constituição, e a inconstitucionalidade material, que decorre da aplicação da norma ao caso concreto, envolvendo a violação de direito assegurado na Constituição.

As características da inconstitucionalidade material são a de que ela coexiste com a constitucionalidade formal da lei e a de que reclama a verificação, em cada caso, de sua incidência.

Vemos, agora, no voto do ilustre Ministro Thompson Flores, que a divisão dicotômica da inconstitucionalidade não é peculiaridade das leis tributárias, e que tal doutrina pode também ser aplicada a outras leis." (Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 58, pág. 699.)

2. A importância dessa decisão decorre do reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da inconstitucionalidade de um diploma, num caso concreto, em virtude das conseqüências que a lei possa acarretar na hipótese, embora, em tese, nenhum vício formal se possa increpar ao texto legal. O Ministro BILAC PINTO, no estudo que já fizera sobre a matéria, ainda em 1940, evoca a evolução da doutrina e da jurisprudência norte-americana, a partir de célebre frase de JOHN MARSHALL, para quem o poder de tributar envolvia o de destruir ("the power to tax involves the power to destroy" in *M'Culloch versus Maryland*), até a afirmação feita, anos depois, por HOLMES, FRANKFURTER e CLYDE KING, de que a tributação era meio de defesa da ordem estabelecida. Afirmou a respeito FRANKFURTER que:

"A rede de irrealidade que se teceu com o famoso axioma de MARSHALL foi dissipada com uma penada do Juiz HOMES: "O Poder

de tributar não é o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta corte.”

E CLYDE KING, no seu estudo sobre **Public Finance**, esclareceu que:

“The power to tax is the power to keep alive” (o poder de taxar é o poder de manter). (Apud BILAC PINTO, **Finanças e Direito**, in **Revista Forense**, vol. 82, pág. 553.)

3. Partindo da análise do enfoque do problema tributário pelo Supremo Tribunal norte-americano, BILAC PINTO concluiu que as leis fiscais seriam materialmente inconstitucionais quando, formalmente corretas, implicassem, na realidade, pelos seus efeitos, em distorções de caráter confiscatório ou desapropriatório. Essa posição veio, aliás, a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando ele vedou as chamadas sanções fiscais de caráter político como, por exemplo, o fechamento do estabelecimento em mora com os seus tributos ou a vedação de venda de selos ao contribuinte atrasado (Súmula n.º 70.).

Esclareceu o eminente Ministro da Suprema Corte que:

“A verificação da inconstitucionalidade material é feita em face da aplicação da lei tributária a determinado caso particular, e ocorre quando se constata que a carga fiscal, lançada de acordo com as determinações legais, alcança pressão exagerada sobre a atividade tributada, de modo a perturbá-la no seu ritmo.” (BILAC PINTO, artigo in **Revista citada**, pág. 561.)

4. O efeito da inconstitucionalidade material é distinto do decorrente da inconstitucionalidade formal, pois, no primeiro caso, a decisão só vigora para o caso concreto, podendo, outrossim, coexistir com a constitucionalidade formal do diploma legal. (Estudo citado, pág. 562.)

5. Ainda em 1940, BILAC PINTO invocou, em favor de sua tese, a jurisprudência norte-americana e argentina e considerou como válida no direito brasileiro a inconstitucionalidade material, especialmente no campo tributário. Na recente decisão do Supremo Tribunal Federal, verificamos que houve por parte dos eminentes magistrados e do próprio Professor BILAC PINTO uma extensão do campo de incidência da inconstitucionalidade material, com o reconhecimento da possibilidade de sua ocorrência fora do direito tributário. (**Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 58, pág. 699, e vol. 59, pág. 301.)

6. A idéia já se tinha desenvolvido na doutrina brasileira, embora sem o uso da terminologia “inconstitucionalidade material”. Assim, o saudoso LÚCIO BITTENCOURT, na sua monografia sobre o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, se refere à violação indireta da norma constitucional, esclarecendo a respeito que:

“Vale considerar, aliás, que a ofensa a direito ou garantia constitucional não precisa decorrer direta e imediatamente das prescrições da

lei, mas, para que esta seja ineficaz, basta que, por qualquer forma, ainda que indireta ou mediatamente, sejam atingidos e lesados aqueles direitos e garantias.

Assim, por exemplo, a lei que estabelece um imposto extorsivo, pode, conforme o caso, ser considerada inconstitucional por violar o direito de propriedade, desde que se demonstre que a legislatura, ao exercer o poder tributário, embora dentro de sua competência constitucional, violou aquele direito, ao estabelecer um ônus fiscal confiscatório." (C.A. LÚCIO BITTENCOURT, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, Rio, Forense, 2.^a edição, 1968, pág. 87.)

7. Em determinados casos, em que se denega a correção monetária, por falta de norma legal explícita referente à matéria, ou em que se afasta a sua aplicação por norma legal expressa, violando o direito de propriedade e realizando, de fato, um verdadeiro confisco, ocorre, indiscutivelmente, uma inconstitucionalidade material.

8. Aplicam-se a tais hipóteses os argumentos do Excelso Supremo Tribunal Federal, no caso da apreciação do Recurso Extraordinário n.º 72.071, acima citado, pois se, em determinados casos, se pudesse admitir *ad argumentandum*, a constitucionalidade de certa lei ou de determinados decretos, evidentemente que, em relação a situações concretas especiais, a aplicação das referidas normas implicam em inconstitucionalidade material, levando ao confisco e à desapropriação, sem justa e prévia indenização em dinheiro.

Os ensinamentos de BILAC PINTO sobre o poder de tributar se aplicam também a tais hipóteses. Do mesmo modo que o poder de taxar não deve implicar no de destruir, mas deve, ao contrário, garantir a manutenção do contribuinte, a contratação pública e os atos de expropriação devem respeitar a propriedade particular e os créditos do empreiteiro, sob pena de violação das normas constitucionais.

9. A inconstitucionalidade material revela, no campo do controle da constitucionalidade das leis e decretos, uma apreciação não apenas literal, mas do conteúdo e do espírito dos diplomas, que não deixam de se inspirar nas teorias do abuso de direito e do desvio de poder, que também ensejam a nulidade e a condenação de atos formalmente válidos, mas viciados pela sua finalidade e pelo resultado que, na prática, podem ensejar.

10. Assim sendo, entendemos que a não-aplicação da correção monetária em certos casos (danos materiais) pode, conforme a situação, ensejar uma inconstitucionalidade material, pelo fato da decisão proferida implicar, na realidade, num confisco.

11. Parece-nos que cabe, pois, reexaminar a posição jurisprudencial no tocante à correção monetária, aplicando, na matéria, sempre que couber, a tese da inconstitucionalidade material, que, assim, será redimensionada para atender à própria coerência do sistema vigente no Estado de Direito, que não admite qualquer forma de discriminação, por mais encoberta que possa ser.

Sociedades Mercantis.

Responsabilidades dos Administradores

PAULO GUIMARÃES DE ALMEIDA

Procurador do INPS

Sociedades Mercantis – Classificação

I – Consoante o disposto no art. 16 do Código Civil, entre as sociedades, pessoas jurídicas de direito privado, alinham-se as sociedades mercantis, ou comerciais, como usualmente são chamadas. Essas sociedades, a teor da disciplina do Código Comercial, podem ser sociedades em nome coletivo (art. 315), sociedade em comandita simples (arts. 311/314), sociedade anônima (arts. 295/299), sociedade em comandita por ações (arts. 311/314), *ex vi* da Lei n^o 3.150, de 4-11-1882 (art. 32), sociedade de capital e indústria (art. 317), sociedade em conta de participação (art. 325) e sociedade por quotas de responsabilidade limitada (arts. 300/302).

II – Em sendo todas pessoas jurídicas, têm, quaisquer que sejam, existência distinta da de seus componentes, devendo cada sócio contribuir para a formação do capital social, ou em dinheiro, ou em efeitos, ou em qualquer sorte de bens, ou em trabalho ou indústria, segundo o prescrito pelo art. 287 do Código Comercial.

Disso decorre o princípio geral segundo que, uma vez satisfeitas as suas obrigações para com a sociedade, não poderão os sócios responder solidariamente com seus bens particulares para satisfação dos encargos que ela assume perante terceiros. Esse princípio, contudo, experimenta temperamentos, já em

função do tipo da sociedade, já em face da participação do sócio na vida societária, já em termos dos característicos de sua gestão à frente dela.

III — Neste passo, impõe-se dizer que, no concernente à responsabilidade dos sócios perante terceiros, as sociedades mercantis se classificam em limitadas, ilimitadas e limitadas e ilimitadas simultaneamente, perdendo atualidade, por superação, a vetusta disciplina delas em sociedade de pessoas e sociedade de capitais.

TEÓFILO DE AZEREDO SANTOS (em "*Regime Jurídico das Sociedades Comerciais*", Forense, 1958, pág. 40) entende, *verbis*: "Se a classificação das sociedades em de capital e de pessoas é incaxata, falha, imprecisa e fugindo, muitas vezes, à realidade, acreditamos que a classificação mais rigorosa, prática e racional é a que adota como critério diferenciador o grau de responsabilidade dos sócios (limitada, ilimitada e mista, isto é, limitada e ilimitada ao mesmo tempo), notando, porém, que a responsabilidade da sociedade é sempre ilimitada, pois todo seu patrimônio responde pelas obrigações sociais."

São sociedades ilimitadas as em nome coletivo, na qual todos os sócios respondem solidariamente com seu patrimônio pessoal pelos encargos que assumam o fundo societário.

São sociedades limitadas as por quotas de responsabilidade limitada e as sociedades anônimas.

São sociedades mistas, ou concomitantemente limitadas e ilimitadas:

- a) as em comandita simples, onde os sócios comanditados respondem solidariamente e os comanditários não;
- b) as em comandita por ações, onde os sócios diretores ou gerentes respondem solidariamente e os demais não;
- c) as de capital e indústria, em que os sócios capitalistas respondem solidariamente e os de indústria não;
- d) as em conta de participação, onde os sócios ostensivos ou gerentes respondem solidariamente e os sócios apenas participantes ou ocultos não.

J. X. CARVALHO DE MENDONÇA (no seu clássico "*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*", 4ª Edição, vol. III, págs. 60/61) resume essa responsabilidade da seguinte forma:

"1 — sociedade de responsabilidade ilimitada; 2 — sociedade de responsabilidade limitada; 3 — sociedade de responsabilidade ilimitada e limitada.

O patrimônio da sociedade é sempre, em qualquer dessas classes, oferecido em garantia das obrigações sociais, mas, além dele, na primeira, os sócios garantem essas obrigações com todos os seus bens particulares; na segunda, a garantia prestada pelos sócios não excede da importância da sua entrada ou quota subscrita; na terceira, existem simultaneamente essas duas qualidades de sócios.

As sociedades incluídas na primeira classe correspondem às sociedades em nome coletivo; as da segunda, às chamadas anônimas; as da terceira, às chamadas em comandita.”

Responsabilidade Social

IV — A responsabilidade derivada de atos ou omissões no exercício da gestão social é amplamente admitida pelo direito pátrio.

Quem quer que, na atividade gerencial, diretora ou de comando, tenha tido conduta que implique e importe infração da lei ou dos estatutos, responde solidariamente perante a sociedade e terceiros, pelos atos assim praticados. É a responsabilidade oriunda da prática do ato ilícito, definida no art. 159 do Código Civil. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Dáí haverem estabelecido, tanto o Decreto nº 3.708, de 10-1-1919 (Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada), em seu artigo 10, como o Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, (Sociedade por Ações) em seu art. 121, § 1º, que os gerentes e diretores, respectivamente, respondem de maneira solidária, perante a sociedade e terceiros, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.

Destarte, se o contrato social não admitir, *verbi gratia*, garantia de aval da sociedade em favor de negócios a ela estranhos e o diretor ou gerente a empenhar, a fidúcia é válida, tendo o credor interessado ação para responsabilizar o acervo societário ou o sócio, ou ambos conjuntamente, porque há entre eles reciprocidade de obrigações.

Não há entre os tratadistas mais conspícuos discrepância a tal respeito, parecendo-nos *quantum satis*, para integral dilucidação, trazer à baila o magistério de CUNHA PEIXOTO (*in A Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*, 2ª Edição, vol. I, págs. 339/340) *verbis*:

“Os atos praticados pelo gerente, regularmente, em nome da sociedade, obrigam apenas a esta. Não contrai aquela obrigação pessoal nos contratos e operações realizados no exercício de sua função. Conseqüentemente, seus bens não respondem por estas dívidas. Os gerentes são, porém, responsáveis pelos atos que praticam com infração de disposição legal ou violação de qualquer cláusula estatutária. A lei impôs, expressamente, ao gerente, a observância de certas prescrições, cujo descumprimento lhe acarreta responsabilidade pessoal. O art. 10 do Decreto nº 3.708 reza que o gerente responde solidária e ilimitadamente com a sociedade e para com terceiros, pelos atos praticados em desacordo com o contrato. Este caso de responsabilidade é muito vizinho do da violação da lei, uma vez que o contrato forma uma espécie de lei entre os associados. Portanto, se o gerente age em desacordo com as normas contratuais ou contra dispositivos legais, passa a ser ilimitadamente responsável, não só perante seus companheiros de sociedade, mas também com relação aos terceiros que com ele transacionaram.”

A Legislação Pertinente

V — Por seu turno, para atender processualmente às peculiaridades obrigacionais decorrentes dessas situações anômalas, o antigo Código de Processo Civil, em seu art. 888, II, contemplava a execução dos bens dos sócios, nos termos da legislação civil e comercial.

O atual Código de Processo Civil dispôs da mesma maneira, ao dizer no art. 592, item II, que ficam sujeitos à execução os bens do sócio, nos termos da lei.

A legislação tributária se tem valido, ampla e irrecusavelmente, dessa disciplina jurídica para responsabilizar os diretores e gerentes, pessoalmente, pelos créditos tributários.

O Decreto-Lei nº 960/38, que disciplina a cobrança executiva da dívida ativa da Fazenda Pública, ao estabelecer, em seu artigo 4º, item V, que "ação poderá ser proposta contra o responsável, na forma da lei, por dívida da firma ou sociedade", à evidência quis remeter-se aos diretores e gerentes que se conduzissem, na gestão social, com excesso de poderes ou infração de lei ou de contrato, quando, então, seriam responsáveis, particularmente, pelas dívidas tributárias, uma vez que a legislação específica do tipo jurídico da sociedade admita a responsabilidade deles perante terceiros, solidariamente.

De sua vez, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25-10-1966) assim dispôs, para as sociedades em geral, incluindo-se, obviamente, as sociedades por ações e as por quotas de responsabilidade limitada, consagrando, destarte, o mesmo princípio da responsabilidade pessoal tributária da gestão irregular:

"Art. 135 — São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

.....
III — os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado."

VI — No que tange à Previdência Social, a sua Lei Orgânica (Lei número 3.807/60) dispôs expressamente sobre a responsabilidade pessoal dos dirigentes que hajam procedido em desacordo com as suas normas, deixando de descontar, mês a mês, as contribuições devidas e deixando de recolhê-las aos cofres do INBS (art. 79, V).

Por igual, o seu antigo Regulamento-Geral, baixado com o Decreto número 60.501, de 14-3-67, dispôs taxativamente, no § 1º do seu art. 176, sobre essa responsabilidade, que é pessoal e direta.

Identicamente dispõe o atual Regulamento-Geral da Previdência Social, baixado com o Decreto nº 72.771, de 10 de setembro de 1973, em seu art. 235,

parágrafo único, ao referir-se à responsabilidade “direta” de empresas e empregadores domésticos, o que, em linguagem técnico-tributária, equivale à responsabilidade “pessoal” dos dirigentes.

Essa responsabilidade, que se verifica *ex lege*, fica condicionada apenas à demonstração de ter sido dirigente da empresa, ao tempo das contribuições não descontadas ou não recolhidas, aquele contra quem a Previdência Social pretende dirigir a execução fiscal.

Destarte, na casuística da responsabilidade pessoal, direta e solidária dos dirigentes, incluir-se-á a hipótese prevista na legislação previdenciária específica, em cujo contexto os sócios dirigentes são sempre responsáveis pessoalmente pelos descontos de contribuições não efetivados e não recolhidos.

VII — Nesta matéria, impõe-se não extrair do disposto no artigo 350 do Código Comercial e do consignado no art. 596 do atual Código de Processo Civil, tudo respeitante à inexecução dos bens particulares dos sócios, por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais, mais do que, realmente, essas normas querem estabelecer.

Parece-nos fora de dúvida que aludida inexecução diz respeito à responsabilidade particular dos sócios diretores e gerentes ao ensejo de administrações normais, regulares, processadas dentro dos parâmetros legais e estatutários, quando não respondem pessoalmente com seus bens pelas dívidas da sociedade.

Os débitos assumidos pela sociedade, através de gestões regularmente desempenhadas, inscrevem-se no rol daquelas responsabilidades pelas quais o acervo societário deve responder, porque obviamente delas usufruiu, inadmitindo-se, pois, sejam transferidos ou carregados à conta dos diretores ou gerentes, porque, se assim se concedesse, estaríamos frente a indiscutível e inegável locupletamento da sociedade, a prejuízo, em detrimento dos administradores que procederam com lisura e regularidade.

VIII — Posto que a disciplina legal tributária condiciona a responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado “a atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto” (art. 135, III), a execução das respectivas dívidas só deverá ser dirigida contra eles, diretamente ou em solidariedade com a razão social, administrativa ou judicialmente, após a constatação, ao ensejo do ato do lançamento, de assim terem agido.

Ao propósito, leve-se na devida conta que aludida responsabilidade é objetiva, independentemente, conseqüentemente, de ato doloso ou culposo por parte deles, ou situação equiparável.

Constatado que o diretor, gerente ou representante agiram com infração à lei, com desrespeito ao contrato social ou estatutos, disso resultando obrigação tributária, a sua responsabilidade pessoal estará definida em face dela.

Essa constatação, que deve ser feita, como já dito, no curso do Processo Administrativo Fiscal, ao ensejo do lançamento, poderá ser novamente demons-

trada no Processo de Executivo Fiscal, se os interessados opuserem embargos para a prova de que, ou não agiram naquelas circunstâncias (excesso de poder, infração à lei ou ao contrato) ou delas não resulta, pelo tipo de sociedade a que pertençam, responsabilidade tributária pessoal e direta.

Os Procuradores do Estado de São Paulo deliberaram, no seu II Congresso Regional (1973), encerrado na cidade de Taubaté, recomendar que, quando da lavratura do Auto de Infração ou no decurso do processo administrativo constatar-se procedimento irregular dos diretores, gerentes ou responsáveis, o crédito tributário seja devidamente inscrito não só contra a empresa como igualmente contra aqueles.

É uma recomendação ao nosso ver judiciosa, que atende ao espírito do ordenamento legal pertinente, sem cercear a defesa que possa ser apresentada, dando, destarte, liquidez e certeza ao débito levantado, bem como segurança e rapidez à execução.

Quanto à Previdência Social, o diretor ou gerente que desconta de seus empregados as contribuições previdenciárias respectivas e não as recolhe aos cofres do INPS, comete infração a dispositivo de duas normas legais. Infringe o disposto no art. 79, II, da Lei nº 3.807/60, que obriga a recolher, mês a mês, as contribuições descontadas e incide nas sanções previstas no art. 168 do Código Penal, por delas se haver apropriado indevidamente.

Em assim procedendo, respondem eles pessoal e diretamente por essas contribuições, ficando os seus bens sujeitos à execução judicial, já face ao que preceitua o Código Tributário Nacional (art. 135, III), já diante do que dispõe o Decreto nº 3.708, de 10-1-1919 (art. 10), já frente ao consignado no revogado Decreto-Lei nº 960/38 (art. 4º, V), já por motivo do que preceitua a Lei Orgânica da Previdência Social e o seu Regulamento-Geral (art. 79, V, e art. 235, parágrafo único, respectivamente), já *ex vi* do Código de Processo Civil (art. 592, II).

O Egrégio Tribunal Federal de Recursos tem tido oportunidade de decidir em consonância com o ordenamento legal, conforme se vê das seguintes ementas:

“AP 28.374. Os sócios gerentes respondem solidária e ilimitadamente pelo excesso do mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei. Desse modo, respondem pelo não-recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos seus empregados e não recolhidas ao Instituto.” (DJU, de 5-10-70, pág. 4.619.)

“AP 32.156. Executivo Fiscal. Responsabilidade pessoal do sócio gerente. Permitindo o art. 4º, V, do Decreto-Lei nº 960/38, a propositura do executivo fiscal contra o responsável, na forma da lei, por dívida da sociedade, não se justifica o indeferimento do pedido do exequente, que pretende dirigir a execução contra os sócios gerentes. A existência ou não dessa responsabilidade (art. 10 do Decreto nº 3.708, de 1919) será matéria a ser decidida na sentença. Provimento do agravo, para que o executivo prossiga, como requerido.” (DJU, 19-3-73, pág. 1.523.)

“AP 33.054. Previdência Social. Contribuições. Pessoa Jurídica. Extinção. Extinta a sociedade de pessoas, sem que se tenha reservado disponibilidade para o pagamento do débito previdenciário, transfere-se a responsabilidade do mesmo aos sócios.” (DJU, 9-5-72, pág. 2.765.)

No mesmo diapasão, tem decidido o Colendo Supremo Tribunal Federal, consoante as Ementas que seguem:

“RE 64.813. Ementa. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Responsabilidade dos Administradores pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei. (Lei nº 3.708, arts. 10 e 11)” (DJU, 3-10-69, pág. 4.560.)

“RE 76.289. SP. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Recorrente: INPS; Recorridos: Omilse Batista Santos e s/m. Decisão: conhecido e provido. Unânime. 1ª Turma, em 19-11-73. Ementa: Sociedade por quotas. A responsabilidade dos sócios é, em regra, limitada ao total do capital social. Tratando-se, porém, de contribuições descontadas dos salários dos empregados e não recolhidas pela empresa, aplica-se o art. 10 da Lei nº 3.708, de 10-1-19, e o sócio dirigente responde pessoal e ilimitadamente pelos atos praticados com violação da lei. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (DJU, 2-1-74, pág. 16.)

“RE 76.369. Ementa: Sociedade por quotas. Responsabilidade do sócio. O sócio gerente de sociedade por quotas, dissolvida sem liquidação regular, responde solidária e ilimitadamente perante terceiros, pelos atos praticados com violação da lei.” (DJU, 19-11-73, pág. 8.720).

Responsabilidade Penal

IX — Os aspectos irregulares dessas gestões, sob o ponto de vista penal, contudo, parecem não remanescer e não subsistir, constituindo, conseqüentemente, impedimento a que se responsabilizem, pessoalmente, diretores e gerentes, quando a Previdência Social firme com a empresa devedora acordo de parcelamento para a solução do débito.

Embora nesse fique expresso que, em parcelando o débito e em se lhe acrescentando os ônus decorrentes da mora (correção monetária, juros e multa), não existe o ânimo de novar, confirmando a segunda obrigação a primeira assumida (Código Civil, art. 1.000), o assentimento dado pela Previdência Social ao recolhimento, sob novos moldes, de contribuições em atraso, implica, salvo melhor juízo, desistência de qualquer ação penal para cujo exercício, porventura, tivesse ela titularidade ativa.

Posto que não ocorra novação em sentido jurídico, porque esta inexistente quando não haja ânimo de novar, o fato é válido apenas no campo das relações jurídico-comerciais e civis, não produzindo efeito na esfera penal, onde não poderiam deixar de repercutir as conseqüências do acordo realizado, *venia máxima concessa*.

Sistemática dos Embargos

X — Merecem esclarecidos alguns aspectos pertinentes aos embargos opostos em executivo fiscal, quando se penhoram bens dos diretores, gerentes ou responsáveis pelas pessoas jurídicas de direito privado, porque nem sempre são eles articulados com propriedade processual, congruamente.

Quando a execução fiscal seja promovida diretamente contra a sociedade, mas sejam alcançados pela constrição judicial bens particulares daquelas pessoas físicas (Código de Processo Civil, art. 592, II), duas situações distintas poderão ocorrer. Na primeira, por haver sido certificada nos autos inexistência de bens penhoráveis da pessoa jurídica, o exequente peticionou a citação de referidas pessoas físicas para que respondessem à ação, que prosseguiu contra elas.

Uma vez que passaram a integrar a relação processual, na qualidade de titulares passivos, por transferência, da obrigação tributária, deverão opor os embargos a que faz menção o art. 736 do Código de Processo Civil, no prazo de 10 dias, a contar da intimação da penhora.

Nessa matéria, cumpre atentar-se para a circunstância especialíssima de o decêndio ter como *dies a quo* (início do prazo) a data da intimação da penhora e não o dia da entrada em cartório do mandato cumprido, a teor do prescrito pelo revogado Código de Processo Civil (art. 292).

É o que o Decreto-Lei nº 960/38, que era norma de caráter específico, discriminava a esse respeito, estabelecendo que o lapso processual tinha o seu cômputo a partir daquele ato de constrição, vale dizer, da data da penhora.

Influenciados pelo que dispunha, a respeito, o processo ordinário ou comum, esporadicamente, é bem verdade, alguns tinham entendido daquela forma. Desassistidos estavam, porém, de procedentes razões jurídicas. Nos processos de executivo fiscal, sob a disciplina do revogado Decreto-Lei nº 960/38 (art. 16) e nas ações executivas, sob a égide do revogado Código de Processo Civil (art. 301), o prazo para embargos e contestação, respectivamente, era contado da data da penhora.

O atual Código de Processo Civil, contudo, pôs fim irremediável a essa controvérsia, uma vez que deixou de contemplar nos procedimentos especiais (Livro IV, Título I) as ações executivas, para colocá-las sob a disciplina do Livro II, Título I (Da execução em geral), em que o prazo para embargos se conta, como já dito, a partir da intimação da penhora.

O novo Código de Processo Civil (art. 738, I) trouxe definitivo deslinde jurídico à espécie, dirimindo, espancando, dissipando quaisquer dúvidas ou hesitações anteriores suscitadas, ao estabelecer que o *dies a quo* do prazo para o oferecimento dos embargos à execução é o da intimação da penhora.

Face ao caráter expresso do mandamento processual, inaplicável o preceito insito no art. 598 do Código, sendo, conseqüentemente, impossível contar-se aquele interregno segundo o ordenamento do art. 241, I, do mesmo estatuto.

É de se ter em vista que o advérbio de modo “subsidiariamente”, de que o art. 598 lança mão para admitir se apliquem aos processos de execução os

dispositivos da sistemática da fase da *cognitio* (art. 241, I), vale o mesmo que “no que couber”, encontrando nas disposições legais e já definitivamente equacionado em termos jurídicos.

“No que couber” e “subsidiariamente” significam emprego para o preenchimento de claros, de vazios, de vácuos que se contêm em leis ou regulamentos, mas que não podem deixar de ter aplicação, posto que é princípio de hermenêutica que as leis se fazem para serem empregadas, aplicadas, não sendo lícito, de maneira alguma, inaplicá-las por motivo de deficiência, obscuridades ou vazios, hipóteses em que se recorre aos parâmetros da analogia e aos princípios gerais do direito.

Destarte, em não existindo claro, vazio, ausência de comando jurídico, mas, de converso, ocorrendo tratamento expresso, indicação clara e incisiva, terapêutica jurídica adequada não haverá falar-se em aplicação subsidiária de outras normas, porque aí, obviamente, não caberão outros comandos, posto que os desejados pelo legislador estão diáfanos, patentes, gritantes, enérgicos, indistarcáveis, insubstituíveis, conseqüentemente.

Daí a acertada decisão da Primeira Turma do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, julgando o Agravo de Instrumento nº 208.184, ao considerar as hipóteses previstas no art. 738 do Código de Processo Civil, com soluções processuais dissemelhantes, divergentes (intimação da penhora, item I, e juntada do mandato, itens III e IV), concluindo que “se o legislador estabeleceu critérios diversos, nas várias modalidades de execução, IMPOSSÍVEL SE TORNA A GENERALIZAÇÃO PLEITEADA PELA EXECUTADA, ISTO É, A CONTAGEM DO PRAZO SEMPRE DA JUNTADA DO MANDATO DE CITAÇÃO DEVIDAMENTE CUMPRIDO”.

Evidentemente, se admitia que, em ambas as situações, pressupunha-se ter sido o executado devidamente intimado da penhora, eis que, se dela não tomasse conhecimento, o prazo para embargos e contestação, conforme o caso, não começaria de fluir.

Entende-se que o executado tomou conhecimento da penhora, com vistas aos fins de fluência do prazo para a prática daqueles atos, quando, valendo-se do preceito do art. 652 do CPC, nomeia bens à penhora, e quando, aceitando o encargo, compromissa-se como fiel depositário dos bens penhorados, hipóteses em que inexigível se faria fosse ele intimado da realização do ato em apreço.

Não teria qualquer sentido jurídico intimar-se o executado da prática de um ato de que participou ativa e vinculadamente, quer porque haja oferecido bens, assinando o auto de penhora, quer porque haja sido nomeado depositário, subscrevendo o indispensável termo. O princípio da economia processual, que obsta à prática de atos e diligências redundantes e inúteis, assim o recomenda. Impõe-se, porém, a intimação da mulher do devedor, se a penhora recair em bens imóveis (CPC, art. 669, § 1º). Diante, porém, da disciplina processual hoje em vigor, faz-se necessária, ao que parece, a intimação da penhora, para que se inicie a fluência do prazo legal de oposição dos embargos do devedor, quer aceite quer não o encargo de fiel depositário (arts. 669 e 738, I).

O magistério dos doutos consagrava o entendimento de que era a partir da data da penhora que corria o prazo para os respectivos embargos. VALMIR

PONTES (in "A Defesa do Contribuinte no Processo Executivo Fiscal", Borsoi, 1962, págs. 100/101), assim se manifestava ao propósito, *verbis*:

"No processo executivo fiscal, da mesma forma que nos executivos comuns, não é possível contar-se o prazo para a defesa da entrada em cartório do mandato de citação cumprido, como se faz no processo ordinário, por força do art. 292 do CPC. É que tanto esse código, no seu art. 301, como o Decreto-Lei nº 960, no seu art. 16, marcam como início do prazo de defesa, nas ações executivas, a data da penhora. É, portanto, da data da intimação que se fizer ao réu da realização da penhora que corre o prazo dentro do qual ao devedor é lícito oferecer a sua contestação ou os seus embargos, sob pena de revelia."

SILVA PACHECO (na sua clássica "Execução Fiscal", Borsoi, 1960, pág. 222) externava-se da seguinte forma, *in verbis*:

"No artigo 16, diz a lei que os embargos devem ser opostos dentro em dez dias, contados da data da penhora. Sobre o assunto já expendemos exaustivas considerações. A jurisprudência, porém, tem sido no sentido de que da data da penhora se conta o prazo, rejeitando-se como intempestivos os embargos oferecidos fora desse prazo."

O Egrégio Tribunal Federal de Recursos tem decidido assim, como se vê da seguinte ementa:

"AP 32.144. Executivo Fiscal. Prazo para embargos. Conta-se da data da penhora (art. 16 do Decreto-Lei nº 960/38). Inaplicável, no caso, o disposto no art. 292 Código de Processo Civil." (DJU, 20-9-71, pág. 4.988.)

Se deixarem de se valer do decêndio em tela, para oposição de embargos (dentro do decêndio a que se remete o art. 738, I, do CPC), sob color de a espécie comportar embargos de terceiro senhor e possuidor, fazendo-o, entretanto, fora dos dez dias a contar da penhora, serão eles considerados intempestivos e assim julgado o feito executivo, à revelia dos executados.

Se, contudo, opuserem "embargos de terceiro" dentro do decêndio em apreço, nada impede que sejam processados e julgados como simples embargos do devedor (art. 738, I), eis que, na realidade, ficaram eles, diretores, gerentes e responsáveis pelas pessoas jurídicas de direito privado, vinculados, pela citação inicial, à relação processual *sub judice*.

O Egrégio Tribunal Federal de Recursos assim decidiu:

"AI 26.693. Embargos de terceiro. Falta de qualidade. Não pode oferecer embargos de terceiro quem foi citado para a execução e tem seus bens penhorados. A falta de qualidade para a execução deverá ser deduzida em embargos à penhora (CPC, art. 1.020, II) e não por meio de embargos de terceiro." (DJU, 27-3-72, pág. 1.582.)

Na segunda situação, por haver sido certificada nos autos inexistência de bens da pessoa jurídica, efetuou-se penhora de bens particulares de diretores

ou gerentes, SEM QUE, TODAVIA, TIVESSE HAVIDO CITAÇÃO INICIAL DELES. A penhora teria sido realizada ou por indicação do exequente ou pelo meirinho, *ex autoritate propria*.

Como o feito executivo não foi contra essas pessoas físicas, mas, de contrário, contra a pessoa jurídica a que pertencem, e não houve citação inicial, posteriormente, dessas mesmas pessoas, não integraram elas a relação processual, embora sejam, juridicamente, titulares passivos da obrigação tributária ajuizada.

Os embargos cabíveis e consentâneos, *in casu*, serão os de “terceiro senhor e possuidor”, devendo ser opostos dentro do quinquídio a que se remetia o art. 42 do revogado Decreto-Lei nº 960/38, hoje nos termos do art. 1.048 do atual Código de Processo Civil.

Cabe neste passo, também, deixar claro que divergiam as normas processuais estabelecidas, a respeito, pelo antigo Código de Processo Civil (art. 707) e pelo Decreto-Lei nº 960/38 (art. 42).

Segundo o antigo estatuto processual, os embargos de terceiro senhor e possuidor poderiam ser opostos a qualquer tempo, antes da sentença final e, em havendo execução, até cinco dias depois da arrematação ou adjudicação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Consoante o Decreto-Lei nº 960/38, essa peça deverá ser oferecida até a assinatura da carta de arrematação, adjudicação ou remissão, porém dentro em 5 (cinco) dias, contados da data em que se tivesse ciência do ato que desse ensejo aos embargos desse tipo.

Vê-se, então, que a antiga disciplina processual comum, muito mais liberal, ensejava embargos de terceiro a qualquer tempo, preclusa a oportunidade apenas ao ensejo da assinatura da respectiva carta, ao passo que a revogada regra específica dos executivos fiscais, mais exigente, assinava para isso o prazo de 5 (cinco) dias, que fluíam da data em que o interessado tivesse ciência do ato que lhes dera lugar.

O Decreto-Lei nº 960/38, deixando de minimizar, mas, ao contrário, enfatizando o fato de haver ciência, conhecimento da penhora para, a partir dessa circunstância, fixar um interregno dentro de que o senhor e possuidor deve fazer valer o seu direito, leva na devida conta a relevância do interesse tributário frente às relações obrigacionais de direito privado.

Não seria justo que, tomando conhecimento da penhora de bens de seu patrimônio particular, de sua propriedade privada, circunstância de inegável relevância jurídica, ficasse a seu livre alvedrio, a seu inteiro talante, a seu total dispor insurgir-se, através de embargos, contra a constrição judicial, obediente, submisso, cativo apenas, exclusivamente, à condição de ainda não ter sido assinada a carta de arrematação, adjudicação ou remissão, conforme o caso, embora já efetivados esses atos, como permitia o antigo Código de Processo Civil (art. 708).

É óbvio que a disciplina desse Código não encontraria abrigo, não poderia ser aguaritada e nem agasalhada onde o Decreto-Lei nº 960/38 houvesse disposto *in expressis*, disciplinando por inteiro, às completas, a espécie. O Egrégio Tribunal Federal de Recursos se tem manifestado através das seguintes ementas:

“AP 32.865. Embargos de terceiros. Só podem ser opostos por quem não é parte na relação processual do executivo fiscal, mediante a prova de que é senhor e possuidor dos bens penhorados, e isto no prazo de cinco dias da ciência da penhora (art. 46, Decreto-Lei nº 960/38).” (DJU, 18-10-71, pág. 5.731).

O Colendo Supremo Tribunal Federal manifestava-se no mesmo sentido:

“ERE 71.084. Executivo Fiscal. Embargos de terceiro senhor e possuidor. Prazo para sua interposição. Por ser expresso o art. 42 do Decreto-Lei nº 960/38, no que respeita à fluência do prazo, não há porque buscar no CPC qualquer aplicação. Exegese dos arts. 42 e 76 do Decreto-Lei nº 960/38, combinado com o art. 1º do Código de Processo Civil.” (DJU, 22-10-71, pág. 5.867).

Nos casos em que o executivo fiscal seja proposto diretamente contra os diretores, gerentes ou responsáveis, na forma da lei, figurando eles na “Certidão de Dívida Inscrita” como sujeito passivo da obrigação tributária, sendo, pois, penhorados bens de seu patrimônio particular, duas hipóteses merecem ser consideradas.

Na primeira, aludidos titulares opõem embargos, que deverão, obviamente, ser os comuns, dentro do decêndio a que se remete o art. 736 do Código de Processo Civil. Se oferecerem, de maneira imprópria, é verdade “embargos de terceiro senhor e possuidor”, mas dentro dos 10 (dez) dias, contados da data da penhora (art. 738, I), poderão eles, por medida de economia processual, ser tratados e julgados como se embargos comuns fossem, face à sua titularidade passiva *ad causam*.

Impõem-se que sejam opostos dentro dos 10 (dez) dias, eis que o princípio da propriedade do recurso está sotoposto ao da sua tempestividade.

Se, contudo, oferecida for a respectiva peça fora daquele decêndio, havidos e tidos deverão ser como serôdios e, de conseqüente, subsistirá a penhora de seus bens, com a procedência do feito.

Na segunda hipótese, a sociedade é que toma a iniciativa de embargar a penhora dos bens particulares dos sócios. Esses embargos, quer venham rotulados de “embargos de terceiro” (art. 1.046), quer coloridos de embargos comuns (art. 736), serão sempre incabíveis, inadmissíveis, já porque não foram penhorados bens sociais, já porque a ação ajuizada não foi contra a sociedade, circunstâncias que retiram desta toda a legitimação passiva *ad causam*.

Quando isso ocorra, os executados, diretores, gerentes e responsáveis serão considerados revéis, julgada subsistente a penhora de seus bens e procedente a ação.

Supervisão Ministerial e Entidades Vinculadas no Moderno Direito Administrativo Brasileiro

JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR

"Alguns juristas encontram soluções para cada dificuldade, enquanto que outros encontram dificuldades para cada solução" (DENNING, Presidente da Corte de Apelação dos Estados Unidos da América).

I — INTRODUÇÃO

SUMÁRIO: 1. Os órgãos da administração indireta segundo os Decretos-Leis nºs 200/67 e 900/69. 2. A discussão suscitada pela exclusão das fundações da categoria de órgão da administração indireta. 3. A supervisão ministerial sobre as entidades vinculadas, entre as quais se incluem as fundações instituídas pelo poder público.

1. O Decreto-Lei nº 200, de 25-2-1967, introduziu no direito administrativo brasileiro, dentre outras inovações tendentes a racionalizar e a dar organicidade à administração pública federal, a figura da **entidade vinculada**, no âmbito da administração a que chamou de indireta (art. 4º).

Considerou entidades vinculadas as compreendidas na área de competência do Ministério na qual estiver enquadrada sua principal atividade. Estabeleceu três categorias de entidades vinculadas: autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista; a elas equiparou as fundações instituídas em virtude de lei federal; e sujeitou-as à supervisão do Ministro de Estado a que estivessem vinculadas, exercendo-se tal supervisão através da orientação, da coordenação e do controle de suas atividades (arts. 19 e 20).

O Decreto-Lei nº 900, de 29-9-1969, excluiu as fundações do rol de entidades da administração indireta, mantendo-as, contudo, na condição de entidades vinculadas, sob a supervisão ministerial competente (art. 3º).

Diante dessa exclusão, muitos entenderam que as fundações não estariam obrigadas a submeterem-se às normas de administração financeira, principalmente as referentes à licitação, previstas pelo Decreto-Lei nº 200/67. A posição das fundações passou a ser objeto de inacabada polêmica. De um lado, considera-se que são, a despeito do Decreto-Lei nº 900/69, órgãos da administração indireta, sujeitas, por conseguinte, às regras de fiscalização e controle válidas para autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista; de outro turno, admite-se que deva prevalecer a autonomia característica das fundações no direito civil, mercê da qual estariam alheias aos dispositivos destinados a tutelar os órgãos nomeadamente integrantes da administração pública indireta, nos termos do Decreto-Lei nº 900/69, e que são apenas as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

2. Os debates têm levantado argumentos relativos à natureza de direito público ou privado das fundações instituídas pelos governos federal e estaduais; à afetação de seu patrimônio para a consecução de trabalho de utilidade ou de interesse público; ao regime jurídico do vínculo empregatício de seus funcionários; à compulsoriedade ou não da prestação de suas contas aos tribunais especializados; à nomeação de seus diretores e presidentes por ato de autoridades públicas; à mecânica do registro de seus atos constitutivos; aos encargos e isenções de diversa índole que sobre elas incidem ou que as privilegiam.

Sob tais prismas, é deveras tormentosa a questão de saber se as fundações devem ou não se subordinar à legislação administrativa federal, no que tange ao controle e à fiscalização de seus atos e atividades, uma vez que são conflitantes as posições defendidas pelos publicistas, alguns reconhecendo serem tais fundações órgãos públicos, (1) outros negando até a possibilidade de existirem fundações dessa natureza. (2) Não há unanimidade sequer entre especialistas da mesma área; administrativistas em ambas as correntes, bem como civilistas radicalmente a favor de um ou de outro entendimento.

O fato é que a discussão atraiu, sobre as fundações, a atenção das autoridades incumbidas de fiscalizar as contas dos órgãos da administração pública. A edição do dia 6 de outubro de 1975 do **Jornal do Brasil** publicou pronunciamento do Ministro LUIZ OTAVIO GALLOTTI, do Tribunal de Contas da União, no sentido de que as fundações foram erigidas à "posição

(1) Nesse sentido, A. B. COTRIM NETO, CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, C. A. BANDEIRA DE MELO, JASON ALBERGARIA FILHO, JOÃO LYRA FILHO, JOSÉ CRETELLA JUNIOR, MIGUEL REALE, ORLANDO GOMES e SÉRGIO DE ANDREA FERREIRA

(2) Nesse sentido, ARMANDO OLIVEIRA MARINHO, GERVÁSIO LETTE, HELY LOPES MEIRELLES e THEMÍSTOCLES CAVALCANTI. Em posição intermediária, que pode ser resumida na proposição "instituídas em virtude de lei, tais fundações têm as virtualidades do serviço público, embora conservem as características de direito privado", figuram CAIO TÁCITO, GONÇALVES DE OLIVEIRA, GUIMARÃES MENEGALE e MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO.

de panacéia ou sortilégio capaz de sanear e conjurar, por si só, os males de cada setor do serviço público, fossem eles a ineficiência, o emperramento ou até a corrupção. Para o passe de mágica — prossegue o Ministro —, deixou-se de reunir, em substância, os requisitos essenciais ao conceito de fundações, criando-as ora vazias (sem patrimônio), ditadas pela finalidade de contornar disposições legais ou convalidar sua infração, ora munidas de atributos tais (como o poder de polícia e o de requisitar funcionários), que deixam à evidência o propósito de disfarçar, com roupagem de ocasião, um típico e verdadeiro departamento do serviço público”.

O pronunciamento do Ministro GALLOTTI bem reflete a preocupação ora dominante quando afirma que “o uso, como instrumento de descentralização, de fundações alimentadas, na totalidade ou quase, por recursos públicos, deixou à margem da tutela do Estado, sem os almejados resultados de eficiência e exação, inúmeras entidades que não tardaram a se revelar corpos estranhos, ainda sem completa diagnose, no âmbito da administração”. E lembra que entre as franquias e liberdades concedidas às fundações “está, por exemplo, a de que não são obrigadas a obedecer às normas de licitação existentes para a administração pública”, daí concluindo que as fundações tornaram-se “um instrumento de descentralização da atividade do Estado, a que se procedeu de modo empírico, geralmente no afã de evitar formalidades legais, contornar entraves burocráticos e suprimir controles”.

O mesmo jornal, na edição do dia 7 de outubro, publicou duas outras declarações de Ministros, ainda do Tribunal de Contas da União — MAURO RENAULT LEITE e VIDAL DA FONTOURA —, as quais, a par de solidarizarem-se com a manifestação do Ministro GALLOTTI, acrescentavam ser necessário estender às fundações as normas sobre administração financeira, “pois não se compreende que sejam dispensadas da licitação, instrumento de moralidade administrativa”.

3. Concentrado o fogo sobre as fundações — terreno em que, é inegável, cometeram-se erros técnico-jurídicos de toda sorte —, desviou-se o debate do que constitui o cerne da questão. Não se trata, propriamente, de saber se as fundações criadas pelo governo são entidades públicas ou privadas; de discutir se seu funcionalismo devesse reger-se pela Consolidação das Leis Trabalhistas ou pelo regime estatutário; se seria necessário tornar obrigatórias, por via de disposição legal expressa, a prestação de contas e a observância das normas de licitação. Para o efeito de saber-se se as fundações estão ou não obrigadas a cumprir a sistemática imposta pelo Decreto-Lei nº 200/67 e legislação posterior, o deslinde da questão resultará de exame de outra ordem. O que se deve analisar, em face do direito administrativo positivo vigente, é o elenco de obrigações e responsabilidades que demarca o relacionamento entre as entidades vinculadas — e estas, diz a lei, são, incontroversamente, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações — e os órgãos a que se vinculam, isto é, os Ministérios em cuja área de competência se enquadrem. Em outras palavras: se a medida da natureza e da extensão dessas obrigações e responsabilidades, diante do moderno direito administrativo brasileiro, é conse-

qüente com a supervisão ministerial inscrita na lei e que abrange toda entidade vinculada. Ou ainda: se a supervisão ministerial acarreta, para os Ministérios, o poder-dever de tutela administrativa sobre as entidades respectivamente vinculadas.

Se se evidenciar, com o apoio da melhor doutrina e por meio de exegese adequada da legislação pertinente, que a supervisão ministerial implica tutela administrativa sobre as entidades vinculadas, então, do ponto de vista do direito administrativo, a polêmica será despicienda, pois que os Ministros de Estado terão o poder-dever de exigir dessas entidades a observância rigorosa e o cumprimento estrito das normas previstas para o funcionamento da administração pública, no que for cabível a cada espécie do gênero **entidade vinculada**, seja autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação. Como a licitação — cita-se este aspecto do sistema porque nele parece residir a maior preocupação dos administradores — é palmar princípio de moralidade administrativa, segue-se que nenhuma entidade sob supervisão ministerial, vale dizer, sob tutela administrativa, poderá subtrair-se não apenas às regras e aos procedimentos contidos na licitação, porém a quaisquer outros preceituados pela sistemática administrativa decorrente do Decreto-Lei nº 200/67.

Todo o labor deste Estudo exaure-se, portanto, em descobrir o conteúdo propriamente jurídico-administrativo do Decreto-Lei nº 200/67, quanto às figuras da supervisão ministerial e da entidade vinculada. Diga-se que aí está, na verdade, o nascedouro de todos os desentendimentos e desavenças de interpretação quanto às disposições perfilhadas pelo Decreto-Lei nº 200/67. É que, tal como nas expressões **supervisão** e **vinculada**, a que não corresponde um **nomen juris** definido, todo o Decreto-Lei nº 200/67 porta-se como texto pautado pela técnica de administração, pretensamente transplantada para um diploma legal. São técnicas de administração transformadas em normas jurídicas, sem a necessária categorização jurídica. Daí tornarem-se compreensíveis para o jurista somente quando identificadas com institutos consolidados de direito administrativo.

Isto não retira do Decreto-Lei nº 200/67 o extraordinário mérito de haver lançado as primeiras bases para uma efetiva reforma de métodos e técnicas de trabalho na administração pública brasileira. Impõe, todavia, cautelas severas ao jurista e ao administrador, a fim de não falsearem os fins pretendidos pelo Decreto-Lei nº 200/67, pelo uso equívoco dos meios nele previstos, ainda que por meio de impropriedades jurídicas.

II — A NOVA SISTEMÁTICA ADMINISTRATIVA DECORRENTE DO DECRETO-LEI Nº 200/67

SUMÁRIO: 4. Premissa ética da reforma administrativa brasileira: moralidade administrativa. 5. Premissas operativas da reforma: racionalização e organicidade da administração pública federal. 6. **Princípios fundamentais** que informam as atividades

da administração pública federal: planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle.

4. O Decreto-Lei nº 200/67, após quase um decênio de sua edição, pode e deve ser visto como um marco ⁽³⁾ na evolução de nosso direito administrativo, pois que incorporou medidas e procedimentos compatíveis com as peculiaridades brasileiras. Tal, inclusive, foi a manifesta intenção com que foi decretado. Não é outro o sentido do que dispõe seu art. 145, ao estabelecer que:

“A Administração Federal será objeto de uma reforma de profundidade para ajustá-la às disposições do presente Decreto-Lei e, especialmente, às diretrizes e princípios fundamentais enunciados no título II...”

Idéia que se completa no parágrafo único do mesmo artigo:

“A aplicação do presente Decreto-Lei deverá objetivar, prioritariamente, a execução ordenada dos serviços da Administração Federal, segundo os princípios nela enunciados e com apoio na instrumentação básica adotada, não devendo haver solução de continuidade.”

Essa **reforma de profundidade** teria de assentar-se, como todo e qualquer sistema que almeja perenidade, em uma premissa ética de valor universal. Essa premissa, em direito administrativo sobretudo, só pode ser a da moralidade permeando todas as atividades da administração e os atos do administrador, de vez que estão em jogo os recursos e interesses públicos, ou seja, o bem-estar da coletividade.

Alguns autores têm preferido encaixar a moralidade como princípio de direito administrativo. ⁽⁴⁾ A colocação é aceitável, mas não é a mais adequada. Em verdade, a moralidade é da essência da administração pública. Não há administração pública — administração que se conduz e se autolimita em função do bem comum — à cuja base axiológica, como premissa ética essencial, não esteja a moral que subordina o administrador ao interesse público. A administração é nada mais nada menos do que parte do instrumental de que se utiliza o Estado para cumprir com sua finalidade — promover o bem comum —, equiparando-se as funções administrativas, ou executivas, às funções legislativas e judiciárias. A premissa de todas é a moralidade. Daí a impropriedade de situar-se a moralidade como mero princípio de direito administrativo. Em termos de Estado, de que a admi-

(3) No dizer do eminente Professor MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Catedrático de Direito Administrativo na Universidade Federal do Paraná, “Não se pode jamais, no Brasil, desmerecer a importância do Decreto-Lei n.º 200. Trata-se, a rigor, de uma tábua de regras imperativas, que envolve toda a Administração Federal, e com sérias implicações nas unidades federadas e Municípios. Ainda que passível de críticas, é o que temos de mais notável com respeito à dinâmica e ao funcionamento administrativo”. “Comentários à Reforma Administrativa Federal”, pág. XVIII. Ed. Saraiva, São Paulo, 1975.

(4) Veja-se, por exemplo, trabalho do ilustre Professor LUCIANO BENÉVOLO DE ANDRADE, da Universidade Católica do Paraná, que afirma: “O princípio da moralidade é tão relevante que se considera, com muita exatidão, corolário do princípio da legalidade, mas é posto em relevo por sua magnitude. Ignorar o primeiro é o mesmo que infringir o segundo. Vem implícito no art. 151, IV, da Constituição Federal” (“Curso Moderno de Direito Administrativo”, pág. 33, Ed. Saraiva, São Paulo, 1975).

nistração é meio e não fim, a moralidade estará sempre presente como premissa fundamental a informar a destinação dos recursos do Estado, postos a serviço do interesse coletivo.

Em notável e recente obra, o Professor OLIVEIRA FRANCO, um dos poucos a versar o tema em profundidade, tece judiciosas considerações acerca dessa relação Estado-Administração-Moralidade, acrescentando-lhe um quarto elemento — a lei. Vale a pena conhecer a tese, dada a singularidade da monografia no direito brasileiro:

“Não há dúvida, em qualquer análise de natureza filosófica, de que o Estado moderno é jurídico, o que quer dizer que todas as formas da sua atividade são dominadas pelo direito. Nenhum ato ou procedimento administrativo concreto pode ter lugar sem ser de harmonia com um preceito genérico previamente estabelecido. Não obstante a Administração conservar liberdade originária para avaliar da oportunidade e da conveniência da prática dos seus atos, a discricionariedade não violenta a lei na sua forma ou no seu conteúdo, pois essa faculdade não se extrema a ponto de permitir que a legalidade não seja respeitada em razão de posições públicas apenas circunstanciais.

.....

No entanto, como as normas de boa administração não obrigam juridicamente de maneira categórica, não é preciso que a lei expressamente diga como a norma deve ser aplicada no seu contexto, ou então como o preceito formal ou materialmente possa ser aceito na ordem jurídica. A relevância está no dever como medida do poder.

.....

Nesse ponto, onde a liberdade discricionária se extrema, há a considerar a legalidade no tempo e o que na lei se contém suscetível de entendimentos contraditórios. Resguarda-se, portanto, para a autoridade pública, uma função moral que é de igualdade, qualificação, exato sentido e alcance de equilíbrio social.

.....

Não se trata, portanto, apenas da validade do ato, formalizado como objetivamente legal. Mas de um problema de justiça levado a uma concepção de moralidade legal.”⁽⁵⁾

Torna-se irrecusável que, ao pretender uma **reforma de profundidade**, objetivando a **execução ordenada dos serviços de Administração Federal**, o Decreto-Lei nº 200/67 acolhe a premissa de revestir seus dispositivos desse elemento subjetivo, presente nos juízos que se façam das ações administrativas, e que acompanha todas as atividades da administração pública, que é a moralidade. Em consequência, já se pode desde logo assinalar que devem ser conformes à moralidade administrativa quaisquer atividades desenvolvidas por entidades de algum modo ligadas à prestação

(5) “O Controle da Moralidade Administrativa”, págs. 5-7. Ed. Saraiva, São Paulo, 1975.

de serviços de interesse coletivo, mormente aquelas declaradamente vinculadas a uma supervisão ministerial. É que, neste caso, põe-se em xeque a probidade do Estado-administrador, sendo inadmissível, por conseguinte, que tais entidades não se inscrevam no peculiar universo ético em que gravitam todos os órgãos que administram serviços públicos, não importando sua gênese ou natureza.

5. No plano operativo, isto é, quanto ao **modus operandi** da execução administrativa, o Decreto-Lei nº 200/67 adota duas outras premissas, visando a assegurar eficiência, presteza e uniformidade nas ações administrativas: racionalização e organicidade. É de seu Título II que dimanam as disposições que claramente denotam a presença dessas duas diretrizes fundamentais.

São regras que intentam dar organicidade à sistemática da administração federal as dos arts. 7º, 8º e 9º.

O art. 7º determina que:

“A ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional...”

O pleno entendimento do dispositivo requer um esclarecimento preliminar. É que o desenvolvimento e a segurança têm sido postos em tal relevo que se verifica a tendência de considerá-los como fins do Estado moderno. A concepção é falsa. O fim único do Estado, como projeção da sociedade politicamente organizada, é sempre o Bem Comum. (6) A consecução deste é que reclama o equacionamento das duas variáveis do sistema: o desenvolvimento e a segurança. Há que se entendê-las, portanto, como meios de o Estado atender ao bem comum. Promove-se o desenvolvimento e a segurança para viabilizar-se o bem-estar coletivo. Ordenem-se os conceitos: o fim do Estado é o bem-estar de sua população; os meios eficazes para gerar bem-estar correspondem aos níveis em que se promovam o desenvolvimento e a segurança; a administração mantida e gerenciada pelo Estado deve habilitar-se a prover tais meios; esse provimento pressupõe, necessariamente, racionalização e organicidade, a fim de que os planos e programas elaborados e executados pela administração atinjam todas as camadas da população de modo equânime, com o máximo de rentabilidade e o mínimo de custo.

O art. 7º é exemplo do pressuposto da organicidade porque estipula que o planejamento da ação governamental **empreenderá a elaboração e**

(6) Temos adotado como definição de Bem Comum a de JEAN DABIN, que permanece insuperada em sua essência: “Conjunto dos meios de aperfeiçoamento que a sociedade politicamente organizada tem por fim oferecer aos homens e que constitui patrimônio comum e reservado da generalidade: atmosfera de paz, de moralidade e de segurança, indispensável ao surto das atividades particulares e públicas; consolidação e proteção das instituições que mantêm e disciplinam o esforço do indivíduo, como a família e a corporação profissional; elaboração, em proveito de todos e de cada um de certos instrumentos de progresso que só a força coletiva é capaz de criar (vias de comunicação, estabelecimentos de ensino e de previdência); enfim, coordenação das atividades particulares e públicas tendo em vista a satisfação harmoniosa de todas as necessidades legítimas dos membros da comunidade” — “La Philosophie de l’Ordre Jurique Positive”, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929, pág. 160.

atualização de certos instrumentos básicos: plano geral de governo; programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; orçamento-programa anual; programação financeira de desembolso. É o todo orgânico e sistemático em que se deve inserir toda a atividade da administração.

Como garantir a simetria e a coerência das ações parciais dentro dessa globalidade, é algo a ser provido pela coordenação. (7) É o que prevê o art. 8º:

“As atividades da Administração Federal e, especialmente, a execução dos planos e programas de governo serão objeto de permanente coordenação.”

Eis outro dispositivo que almeja dar concretude à necessidade de serem orgânicas as atividades da administração. Deságua nas idéias de uniformidade e integração das ações administrativas, nos termos dos arts. 8º, §§ 1º e 3º, e 9º:

“Art. 8º —

§ 1º — A coordenação será exercida em **todos os níveis** da administração, mediante a atuação das chefias individuais, a realização sistemática de reuniões com a participação das chefias subordinadas, e a instituição e funcionamento de comissões de coordenação em **cada nível administrativo.**

§ 3º — Quando submetidos ao Presidente da República, os assuntos deverão ter sido previamente coordenados com todos os setores nele interessados, inclusive no que respeita aos aspectos administrativos pertinentes, através de consultas e entendimentos, de modo a sempre compreenderem soluções **integradas** e que se **harmonizem com a política geral e setorial do governo...**

Art. 9º — Os órgãos que operam na mesma área geográfica serão submetidos à coordenação como objetivo de assegurar a **programação e execução integrada** dos serviços federais.” (Os grifos são nossos.)

São regras que configuram a racionalização das ações administrativas, idealmente engendrada pelo Decreto-Lei nº 200/67, as contempladas em seus arts. 10, 11, 13 e 14.

“Art. 10 — A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(7) “... planejamento sem coordenação a nada conduz. Na coordenação estão os liames que levam ao comando administrativo. Não se trata de expressões vazias na programática constitucional. Conquanto no planejamento possa haver duvidosa exação no tocante à realidade conjuntural, na coordenação os elementos se fazem reais e vivos, imediatos e presentes, porque refletem estruturas básicas existentes... Coordenar, pois, não é aqui apenas uma palavra de dicionário, mas ação de controle diretivo das variadas e dispersas funções administrativas.” MÂNOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, “Comentários à Reforma Administrativa”, cit., pág. 72.

§ 1º — A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para o das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênios;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.”

A descentralização é, com efeito, o princípio mais fundamental de racionalização. (8) Significa que, na sistemática da administração pública brasileira, segundo o Decreto-Lei nº 200/67, a execução é tão local quanto possível. É preceito que se adapta à realidade nacional, onde cada região e cada Estado possuem peculiaridades que os singularizam. Pretender impor regras únicas e inflexíveis a todos os Estados é ignorar a diversidade regional que tipifica o País. De outro turno, a multiplicidade das questões que os governos têm a enfrentar, com técnica e ciência de variada especialização, igualmente aconselha a descentralização na execução dos planos e programas nacionais, setoriais e regionais, para o fim de racionalizar os serviços públicos, ou seja, fazê-los render o máximo em face das conjunturas a que se destinam.

Na classificação de J. CRETELLA JÚNIOR, a descentralização a que alude o Decreto-Lei nº 200/67 corresponde à **descentralização por colaboração**, conquanto a equivalência não seja perfeita. O mestre da Universidade de São Paulo define esse tipo de descentralização como o que se verifica “sempre que o Estado transfere a pessoas, físicas ou jurídicas, uma série de atribuições especiais, que ele próprio poderia desempenhar, mas em que encontra dificuldades pela progressiva complexidade da máquina administrativa”. (9) A imperfeição está em que o ilustre professor da USP admite, como meios para concretizar a **descentralização por colaboração**, apenas a delegação, a concessão e as autarquias, o que exclui os demais órgãos da administração indireta (sociedades de economia mista e empresas públicas) e as fundações enquanto entidades vinculadas. Ora, se a descentralização, como regra de conduta administrativa legalmente estatuída, visa a racionalizar as atividades da administração pública e busca, como vimos, dotar a administração de eficiência e presteza, não faz sentido que se eliminem as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações da lista de órgãos capazes de colaborar com o Estado sob os **princípios fundamentais** previstos no Decreto-Lei nº 200/67 (planejamento e controle, especialmente).

(8) “Ora, na prática de bem descentralizar está o segredo de toda eficiente Administração. A tendência, todavia, não assenta só num pressuposto jurídico, mas em pressupostos que são naturais e da natureza das coisas. O problema, antes de mais nada, é técnico e científico. Obedece à lei orgânica da divisão do trabalho administrativo. Todo o excesso de centralização leva ao estrangulamento das instituições.... A verdadeira sabedoria, num governo representativo de situações econômico-sociais, reside em saber distribuir funções, competências e responsabilidades. Inclusive delegar.” MANOEL OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *op. cit.*, pág. 73.

(9) “Tratado de Direito Administrativo”, vol. VII, pág. 112. Ed. Forense, 1970.

O art. 11 define a delegação de competência como instrumento de descentralização administrativa, "com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender". Fácil é perceber-se que o artigo explica-se a si mesmo e dá seu fundamento. Poder-se-ia falar em erro de técnica legislativa, de vez que, como se sabe, o dispositivo legal não deve ser justificativo, porém, e tão-somente, impositivo, declarativo ou enunciador, cabendo à exegese expor-lhe os fundamentos de fato e de direito. O Decreto-Lei nº 200/67 — abram-se parênteses — tende a ser explicativo em várias de suas disposições. Todavia, parece que, sem embargo da condenação da melhor técnica legislativa (e então teríamos de apontar inúmeros outros erros de técnica, como, por exemplo, o uso impróprio de adjetivos e advérbios), tal tendência se tem revelado conveniente. Isto porque, tratando-se de texto legal inovador, poderiam advir dúvidas e perplexidades — além das já devidas a outros equívocos do próprio Decreto-Lei nº 200/67 —, quando se transpusesse o texto para a prática administrativa. Uma vez, que, em termos de administração pública, a eficiência na execução é tão ou mais importante do que o embasamento teórico, melhor terá sido sacrificar a técnica legislativa em favor da máxima nitidez na fixação dos objetivos práticos a atingir.

Finalmente, configura-se a racionalização pelo que enunciam os arts. 13 e 14:

"Art. 13 — O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente:

a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado;

b) o controle, pelos órgãos de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares;

c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria.

Art. 14 — O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais, ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco." (Os grifos são nossos.)

Descentralização e delegação de competência sugerem controle. Notem-se os cuidados do Decreto-Lei nº 200/67 em dotar os arts. 13 e 14, concernentes ao controle, de significativa abrangência: "em todos os níveis e em todos os órgãos", "observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado", "controle da aplicação dos dinheiros públicos pelos órgãos próprios do sistema", "simplificação de controles puramente formais ou cujo custo seja superior ao risco". Como se pode

antever, tais dispositivos incidem sobre toda e qualquer entidade vinculada, competindo ao ministério supervisor exercer o controle neles referido.

6. Planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle constituem o que o Decreto-Lei nº 200/67 classifica de **princípios fundamentais** aos quais devem obediência as atividades da Administração Federal (art. 6º). Esses **princípios** contribuem para configurar as duas diretrizes essenciais da reforma administrativa brasileira e redundam, ademais, na criação de novas figuras em nosso direito administrativo, dentre as quais a entidade vinculada e a supervisão ministerial.

Ao examinarem-se esses **princípios**, ressaltam duas arguições. A primeira, quanto à correção do rótulo **princípios fundamentais**, a segunda, no que tange ao caráter obrigatório das leis administrativas. Resolvê-las importa ao presente estudo porque, de um lado, é preciso saber se o que o Decreto-Lei nº 200/67 chama de **princípios fundamentais** é norma obrigatória ou preceito programático; e porque, por via de conseqüência, é preciso saber se as normas estatuídas pelo Decreto-Lei nº 200/67 obrigam o administrador, ainda que fossem de índole programática.

A denominação **princípios fundamentais** é criticada por LUCIANO BENEVOLO DE ANDRADE, para quem “O erro do legislador é palmar. Os quatro primeiros — planejamento, coordenação, descentralização e delegação de competência —, a rigor, não passam de técnicas de administração, enquanto que o último — controle — é mero corolário do poder diretivo. Conquanto tais indicações, para os efeitos legais, tenham sido elevadas à categoria de princípios e os dispositivos que a eles se reportam possam parecer, por sua redação, normas imperativas, na verdade, ressaltando o controle, são apenas programáticas.” (10)

A crítica deve ser dividida em duas partes, que correspondem, respectivamente, aos dois aspectos acima mencionados. Na primeira parte — os **princípios** não são princípios e sim técnicas —, é razoável a crítica. Os princípios fundamentais são, na verdade; a organicidade e a racionalização das atividades administrativas. A implementação desses princípios essenciais à promoção do desenvolvimento e da segurança, e conducentes ao bem-estar coletivo, é que requer a adoção, pela administração pública, de certas técnicas: planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle. Entretanto, a crítica, nessa parte, é incompleta, pois que não se deu conta de que a delegação de competência é instrumento de descentralização, não constituindo técnica de vida própria; a idéia de delegar competência perde em substância se apartada da idéia de descentralização administrativa. Não deveria aparecer isolada, elevada à posição de técnica autônoma, porém no bojo da descentralização.

A segunda parte da crítica improcede. Hoje, não mais há dúvidas de que as leis administrativas têm caráter obrigatório na relação jurídica,

(10) Op. cit., pág. 32.

“porque são leis como as demais leis de direito comum, diplomas que subordinam o Estado, a Administração e os administrados”. (11) Nem se argumente com a inexistência de sanção para dar compulsoriedade às normas estabelecidas pelos arts. 6º a 14 do Decreto-Lei nº 200/67. É preciso entender sanção, no caso, como a capacidade de coagir o órgão da administração a conduzir-se em conformidade com o Decreto-Lei nº 200/67. E há numerosos exemplos de que essa coação tem sido exercida em ocasiões várias, principalmente na área econômica, onde financiamentos e recursos somente são concedidos ou alocados se a inversão obedecer aos ditames de projetos elaborados segundo técnicas de planejamento, e forem submetidos a mecanismos de desembolso e aplicação sob o controle dos órgãos centrais específicos, embora a execução possa ser descentralizada.

Tenha-se em mente que planejamento, coordenação, descentralização e controle são técnicas eleitas como regra de comportamento administrativo. Como toda norma de comportamento legalmente instituída, são técnicas cujo emprego é imperativo para quantos se encontrem sob a incidência da lei. Planejar, coordenar, descentralizar e controlar são regras de conduta administrativa a que está obrigado todo órgão sujeito ao Decreto-Lei nº 200/67 e à legislação posterior que lhe introduziu modificações.

Nesse sentido, assiste inteira razão a OLIVEIRA FRANCO, que sustenta, ao comentar o art. 6º do Decreto-Lei nº 200/67, a existência de “uma ordem necessária a ser atingida e respeitada, liberta de possíveis improvisações e sancionada pelo poder central. Cabe ao Estado (Administração Central) fixar as linhas mestras através das quais os entes haverão de atuar. Com isto não se atenta contra a independência ou a autonomia, pois tais conteúdos só procedem dentro e na execução dos lineamentos básicos”. (12)

Na organicidade e na racionalização dos serviços de interesse coletivo, executados ou promovidos pelo Estado — seja por sua Administração Direta ou Indireta —, parece possível divisar-se a presença do **coeficiente político** de que fala BURDEAU, no sentido de que, sendo o todo mais do que a simples soma das partes, o processo político será tanto mais viável e eficiente quanto mais integrado sistemicamente. (13) Não temos dúvida de que o escopo primordial da reforma administrativa é o de submeter todos os órgãos que lidem com o interesse público às mesmas regras de boa administração, integrando-os em um todo homogêneo, a que dão consistência as operações de planejamento, coordenação, descentralização e controle. Há descentralização de execução, contudo subsiste o controle como norma de eficiência e probidade, a qual faz convergirem para o centro de gravidade da administração (sistemicamente compreendida) — quer dizer, seu centro de equilíbrio e fonte das decisões de onde partem as linhas mestras do sistema — todas as atividades e funções que almejam atender ao interesse coletivo.

(11) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *op. cit.*, pág. XVII.

(12) *Op. cit.*, pág. 71.

(13) Veja-se GEORGES BURDEAU, “*Traité de Science Politique*”, Paris, 1949.

III — ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA, ENTIDADES VINCULADAS E SUPERVISÃO MINISTERIAL

SUMÁRIO: **7.** Estruturação conceitual dos órgãos da administração pública; bipartição em administração direta e indireta é o ponto de referência para a supervisão ministerial e as entidades vinculadas. **8.** Síntese conceitual das entidades vinculadas; discordância doutrinária; prevalência da definição legal. **9.** Supervisão ministerial: natureza e extensão; responsabilidade dos Ministros de Estado. **10.** Relação entre entidade vinculada e Ministério Supervisor; tutela administrativa; autonomia e controle coexistem.

7. Como conseqüência das premissas basilares alinhadas no capítulo precedente — a de caráter ético, que é a moralidade administrativa, alicerce de todas as demais; e as de caráter operativo, que são a organicidade e a racionalização das atividades e funções da administração —, novas figuras surgem no direito administrativo brasileiro. Este estudo interessa-se por três delas: a divisão da administração pública em direta e indireta, as entidades vinculadas e a supervisão ministerial. É a trilogia sobre que se assenta a estruturação conceitual dos órgãos da administração pública no Brasil, com marcantes repercussões técnico-administrativas e jurídicas.

Prescreve o art. 4º do Decreto-Lei nº 200/67:

“Art. 4º — A Administração Federal compreende:

I — a Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

II — a Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) autarquias;
- b) empresas públicas;
- c) sociedades de economia mista.

§ 1º — As entidades compreendidas na Administração Indireta consideram-se vinculadas ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.”

§ 2º — **Revogado pelo Decreto-Lei nº 900/69. Equiparava às empresas públicas as Fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participasse a União.**

O que se deve notar de plano, como sublinha OLIVEIRA FRANCO, é que a determinação do que seja conceitualmente Administração Federal tem a ver com a organização político-constitucional. Deve-se aceitar, decorrendo do art. 4º, “duas evidências que são inatas nos regimes federais: a) a da centralização, traduzindo hierarquia formal, contínua e permanente

dos serviços gerais integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios — é a **administração direta**; b) a da descentralização, quando da transferência de atividade administrativa ou do exercício dela para outras pessoas, que passam a receber faculdades, deveres e obrigações públicas — é a **administração indireta**". (14)

Na primeira esfera, encontrar-se-iam "todas as categorias de serviços executados diretamente pelos órgãos estatais, isto é, pelo conjunto dos organismos a que se acham afetos os serviços sob a responsabilidade do Estado". (15) Sem embargo da autoridade de seu eminente autor, a definição não mais atende à moderna colocação do Decreto-Lei nº 200/67. A defasagem reside na noção de responsabilidade do Estado. Em verdade, mesmo os serviços executados pelos órgãos da administração indireta podem comprometer, em sentido lato, a responsabilidade do Estado perante os administrados, de vez que todas as atividades da administração pública desenrolam-se, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo Decreto-Lei nº 200/67, sob algum tipo de controle estatal, como a supervisão ministerial, o que implica responsabilidade do Estado, ainda que mediata.

O que caracteriza a administração direta é o nível hierárquico do órgão que se desincumbe de suas atribuições, que se devem incluir em sua competência legal respectiva, também prevista pelo Decreto-Lei nº 200/67 (Título VI, arts. 32 a 67).

Encontrar-se-á ainda engano, **data venia**, na conceituação de CRETELLA JÚNIOR para administração indireta. Segundo ele, o posicionamento adotado pelo Decreto-Lei nº 200/67 resente-se de falha técnica e científica porque "confunde função estatal com atividade estatal". E explica que a primeira é desempenhada ou pelo Estado (administração direta) ou por entidades públicas criadas por lei, às quais o Estado transfere ou delega funções estatais, ou seja, tarefas que só ele, Estado, pode desempenhar. Diversamente, atividades estatais seriam "do mesmo tipo e natureza daquelas que poderiam exercer os particulares", daí serem realizadas por sociedades de economia mista e empresas públicas, que "são meios instrumentais do Estado e não implicam o exercício de funções estatais". (16)

A distinção entre função e atividade estatal é preciosismo que não mais encontra guarida no Estado contemporâneo, o qual agasalha a idéia de Bem-Estar Social, de origem inglesa já do final do século passado, (17) ou a de Estado Social de Direito, de inspiração alemã do pós-guerra. A preocupação com o social e a latitude do que sejam necessidades e reclamos sociais, aliada a considerações de fatores de produção e distribuição de renda, conduz o Estado de nossos dias a fazer suas, conforme conjunturas e realidades nacionais, atividades anteriormente preclusas à função estatal. É evidente que a assunção dessas atividades pelo Estado, gera obrigações

(14) Op. cit., pág. 65.

(15) THEMISTOCLES B. CAVALCANTI, "Tratado de Direito Administrativo", vol. I, pág. 70, 3.ª ed., 1956.

(16) "Dicionário de Direito Administrativo", págs. 12-13, Ed. José Bushatsky, S. Paulo, 1972.

(17) Veja-se, a propósito, T. H. MARSHALL, "Política Social", págs. 94 e segs., Ed. Zahar, Rio de Janeiro, 1967.

e responsabilidades públicas para os órgãos que as efetivem, as quais acabarão por repercutir na imagem que os administrados façam da administração, seja direta ou indireta. Não é por outra razão que o Estado amplia seu poder-dever de controlar, supervisionar, tutelar os órgãos que não se situem na órbita imediata da administração pública. Por outro lado, o imperativo da eficácia para solucionar problemas sócio-econômicos crescentemente complexos, obriga o Estado-administrador a exigir cautelas maiores na elaboração e execução de planos e programas de interesse para a coletividade. Daí impor, como norma legal de comportamento administrativo, o uso de técnicas de planejamento, coordenação, descentralização e controle, em todos os âmbitos, níveis e hierarquias.

A bifurcação da administração pública em direta e indireta é o estágio atual de longa evolução ocorrida no direito administrativo. Mesmo no Brasil pode-se vislumbrar o embrião dessas duas esferas de atuação do Estado, no interesse da coletividade. ANTONIO JOAQUIM RIBAS, no Império, ensinava, a seus alunos das Faculdades de Direito de São Paulo e do Recife, que:

“Lançando os olhos sobre o vasto e complicado mecanismo administrativo, facilmente se conhece que algumas de suas peças exercem ação de que depende essencialmente o movimento geral, e portanto são indispensáveis para que ele possa preencher o seu destino, enquanto outras somente têm por fim facilitar e coadjuvar a ação das peças essenciais, de modo que a sua existência não é indispensável para o movimento geral.

As funções, de que assim dependem a vida da administração e o preenchimento de sua missão, costumam denominar-se diretas, e mais exatamente se chamariam essenciais; aquelas que somente servem para facilitar o exercício destas, geralmente se denominam indiretas ou auxiliares, e também se poderiam qualificar de especiais.” (18)

Como se pode notar, a posição de mestre CRETELLA aproxima-se bem mais da de RIBAS, de 1861, do que daquela resultante das tendências seguidas pelo direito administrativo, na maioria dos Estados hodiernos.

Falar-se em entidades vinculadas e supervisão ministerial significa, nos termos de nosso Decreto-Lei nº 200/67, tomar por ponto de referência essa partilha das atividades e funções estatais em duas esferas de administração — direta e indireta. Nesta, há um terreno defeso à irrestrita liberdade de atuação das entidades vinculadas, e sempre jungido à supervisão estatal, a qual, como veremos, reproduz o clássico conceito de tutela administrativa, adaptado às contingências da moderna administração.

8. Em palestra que proferiu em 30 de agosto de 1975, no IV Curso de Especialização em Direito Administrativo, promovido pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, o Professor OLIVEIRA FRANCO discorreu

(18) “Direito Administrativo Brasileiro”, pág. 78. Obra premiada e aprovada pela Resolução Imperial de 9-2-1861, Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, 1968

sobre administração indireta com extrema objetividade. O temor de não lograr transplante adequado da exposição, em toda a sua clareza, torna preferível transcrever o excerto que interessa a este estudo, no sentido de afiançar que, perante a definição legal, posta em termos meridianamente inteligíveis, descabem discussões acadêmicas. Prelecionou o festejado administrativista paranaense:

“... existe uma profunda e real dependência vinculante entre a organização política, a constitucional e a administrativa. As normas constitucionais assentadas nos princípios políticos, e as normas administrativas integradas nos princípios constitucionais. Harmonizando-se, em um corpo só, o regime político, o regime constitucional e o regime administrativo.

Nas Constituições, não se compreende só a estruturação política, mas também toda a ordem normativa jurídico-administrativa. Não são elas, as cartas constitucionais, simplesmente leis maiores ou mais poderosas. Reúnem, sem dúvida, no que procuram dar sistema, o que na base mandamental se faz legal, o que no conteúdo dispositivo condiciona e vincula a atividade administrativa.

É das Constituições, por assim dizer, que a relação administrativa ou de administração adquire importância de relevo jurídico. Já que o direito subjetivo público nasce do exercício permitido do poder estatal, a relação que daí provém sensibiliza o Direito Administrativo, originando situações jurídicas, reconhecendo as pessoas administrativas e, o que é mais importante, determinando atividades e funções.

Impossível, portanto, pelo menos para nós, depois de considerarmos a organização constitucional administrativa, não admitirmos que o fato **organização administrativa** envolve o Direito Político e o Direito Constitucional, o Direito Administrativo e o Direito Processual, o Direito Penal e o próprio Direito Privado, não obstante a supremacia da Administração no tocante ao direito objetivo ou às leis e normas.

Contudo, tal supremacia não atenta contra os princípios gerais do direito, nem infringe o princípio da hierarquia normativa. Como as fontes legais **escritas** têm o caráter de primárias, sobretudo porque derivam do poder que legisla, nelas a Administração encontra o limite entre a atividade regrada e a atividade discricionária. Utilizando das técnicas predeterminadas, só assim o Estado se pronuncia legalmente.

Precisamente nesse ponto de convergência vamos encontrar o Decreto-Lei nº 200, impondo a descentralização sob o aspecto dinâmico e não estático, a descentralização aceita num sentido bastante amplo, mas processando-se através de manifestações tipificadas, ou seja, **indiretamente**, com a transferência de compe-

tência a certas pessoas administrativas, já anteriormente qualificadas por lei.

Não adianta, nem convence ao hermenêuta, que discutir se queiramos excelências do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Nem o que trouxe, depois, o Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969. Conforme o velho brocardo, melhor com eles do que sem eles. Sinceramente, analisando os citados diplomas, verifica-se que deles decorrem regras substanciais de organização e funcionamento administrativos, princípios regrados que servem ao direito, ao Estado e ao serviço público.

Integrado na mecânica de ordem e natureza constitucional, fixando as determinantes de uma estrutura organizacional para a nação, adotando pressupostos legais que, apesar de variáveis, mantêm os valores institucionais, é o Decreto-Lei nº 200 um **diploma-modelo** não somente para a federação brasileira, mas para outros regimes administrativos carentes de formulações positivas. Nas minhas buscas, não encontrei até agora nada que se pudesse assemejar a tão realística conjuntura.

Pois bem, analisado na sua peculiar problemática estrutural, dinâmico nos seus fundamentos básicos de procedimento, tratando de administração nos seus dois planos vitais, dando conteúdo constitucional e sistema de funcionamento de poderes e órgãos, trouxe para o Direito Administrativo, conceitual e histórico, disposições programáticas de incontestável importância jurídica, ou seja, de destaque quanto às possíveis atividades administrativas permitidas.

No Decreto-Lei nº 200 está o Estado politicamente organizado, a Administração devidamente formalizada, tudo isso através do que chama de **princípios fundamentais**, em apontamento racional e moderno do que se possa entender por planejar, coordenar, descentralizar, delegar ou controlar. Nada falta para que apareça como um instrumento de poder legal administrativo, atuando sem violentar direitos ou interesses.

Lamenta-se, tão-somente, depois do que estamos trazendo à colação, não caber no momento maior exame crítico do sistema adotado entre nós. Sistema que faz regime administrativo e serve ao regime político-constitucional. E lamenta-se porque, se estamos aqui, é para cumprir o compromisso de abordar parte do que contém o Decreto-Lei nº 200, isto é, o estudo da **administração indireta** e as possíveis implicações que tornem incertos conceitos determinados.

Uma premissa, porém, há de valer, e que é esta, no tocante ao tipo de organização administrativa: não foi sem razão que o legislador, quando tornou vigente o Decreto-Lei nº 200, separou e dis-

tinguiu a administração **direta** da administração **indireta**, focando a direta como aquela constituída dos serviços integrados na estrutura geral administrativa, e a indireta como aquela que compreende certas categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria na especialização.

No quadro da administração **indireta**, sem que se precise enfatizar, as nominadas categorias de entidades, a que chamamos de **pessoas administrativas**, receberam conceito positivo e batismo jurídico adequado, obedecem quanto ao fim a uma devida vinculação de dependência, instituem-se por força de características singulares ou criam-se por contingências opcionais de interesse e serviço público.

Casuisticamente, para exemplificar, em virtude de uma consciência formada pela história, aí temos as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, e as fundações instituídas ou **fundadas** pelo Estado. Cada uma dessas **pessoas**, como já vamos ver, não escapando de um conceito jurídico definido. Dentro de um propósito que é bom, bastante louvável, porque não permite, nem à própria Administração, tergiversar com verdades que são legais.

Sejamos explícitos, portanto, na evidência positiva, diante do que concretamente fala e diz a lei. E perguntemos a nós próprios, tendo e lendo a lei, o que é uma autarquia, o que é uma empresa pública, o que é uma sociedade de economia mista ou o que é uma fundação. A resposta, não aliciando posições de agrado doutrinário, nem especulações teoremáticas, só se pode buscar no que ficou sucintamente no **teor-conceito**, de maneira enxuta definida pelo legislador.

Uma **autarquia** assim é, verbo **ser**:

- um “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Empresa pública:

- uma “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”.

Sociedade de economia mista:

- “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade eco-

nômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da administração indireta”.

Fundação:

- entidade que, apesar de poder ser instituída pelo poder público, guarda os requisitos estabelecidos na legislação pertinente (artigos 24 e seguintes do Código Civil), submetida à supervisão tutelar ministerial (artigos 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200), pessoa pública quanto aos fins, privada quanto à personalização jurídica.

Panoramicamente, desde que aí está o Decreto-Lei nº 900, complementando o Decreto-Lei nº 200, ambos os diplomas fazendo regime jurídico-administrativo, as quatro entidades nomeadas, desde que instituídas em virtude de lei, passam de plano a integrar a Administração estatal. O que valem são as características que as singularizam, que as tornam distintas umas das outras, diferentes no serviço público que prestam.

Já portanto não existem motivos que justifiquem posições polemizantes. É sempre preferível ao hermeneuta, ante a clareza dos textos, não os desnaturar. Os institutos clássicos, quando chegam para explicar as instituições administrativas, merecem o respeito imposto pela realidade jurídica e pela verdade legal. Não existem compartimentos **estanques** no direito ou na ciência do direito.”

9. Disciplina a supervisão o Título IV do Decreto-Lei nº 200/67 (arts. 19 a 28). No Título IV está inscrito, ainda, o art. 29, o qual, entretanto, nada tem a ver com a matéria regulada no Título IV.

O art. 19 dispõe que:

“Todo e qualquer órgão da Administração Federal, Direta ou Indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.”

O Decreto-Lei nº 200/67 inovou a terminologia, criando a figura que chamou de supervisão, a qual, diz o art. 19, tanto pode ser exercida pelos Ministros de Estado quanto pelo Presidente da República, conforme o órgão supervisionado esteja vinculado a um Ministério ou à Presidência da República.

O conceito de supervisão está ligado ao de controle. BENÉVOLO DE ANDRADE frisa, acertadamente, que:

“Na órbita interna, o controle representa um consectário do comando. É preciso verificar se o praticado se ajusta ao ordenado. Consiste, pois, o controle no acompanhamento da ação administrativa para comprovar se ela se desenvolve segundo o modo esta-

belecido e de acordo com os objetivos visados. O controle tem por fundamento a necessidade vital de manter a normalidade da organização. Seu suporte jurídico é conferir proteção aos administrados.” (19)

O mesmo publicista ensina que, conforme a titularidade, existem dois tipos de controle: o interior, que pertence com exclusividade à administração, e o exterior, que a administração sofre de fora.

O controle interior pode ser cêntrico, conhecido sob a denominação de autocontrole, processando-se pelas vias dispostas pela própria estrutura organizacional da administração. São os graus e níveis hierárquicos da administração que, em escala ascendente e sucessiva, revêem e fiscalizam os atos administrativos dos escalões inferiores.

O controle interior também pode ser excêntrico, e então recebe o nome de tutela administrativa. Há o sujeito ativo, o Estado, representado, na hipótese brasileira, pela administração direta; o sujeito passivo, representado pelas pessoas jurídicas que exercem funções ou atividades públicas; as atividades tutelares, que são as providências que o sujeito ativo pode tomar relativamente ao sujeito passivo; e o texto legal, que designa a autoridade detentora da tutela, bem assim os casos, limites e procedimentos de sua competência, quanto ao exercício da tutela. É a típica situação caracterizada pela supervisão ministerial.

A supervisão ministerial, tal como regulada pelo Decreto-Lei nº 200/67, é poder-dever jurídico-administrativo conferido e imposto aos Ministros de Estado. Seu descumprimento, assinala OLIVEIRA FRANCO, significa inexecução “no cumprimento de tarefas públicas”. (20) É que o Ministro, quando supervisiona, passa a ser um fiscal da legalidade e da moralidade nas atividades dos órgãos sob sua supervisão. A ênfase de OLIVEIRA FRANCO não é exagerada, quando assevera ser esta “uma forma de controle ligada a questões de conveniência ou de oportunidade administrativa, vinculada, nas áreas de gestão, à prática dos procedimentos regulares. Do contrário, supervisão seria apenas uma palavra sem conteúdo na lei. O que se quer, pela supervisão, é que a correção dos meios corresponda à honestidade dos fins”. (21) Daí concluir, de maneira irreparável, que:

“As faculdades técnicas, os critérios de oportunidade ou de conveniência, as normas legais programadas, de que use ou deixe de usar o agente administrador delegado, podem escapar ao exame do Judiciário, mas não escapam, na supervisão, à responsabilidade do Ministro. Transfere-se, destarte, a responsabilidade a quem praticou o ato de delegação. Responde aquele Ministro pela inobservância dos deveres gerais afetos ao seu cargo. Internamente, pode-se imputar o agente, mas externamente a responsabilidade envolve autoridade a quem a lei conferiu o poder de delegar.” (22)

(19) Op. cit., pág. 185.

(20) Op. cit., pág. 104.

(21) idem, ibidem.

(22) idem, pág. 105.

É a única interpretação que a exegese do art. 20 autoriza. Dispõe ele que:

“Art. 20 — O Ministro de Estado é responsável, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração Federal enquadrados em sua área de competência.

Parágrafo único — A supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos deste Decreto-Lei.”

Sobejam razões objetivas, portanto, para deduzir-se que na supervisão ministerial prevalecem: “a) uma relação de direito vinculada a uma certa atividade; b) uma vontade em execução que não escapa ao direito. Vale a supervisão porque o poder legal não pode ser licitamente usado fora da intenção administrativa”.⁽²³⁾ E esta intenção tem como premissas necessárias a moralidade, a organicidade e a racionalização nos serviços de interesse público; e como regras de comportamento administrativo, legalmente impostas, as técnicas de planejamento, coordenação, descentralização e controle. Em outras palavras, é esse conjunto de premissas e regras o objeto da supervisão. Quer dizer: não é a função que está ao dispor do Ministro e sim este que a deve servir.

Derivando a supervisão do poder diretivo e consistindo no poder-dever de controlar a regularidade da ação administrativa, parece inevitável a ilação de que toda a autoridade controladora detém capacidade supervisora, o que pode ser projetado para os níveis estaduais e municipais.

10. Viu-se que o controle interior excêntrico configura o que a doutrina define como tutela administrativa, criação centenária do direito administrativo francês. Aprofundemos a conotação, com a finalidade de examinar as relações existentes entre entidades vinculadas e supervisão ministerial, à luz do Decreto-Lei nº 200/67.

Os traços típicos da tutela administrativa — sujeitos ativo e passivo, atividades tutelares e texto legal⁽²⁴⁾ — estão desenganadamente presentes no Decreto-Lei nº 200/67, de modo a caracterizar a situação jurídica das entidades vinculadas, em face do ministério supervisor, como a de órgãos administrativamente tutelados.

O Estado é o sujeito ativo da tutela porque a ele compete o controle das atividades realizadas com vistas ao interesse público. No caso, é o Estado representado pelos Ministérios aos quais a lei dita o poder-dever de orientar, coordenar e controlar as atividades dos órgãos que lhes forem vinculados (art. 20, parágrafo único).

O sujeito passivo são as entidades vinculadas. Não são sujeitos passivos, não tipificando, pois, o instituto da tutela administrativa, os órgãos subordinados, uma vez que o controle sobre estes é interior, cêntrico, através das linhas hierárquicas da própria estrutura organizacional dos Ministérios.

(23) *Idem, ibidem.*

(24) Veja-se o “Dicionário de Direito Administrativo”, cit., págs. 331-338.

Tanto assim é que a supervisão é dicotômica: refere-se aos órgãos subordinados (controle interior cêntrico) e aos vinculados (controle interior ex-cêntrico). A distinção mostra-se necessária porque "obviamente, a supervisão se não exerce com a mesma intensidade, propósitos e objetivos, tanto que regulada em artigos distintos: a primeira, no 25; e a segunda, no 26". (25)

As atividades tutelares explicitam-se, genericamente, nos arts. 21 a 23, e, especificamente, no art. 26.

Estabelece o art. 21 que o Ministro de Estado exercerá a supervisão com apoio em órgãos centrais. São eles uma Secretaria-Geral e uma Inspeção-Geral de Finanças, existentes na estrutura de cada Ministério (arts. 22 e 23).

O art. 26, parágrafo único, enumera as medidas que cabem à supervisão tomar, com relação aos órgãos da administração indireta e às fundações (estas, por força do Decreto-Lei nº 900/69, art. 3º):

- a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se for o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;
- b) designação, pelo Ministro, dos representantes do Governo Federal nas assembleias-gerais e órgãos de administração ou controle da entidade;
- c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;
- d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;
- e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas assembleias e órgãos de administração ou controle;
- f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;
- g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;
- h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;
- i) intervenção, por motivo de interesse público."

A tutela administrativa jamais se presume, devendo existir texto legal que a estabeleça, ao mesmo tempo em que assinala, de maneira clara e precisa, os limites exatos da fiscalização tutelar. É o que encontramos, sob

(25) ROMEU DE ALMEIDA RAMOS, Parecer I-242, de 19-09-1973, do Consultor-Geral da República, aprovado pelo Presidente da República em 16-10-73, e publicado no DO de 19-10-73, fls. 10.541; in "Pareceres da Consultoria-Geral da República", vol. 83, págs. 108-111, Departamento de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1975.

o rótulo de supervisão, nos já mencionados arts. 21 a 23 e 26, bem como no art. 25, que fixa os objetivos da supervisão ministerial:

- I — assegurar a observância da legislação federal;
- II — promover a execução dos programas do Governo;
- III — fazer observar os princípios fundamentais enunciados no Título II;
- IV — coordenar as atividades dos órgãos supervisionados e harmonizar sua atuação com a dos demais Ministérios;
- V — avaliar o comportamento administrativo dos órgãos supervisionados e diligenciar no sentido de que estejam confiados a dirigentes capacitados;
- VI — proteger a administração dos órgãos supervisionados contra interferências e pressões ilegítimas;
- VII — fortalecer o sistema do mérito;
- VIII — fiscalizar a aplicação e utilização de dinheiros, valores e bens públicos;
- IX — acompanhar os custos globais dos programas setoriais do Governo, a fim de alcançar uma prestação econômica de serviços;
- X — fornecer ao órgão próprio do Ministério da Fazenda os elementos necessários à prestação de contas do exercício financeiro;
- XI — transmitir ao Tribunal de Contas, sem prejuízo da fiscalização deste, informes relativos à administração financeira e patrimonial dos órgãos do Ministério.”

A definição dada à tutela administrativa pela escola administrativa francesa, na qual pontificam WALINE, LAUBADÈRE e RIVERO, sintetiza magnificamente o instituto e não deixa dúvida quanto à identidade substancial entre ele e a supervisão, adotada pelo Decreto-Lei número 200/67 com a mesma finalidade de controle. De MARCEL WALINE: “o conjunto de fiscalização que se exerce sobre uma pessoa administrativa descentralizada ou também, excepcionalmente, sobre uma pessoa de direito privado”; de ANDRÉ LAUBADÈRE: “a fiscalização exercida pelo poder central sobre as autoridades descentralizadas”; de JEAN RIVERO: “a fiscalização exercida pelo Estado sobre um órgão descentralizado, nos limites fixados pela lei.”⁽²⁶⁾ Dentre administrativistas de nomeada mais recentes, deve-se citar a esplêndida definição do professor português MARCELO CAETANO, que emoldura perfeitamente a experiência brasileira, a partir do Decreto-Lei nº 200/67: “o poder conferido ao órgão de uma pessoa coletiva de intervir na gestão de outra pessoa coletiva autônoma, autorizando ou aprovando os seus atos, suprindo a omissão de seus deveres legais ou fiscalizando os seus serviços, no intuito de coordenar os interesses próprios

(26) Respectivamente, in “Droit Administratif”, 9.ª ed., 1963, pág. 423; “Traité élémentaire de droit administratif”, 3.ª ed., 1963, vol. I, pág. 90; “Droit administratif”, 3.ª ed., 1965, pág. 283.

da tutelada como os interesses mais amplos representados pelo órgão tutelar". (27)

Resta esclarecer importante questão quanto à autonomia das entidades vinculadas, com o fim de não as confundir com os órgãos subordinados, os quais, como vimos, estão submetidos a outro tipo de controle, que não o da tutela administrativa. A questão vem a pelo em razão do próprio Decreto-Lei nº 200/67, que, em seu art. 26, IV, ressalva que a supervisão ministerial, no que concerne à administração indireta, assegurará a **autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade**...

Neste caso, a lição de CRETELLA é irrepreensível, desde que se entenda a expressão **pessoas públicas administrativas** de maneira a abranger todas as entidades vinculadas, nos termos da lei brasileira vigente:

"O objetivo da tutela administrativa é fazer com que as pessoas públicas administrativas respeitem a legalidade e a oportunidade, praticando atos de acordo com o que preceituam os textos legais, em consonância com o que se exige do bom administrador. Pelo exposto, conclui-se que a tutela administrativa é, em essência, um tipo de fiscalização especial dos sistemas descentralizados...

Nos limites de sua competência, as entidades de descentralização são livres; exercem os poderes que lhes são deferidos, norteados por finalidade pública; não podem exorbitar praticando atos ilegais, inoportunos ou inconvenientes. Perseguindo fins públicos delineados no texto de lei, os entes públicos descentralizados ficam à mercê dos processos tutelares. Se estes não existissem, a descentralização por serviço implantaria desordem administrativa. Se a fiscalização, por outro lado, exorbitar, atinge a autonomia do ente tutelado, transformando-o num juguete do Poder Central, negando a razão de ser do próprio instituto descongestionador; daí o impor-se o limite ou restrição à tutela. Entre outros, os limites concretos ao exercício da tutela administrativa são o texto legal, as formalidades, o fim visado e os motivos determinantes." (28)

Assim também entendeu ROMEO DE ALMEIDA RAMOS, o qual realçou o aspecto da autonomia nos seguintes termos:

"Resumindo, pois, temos que a supervisão... envolve medidas de controle posterior (Decreto-Lei nº 200, art. 26, parágrafo único, letras c, e, h) e de aprovação antecipada (letras d, f, g)...

Nem se diga que tal aprovação prévia comprometeria a autonomia administrativa assegurada por lei aos órgãos vinculados de que se trata, dado que ela decorre da própria supervisão que também a lei estabeleceu devesse ser exercida pelo *Ministro de Estado* no que tange às entidades da respectiva área de competência. É que a autonomia dessas entidades sofre as limitações necessárias à

(27) "Manual de Direito Administrativo", pág. 170, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1970.

(28) Dicionário cit., págs. 334-335.

supervisão prevista, sem as quais esta se tornaria inócua, aí, sim, comprometendo a sistemática adotada pela Reforma Administrativa.”⁽²⁹⁾

Onde o então Consultor-Geral da República parece exagerar sua interpretação é na extensão que confere a essa **aprovação antecipada**, pois que a considera cabível, inclusive quanto a convênios, acordos, ajustes ou contratos “de cuja vigência resultem compromissos para entidades sujeitas à supervisão”. Ora, se a sistemática objetivada pela Reforma Administrativa, reconhece o mesmo parecerista, deve ser preservada, então pretender que as entidades da administração indireta submetam ao Ministério Supervisor todos os atos administrativos internos de que resultem compromissos, é o mesmo que levar o Ministério Supervisor a discutir o mérito de cada um desses atos, ou seja, a administrar, ele mesmo, a entidade vinculada. Sabendo-se que toda discussão de mérito importa consulta a órgão de assessoria do Ministério, segue-se que *todo o trabalho seria duplicado: a par da análise técnica dos órgãos próprios da entidade vinculada, haveria o exame dos órgãos competentes do Ministério Supervisor*. E as decisões se procrastinariam de parecer em parecer, até que não mais fossem oportunas, convenientes ou adequadas. Isto é ir contra a sistemática da Reforma Administrativa. A presunção é de que a entidade vinculada possui condições técnicas para conduzir os assuntos afetos ao seu campo de trabalho, sendo este de tal natureza que exigiu fosse sua execução descentralizada e confiada à entidade especialmente instituída para esse fim. Não faz sentido, portanto, confundir-se supervisão com execução subordinada ou condicionada.

Dá ser mais adequada a observação de que se, por um lado, a autonomia concedida às entidades vinculadas não subtrai ao Estado o poder de mantê-las rigorosamente fiéis a seus objetivos, nos limites traçados pela lei, nem por isso, de outro turno, esse poder deve sufocá-las sob os entraves de uma falsa autonomia. Argumenta muito bem BENÉVOLO DE ANDRADE que “a capacidade de autogestão não significa plena independência, nem as desvincula da autoridade do Estado, que tem de zelar pela regularidade do serviço. Assinalam PAUL DUEZ e GUY DEBEYÈRE que a tutela administrativa corresponde a um **temperamento da autonomia de gestão**”⁽³⁰⁾ (nosso o grifo).

Também OLIVEIRA FRANCO identifica, na vinculação, dependência e tutela, e entrevê o limite da intervenção tutelar na autonomia da entidade vinculada:

“Quanto à vinculação, prevista na lei, é de sistema jurídico. Impõe duas situações relacionais objetivas: **a)** uma, de dependência que diga com o fim maior, isto é, com a principal atividade; **b)** outro, de tutela, de fiscalização ou controle na forma que a lei criadora determinar. Não basta a escolha do regime jurídico para as entidades descentralizadas. O serviço público, além de um processo

(29) Parecer cit., pág. 111.

(30) Op. cit., pág. 188.

técnico, é um processo jurídico, subordinado a normas que presidem o seu desempenho e que *a priori* devem qualificar taxativamente até onde vai a intervenção tutelar." (31)

IV — A FUNDAÇÃO COMO ENTIDADE VINCULADA

SUMARIO: 11. O que importa esclarecer para o fim de saber se as fundações estão sujeitas à tutela administrativa; a exclusão das fundações da categoria de órgãos da administração indireta; a condição de entidades vinculadas e a fiscalização de suas atividades em face do Código Civil. 12. Um caso concreto de fundação vinculada que segue os mandamentos dos Decretos-Leis nºs 200/67 e 900/69: Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor.

11. Publicada, em 1973, a tese com que o Professor SÉRGIO DE ANDREA FERREIRA obteve a livre docência de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da então Universidade do Estado da Guanabara, poucas questões permaneceram inabordadas em torno das fundações instituídas pelo Estado. O ilustre professor dissecou, com abundante informação doutrinária de publicistas brasileiros e estrangeiros, quase todos os aspectos que envolvem a matéria, incluindo os debates que, no Brasil, dividem os mais conspícuos autores em posições conflitantes e, ao que parece, irredutíveis, indo desde a consideração de que tais fundações são verdadeiras autarquias, até a dos que esposam a tese de que elas, pelo fato de serem criadas pelo poder público, nem assim perdem a natureza de entidades de direito privado. E passando pelos que adotam fórmulas intermediárias, porém intransigentes para com aqueles dois extremos. Sem falar na controvérsia reinante quanto à definição de entidades paraestatais.

Logo, examinar nuances da polêmica é ver o já visto (32) e em nada contribuir para o desate das questões remanescentes. Por isso, tratar-se-á, neste capítulo, das fundações, enquanto entidades vinculadas à supervisão ministerial, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei nº 900/69, e disposições correlatas do Decreto-Lei nº 200/67. É o que move este estudo e se apresenta como aspecto ainda pouco versado em nosso direito administrativo. A partir desse enfoque, duas são as questões a que se responderá: a) razões pelas quais se excluíram as fundações da categoria de órgão da administração indireta; b) se a exclusão inibe a tutela administrativa, principalmente em face das normas do Código Civil, sobre a fiscalização das atividades das fundações.

Tais questões vêm de ter lapidar desvendamento em recente parecer do Consultor-Geral da República LUIZ RAFAEL MAYER. Reveste-se de re-

(31) Op. cit., pág. 65.

(32) Ao que se pôde colher, há nove monografias de autores brasileiros especificamente sobre fundações, além de estudos contidos em tratados, manuais e compêndios de direito administrativo, sem contar artigos publicados em revistas especializadas. Levantamento bibliográfico realizado nas bibliotecas de Brasília, pela bibliotecária Inácia Jatobá Ramos, da Divisão de Documentação do Ministério da Justiça, relacionou 106 trabalhos publicados no Brasil, sobre entidades paraestatais, administração indireta e entidades vinculadas — autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações.

levantíssima significação porque fixa, com inteira clarividência, o entendimento do Governo Federal sobre a situação e a natureza jurídica em que se encontram as fundações criadas pelo poder público. É imprescindível transcrever o trecho do Parecer, no que concerne ao tema sob exame:

“Equiparadas às empresas públicas, na redação primitiva do Decreto-Lei nº 200/67 (artigo 4º, § 2º), as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público integravam, expressa e formalmente, a categoria dos órgãos da administração indireta, incorrendo dúvida quanto a enfileirá-las ao lado dos demais, igualmente discriminados.

Com o advento do Decreto-Lei nº 900/69, as fundações instituídas em lei federal deixaram de figurar no elenco das entidades da Administração Indireta, constante do Decreto-Lei nº 200/67, mas se lhes impôs, quando recebiam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, o mesmo tipo de controle e tutela, consoante as normas de supervisão ministerial de que tratam os artigos 19 e 26 do mesmo Decreto-Lei nº 200, sendo destinatárias as mesmas entidades da Administração Indireta. Ora, essa modificação não atinge a substância, a natureza e a dependência administrativa das fundações, tendo, na verdade, um aspecto meramente formal, sem profundas implicações.

O ilustre Autor, acima invocado — refere-se a C. A. BANDEIRA DE MELO, “Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta” —, demonstra, exaustivamente, como a modificação introduzida pelo Decreto-Lei nº 900/69 deixou as fundações em regime igual ao das demais pessoas de direito privado categorizáveis como administração indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista), não vislumbrando no traço diferencial da nova lei outra repercussão de realce, e talvez outro intento, senão o de eximir as fundações da norma sobre acumulação de cargos, a que estavam adstritas por força da anterior equiparação às empresas públicas, consoante a jurisprudência administrativa que se fez então valer (Cfr. ob. cit., págs. 167-170).

Disse o Parecer L-057, de 4-3-1975, desta Consultoria-Geral:

“Vale acentuar, no entanto, que o objetivo, formalmente alcançado, de desvinculação das fundações das categorias da Administração Indireta, era, de certo modo, infirmado, sob o aspecto substancial, pela ressalva, constante da mesma Lei, de submissão desses entes à mesma supervisão ministerial endereçada às entidades compreendidas na Administração Indireta, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sujeitando-os aos mesmos procedimentos de controle administrativo (artigo 3º do Decreto-Lei nº 900/69 c/c artigos 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200/67).

Isto posto, é de ver que a posição das fundações instituídas pelo poder público, consideradas ainda as suas leis institucionais e os fins que lhe são ordinariamente atribuídos, não as faz estranhas ao complexo administrativo e, se não formalmente, materialmente corresponde-lhes a qualificação de órgãos da administração indireta.”

Em confirmando a posição das fundações, no contexto da Administração Pública, a recentíssima Lei nº 6.223, de 14 de julho de 1975, submeteu à fiscalização financeira do Tribunal de Contas as fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público.” (33)

No que tange ao controle das atividades das fundações, recorra-se ao magnífico trabalho de SÉRGIO DE ANDREA FERREIRA, o qual, por sinal, conjugou-se perfeitamente com o Parecer da Consultoria-Geral da República:

“Como é sabido, o art. 26 e respectivos parágrafos — além do art. 30... e dos arts. 27 e 28... do Código Civil... atribuem ao Ministério Público local papel de relevo no que concerne à fiscalização das fundações privadas.

Diz o citado art. 26 que “velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde são situadas”. Os respectivos §§ 1º e 2º estabelecem: “Se estenderem a atividade a mais de um Estado, caberá, em cada um deles, ao Ministério Público esse encargo; aplica-se ao Distrito Federal e aos Territórios não constituídos em Estados, o aqui disposto quanto a estes”.

Alguns diplomas referentes a fundações privadas instituídas pelo Poder Público têm-se expressamente referido à atuação fiscalizadora do Ministério Público com relação às entidades sobre as quais dispõem.

Trata-se, no entanto, de extensão anormal das funções do citado organismo, a qual só cabe diante da disposição expressa. Com efeito, no tocante às fundações paraestatais, o entendimento que sempre nos pareceu correto foi o de não caber ao Ministério Público, local ou federal, fiscalizá-las.

Fazem parte tais entidades da Administração Indireta e, como pessoas administrativas, estão em situação completamente diversa das fundações instituídas por particulares.

O controle exercido pelo Poder Público sobre as entidades paraestatais não se calca na relação Estado-Administrado, mas na Administração Direta-Administração Indireta, de criador-criatura, na base da tutela administrativa...

.....

(33) Parecer n.º L-073, de 29-7-1975, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 01-9-1975, e publicado no Diário Oficial da União de 1-10-75.

A fiscalização, pelo Ministério Público, das fundações paraestatais, é desnecessária e inconveniente, uma vez que a tutela administrativa dá ao Ministério ou à Secretaria poderes ainda mais amplos do que aqueles que o **Parquet** possui, quando vela pelas fundações.”
(34)

Dessa colocação dissente ARMANDO DE OLIVEIRA MARINHO, para quem:

“A supervisão não se confunde com a fiscalização do Ministério Público. Esta é de muito mais longo alcance. Não é o Ministério Público fiscal da aplicação e da execução das leis no interesse inclusive do Estado?

Quando muito haverá uma participação mais discreta no processo de constituição e extinção dessas fundações. Nunca, porém, deixará de haver participação na fiscalização de suas atividades, da probidade de seus dirigentes, da gestão dos seus negócios, da sua viabilidade existencial e do atingimento de suas finalidades. As fundações vinculam-se, e não se subordinam ao Poder Executivo dentro da área de sua especialidade.” (35)

A opinião, embora respeitável, não resiste à análise que leve em conta o espírito e a letra do Decreto-Lei nº 200/67, como documento básico da reforma administrativa e criador de figuras novas em nosso direito administrativo. A supervisão ministerial suplanta, em efetividade e em objetivos, a fiscalização do Ministério Público. Esta, a rigor, surge quando da constituição ou extinção das fundações, ou quando provocada por denúncia ou representação. Isto porque os objetivos da fundação privada dizem respeito a interesses estritos. Ainda quando detentora do título de utilidade pública o atendimento social que proporcionam suas atividades beneficia a clientela para a qual foi especificamente criada, e só ela.

A supervisão ministerial — depreende-se pela simples leitura dos arts. 21 a 23 e 26 do Decreto-Lei nº 200/67 — acompanha a rotina administrativa das fundações vinculadas, tendo em vista o interesse coletivo a que deve atender o desempenho de suas atividades-fins.

O conflito de competências para exercer o controle é aparente. É princípio de hermenêutica incontestado que, na hipótese de colidência entre duas leis vigendo sobre a mesma matéria, prevalece a que for específica sobre essa matéria. Ora, a fiscalização do Ministério Público é provisão legal genérica; a supervisão ministerial é específica para assegurar racionalização e organicidade à execução das atividades e funções de interesse público,

(34) “As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Estado”, págs. 101-104, Ed. Rio, Rio de Janeiro. 1973.

(35) “O Ministério Público como órgão fiscalizador das Fundações”, in “Revista de Direito Administrativo”, vol. 114, out./dez. 1973, págs. 46-47. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

através do planejamento, da coordenação, da descentralização e do controle. E mais: a sistemática administrativa do Decreto-Lei nº 200/67 impõe a vinculação segundo especialização em áreas de atuação. Por conseguinte, há maior eficácia na supervisão de fundações técnicas, realizada por Ministérios tecnicamente habilitados na matéria objeto da supervisão, do que a que existe na fiscalização de promotores ou procuradores de justiça sobre matérias as mais diversificadas. Esta é fiscalização formal, ocasional; aquela é supervisão diuturna, de substância. E é isto que interessa ao Estado assegurar, quando se trata de serviço de interesse público. Logo, o grau de efetividade está na relação inversa daquela afirmada por OLIVEIRA MARINHO: do ponto de vista do interesse público, a supervisão ministerial possui alcance mais longo do que a fiscalização do Ministério Público.

A supervisão ganha significação ainda maior quando se sabe que as fundações vinculadas recebem a maior parte de seus recursos dos cofres públicos, o que somente por exceção acontece com fundações privadas. E, afinal, é elementar regra de racionalização — esta, recorde-se, é premissa axial da reforma administrativa brasileira — evitar-se duplicidade de ações. Se a supervisão é específica, mais ampla e efetiva do que a fiscalização, não há sentido em manter-se esta, que perde função e objeto em relação às fundações vinculadas. Aliás, os mais ilustres comentadores de nosso Código Civil advertiam que “se a fundação for instituída pelo Governo Federal, é bem de ver que não pode a sua inspeção ser entregue às autoridades estaduais”, clamando pela urgência com que o Legislativo, quanto ao art. 26 do Código, deveria acelerar sua regulamentação, “a fim de se tornar efetiva a fiscalização, de cuja falta tanto se ressentia o funcionamento regular das fundações, estabelecendo-se a forma por que as autoridades não de exercer as respectivas atribuições”.⁽³⁶⁾ É o reconhecimento da precariedade da fiscalização atribuída ao Ministério Público, quando se trata de fundação criada pelo poder público.

12. As idéias expostas até aqui não são abstrações ou exercícios intelectuais. Pode-se comprová-las mediante o exame da atuação de fundações instituídas em virtude de lei federal, revestidas da “autonomia administrativa, operacional e financeira” a que alude o art. 26, IV, do Decreto-Lei nº 200/67, e nem por isso esquivas das obrigações e responsabilidades inerentes aos órgãos que tratam de matéria do interesse público, em face da sistemática adotada pelo Decreto-Lei nº 200/67. Não quer isto dizer que não se encontrarão fundações dessa natureza, cujas administrações não se tenham apercebido de todos os efeitos jurídicos e administrativos derivados do fato de suas atividades dirigirem-se ao bem-estar social das populações. Abusos e interpretações apressadas têm desviado certas fundações da trilha traçada pelo Decreto-Lei nº 200/67. Daí haver a Lei nº 6.233, de 14-7-1975, tornado obrigatória, em qualquer caso, a apresentação, ao Tribunal competente, das contas das fundações instituídas ou mantidas pelo poder público.

Todavia, pode-se dizer que várias fundações sempre se entenderam, muito antes da edição da Lei nº 6.233/75, submissas às premissas de mora-

(36) SÁ FREIRE, in “Manual do Código Civil Brasileiro”, vol. II, pág. 317. Coleção dirigida por PAULO M. DE LACERDA. Ed. Jacinto Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1930.

lidade administrativa e de organicidade e racionalização das atividades públicas executadas por entidades vinculadas. Entendimento que, por tais e tantas razões expedidas ao longo deste Estudo, jamais poderia ter sido outro.

Admirável exemplo de fundação instituída pelo poder público, que se manteve sempre sob as normas de administração contidas no Decreto-Lei nº 200/67 — incluindo as relativas à licitação —, ainda quando mais acesa era a controvérsia sobre tal obrigatoriedade e mais açodados os instigamentos em contrário, é a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor — FUNABEM, que o Congresso Nacional autorizou o Poder Executivo a criar, através da Lei nº 4.513, de 1-12-1964.

Essa lei, em seu art. 21, estabeleceu que as contas da FUNABEM “com parecer do Conselho Fiscal, serão anualmente sujeitas a exame e aprovação do Tribunal de Contas”. Anote-se, de passagem, que se prescrição semelhante houvesse existido em todas as leis que criaram fundações no Brasil, teriam sido evitados os problemas que hoje chocam a opinião pública e provocam candentes pronunciamentos de Ministros do Tribunal de Contas da União. Nesse aspecto, é preciso repartir culpas por omissões que, talvez bem intencionadas, acabaram por desenhar falsa imagem e equivocada concepção do plano administrativo em que devem atuar as fundações.

Para se ter a medida de como a FUNABEM integrou-se sistemicamente ao quadro global da reforma administrativa desejada pelo Decreto-Lei número 200/67, e de como tal integração é obviamente imperiosa, basta que se reporte à situação criada pelo Decreto nº 74.000, de 1-5-1974, o qual passou a FUNABEM à área de supervisão do Ministério da Previdência e Assistência Social; portanto, a FUNABEM passou a entidade vinculada, regime que até então desconhecia. A despeito da novidade, a questão que a vinculação despertou, graças ao correto entendimento que tinha a FUNABEM da natureza de suas atividades em face do Decreto-Lei nº 200/67, não foi de ordem substancial, mas formal. É que, por força do Decreto-Lei nº 199, de 25-2-1967 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas), o julgamento das contas das entidades que devem prestação ao Tribunal implica a exibição de um “certificado de auditoria externa à entidade sobre a exatidão do balanço” (art. 42, c). Em consequência, a FUNABEM sempre contratara firma especializada para realizar o serviço de auditoria externa exigido pelo Decreto-Lei nº 199/67.

O que sobreveio à vinculação? O Decreto-Lei nº 200/67, art. 26, parágrafo único, h, prevê que a “supervisão ministerial exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento: . . . h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade”. Entre a auditoria externa, requerida pelo Decreto-Lei nº 199/67, e a cometida ao Ministério Supervisor em decorrência da vinculação, segundo o Decreto-Lei nº 200/67, impunha-se indagar qual delas prevaleceria.

A FUNABEM formulou consulta ao Ministério, através de exposição de motivos de 3-7-75, a qual formou, no Ministério, o Processo de nº 502.112.

Ac expor a questão ao Ministro da Previdência e Assistência Social, já esclarecia o Presidente da FUNABEM:

“Para o fim de subsidiar o estudo que se procederá sobre a matéria, é de mencionar-se que o retrocitado art. 26 incide, nos termos de seu **caput**, sobre as entidades da Administração Indireta tão-somente. Sabendo-se que não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os arts. 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200/67 (art. 3º do Decreto-Lei nº 900/69), parece indubitável aplicar-se à FUNABEM o dispositivo que autoriza a realização de auditoria pelo Ministério supervisor, o que, salvo melhor juízo, acarretaria uma duplicidade de serviços, e, pois, de custos, caso se entendesse ainda necessária a auditoria externa recomendada pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas.”

Dando solução à consulta, a Inspeção-Geral de Finanças do Ministério acolheu o entendimento da FUNABEM, acrescentando:

“Tendo em vista o explicitado no Decreto-Lei nº 772, de 19-8-1969, e no Decreto nº 67.090, de 20-8-1970, não resta dúvida de que a auditoria externa é exercida pela Inspeção-Geral de Finanças.

Considerando, ainda, que o Decreto nº 74.000, de 1-5-1974, vinculou a FUNABEM ao MPAS, compreende-se que o certificado de auditoria externa à entidade sobre a exatidão do balanço, de que trata o item c do art. 42, do Decreto-Lei nº 199, será emitido pela Inspeção-Geral de Finanças do MPAS.”

Não se admitem tergiversações quando a melhor doutrina e a prática mais sã convergem para a constatação de que, se se pode discutir a natureza jurídica das fundações instituídas pelo poder público, descabe discussão sobre a situação jurídica das entidades vinculadas e o poder-dever de tutela administrativa que detêm os Ministérios supervisores, em nome da moralidade, da organicidade e da racionalização impostas ao exercício de atividades e funções públicas, por órgãos da administração direta e indireta, no Estado que visa ao bem-estar social. E que tais novos instrumentos e figuras, incorporados ao nosso direito administrativo, constituem soluções viáveis, faticamente demonstradas.

Para uma síntese da posição das fundações vinculadas, em face de nosso ordenamento jurídico-administrativo, recorra-se, ainda uma vez, às conclusões da excelente palestra de OLIVEIRA FRANCO:

“1º — a exclusão das fundações da categoria das entidades que compreendem a administração indireta, todas elas dotadas de personalidade jurídica própria, não impediu que as pessoas funcionais venham a exercer propósitos de prestação de serviços públicos;

2º — integram as fundações a administração indireta porque, pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 900/69, satisfeitos certos requisitos e condições, podem elas ser instituídas pelo poder público e submetidas ficam ao controle da supervisão ministerial.

Analise-se bem, para que equívocos de interpretação não permaneçam, o que a lei em sua linguagem deixou escrito:

1º — a integração das velhas e novas fundações é de participação na prestação de serviços, tendo tido o legislador o cuidado de, no permissivo legal autorizativo, aproximar mais ainda o comportamento administrativo da legislação civil pertinente;

2º — quando o art. 2º diz que **não serão instituídas pelo poder público novas fundações**, está a dizer que instituídas podem ser uma vez satisfeitas **cumulativamente** algumas apontadas exigências formais, que não fazem novidade no direito fundacional;

3º — exigindo dotação específica de patrimônio nas fundações instituídas pelo poder público, não se há de pensar que o patrimônio afetado seja só o particular, pois a presença de possíveis recursos privados ficou limitada a um terço do total patrimonial;

4º — indicando objetivos não lucrativos que, por sua natureza, não possam ser executados por órgão da administração federal direta ou indireta, com suporte na legislação (Código Civil, arts. 24 e seguintes), fixa fins administrativos ou de pública administração;

5º — apesar de afirmar que não constituem as fundações entidades da administração indireta, somente pelo simples motivo de terem origem em virtude de lei federal, aplicam-se a elas o que se tornou normativo para todo e qualquer órgão, no tocante à supervisão superior.

A remissão aos arts. 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200/67, pelo que se contém no art. 3º do Decreto-Lei nº 900/69, veio para assegurar a efetivação dos objetivos fixados nos atos de constituição e para colocar as fundações públicas entre os órgãos da administração federal, embora a expressão **órgão** surja aqui no sentido de pessoa jurídica autonomizada. Difícil, no posicionamento legal, outro melhor entendimento.

No momento em que o art. 3º do Decreto-Lei nº 900/69 impôs a observância do art. 26 do Decreto-Lei nº 200/67, textualmente falando “no que se refere à administração indireta”, **ipso facto**, em função do disposto legal categórico, está sem dúvida dentro de uma sensível lógica hermenêutica, remetendo as fundações gover-

namentais à esfera de uma atividade que indiretamente corresponde ao Estado.

Resta não esquecer, em sua extensão, o que mandamentalmente obriga o § 1º do art. 70 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Dispensável que se informe da clareza do texto no que se refere ao controle pela fiscalização da execução financeira e orçamentária, que atinge de plano toda a atividade geral administrativa, “bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

“O que decorre do citado art. 26, e o que explícito ficou no art. 28 do Decreto-Lei nº 200/67, “prestar contas de sua gestão” ou “evidenciar os resultados positivos ou negativos de seus trabalhos”, positivam princípios insertos na Constituição, não importando que tais menções não se façam no corpo das leis criadoras de entidades que visem à prestação de serviços públicos. Além do mandamento, a consciência que se tenha de “boa administração”, pela exação no exercício das práticas administrativas, e o princípio da legalidade, que se ative harmônico com o princípio da moralidade na administração. Não é necessário que haja obrigação escrita, onde há o dever constitucional. Dever do qual nenhum administrador há de querer fugir.” (37)

V — SUPERVISÃO MINISTERIAL E PODER DE POLÍCIA

SUMÁRIO: 13. Uma teoria jurídica da supervisão; o poder de polícia destina-se a prevenir danos sociais e está à base da supervisão ministerial; supervisão é espécie *sui generis* do poder de polícia ou **polícia especial** dos serviços públicos supervisionados.

14. Os arts. 25 e 26 do Decreto-Lei nº 200/67 contêm normas de polícia; poderes discricionários conferidos ao órgão supervisor.

13. A caracterização da supervisão ministerial como tutela administrativa suscita questões embaraçosas, pois que virgens, no direito administrativo brasileiro. Por isso não se pretende dar-lhes cabal desate. Entretanto, devem ser afloradas, a fim de que comece a ser trilhado o longo e não raro demorado caminho da construção hermenêutica.

A mais proeminente dessas questões parece ser a do fundamento jurídico da supervisão, mormente tendo-se em vista que as fundações criadas pelo poder público não perdem a intrínseca autonomia. As lindes dessa autonomia, em confronto com a supervisão tutelar, são incertas, mesmo porque não houve tempo, desde a edição do Decreto-Lei nº 200/67, para o surgimento espontâneo de uma casuística que abarcasse todas as hipóteses. Daí a importância de edificar-se uma teoria jurídica da supervisão, com apoio em construções já sedimentadas de direito administrativo.

(37) Palestra para o IV Curso de Especialização em Direito Administrativo, cit.

Nessas circunstâncias, não cremos existir melhor alicerce do que o do conceito de **poder de polícia**, o qual será capaz de oferecer o embasamento doutrinário necessário para justificar a supervisão tutelar, bem assim determinar os parâmetros segundo os quais serão examinados seus vários desdobramentos lógicos.

Ao falar-se em poder de polícia, nunca é demais lembrar que a expressão sofreu profundas modificações em seu conteúdo desde o século XIX, quando surgiu com a acepção que hoje reservamos para a administração pública em geral. Era, então, “toda a ação do Príncipe dirigida a promover o bem-estar e a comodidade dos vassalos. E, na verdade, o célebre tratado sobre a polícia de DELAMARE versa tantas e tão variadas matérias que abrange toda a administração do Estado”.⁽³⁸⁾

MARCELO CAETANO supera os obstáculos que representam as confusões freqüentes entre o instituto jurídico da **polícia** e o sentido vulgar em que se emprega o termo, a imprecisão de noções nos manuais franceses, e a divisão dos autores na Itália e na Alemanha, para apresentar uma moderna definição de **poder de polícia**, da qual extrairemos a construção teórica proposta no presente capítulo:

“O modo de atuar da autoridade administrativa, que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir.”⁽³⁹⁾

A essência da definição está na noção de prevenir danos sociais. Essa prevenção é o objeto próprio do poder de polícia, é o elemento jurídico fundamental do instituto. Arma-se a Administração de meios necessários e suficientes para evitar que certas ações comprometam o bem-estar coletivo, ou desvirtuem atividades e funções de interesse público.

Neste ponto, é preciso denunciar uma discrepância. CAETANO confina o poder de polícia à intervenção no exercício de atividades individuais. São sempre as pessoas, diz ele, que estão sob a ação policial, mesmo quando atuem em grupo ou associação. A doutrina não é unânime. De nossa parte, cremos que toda vez que à Administração é reservado o direito de intervir nas ações ou atividades de pessoas físicas ou jurídicas de qualquer natureza, com o fim de prevenir danos sociais, há inequívoca manifestação de poder de polícia. Assim, por exemplo, quando a Constituição Federal brasileira (Emenda nº 1/69) assegura à União o poder de intervir nos Estados para manter a integridade nacional, pôr termo à perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção ou à corrupção no poder público estadual, assegurar o livre exercício de qualquer dos Poderes estaduais, reorganizar as finanças do Estado sob certas circunstâncias etc. (art. 10), está concedendo à Administração Federal supremo grau de poder de polícia, em sua mais

(38) MARCELO CAETANO, *Manual cit.*, tomo II, pág. 1.061.

(39) *Idem*, *Ibidem*, pág. 1.066.

larga acepção. Da mesma forma, quando o art. 26, parágrafo único, I, do Decreto-Lei nº 200/67, insere, entre as medidas que cabe à supervisão, a de intervir nas entidades vinculadas "por motivo de interesse público", está igualmente dotando a autoridade administrativa supervisora de poder de polícia com relação à entidade supervisionada.

É o próprio CAETANO quem reforça esse entendimento, ao enfatizar que os danos sociais a prevenir devem constar da lei. E que os poderes de que se valerá a Administração para efetivar a prevenção também têm de ser jurídicos, isto é, fazerem parte de uma competência conferida por lei e visarem à realização de fins legalmente fixados.

Característica que se compadece com o fato de que, conforme adverte ainda CAETANO, "os poderes de polícia são, como todos os poderes constituídos de uma competência pública, conferidos por lei. Uma vez, a lei discrimina minuciosamente os modos do respectivo exercício e os limites de seu alcance; outras vezes confere poderes discricionários, os quais são numerosos quando se trata de competência policial... Os poderes discricionários de polícia têm, porém, de ser entendidos relativamente ao fim legal de sua instituição: nem há discricionariedade quanto ao fim, pois nunca o arbítrio do agente pode ir ao ponto de usar da competência para realização de interesses diferentes dos da Administração Pública, sob pena de invalidade de seus atos por desvio de poder". (40)

Logo, não seria de excluir-se da incidência mais lata do poder de polícia os casos em que a lei expressamente supre a Administração de poderes específicos para prevenir danos sociais, especialmente se estes podem derivar de desmandos de entidade tutelada, cuja existência foi devotada, pela própria lei, à prestação de serviços de interesse coletivo. A tese é discutível, admita-se, se se tomar por premissa conceitual a de que só existe poder de polícia da Administração em relação ao indivíduo. Ainda neste caso, porém, o poder de intervir, que é também dever, para prevenir dano social, configura, ao menos, espécie *sui generis* de poder de polícia.

Como destaca MARCELO CAETANO, os órgãos administrativos com funções de autoridade policial são inúmeros, podendo ser agrupados em duas categorias: os órgãos que exclusivamente pertencem à administração policial; os órgãos que cumulativa, acessória ou subsidiariamente com outras, exercem atribuições policiais. Na distinção entre tais categorias encontrar-se-á novo alento para a tese ora encaminhada. É que, reconhece o emérito professor, os órgãos da segunda espécie "são todos os órgãos de qualquer pessoa coletiva de direito público, desde o governo ao regedor e à junta de freguesia, que entre as suas atribuições contem alguma ou algumas relativas à polícia geral, especial ou municipal, devendo notar-se que a polícia especial das coisas e serviços públicos pertence, em regra, às entidades que dirigem ou superintendem nos respectivos setores de administração" (41) (nosso o grifo).

(40) *Idem*, *ibidem*, pág. 1.071.

(41) *Idem*, *ibidem*, pág. 1.075.

Esta afirmação, por si só, corrobora, usando sinonímia quase que perfeita, a tese de que a supervisão ministerial consagrada pela lei brasileira detém poder de **polícia especial** sobre os serviços públicos que superintende, ou, para usar os termos esposados por este Estudo, a tutela administrativa contida na supervisão ministerial funda-se em um poder de polícia especial que a legitima.

14. A análise do direito positivo brasileiro conduz a idêntica conclusão. Os arts. 25 e 26, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 200/67, já mencionados (item 10, retro), alinham respectivamente, os objetivos da supervisão tutelar e as medidas que compete ao Ministério supervisor tomar com respeito às entidades que lhe são vinculadas. A provisão legal é **conditio sine qua non** para a existência do poder de polícia, de maneira a que este viabilize a tutela administrativa, ou seja, a administração é tutelar porque dispõe do poder de polícia, e dele dispõe porque assim lhe outorga a lei. A atividade policial é, com efeito, um processo jurídico de desenvolvimento da Administração Pública, e não uma forma de pura afirmação de força. Daí ser possível dizer-se que corolário dos fins da atividade policial é o de que os poderes de polícia não devem ser exercidos de modo a impor restrições e a usar de coerção além do estritamente necessário.

A ação da polícia, comenta CAETANO, “deve medir a sua intensidade e extensão pela gravidade dos atos que ponham em risco a ordem social. Assim, os poderes de polícia não devem dispor de formas de exercício diversas e graduadas numa escala de rigor... O emprego imediato de meios extremos contra ameaças hipotéticas ou mal desenhadas constitui abuso de autoridade. Tem de existir proporcionalidade entre os males a evitar e os meios a empregar para a sua prevenção”. (42)

Vamos encontrar essa graduação no art. 26, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 200/67. O preceito prevê casos de iniludível controle normativo da autoridade supervisora sobre a administração da entidade vinculada, tais como os dos incisos **f** e **g** (fixação das despesas de pessoal e de administração; fixação de critérios para gastos com publicidade, divulgação e relações públicas); impõe medidas que submetem a controle preventivo toda a administração sob supervisão, tais como os dos incisos **c**, **d** e **e** (recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade; aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade; aprovação de contas, relatórios e balanços); culminando, afinal, com o poder-dever da intervenção, por motivo de interesse público (inciso **i**).

Está-se diante, portanto, de normas que conferem poderes de polícia ou organizam os meios necessários ao seu exercício. Nesta segunda classe podem ser afivelados os preceitos do art. 25, os quais, fixando os objetivos da supervisão ministerial, funcionam como pontos cardeais, indicando fins a serem atingidos, e, por via de consequência, sugerindo a instrumentação

(42) *Idem, ibidem*, pág. 1074.

dos meios tendentes à sua consecução. Notadamente: coordenar as atividades dos órgãos supervisionados e harmonizar sua atuação com a dos demais Ministérios; avaliar o comportamento administrativo dos órgãos supervisionados e diligenciar no sentido de que estejam confiados a dirigentes capacitados; fortalecer o sistema do mérito; fiscalizar a aplicação e utilização de dinheiros, valores e bens públicos.

Ao estabelecer normas de polícia, a legislação comumente deixa à autoridade investida de poder de polícia certa parcela de discricionariedade para aplicar as normas. É evidente — reitere-se a ressalva de CAETANO — que a discricionariedade tem de ser entendida relativamente ao fim legal a que se destina. Há essa parcela no caso dos arts. 25-26 do Decreto-Lei nº 200/67. Exemplifique-se com os itens **f** e **g** do art. 26, que conferem ao Ministério supervisor o poder de fixar despesas com pessoal e administração, bem como os critérios para gastos com publicidade, a serem despendidos pela entidade vinculada. Os limites concretos dessas despesas e os critérios objetivos para tais gastos dependerão da discricionariedade do Ministro supervisor. Aqui reside a principal questão de natureza operativa, envolvendo o tipo de relacionamento administrativo que deve existir entre Ministério supervisor e entidade vinculada. É preciso compor as duas metas primaciais do Decreto-Lei nº 200/67 (racionalização e organicidade das ações administrativas), a autonomia administrativa, técnica e financeira garantida à entidade vinculada, e a tutela imposta pela lei. A necessidade dessa composição evidencia-se com maior nitidez ao entrar em cena o uso dos poderes discricionários contidos nos referidos arts. 25 e 26 do Decreto-Lei nº 200/67.

A solução estará em respeitar as três condicionantes concomitantemente: metas do Decreto-Lei nº 200/67; autonomia da entidade vinculada; tutela do Ministério supervisor. Na prática, esse respeito resultará de um estreito diálogo administrativo entre ministro e dirigente da entidade vinculada. Através desse diálogo é que será possível ao Ministro, no exemplo das alíneas **f** e **g** do art. 26, fixar aqueles critérios e despesas, de acordo com o que lhe expuser o dirigente sobre as peculiares condições de trabalho da entidade, suas necessidades, as características de seu campo de atuação etc. A autonomia da entidade vinculada está precisamente nisto: instruir a autoridade tutelar nas decisões que houver de tomar com respeito à área em que a entidade é especializada; a partir dos balizamentos gerais decorrentes dessas decisões, administrar os recursos humanos e materiais disponíveis de forma eficaz para alcançar os objetivos determinados. A tutela administrativa, com base nas normas de polícia legalmente estatuídas, sumaria-se nisto: o dever de fixar os marcos expressamente previstos na lei, tomando em conta os dados específicos revelados pela entidade vinculada; o poder de controlar e fiscalizar a observância desses marcos. Tais posições podem e devem ser revistas quando se apresentar a oportunidade, mesmo porque, em termos de eficácia de ações para atingir objetivos — para isto a entidade existe —, os dados conjunturais, ao se modificarem, podem determinar alterações de meios e estratégias, exigindo revisão de métodos, técnicas, processos e, pois, decisões. Daí, insista-se, ser de toda conveniência a constância do diálogo administrativo entre supervisor e supervisionado.

VI — CONCLUSÃO

15. O objetivo deste Estudo terá sido atingido ao esgotarem-se os principais aspectos envolvidos pelo exame da criação, pelo Decreto-Lei nº 200/67, das novas figuras da entidade vinculada e da supervisão ministerial. Conviria reservar uma última palavra para os que, a partir dos modestos esclarecimentos que ora lhes são submetidos à reflexão, pressintam a oportunidade para pensar em um guia genérico através dos caminhos que nosso direito administrativo tende a percorrer.

Toda ação humana almeja um fim; não se atingirá uma finalidade sem uma ação a ela destinada. O direito pode levar em conta diretamente a ação ou pode considerar diretamente o fim, dando ênfase à ação como simples instrumento ou meio para a obtenção do fim.

A primeira hipótese encontra-se, sobretudo, no direito privado, o qual, referindo-se à ação, diz respeito à liberdade do homem, conservando-a, limitando-a ou negando-a. Nesse caso, o fim pode ser relevante para introduzir uma limitação (abuso de direito, por exemplo) ou para atribuir uma qualificação, e pode, através das normas de direito privado, ser favorecido ou receber restrições; no entanto, sempre teremos a iniciativa privada e a ação como objeto próprio da disciplina jurídica.

No direito público, não se cogita, precipuamente, das ações que se tenha a liberdade de realizar ou que não se possam efetuar, mas, antes, as finalidades a atingir e para cuja procura está predisposta a apropriada disciplina das atividades a isso necessárias. Nesse caso, as ações são focalizadas como fâmulas daqueles fins, e reguladas de modo que se tornem particularmente eficazes à sua obtenção. (43)

O Estado não pratica ações (a ação, sempre indispensável, é olhada sob a perspectiva do escopo a que se dirige), todavia procura atingir finalidades. Administrar a justiça, dotar o país de leis, punir os que cometem crimes etc., são fins cuja concretização está confiada ao Estado, e para os quais ele desenvolve a atividade correspondente.

Para nada serviria uma liberdade do Estado que, sob qualquer aspecto, se assemelhasse à liberdade do particular. O Estado não detém a liberdade do particular. O Estado não possui liberdade para legislar e administrar justiça; está, sim, investido do poder que é ao mesmo tempo dever, de legislar e de administrar justiça.

Uma certa liberdade de ação, tanto pelo que concerne à escolha dos fins específicos, como no que tange à maneira de satisfazê-los, não pode deixar de existir, porém em nada se equipara à liberdade privada. É, pelo contrário, um poder sempre jungido ao fim a que o serviço é consagrado,

(43) V. nosso A Utilidade Pública de Associações Privadas e das Fundações de Menores, in "Arquivos do Ministério da Justiça", n.º 126, junho de 1973, págs. 73-106.

e que só será legítimo quando orientado para esse fim, que é o único desejável.

Por isso, qualquer atividade de direito público deve ser concebida como uma "função". Os direitos, poderes e outras formas subjetivas nunca são atribuídos, em direito público, em benefício do ente que deles está investido, de modo a deixá-lo livre para deles fazer o uso que lhe mais agrade; estão sempre conexos ao dever de serem exercidos com os fins para que foram instituídos, quer dizer, ao serviço ou em função dessa finalidade. (44)

É preciso avaliar, a cada passo, a importância do Direito Administrativo para assegurar e regular essas conexões essenciais; as relações jurídicas que atrai no plano das atividades governamentais; sua precedência nas situações concretas que se criam com respeito ao administrado; o interesse legítimo como interesse à legitimidade do ato de governo. Na lição de OLLIVEIRA FRANCO:

"A proteção da moralidade atua como pêndulo regulador do equilíbrio entre a legalidade e o exercício da função administrativa. O critério informador é o de justiça nas relações com a Administração. Onde entra para avaliação o direito subjetivo da autoridade, como também o direito subjetivo do particular. . .

A bem dizer, o contencioso da legalidade é o contencioso da moralidade. Razão não há para separar os dois fatores quando atuantes. Esquecer a moralidade do ato para circunscrever sua validade nos limites da legalidade estrita. Reportamo-nos, outra vez, diante do fato, não ao formalismo legal, mas à violação da justiça natural. Nas decisões administrativas se podem declarar os atos ilegais como contrários à justiça natural. O equilíbrio regulador está, como no vício, na imparcialidade ou na equidade.

.....

Se analisarmos os fatos que se passam na Administração ou os que cercam a atividade administrativa, verifica-se que as regras de conduta ou de "boa administração" nem sempre são as adotadas. Além disso, existem atos juridicamente lícitos que não o são do ponto de vista formal, pois violentam, na aplicação díspar, tanto a imparcialidade exigida como a equidade — razão do próprio direito. Cabe ao jurista não acomodado distinguir as coisas sem precisar separá-las." (45)

É a missão a que o estudioso do Direito Administrativo deve devotar-se, no momento em que novos institutos e figuras o revigoram e atualizam no Brasil, com o fim de aparelhar a Administração Pública de fórmulas e sistemas de atuação compatíveis com o grau de desenvolvimento e segurança de que carece a promoção do bem-estar social, no Estado Contemporâneo.

(44) A propósito, GIORGIO BALLADORE PALLIERI, "A Doutrina do Estado", trad. Fernando de Miranda, Coimbra Editora, 1969, vol. II, págs. 214-222.

(45) "O Controle da Moralidade Administrativa", cit., págs. 232-233.

O “Ombudsman”

Parlamentar do Direito Sueco

DR. CARLOS ALBERTO PROVENCIANO GALLO

I — Etimologia da palavra

A palavra “Ombudsman” significa em sueco, no seu sentido amplo, alguém que representa uma pessoa. Assim, por exemplo, diz-se que os membros do Parlamento da Suécia são eleitos para representar o povo, atuando, pois, como representantes, ou “ombud”. É desnecessário dizer-se que o sufixo “man” pertence ao tronco das línguas anglo-germânicas, correspondente ao vocábulo homem (man, em inglês — mann, em tedesco — man, em holandês — mand, em dinamarquês — mann, em norueguês).

“Ombudsman” pode significar, também, em linguagem comum sueca, o funcionário do governo que desempenha, em virtude do cargo, atos representando interesses legais de uma cidade, de uma universidade.

Todavia, não é sobre esse tipo de representante que vamos tratar. Aqui, a palavra vai ter o sentido não só de representante, mas também de Procurador de Justiça — “Justitieombudsman J.O.”, Tribuno do Povo, Comissário Parlamentar (é essa a tradução adotada pelos autores de língua inglesa: “Special Parliamentary Commissioner”), Representante dos Direitos e Liberdades Individuais, Promotor de Justiça, Guardião dos Direitos dos Cidadãos.

II — Histórico da Instituição

Pouco se sabe a respeito da origem dessa instituição, antes do século XVII.

Aos 6 de junho de 1809, foi promulgada, na cidade de Stockholm, a Constituição Sueca (“Regeringsformen”), estabelecida pelo Rei e os Estados Gerais do Reino, em vigor até 31 de dezembro de 1974, e muitas vezes emendada, sobretudo nos últimos decênios. Há de se ressaltar que essa antiga Lei Fundamental foi bastante influenciada pelas idéias de Charles de Secondat, Barão de La Brède et de Montesquieu, uma vez que os poderes do Estado foram

divididos entre o Rei, o Parlamento, os Estados Gerais (Nobreza, Clero, Burguesia e Camponeses).

Era a Constituição escrita mais antiga da Europa, votada após a abdicação do rei Gustavo IV Adolfo, devida à vitória da Rússia sobre a Suécia, que teve de ceder a Finlândia, unida ao reino há mais de seiscentos anos.

A fim de serem contrabalançados os poderes conferidos ao Rei, ao Parlamento ("Riksdag") deu-se a oportunidade de exercer controles sobre a atividade do governo. Desse modo, foi criada a figura de um Comissário Parlamentar Especial, o "Justitieombudsman" – J.O. – o "Riksdagens ombudsman", para assegurar o fiel cumprimento das leis e estatutos pelas Cortes de Justiça e por outras autoridades e intentar processos contra juizes e outros funcionários da Administração que, no desempenho do cargo, tivessem cometido atos ilegais ou negligenciado quanto a seus deveres.

A própria monarquia absoluta na Suécia, no fim do século XVII, e primeira metade do Século XVIII, sempre se preocupou com a necessidade de serem controlados os funcionários de sua Administração.

Carlos XII criara o ofício de "Supremo Ombudsman do Rei", que tinha por atribuição específica supervisionar a execução das leis e atividades de servidores públicos. Após o traspasse desse rei, aquele oficial público foi denominado "Chanceler de Justiça", "Ministro da Justiça" ("Justitiekansler").

No ano de 1776, quando o Parlamento Sueco detinha todos os poderes, decidiu-se que o Chanceler seria indicado mediante escolha de seus representantes e não pelo Rei. Mais tarde, porém, tornou-se um Oficial do Rei.

Foi, então, a idéia reativada quando da elaboração da Constituição Sueca. Dessa vez, entretanto, seus autores, pretendendo dar a esse funcionário a tarefa de processar membros do governo, diante da "Corte de Impeachment", colocaram-no sob a dependência do "Riksdag". Parece que, ao tomarem tal iniciativa, pressentiram, precisamente, que um funcionário, apontado pelo Rei, talvez não ficasse à vontade para processar Ministros de Sua Majestade, o que iria de encontro ao princípio da independência dos três poderes.

Queriam os Constituintes contrabalançar o absolutismo do Rei, conferido pela Constituição de 1772 e o regime parlamentar instaurado pelas Constituições de 1719 e 1720.

Além desse argumento, para o cidadão sueco seria muito mais fácil ir até um funcionário do Parlamento, guardião de seus direitos e garantias, escolhido por representação popular, desempenhando seu cargo sem quaisquer ônus para o povo, do que se valer de um alto funcionário nomeado pela Coroa. A instituição seria, pois, um remédio contra abusos praticados por funcionários da Administração, tanto na esfera judicial, quanto na esfera administrativa, consistindo em órgão competente para ouvir das reclamações, ou manifestar-se por sua própria iniciativa. Por conseguinte, a falta de confiança nos membros do governo, o que ocorria naquele tempo, foi um dos motivos principais para a criação desse cargo.

Em 1810, deu-se a eleição, então, do primeiro "Ombudsman".

Em 1915, foi criado o cargo de “Ombudsman” Militar (“Militieombudsman” — M.O.), tendo em vista o acúmulo de serviços empreendidos pelo Procurador Parlamentar da Justiça.

De 1915 em diante, havia, por conseguinte, dois “Ombudsmän”. Entretanto, os encargos do Procurador Parlamentar aumentavam sensivelmente após a Segunda Grande Guerra, enquanto que os concernentes ao Procurador Parlamentar Militar diminuam. Desse modo, em dezembro de 1967, o “Riksdag” empreendeu reformas radicais, tendo essa separação, isto é, o cargo de Procurador Parlamentar junto à Justiça e o de Procurador Militar junto aos Exércitos, prevista na Constituição de 1809, perdurado até março de 1968, quando foram criados três cargos de procuradores, de idêntico *status*, sob a mesma denominação: “Justitieombudsman”, porém responsáveis por diferentes esferas de atribuição e tendo cada um uma equipe comum de assistentes.

Na reforma de 1967/1968, foram definidas as atribuições dos três procuradores, de acordo com os limites tradicionais traçados por aquela Constituição.

O primeiro Procurador Parlamentar cuida de casos sobre impostos e execução de julgamentos e, em geral, de assuntos concernentes à Administração Civil.

O segundo Procurador Parlamentar supervisiona as Cortes de Justiça, os Promotores Públicos, a Polícia e as Forças Armadas.

O terceiro tem por atribuição supervisionar o campo relativo ao bem-estar social, assuntos sobre seguro social, educação e assuntos relativos a documentos oficiais acessíveis ao público.

III — A Constituição Sueca de 1809 e a Constituição de 1974: preceitos que institucionalizaram o Procurador Parlamentar

O artigo 96 da Constituição Sueca de 1809 assim aludia a essa instituição:

“Art. 96 — Il incombe au “Riksdag” de nommer deux Suédois réputés pour leurs connaissances des lois et leur parfaite intégrité pour exercer les fonctions de Procureur parlementaire à la Justice et de Procureur parlementaire aux Armées et qui, en qualité de représentants du “Riksdag” et conformément aux instructions que leur aura données le “Riksdag”, veilleront au respect des lois et règlements, le Procureur aux Armées étant chargé de veiller à leur application dans les affaires considérées comme militaires en vertu de l'article 87, alinéa 1^{er}, et par les fonctionnaires et employés émergeant au budget militaire, le Procureur à la Justice étant chargé de veiller à leur application par les cours et par les fonctionnaires et employés. Il leur incombe, en outre, conformément à la répartition de compétence ci-dessus mentionnée, de poursuivre, par les voies légales, devant les tribunaux compétents ceux qui, dans l'exercice de leurs fonctions, auraient commis quelque illégalité par faveur, partialité ou tout autre motif, ou n'auraient pas rempli d'une manière satisfaisante les devoirs de leurs charges. Les Procureurs seront soumis à tous égards à la res-

ponsabilité et tenus aux devoirs que les lois de droit commun et de procédure imposent aux magistrats du Ministère public.”

Posteriormente, foi dada a seguinte redação àquele artigo:

“Art. 96 – Le “Riksdag” désignera au moins deux Suédois réputés pour leurs connaissances des lois et leur parfaite intégrité pour exercer les fonctions de Procureurs parlementaires (*Ombudsman*) et qui, en qualité de représentants du “Riksdag” et conformément aux instructions que celui-ci leur aura données, veilleront au respect des lois et règlements, à leur application par tous ceux investis d’une responsabilité d’officiers publics, de poursuivre, par les voies légales, devant les tribunaux compétents ceux qui, dans l’exercice de leurs fonctions, auraient commis quelque illégalité par faveur, partialité ou tout autre motif, ou n’auraient pas rempli de façon satisfaisante les devoirs de leurs charges.

Ces Procureurs seront soumis à tous égards à la responsabilité et tenus aux devoirs que les lois de droit commun et de procédure imposent aux magistrats du Ministère public.”

Atualmente, o artigo 6º, do Capítulo XII, da Constituição Sueca de 1974, que trata do poder de controle, estabelece:

“Art. 6 – Le “Riksdag” désignera un ou plusieurs Procureurs parlementaires (*ombudsmän*) chargés, conformément aux instructions données par cette assemblée, de veiller à l’application des lois et des règlements dans le cadre des activités publiques, et qui seront habilités à agir en justice dans les cas prévus aux dites instructions.

Ce ou ces procureurs pourront assister aux délibérations des tribunaux et des services publics administratifs et s’en faire communiquer les procès-verbaux ainsi que les actes. Les tribunaux et les services publics administratifs ainsi que les fonctionnaires de l’Etat et des collectivités publiques territoriales leur communiqueront les renseignements et leur donneront les avis demandés par eux, cette obligation incombant également à toute autre personne placée sous leur surveillance. S’ils le demandent, le Ministère public leur apportera son concours.

Le Règlement du “Risksdag” énoncera des dispositions de détail concernant ce ou ces procureurs parlementaires.”

Como se depreende da leitura dos citados artigos, é o Procurador nomeado pelo Parlamento Sueco, que escolhe cidadãos de reputação ilibada e notório saber jurídico, para exercerem as funções de “Ombudsman”, e, como representantes do “Riksdag” têm por atribuição precípua velar pelo respeito às leis e regulamentos.

Condição essencial para que ocorram as nomeações desses altos funcionários é serem juristas. Dever do Procurador Parlamentar é supervisionar o fiel cumprimento das leis e estatutos, intentar, diante dos tribunais competentes, processos contra os funcionários que, no exercício de suas funções, tenham cometido qualquer ato ilegal, mediante favor, parcialidade ou qualquer outro

motivo, ou que tenham negligenciado na execução de seus deveres em razão do cargo.

É, pois, o “Ombudsman” um funcionário do Parlamento, completamente independente do poder executivo, conforme veremos a seguir. Trata-se de um protetor dos direitos dos cidadãos nas suas relações com autoridades da Administração Pública e do Judiciário. O procurador parlamentar, por conseguinte, é órgão fundamental ao “due process of law”.

IV — O Procurador Parlamentar Militar

Tendo ocorrido aumento de trabalho, desde a criação do cargo, foi instituído pelo “Riksdag”, em 1915, conforme preceituava o artigo 96 da Constituição de 1809, o Procurador parlamentar Militar, que passou a tratar de assuntos militares e a supervisionar os atos de funcionários, conexos com a defesa do país, afetos à segurança nacional e ao orçamento militar.

Essa divisão perdurou até 1968, quando ambos ofícios foram reincorporados e, como vimos, três procuradores de igual nível foram apontados pelo Parlamento sueco, todos sob a denominação de “Justitieombudsman”.

V — A Reforma Constitucional na Suécia nos últimos decênios

A Legislação Constitucional sueca é o resultado de longa evolução histórica, que se caracteriza pela sua continuidade e não por violentas transformações.

A Constituição de 1809 é hoje a principal fonte histórica do Direito Constitucional sueco.

Desde 1950, tem sido empreendida uma revisão geral dos textos constitucionais. Partindo-se dessa revisão, em 1969, procedeu-se a uma reforma constitucional parcial.

Em 1973, ao Parlamento foi submetido um projeto, tendo por âmago refundir o regime constitucional até então vigente.

Sob reserva de algumas emendas, o Parlamento o adotou, pela primeira vez, em 6 de junho de 1973.

A Constituição Sueca de 1809 compreendia quatro leis orgânicas (“grundlagar”): a Constituição propriamente dita (“regeringsformen”), de 1809, a Lei Orgânica do Parlamento (“Riksdagsordningen”), de 1866, a Lei de Sucessão ao Trono, de 1810 e a Lei sobre a Liberdade da Imprensa, de 1949.

A “Regeringsformen” é a mais importante dessas leis. A Reforma Constitucional que se processou na Suécia a ela diz respeito, sobretudo, e sobre a Lei Orgânica do Parlamento. As emendas propostas à Lei de Sucessão ao Trono e à Lei sobre a Liberdade da Imprensa não são, senão, uma consequência dos trabalhos legislativos das duas primeiras.

Convém notar que, após a reforma, a Lei Orgânica do Parlamento não é mais considerada texto constitucional, uma vez que as disposições constitucio-

nais mais importantes, referentes ao Parlamento, estão incorporadas na nova Constituição (“Regeringsformen”).

Os textos que formam a Constituição são, por conseguinte, a “Regeringsformen” reformulada ou a Constituição propriamente dita.

A nova Constituição do Reino da Suécia entrou em vigor em 1º de janeiro de 1975, uma vez que foram anteriormente elaboradas e votadas as leis de sua aplicação.

Consiste em três documentos separados: o Instrumento do Governo (Constituição propriamente dita), votado em 1974, a Lei de Sucessão ao Trono para a atual família real, datando de 1810 e a Lei sobre a Liberdade da Imprensa, de 1949. Além desses documentos, há o Regulamento do Parlamento, de 1974, que ocupa uma posição intermediária entre estatuto legal constitucional e lei ordinária.

Sob o ponto de vista formal, a atual Constituição da Suécia repousa sobre os princípios ditados em 1809, vale dizer, a separação e o equilíbrio dos poderes entre o Rei e o Parlamento.

O recente texto constitucional, como se pode notar quando de sua leitura, dá relevância a um sistema dualista. Ressalte-se, todavia, que o poder de legislar pertence em comum ao “Riksdag” e ao “Rei em Conselho” (Gabinete). A Constituição reserva o poder legislativo ao “Rei em Conselho”, unicamente, em matéria de administração e política econômica.

Desde 1971, o Parlamento compõe-se de uma Câmara única, de 350 membros, eleitos por sufrágio universal direto, de três em três anos.

O Parlamento passou a ter muitas das atribuições conferidas anteriormente ao Executivo. A composição do “Riksdag” ao mesmo tempo se democratizou; o poder executivo passou do Rei ao Governo, uma vez que seu estatuto e sua composição põem em destaque a confiança no Parlamento.

Desse modo, poder-se-á acentuar que a democracia política, o parlamentarismo, o regime representativo, a gestão autônoma das coletividades territoriais, a subordinação à lei do exercício do poder são os fundamentos do regime constitucional vigente na Suécia.

VI – A eleição do “Justitieombudsman”

O “Ombudsman” é eleito por um período de quatro anos, podendo ser destituído pelo “Riksdag”, antes que expire esse prazo. Entretanto, segundo apuramos, nunca se deu essa circunstância. Pode acontecer que não ocorra reeleição para um novo período de quatro anos. Assim procedendo, e esse fato já ocorreu, o “Riksdag”, não reapontando o antigo Procurador parlamentar, está a demonstrar que nele já não mais tem confiança.

O artigo 97, da Constituição de 1809 estabelecia o seguinte:

“Art. 97 – Le Procureur parlementaire à la Justice et le Procureur parlementaire aux Armées sont élus pour la durée et de la manière

déterminées par la Loi organique du Riksdag. Il leur sera désigné, en même temps, un suppléant réunissant les qualités exigées pour exercer la fonction elle-même, afin de les remplacer dans les cas indiqués par leurs instructions.

Le Procureur ou le suppléant ne jouissant plus de la confiance du Riksdag peut être par celui-ci démis de sa charge avant l'expiration de son mandat et à la requête de la commission chargée d'examiner la manière dont il s'est acquitté de ses fonctions."

Após a reforma constitucional, a respeito da qual nos referimos no item V, foi dada a seguinte redação, embora não definitiva àquele artigo:

"Art. 97 — Les Procureurs parlementaires et leurs suppléants seront élus pour la durée et de la manière déterminées par la Loi organique du Riksdag.

Les Procureurs ou les suppléants ne jouissant plus de la confiance du "Riksdag" pourront être par celui-ci démis de leur charge avant l'expiration de leur mandat et à la requête de la commission chargée d'examiner la manière dont ils se sont acquittés de leurs fonctions."

Além da eleição dos Procuradores parlamentares, são eleitos na mesma sessão os suplentes, que devem preencher os requisitos discriminados no referido diploma legal magno. Essa eleição é regida não mais pela Lei Orgânica do Parlamento e sim pelo Regulamento do Parlamento.

O antigo artigo 68 da Lei Orgânica do "Riksdag", estabelecida pelo Rei e Estados Gerais do Reino em Stockholm, aos 22 de junho de 1866, previa as seguintes normas sobre a eleição do Procurador Parlamentar e suplentes:

"Art. 68 — En application de l'article 96 de la Constitution, il incombe au "Riksdag" de désigner un Procureur parlementaire à la Justice et un Procureur parlementaire aux Armées présentant les qualités précisées par ce texte. Ces Procureurs parlementaires resteront en fonctions à dater de leur nominations jusqu'à ce que le "Riksdag" procède à de nouvelles élections, lesquelles auront lieu au cours de la quatrième année.

Le Procureur parlementaire à la Justice et le Procureur parlementaire aux Armées sont élus par quarante-huit délégués électoraux désignés à cet effet par chacune des Chambres qui en choisit vingt-quatre dans son sein. Ces délégués électoraux se réuniront pour procéder à cette élection dans les dix jours de leur nomination. Cette élection sera régie par les dispositions appliquées à l'élection des Présidents des Chambres.

En même temps que les Procureurs parlementaires, les délégués électoraux doivent désigner, pour chacun d'eux, un suppléant. Ces suppléants sont nommés pour la période restant à courir jusqu'à l'élection des nouveaux Procureurs parlementaires.

En cas de vacance d'un des postes de Procureur parlementaire, par suite de la démission du titulaire ou pour quelque autre cause, le

suppléant revêtira immédiatement cette fonction. Le "Riksdag" procédera, aussi vite que faire se peut, à la désignation du Procureur titulaire pour la durée et dans les formes précisées ci-dessus. En cas de vacance d'un des postes de suppléant, par suite de la démission de l'intéressé, par accession du suppléant aux fonctions de Procureur titulaire ou pour quelque autre cause, un nouveau suppléant sera désigné pour la durée et dans les formes précisées ci-dessus. S'il est nécessaire de procéder à ces désignations dans l'intervalle des sessions parlementaires, les pouvoirs du "Riksdag" en cette matière sont exercés par les Régents de la Banque Nationale qui sont désignés par le "Riksdag" et par les Régents de la Caisse Nationale de La Dette Publique."

Segundo leitura desse artigo, os "Ombudsmän" eram eleitos por quarenta e oito delegados, representantes do povo, designados *ad hoc* pelas duas Câmaras, que escolhiam, cada uma, vinte e quatro membros. Após essa escolha, os delegados eleitorais se reuniam, dentro em dez dias da nomeação, a fim de tornar efetiva a eleição.

Designando os "Ombudsmän" deviam também apontar seus respectivos suplentes, que vão substituir os procuradores pelo período que lhes restava no cargo. Havendo vacância do cargo, por motivo de demissão de seu titular ou por qualquer outro motivo, o suplente seria nele investido imediatamente.

Sob regime de urgência era procedida nova eleição. No caso de vacância de cargo de suplente devida à demissão do interessado, ou a acesso de substituto às funções de procurador titular ou por qualquer outro motivo, era feita designação de novo suplente para exercer o cargo, de acordo com a duração e formas estabelecidas no supramencionado artigo.

Previo esse artigo a necessidade de se proceder a essas designações durante o intervalo das sessões parlamentares.

Apontava, nesse caso, então, para exercerem os poderes inerentes ao "Riksdag", nessa matéria, os Regentes do Banco Nacional, designados pelo Parlamento, e os Regentes da Caixa Nacional da Dívida Pública.

Esse artigo, que acabamos de citar, repetia, em sua última parte, a redação dada ao antigo artigo 98 da Constituição Sueca de 1809, que trazemos à colação:

"Art. 98 — En cas de vacance d'un des postes de Procureur parlementaire, par la suite de la démission du titulaire ou pour quelque autre cause, le suppléant revêtira immédiatement cette fonction. Le "Riksdag" procédera, aussi vite que faire se peut, à la désignation du Procureur titulaire. En cas de vacance d'un des postes de suppléant, par suite de la démission de l'intéressé, par accession du suppléant aux fonctions de Procureur titulaire ou pour quelque autre cause, un nouveau suppléant sera désigné. S'il est nécessaire de procéder à ces désignations dans l'intervalle des sessions parlementaires, les pouvoirs du "Riksdag" en cette matière seront exercés par les Régents de la Banque nationale qui sont désignés par le "Riksdag" et par les Régents de la Caisse nationale de la Dette publique."

A reforma constitucional trouxe modificações ao art. 68 da antiga Lei Orgânica do “Riksdag”, sendo de se ressaltar, porém, que a eleição dos Procuradores parlamentares ainda irá seguir as diretrizes traçadas pelo art. 96 da antiga Constituição.

Instaurado o unicameralismo no sistema parlamentar sueco, todos os seus membros fazem a escolha dos que vão ocupar tão nobre ofício. Devem esses altos funcionários preencher os requisitos do notório saber jurídico e da reputação ilibada e, em geral, a escolha é feita dentre magistrados. (Vide item X).

A fim de serem evidenciadas as modificações que surgiram com o advento do sistema unicameral e de sua implicação na escolha dos Procuradores parlamentares, outra redação foi dada ao art. 68 da antiga Lei Orgânica do Riksdag:

“Art. 68 — Les Procureurs parlementaires (Ombudsmän) et leurs suppléants resteront en fonctions à dater de leur nomination jusqu’à ce que le “Riksdag” procède à de nouvelles désignations, lesquelles auront lieu au cours de la quatrième année.

Les dispositions du 1er paragraphe de l’article 33 régiront *mutatis mutandis* la désignation des Procureurs parlementaires et de leurs suppléants.

En cas de vacance d’un des postes de Procureur parlementaire, par suite de la démission de son titulaire ou pour quelque autre cause, ses fonctions seront immédiatement assumées par celui des suppléants qui aura été désigné en premier lieu, ou, si deux ou plusieurs ont été désignés simultanément, par le plus âgé d’entre eux. Le “Riksdag” procédera ensuite, aussi vite que faire se pourra, à la désignation d’un nouveau Procureur titulaire pour la durée et dans les formes précisées ci-dessus. En cas de vacance d’un des postes de suppléant, par suite de la démission de l’intéressé ou pour quelque autre cause, il sera procédé à la désignation d’un nouveau suppléant pour la durée et dans les formes précisées ci-dessus.”

O disposto no parágrafo primeiro do artigo 33 da Lei Orgânica do “Riksdag”, que trazemos a confronto e que regia como deviam ser realizados os trabalhos de eleição dos “Ombudsmän”, encontra-se revogado pelo atual Regulamento do “Riksdag”, que veremos posteriormente:

“Art. 33.1 — Dès que le “Riksdag” se sera réuni et que le résultat de la vérification effectuée conformément aux dispositions du premier alinéa de l’article 32 aura été communiqué au “Riksdag” par le Chef du Département ministériel auquel ressortissent les Affaires de Justice ou par la personne désignée pour le remplacer, le “Riksdag” élira, dans son sein, un Président ainsi qu’un premier, un second et un troisième vice Présidents. Les Présidents et vice-Présidents seront élus séparément dans l’ordre sus-indiqué. Il sera procédé à ce vote par acclamation à moins qu’un ou plusieurs membres du “Riksdag” ne demandent qu’il y soit procédé au scrutin secret.

S’il est procédé à ces élections au scrutin secret, sera élu celui qui aura recueilli plus de la moitié des suffrages. Si cette majorité n’est

pas atteinte, il sera procédé à un nouveau scrutin. Si personne ne recueille alors plus de la moitié des suffrages, il sera procédé à un troisième scrutin entre les deux députés qui lors du second auront recueilli le plus de suffrages. Sera élu lors du troisième scrutin celui qui aura obtenu le plus grand nombre de suffrages. En cas de partage égal des voix lors du second et du troisième scrutins, la préférence sera déterminée par voie de tirage au sort."

O recente Regulamento do "Riksdag" assim estatui no artigo 10 do Capítulo VIII, que cuida de certos titulares de funções e de certos organismos:

"Art. 10 — L'élection d'un Procureur parlementaire (*Ombudsman*) vaut pour la période à courir depuis cette élection jusqu'à ce qu'il en soit effectuée une nouvelle au cours de la quatrième année qui suit.

A la demande de la Commission chargée d'examiner les rapports portant sur les activités dudit Procureur, le "Riksdag" peut révoquer celui-ci par anticipation s'il ne bénéficie pas de sa confiance. Lors de l'élection au scrutin secret d'un Procureur parlementaire, il est fait application de la procédure prévue au second alinéa de l'article 1^{er} du présent chapitre.

Si un Procureur parlementaire cesse ses fonctions avant l'expiration de son mandat, le "Riksdag" lui désignera dans les plus brefs délais un successeur pour une nouvelle période de quatre ans.

Le "Riksdag" désigne une ou plusieurs personnes chargées de représenter le ou les Procureurs parlementaires. Les dispositions des deux alinéas précédents concernant les Procureurs parlementaires s'appliqueront *mutatis mutandis* à leurs représentants."

A segunda alínea do artigo 1º do Capítulo VIII diz respeito ao processamento da eleição *mutatis mutandis*:

"Art. 1^{er} — L'élection du Président du "Riksdag" ainsi que de ses premier, second et troisième vice-Présidents est effectuée lors de la première séance que tient l'Assemblée au cours de la législature et vaut jusqu'à la fin de celle-ci. Le Président et les vice-Présidents sont élus séparément et dans l'ordre susdit.

Si cette élection a lieu au scrutin secret, est élu celui qui réunit la majorité des suffrages exprimés. A défaut de cette majorité il est procédé à un nouveau scrutin. Si aucun des candidats n'obtient alors plus de la moitié des suffrages exprimés, il est procédé à un troisième scrutin entre les deux candidats qui lors du second ont obtenu le plus grand nombre de suffrages. Sera élu au cours de ce troisième scrutin celui qui aura réuni le plus grand nombre de voix."

Com relação ao antigo artigo 68 da Lei Orgânica do "Riksdag", nota-se que era mais extenso. Foi suprimida a última parte do artigo, que previa o caso de serem procedidas essas designações no interregno das sessões do Parlamento, sendo, então, os poderes deste, inerentes a essa matéria, exercidos pelos Regentes do Banco Nacional, e pelos Regentes da Caixa Nacional da Dívida Pública.

O antigo artigo 32, alínea 1ª, da Lei Orgânica do “Riksdag”, regulava a atuação dos Regentes do Banco Nacional e dos Regentes da Caixa Nacional da Dívida Pública quando dessa situação excepcional.

Em caso de vacância, assim estabelecia o artigo 68 da Lei Orgânica do “Riksdag”:

Tratando-se de demissão de seu titular ou de qualquer outro motivo, suas funções seriam empreendidas imediatamente por aquele suplente que foi designado em primeiro lugar.

Quando tivessem sido designados dois ou mais suplentes, ao mesmo tempo, substituiria o Procurador parlamentar o suplente mais idoso. O Parlamento deveria, então, proceder, em seguida, tão logo pudesse fazê-lo, à designação de um novo procurador titular, a fim de exercer seu mandato, de acordo com a duração e formas estabelecidas na primeira alínea do artigo.

Ocorrendo vacância de um dos cargos de suplente, em virtude de demissão do interessado ou de qualquer outro motivo, seria feita a designação de um novo suplente, que atuaria dentro do período e das formas previstas naquela alínea.

Essa matéria é também regida pelas disposições complementares do Regulamento do “Riksdag”:

“Dispositions complémentaires

VIII.10.1.

Dans les vingt jours de son instauration, la Commission de la Constitution désignera les six membres de la Délégation auprès des Procureurs parlementaires, laquelle lorsque ceux-ci en feront la demande, confèrera avec eux au sujet de l'organisation de leurs travaux ou d'autres questions de même nature.

VIII.10.2.

L'élection du ou des Procureurs parlementaires est préparée par la dite Délégation qui, ce faisant, délibère avec les membres délégués par les groupes à la Conférence des Présidents.”

VII — O Procurador Parlamentar atuando junto à Suprema Corte, à Suprema Corte Administrativa e demais órgãos do Governo

O Procurador parlamentar, julgando necessário para o exercício de suas funções, pode assistir às sessões da Suprema Corte (“Högsta Domstolen”), da Suprema Corte Administrativa (“Regeringsrätten”), do Secretariado Referendário do Rei (“Statsradet”), das Cortes de Apelação (“Hövrätter”), dos Colégios Administrativos, das Administrações que substituam colégios administrativos, dos Tribunais inferiores (“Rådätter”), sem, entretanto, ter direito a voto. Pode estar a par de processos e atos de todos os Tribunais do país, de órgãos colegiados e de quaisquer outros atos do poder público.

Os funcionários do Rei devem prestar toda assistência ao "Ombudsmän" durante uma investigação e os Procuradores fiscais devem assisti-lo se forem solicitados.

Nenhum documento é secreto para o "Ombudsman" e nenhum funcionário poderá recusar-se a responder às indagações desse representante do Parlamento.

Esse já era o sentido do antigo artigo 99 da Constituição Sueca de 1809:

"Art. 99 — Le Procureur parlementaire à la Justice et le Procureur parlementaire aux Armées peuvent, s'ils le jugent nécessaire à l'exercice de leurs fonctions, assister aux délibérations et aux résolutions de la Cour Suprême, de la Cour Administrative Suprême, du Secrétariat Référendaire du Roi près la Cour Suprême, des Cours d'Appel, des collèges administratifs ou des administrations qui leur sont substituées, et de tous les tribunaux inférieurs, sans avoir toutefois le droit d'y émettre leurs opinions; ils peuvent également prendre communication des procès-verbaux et des actes de tous les tribunaux, collèges et autres pouvoirs publics. Tous les fonctionnaires du Roi sont tenus de prêter main-forte aux Procureurs à la Justice et aux Armées, et tous les procureurs-fiscaux sont tenus de les assister dans l'exercice de leurs poursuites, lorsque l'un d'eux le requerra."

Posteriormente, foi dada a seguinte redação ao artigo:

"Art. 99 — Le Procureur parlementaire pourra, s'il le juge nécessaire à l'exercice de ses fonctions, assister aux délibérations et aux résolutions des tribunaux et services publics, sans avoir toutefois le droit d'y émettre ses opinions; il pourra également prendre communication des procès-verbaux et des actes de tous les tribunaux et services publics. Tous les fonctionnaires du Roi seront tenus de prêter main-forte aux Procureurs parlementaires et tous les procureurs-fiscaux seront tenus de les assister dans l'exercice de leurs poursuites, lorsque l'un d'eux le requerra."

VIII — O Relatório do "Ombudsman"

Anualmente, o Procurador parlamentar deve elaborar relatório minudente para o "Riksdag", narrando suas atividades no exercício anterior.

Esse relatório anual é impresso e distribuído a todas as agências do governo e contém prestação de contas de todos os casos importantes resolvidos pelo "Ombudsman", consistindo, pois, num instrumento de grande valor, a serviço da proteção de direitos subjetivos ameaçados ou violados.

É examinado o relatório por uma Comissão especial de Parlamentares. Após exame, a Comissão apresenta um exposto da opinião ao "Riksdag", cujos membros podem, então, discutir sobre o que o Procurador parlamentar deveria ou não deveria fazer, no tocante aos casos em que atuou.

A respeito da elaboração desse relatório, já assinalava o artigo 100, da antiga Constituição Sueca:

"Art. 100 — Le Procureur parlementaire à la Justice et le Procureur parlementaire aux Armées sont tenus, chacun séparément, de remettre

chaque année au "Riksdag" un rapport sur la manière dont ils se sont acquittés de leurs fonctions; ils y exposeront, chacun en ce qui concerne son ressort, tel qu'il a été déterminé par l'article 96 ci-dessus, le fonctionnement de la justice dans le Royaume; ils y feront observer les lacunes des lois et des règlements et proposeront les moyens propres à y suppléer."

Emendado, passou aquele artigo a ter a seguinte redação:

"Art. 100 — Les Procureurs parlementaires sont tenus de remettre chaque année au "Riksdag" conformément aux instructions qui leur sont données, un rapport sur la manière dont ils se sont acquittés de leurs fonctions; ils y exposeront, chacun en ce qui concerne le domaine dans lequel il aura exercé ses fonctions, le fonctionnement de la justice dans le Royaume; ils y feront observer les lacunes et imperfections des lois et règlements et proposeront les moyens propres à y suppléer."

Em seu relatório anual pode o "Ombudsman" destacar divergências na interpretação de leis, regulamentos, ordenações.

Desde a criação do cargo, tem esse funcionário especial, ano após ano, proposto ao Governo ou ao Parlamento o saneamento dessas divergências.

Muitas petições do "Ombudsman" têm sido rejeitadas pelo Governo ou pelo Parlamento, todavia, essa circunstância não o impede de tornar a peticionar, a fim de que leis, regulamentos e ordenações sejam emendados duas ou mais vezes.

IX — A Independência do Procurador Parlamentar perante o Poder Executivo e o próprio Legislativo

O "Ombudsman" é independente perante o Executivo. Pode parecer que esteja intimamente ligado ao "Riksdag", uma vez que é funcionário deste. Entretanto, tal assertiva não é verdadeira. Gozam os Procuradores parlamentares de plena autonomia, não tendo o "Riksdag" direito de traçar linhas básicas de atuação coercitivamente.

Muitos casos, contudo, não serão examinados pelos "Ombudsmän", pois estarão sujeitos à apreciação de outros órgãos, tais como o "Serviço Nacional de Saúde e Bem-Estar" e a "Administração Nacional Correccional".

Não se confunda, porém, essa forma de atuar autônoma do "Ombudsman", com sua responsabilidade perante o Parlamento. Cada ano, como vimos, sua gestão é examinada por uma Comissão parlamentar. Pode acontecer que sua atuação seja criticada pela Comissão ou por um ou demais membros do Parlamento, tendo em vista decisões que tomou, ou por ter deixado de agir.

Nesse caso, a Comissão parlamentar apontará essa circunstância ao "Riksdag", demonstrando a não eficiência do Procurador parlamentar, que nele já não mais confia e proporá o seu afastamento, antes do término de seu mandato. Entretanto, como vimos, esse fato nunca ocorreu, tendo servido, até agora, apenas, de motivo para que não seja reeleito.

O primeiro ocupante desse cargo assim se manifestou, a respeito do princípio da independência do Procurador parlamentar: "O *Ombudsman* depende somente da lei".

A tradição do cargo impede, portanto, que ele receba instruções do Parlamento, sobre os casos em que atua, ou que este dite quais o que deva investigar. Ninguém no Parlamento o influencia a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, ao investigar determinado caso. Devemos acrescentar que os partidos políticos na Suécia, quase sempre, se aliam na escolha dos Procuradores parlamentares, evitando-se, desse modo, que suas decisões sejam proferidas sem isenção de ânimo, independentes, pois, de pressões políticas, solução essa que nos parece muito sábia, sobretudo, para tornar esses altos funcionários do "Riksdag" merecedores da confiança do público em geral.

X — A Escolha do "Ombudsman". Percepção de Vencimentos

Com raras exceções, o Procurador parlamentar tem sido escolhido dentre os membros das Cortes de Justiça, conforme já acentuamos. A ele se aplicam, quando no exercício da função, as mesmas regras impostas aos membros do Ministério Público, no tocante à sua responsabilidade.

Percebem os Procuradores parlamentares vencimentos do "Riksdag" não inferiores aos de um Juiz da Suprema Corte.

XI — A Assessoria do "Ombudsmän"

O Procurador parlamentar é assessorado por um Comissário Substituto, eleito pelo Parlamento do mesmo modo como são realizadas as eleições para sua escolha. Este atua nos seus impedimentos (doença, por exemplo), licenças e férias, ou quando houver acúmulo de serviços ou inspeções. Além do Comissário Substituto, fazem parte da equipe do "Riksdagens Ombudsman" cerca de 50 pessoas, presentemente, 23 advogados, datilógrafos, escreventes, secretários com encargo de oficial de justiça.

XII — A Apreciação de Atos dos Juizes pelo "Ombudsman"

Os poderes cometidos ao "Ombudsman" dizem respeito à oportunidade de serem investigados atos nocivos de funcionários e ser apurada a verdade e, quando chamado para fazê-lo, processá-los se cometeram erros, faltas ou negligências.

Ressalte-se, todavia, que o Procurador parlamentar não tem poderes constitucionais para mudar decisões proferidas pelas Cortes de Justiça ou Direções Administrativas do Governo. Como vimos atrás, pode peticionar ao Governo, ao Parlamento e Direções Administrativas, tentando corrigir deficiências de leis, estatutos e ordenações, no interesse dos cidadãos.

Com relação aos membros da Suprema Corte de Justiça e os da Suprema Corte de Administração, o poder do Procurador parlamentar é limitado. Somente se tiverem cometido algum delito é que poderá atuar. Entretanto, tal fato é excepcional.

No caso de Juizes de instância inferior ("Radmän") não há essa limitação legal.

Pode acontecer, todavia, que Juízes da Suprema Corte, *no seu todo ou em parte*, ou um de seus membros, agindo por interesse particular, afastando-se dos princípios da equidade ou por negligência, tornaram uma decisão a tal ponto injusta, malgrado as leis formais ou a evidência dos fatos trazidos à colação, acarretando, com isso, que uma pessoa seja levada ou exposta a perder a vida, a liberdade, ou seus bens, ou ter sua honra abalada. Pode ocorrer ainda que um ou mais membros da Suprema Corte Administrativa se tornem culpados do mesmo modo, quando do exame de recursos de sua atribuição.

Nesses casos, o Procurador parlamentar poderá representar contra esses magistrados, incumbindo ao “Justitiekansler” (Chanceler da Justiça, Procurador da Justiça) pedir a condenação, se for o caso, consoante as leis do Reino da Suécia.

A respeito dessa legitimação extraordinária, assim preceituava o artigo 101 da Constituição de 1809:

“*Art. 101* — Si, par extraordinaire, la Cour Suprême tout entière ou l'un ou plusieurs de ses membres, agissant par intérêt particulier, par défaut d'équité ou par négligence, rendaient un arrêt à tel point injuste que, nonobstant les lois formelles et l'évidence des faits dûment établie, une personne soit amenée ou exposée à perdre la vie, la liberté, l'honneur ou ses biens, ou bien si la Cour Administrative Suprême ou l'un ou plusieurs de ses membres se rendaient coupables de la même faute dans l'examen des recours de leur compétence, il incomberait au Procureur parlementaire à la Justice, au Procureur parlementaire aux Armées pour les affaires militaires définies par l'article 96 ci-dessus, et il appartiendrait au Chancelier de la Justice de déférer le ou les coupables à la Cour ci-dessous désignée et de demander leur condamnation conformément aux lois du Royaume.”

Ressalte-se, todavia, que esse artigo põe em destaque uma situação extraordinária, se for levado em conta que à Suprema Corte e à Suprema Corte Administrativa pertencem juristas de reputação ilibada e de saber jurídico indubitável.

O Procurador parlamentar poderá representar contra um ou mais membros da Suprema Corte ou *in totum*, ou contra um ou mais membros da Suprema Corte Administrativa ou na sua totalidade, requerendo a citação do culpado ou culpados, através do Presidente da Corte Real de Apelação de Stockholm, que, na qualidade de Presidente da Suprema Corte de Justiça (“Riksrät”) fará citar o ou os magistrados.

A essa matéria fazia alusão ainda o artigo 102, daquela anterior Lei Fundamental:

“*Art. 102* — Cette Cour, appelée Haute Cour de Justice, sera composée en pareil cas du Président de la Cour d'Appel Royale de Stockholm, assumant les fonctions de Président, des Présidents de tous les collèges administratifs du Royaume, et selon les cas des fonctionnaires suivants: en cas d'accusation contre la Cour Suprême, des quatre plus anciens Conseillers à la Cour Administrative Suprême; en cas d'accusation contre la Cour Administrative Suprême, des quatre

plus anciens Conseillers à la Cour Suprême; dans les deux cas, du Commandant en Chef des troupes tenant garnison dans la capitale, du commandant présent le plus élevé en grade de l'escadre de la flotte en station dans la capitale, des deux plus anciens conseillers de la Cour d'Appel Royale de Stockholm et du plus ancien conseiller de chacun des collèges administratifs du Royaume. Lorsque le Chancelier de la Justice, le Procureur parlementaire à la Justice ou le Procureur parlementaire aux Armées croit avoir sujet de poursuivre la Cour Suprême en entier ou certains de ses membres devant la Haute Cour de Justice, si le Chancelier de la Justice, ou le Procureur parlementaire à la Justice, croit devoir poursuivre de la même manière la Cour Administrative Suprême en entier ou certains de ses membres, il demandera au Président de la Cour d'Appel Royale de Stockholm de faire citer dans les formes légales, en sa qualité de Président de la Haute Cour de Justice, celui ou ceux qui doivent être mis en accusation. Le Président de la Cour d'Appel Royale prendra ensuite toutes mesures pour la convocation de la Haute Cour de Justice, afin que la citation soit délivrée et que la cause soit examinée. Si, contre toute attente, il omettait de le faire, ou si l'un des autres fonctionnaires ci-dessus mentionnés se dispensait de siéger à la Haute Cour de Justice, ils encourraient la peine établie par la loi pour cette négligence préméditée des devoirs de leur charge. S'il se présente un empêchement légitime pour l'un ou plusieurs des membres de la Haute Cour de Justice, ou si l'un d'entre eux peut être légalement récusé, les délibérations de la Haute Cour demeureront valables, si douze de ses membres y assistent. Légitimement empêché ou récusé, le Président de la Cour d'Appel Royale sera remplacé par le président le plus ancien en fonctions. L'instruction close et l'arrêt rendu conformément à la loi, la Haute Cour doit prononcer sa décision en audience publique. Nul n'aura le pouvoir d'infirmer cet arrêt; cependant, le Roi conservera son droit de grâce, sans toutefois que cette grâce puisse aller jusqu'à rappeler le condamné au service du Royaume."

Tem o Procurador parlamentar o dever legal de servir como promotor nos casos de *impeachment* de membros do Governo, da Suprema Corte de Justiça ou da Suprema Corte Administrativa. Desde 1854, entretanto, não tem havido qualquer acusação contra quaisquer desses funcionários.

Atualmente, é o artigo 8º do Capítulo XII, que trata do poder de controle do Parlamento, que prevê essa situação e que modificou a redação do artigo 101 da Constituição de 1809:

"Art. 8 — Les poursuites pour infractions pénales commises dans l'exercice de leurs fonctions par des membres de la Cour Suprême ou de la Cour Administrative Suprême seront engagées devant la Cour Suprême par un Procureur parlementaire ou par le Chancelier de la Justice.

La Cour Suprême examinera également si, conformément à ce qui aura été prescrit à ce sujet, il convient qu'un membre de la Cour Suprême ou de la Cour Administrative Suprême soit démis de ses fonctions ou suspendu ou encore soit tenu de se soumettre à un examen médical,

l'action à cette fin étant intentée par un Procureur parlementaire ou par le Chancelier de la Justice."

XIII — A Atuação do "Ombudsman" Fere o Princípio da Independência do Poder Judiciário?

Procuramos pesquisar se juízes sujeitos à supervisão do "Ombudsman" queixam-se a propósito de que, diante das atribuições amplas do Procurador parlamentar, é ferido o princípio da independência do Judiciário. Essa circunstância parece não ocorrer. Defender a independência do Poder Judiciário não quer dizer, necessariamente, que os juizes estejam livres de responsabilidades ou isentos de críticas quando atuam de modo contrário à lei. Assim, parece-nos que, embora seja independente o juiz, supervisionando seus atos, o "Justitieombudsman" não compromete esse princípio, em face do direito sueco, nem a posição do primeiro, pois independência não significa carta branca para atuar livremente, arbitrariamente.

Cumpra insistir que somente o Procurador da Justiça ("Justitiékansler") e o Procurador parlamentar, como vimos, têm legitimação para instaurar processos contra os magistrados que exercem com desídia dever inerente ao cargo.

XIV — Funcionários da Administração Pública Sueca Sujeitos à Supervisão de Seus Atos pelo Procurador Parlamentar

A princípio, estão sujeitos à supervisão, com algumas exceções, todos os funcionários pertencentes aos órgãos centrais e locais da Administração Pública Sueca.

Destaque-se, todavia, que os membros do Governo são subtraídos desse controle. Isso é devido ao fato de que os membros do Governo Sueco não têm poderes formalmente para decidir segundo sua própria vontade. Assuntos que pertencem à área do governo são decididos pelo "Rei em Conselho", "The King-in-Council". Sob o ponto de vista formal, os membros do governo são apenas "Conselheiros".

Os Ministros de Estado exercem seus deveres como Conselheiros, sendo controlados pelo Parlamento, que poderá ordenar instauração de processos contra eles, diante de uma corte especial. Nesse caso, o "Ombudsman" atua como se fosse um Promotor de Justiça.

Parece que se tem evitado propositadamente a não apreciação pelo Procurador parlamentar dos atos dos Ministros.

Uma reforma nesse sentido acarretaria, talvez, em tornar o cargo do primeiro essencialmente político, desencadeando dissensões políticas, e essa não é a finalidade da instituição.

Os Ministros de Estado não são responsáveis pela ação das agências do governo. Essas agências, tradicionalmente, têm posição independente na Suécia, desde o século XVII, e seu dever fundamental é assegurar o cumprimento de leis, estatutos e ordenações expedidos pelo Governo.

Os Ministros de Estado na Suécia não podem ordenar as agências administrativas que ajam desse ou de tal modo. Dever do governo é observar, ao editar leis, ordenações e estatutos, que o espírito destes seja claro, a ponto que as agências administrativas sejam compelidas a assim proceder, porque o governo o deseja.

Desse modo, o Procurador parlamentar não supervisiona, tendo em vista essa estrutura, Ministros, nem Ministérios.

No sistema constitucional do país, Ministros ("Statsrad"), a grosso modo, não tomam decisões, apenas "aconselhando" o "Rei em Conselho" ("The King-in-Council", "Le Roi en Conseil").

São, todavia, responsáveis pelo "conselho oferecido" e este é examinado pela Comissão sobre a Constituição do Parlamento. Na verdade, nunca foram instaurados processos contra os Ministros do Reino.

Poder-se-á acrescentar, com relação à supervisão do Procurador parlamentar que, no início, quando da institucionalização do cargo, os funcionários da Administração local (Municipalidade) não estavam sujeitos ao seu controle. A partir de 1957, entretanto, essa sistemática foi mudada. Desde então, agências locais e respectivos funcionários estão subordinados ao "Ombudsman". Essa supervisão não ocorre com os membros das Assembléias locais que estão sujeitos ao autocontrole do governo local. Inexistindo casos em que se dêem violações das liberdades individuais ou abuso flagrante de poder, o Procurador parlamentar não é obrigado a interferir, deixando que os atos sejam corrigidos pela própria Administração local ou que todos os recursos administrativos sejam esgotados.

XV — *A Tradição do Procurador Parlamentar*

Desde a criação do cargo, o instituto segue as linhas mestras estabelecidas na Constituição Sueca de 1809. É curioso notar que o Parlamento, ao criar um órgão encarregado de supervisionar Cortes de Justiça e Agências Administrativas, estava configurando princípios que vêm sendo observados quase que imutavelmente e que não impedem o atuar daquele alto funcionário até os dias de hoje.

XVI — *Da Importância do Procurador Parlamentar*

A importância do "Ombudsman" não se deve ao fato de que lhe foram dados poderes especiais e amplos para agir; o que se verifica é que ele representa o Parlamento, devendo, como é de praxe, gozar de sua confiança, pois dela é depositário.

XVII — *Meios de Controle da Administração Pública e da Administração da Justiça Exercidos pelo Procurador Parlamentar: Inspeções Locais, Investigações, Queixas do Público*

Inspeções Locais

O controle das Cortes de Justiça e Agências Administrativas é exercido pelo "Ombudsman", mediante inspeções. Observações efetivadas durante estas, transformam-se numa fonte segura de dados, a respeito de negligências, erros,

faltas graves de funcionários. Ele faz inspeções regulares em Cortes de Justiça, postos do Exército, regimentos e estabelecimentos navais, penitenciárias, prefeituras, hospitais de doenças mentais, coletorias, no Departamento Nacional de Educação, no Departamento Nacional de Agricultura, na Administração Nacional de Marinha Mercante etc.

Todas as Cortes locais e grande número de agências locais são visitados periodicamente. A Agência ou Corte Local é notificada sobre o dia em que será realizada a inspeção.

Inspecionando as Cortes de Justiça, verifica o Procurador parlamentar não só se não há acúmulo de serviços, mas também se os casos jurídicos são resolvidos com presteza.

Em cada Tribunal, pilhas de 25 (vinte e cinco) processos cíveis e 25 (vinte e cinco) criminais são selecionados, ao acaso, e examinados detalhadamente.

Visitas a Promotores de Justiça são, outrossim, empreendidas, para ser apurado se prazos processuais, estabelecidos em lei, no que dizem respeito à instrução criminal, foram obedecidos e se às investigações preliminares deu-se tratamento regular. Observa ainda o Procurador parlamentar se a pena de prisão cominada ao caso concreto está de acordo com a lei penal.

Desde a criação do cargo, o "Ombudsman" faz visitas a Penitenciárias. Ao inspecioná-las, poderá obter informações seguras. Através de conversações com presos, ficará a par de seu tratamento, se os regulamentos das penitenciárias estão sendo observados.

Faz-se mister pôr em destaque que a questão das prisões, durante o século XIX, era atroz. Assuntos referentes a higiene, alimentação e vestuário de presos motivaram petições do Procurador parlamentar ao Governo Sueco, em que solicitava providências, no sentido de serem respeitados os direitos do homem.

O primeiro "Ombudsman" deparou com o caso de um preso que estava aguardando pela decisão de sua apelação à Suprema Corte havia, precisamente, vinte e dois anos! (*Apud* informação de Hans Blix: "A pattern of effective protection: The Ombudsman").

Outro caso a relatar, ocorrido no século XIX, é o de uma pobre mulher que foi mantida em prisão por algumas semanas, sem defesa, porque se suspeitava de que fizera circular moeda falsa. Ao ser procedida a perícia da moeda posta em circulação, provou-se que era verdadeira; o que havia era uma leve camada de mercúrio sobre o dinheiro. Esse fato fez com que o "Ombudsman" ordenasse a instauração de processo contra os responsáveis por aquela prisão e peticionasse ao governo, a fim de que fossem observados os preceitos legais que asseguram às pessoas presas plena defesa (relato contido em "The Swedish Institution of the Justitieombudsman", de Alfred Bexelius, página 14).

Atualmente, havendo suspeita de que o funcionário da Administração não agiu dentro da lei, o Procurador parlamentar lhe dá a oportunidade de ser ouvido.

Duas alternativas tem o "Ombudsman" a escolher, na qualidade de Promotor de Justiça: poderá iniciar o *jus perseguendi in judicium*, mediante pedido escrito, porém, se o caso for mais sério e necessitar de justificação imediata, inquirirá, ouvirá o funcionário supostamente faltoso, caso em que evidenciando-se a dúvida, no tocante à culpa do funcionário, ser-lhe-á aplicado o princípio do *in dubio pro reo*.

Como vimos encontrando o Procurador parlamentar erros, negligências e faltas graves, poderá iniciar o processo contra o funcionário diante das Cortes de Justiça. Todavia, em se tratando de pequenas faltas, que tenham causado prejuízos aos cidadãos, estas são analisadas de outro modo, há algum tempo. Desenvolveu-se o costume de, nos casos de pequena gravidade, substituir-se o processo por uma advertência ao funcionário que não agiu corretamente em determinada questão.

Tendo em vista que o número de processos tem aumentado sensivelmente, advertir funcionários, em casos de somenos importância foi a solução encontrada para não assoberbar o Procurador parlamentar.

Os três Procuradores parlamentares passam trinta dias por ano em inspeções. Os "Ombudsman Substitutos" são enviados em inspeções por poucos dias. Além disso, os "Ombudsman" freqüentemente enviam advogados de seu escritório central para em seu nome fazerem inspeções em alguns estabelecimentos de menor importância.

Pode acontecer, porém, que nas suas decisões para esses casos acima apontados, além de explicar em que consiste a negligência, o erro, a falta do funcionário, faz o "Ombudsman" a acusação.

A ação crítica que desempenha o Procurador parlamentar tem por finalidade servir como informação, não só à pessoa que cometeu a negligência, a falta, mas também a outros funcionários, a fim de serem evitadas reincidências. Assim sendo, o conhecimento do direito objetivo é difundido, uma vez que todas as decisões do "Ombudsman" vão fazer parte do relatório anual, a respeito do qual já aludimos.

Investigações do "Ombudsman"

O Procurador parlamentar também intenta investigações a longo prazo. Ele empreende revisões de leis e preocupa-se com sua exequibilidade. Sugestões desse meio de controle têm várias fontes, que chegam até esse alto funcionário do Parlamento: pessoas que se queixam de atos oficiais lesivos ou artigos publicados em jornais, revistas e outras publicações. O "Ombudsman" não precisa declarar o motivo, a razão de sua investigação.

Em muitos casos, questões suscitadas são resolvidas durante a investigação do "Ombudsman".

Queixas (representações) do Público

Qualquer cidadão sueco, sentindo que seus direitos ou de outrem se acham ou foram ameaçados, poderá levar ao conhecimento do Procurador parlamentar, mediante queixa (direito de representação), essa circunstância. Ele sabe da

possibilidade de escrever ao "Ombudsman" para que haja representação contra algum funcionário. Não necessita se fazer representar por um advogado e, conseqüentemente, isso traduz que não haverá quaisquer ônus para ele (espécie de Justiça gratuita). Até mesmo cidadãos de outros países ou pessoas mesmo não vivendo na Suécia poderão recorrer ao "Ombudsman".

Não há, por conseguinte, nenhuma norma estabelecendo apenas uma legitimação ordinária, podendo até ocorrer que o queixoso não esteja diretamente vinculado à questão, admitindo-se, nesse caso, a legitimação extraordinária.

As queixas devem ser apresentadas por escrito. Pode acontecer que um membro da equipe do "Ombudsman" ajude o queixoso na confecção de sua carta; o que não é admissível é o anonimato.

É o Procurador parlamentar quem vai julgar da conveniência, da oportunidade, quando da leitura da carta-queixa (representação), para denunciar o que lhe foi relatado. Para o cidadão sueco, o "Ombudsman" representa um *Tribuno do povo, Guardião da Justiça, que zela pelos seus direitos, e o funcionário público da Suécia está bem a par dessas implicações.*

Claro está que muitas dessas representações serão rejeitadas pelo Procurador parlamentar por falta de amparo legal. Desse modo, o "Ombudsman" há de dar importância a casos realmente fundamentados, em que não houve observância da lei.

Entretanto, de qualquer forma, o queixoso receberá uma explicação do Procurador parlamentar sobre aquilo que lhe pareceu errado e que foi por este apreciado diferentemente. Assim, o Procurador parlamentar faz contrabalançar o interesse da comunidade e o interesse do indivíduo. Dando explicações ao queixoso, estará o "Ombudsman" garantindo a confiança que lhe deposita o público e o respeito deste pela Administração Pública e pela Administração da Justiça.

Avulte-se que, muitas das queixas são devidas à incompreensão do público, com relação à sistemática dos serviços burocráticos ou a mal-entendidos.

Convém lembrar que, em muitos casos, uma solução adequada é dada pela Administração tão logo há uma queixa junto ao "Ombudsman".

XVIII — *O Capítulo 20 do Código Penal Sueco de 1962, em vigor desde 1º de janeiro de 1965*

Como aludimos há pouco, o "Ombudsman" pode iniciar processos criminais contra os funcionários da Administração da Justiça e da Administração em geral.

As seções 1 e 4, do Código Penal Sueco, promulgado em 1962, estão particularmente relacionadas com a atuação do Procurador Parlamentar nos casos em que um funcionário, por ação ou omissão, abusa de sua posição em prejuízo do público ou de alguma pessoa ou, afora a negligência, a ignorância ou a incompetência, não cumpre com suas atribuições.

Estabelece a seção 1:

"If a civil servant, by act of commission or omission, misuses his position to the detriment of the public or of some individual, he shall, if the act does not constitute embezzlement or their breach of trust or else is separately made subject to punishment, be sentenced for misuse of office to suspension or dismissal; if appropriate reasons exist, he shall also be sentenced to imprisonment for at most two years. In petty cases only a fine shall be imposed."

Desse modo, o funcionário civil que, por ação ou omissão, abusa de sua posição em detrimento do público ou de alguma pessoa, se essa ação ou omissão não constituir desvio ou quebra da confiança ou qualquer outro meio empregado, está separadamente sujeito a punição; será sentenciado por abuso de função, a suspensão ou demissão; se razões adequadas existirem, ser-lhe-á também cominada pena de prisão de no máximo dois anos. Em casos de pouca gravidade somente será imposta pena de multa.

Se o crime for grave, demissão e prisão de no máximo seis anos serão impostas.

A seção 4 ainda prevê:

"If a civil servant, out of neglect, ignorance or incompetence disregards what is incumbent upon him in conformity with law, instructions or other ordinance, special directive, or the nature of his office, he shall, if the act does not constitute misuse of office or is otherwise separately made subject to punishment, be sentenced for breach of official duty to pay a fine or to suspension.

If the breach is grave, he shall be sentenced to suspension or dismissal; if appropriate reasons exist, he shall also be sentenced to imprisonment for at most one year."

Diante do exposto, se um funcionário civil, além da negligência, ignorância ou incompetência, descumprir com o que lhe incumbe, em conformidade com a lei, instruções ou outras ordens, diretivas especiais ou a natureza de seu ofício, será, se o ato não constituir abuso do cargo ou for de outro modo, separadamente, sujeito a punição, sentenciado por quebra de dever funcional a pagar multa ou a suspensão.

Se a infração for grave, será sentenciado a suspensão ou demissão; se razões apropriadas existirem, será sentenciado a prisão de no máximo um ano.

XIX – O Papel da Imprensa como Auxiliar do Procurador Parlamentar

A imprensa desempenha papel notável dentre as fontes de informação ao Procurador parlamentar sobre males provocados por funcionários da Administração. No século XIX, entretanto, tal crédito não se lhe dava. O "Ombudsman" parecia não acreditar nas informações por ela oferecidas. Considerava-as, mais ou menos, parecidas com queixas anônimas e, de acordo com o costume da época, delas não conhecia.

Atualmente, isso já não mais ocorre. Os casos apontados pela imprensa quase sempre são conhecidos pelo Procurador parlamentar, que irá investigá-los. Pode acontecer, todavia, que jornais, revistas e outras publicações, apontando faltas cometidas por um determinado funcionário, a respeito delas esteja incorrendo em falsos dados ou informação não segura ou incompleta. Nesse caso, o funcionário envolvido terá oportunidade de se manifestar, para mostrar que agiu dentro da lei.

A imprensa, ao denunciar erros cometidos pela Administração, estará não só dando publicidade às leis, regulamentos, estatutos e ordenações, mas também difundindo idéias de justiça entre os cidadãos.

Muitas das vezes, jornais suecos fazem a seguinte pergunta: "Está o Procurador parlamentar adormecido?" Ali, critica-se sua inércia para agir contra casos apontados. Nem sempre, entretanto, as decisões do "Ombudsman" agradam ou hão de agradar a imprensa.

XX — A Atuação do Procurador Parlamentar:

- a) ações contra restrições impróprias à liberdade da pessoa;
- b) ações contra decisões discricionárias;
- c) ações contra errônea interpretação da lei e transgressões de autoridades;
- d) ações de proteção à liberdade de reunião;
- e) ações contra atos da Administração local;
- f) ações contra interpretação irregular de leis e práticas indevidas.

a) *Ações contra restrições impróprias à liberdade da pessoa*

O Procurador parlamentar tem desenvolvido suas atividades diretamente com relação a atos de restrição à liberdade pessoal, de várias modalidades, considerados contrários à lei. São exemplos desses atos, contidos nos relatórios enviados anualmente, prisões não suficientemente fundamentadas ou falta de convicção da autoridade para prender uma pessoa. Consultando-se os relatórios anuais do "Ombudsman", do começo e da metade do século XIX, poder-se-á verificar que o respeito ao direito das liberdades pessoais era, freqüentemente, desconsiderado.

Atualmente, o campo de trabalho do Procurador parlamentar diz respeito, principalmente, a restrições administrativas à liberdade do cidadão. Os últimos anos têm provocado grandes esforços do "Ombudsman" para tornar claros assuntos relativos à salvaguarda dos direitos individuais, em íntima conexão com a prisão compulsória de doentes mentais, alcoólatras e menores delinqüentes.

Na Suécia, a prisão administrativa é o meio usado contra aqueles que deixaram de cumprir com os seus encargos legais, no tocante à prestação de alimentos a filhos menores. Deixando um pai de família de contribuir para o sustento de seus filhos, conforme foi deliberado pela Corte Administrativa,

pode aquele, como último remédio, ser enviado a uma "Casa de Trabalho", onde, de acordo com sua especialidade, prestará serviços.

Tratando-se de inadimplemento da obrigação de prestar alimentos devido à indolência ou preguiça do pai, é necessário haja uma ordem vinda da seção municipal correspondente, a fim de que o faltoso cumpra com a prestação, caso contrário será transferido para a "Casa de Trabalho". Essa instituição representa um meio muito eficiente para fazer com que pais de família relapsos cumpram com suas obrigações perante a prole e, em última análise, com a lei.

As leis que regulam essa matéria, segundo apuramos, são bem antigas, mas, apesar disso, fazem surtir bons efeitos. Ocorrendo o constrangimento contra a liberdade individual, os recalcitrantes, temendo o cárcere, apressam-se em dar cumprimento à obrigação. A revisão dessa legislação está vinculada ao reexame das leis concernentes a todas as espécies de penas de prisão que serão cominadas pelas Direções Administrativas.

No ano de 1958, o Procurador parlamentar fez uma inspeção em uma "Casa de Trabalho" e apurou, ao examinar os autos relativos a esses casos acima apontados, que as investigações que precediam as decisões da Direção Municipal, que enviavam esses faltosos para a "Casa de Trabalho", eram, na maioria das vezes, incompletas. Quase sempre, as pessoas que deviam prestar a obrigação não tinham se entrevistado com os membros do Conselho Municipal, que, à sua revelia, decidia as questões, ou não tinham a oportunidade de se defender.

Desse modo, concluiu o Procurador parlamentar que a razão fundamental do inadimplemento da obrigação repousava não na indolência ou na indiferença do devedor, mas, por exemplo, na sobrecarga de responsabilidades deste, no seio da família, ou por ser portador de defeito físico ou por motivo de doença mental. Frequentemente, os casos diziam respeito a alcoólatras inveterados que necessitavam de assistência do Governo. Em face desses problemas, o "Ombudsman" escreveu ao Governo, recomendando que, tendo em vista estar pendente a introdução de nova legislação sobre o assunto, instruções fossem baixadas para orientar os casos a serem resolvidos pelo Conselho Municipal.

O Procurador parlamentar não só atua nos casos de detenção arbitrária, mas também quando a captura de alguém for necessária.

Transcreveremos o caso citado por Alfred Bexelius, em seu livro "The Swedish Institution of the Justitieombudsman", página 16: "A few years ago, the Stockholm newspapers contained a story about an alcoholic who when intoxicated had fatally knifed his wife".

Assinala o autor que quatro dias antes do ocorrido, a esposa havia reportado o fato à polícia, alegando que seu marido era um alcoólatra perigoso e que não se sentia segura em sua companhia.

O "Justitieombudsman", tendo ficado a par desse relato, através de jornais, ordenou fosse procedida uma investigação, a fim de se apurar por que a polícia, a despeito do que relatara a pobre mulher, não havia detido o marido, alcoólatra contumaz.

Revelou essa investigação que a polícia, ao receber a queixa da esposa, havia mantido o marido sob custódia e o interrogara.

É de se evidenciar, todavia, que os regulamentos daquela época não conferiam à polícia manter pessoas alcoólatras sob custódia, por alguns dias, sob a alegação de estar investigando se as condições previstas em lei, para detenção compulsória de alcoólatras inveterados, em instituição própria, estavam conformes, a fim de ser iniciado o tratamento.

Na Suécia, esses casos de detenção são decididos, de acordo com a organização administrativa do país, pelos Municípios (Administração local). Durante aquela investigação restrita feita pela polícia, a esta não pareceu tratar-se de alcoólatra perigoso a pessoa em questão. Logo após, entretanto, a polícia teve conhecimento do homicídio, que poderia ter sido evitado. Examinando o caso, o Procurador parlamentar chegou à conclusão de que a polícia poderia ter notado que se tratava de alcoólatra perigoso, o que motivaria sua detenção para tratamento sob ordem administrativa.

Não entendeu o "Ombudsman", com relação a esse caso, em particular, que a polícia havia agido com negligência, embora a consecução de seus fins não tenha ocorrido, isto é, o poder de polícia falhara. Não tomou aquele Comissário Especial qualquer medida contra esse órgão, a não ser criticá-lo e informá-lo como devia agir naquele caso e outros afins. Escreveu, então, aquele Guardião das leis ao Governo, para que se desse proteção maior aos parentes de alcoólatras, propondo, por conseguinte, a revisão da lei, a fim de que se dessem amplos poderes à polícia (discricionários), no que concerne a pessoas suspeitas de serem alcoolistas perigosos, de serem mantidas sob custódia, até que ocorram maiores investigações a respeito.

b) Ações contra decisões discricionárias

Pode o Procurador parlamentar interferir nos casos em que a legislação sueca deixa a Administração agir a seu critério, em termos discricionários? Essa pergunta tem sido formulado. O "Ombudsman" poderá interferir contra decisões discricionárias, mas isso ocorre em casos excepcionais. Não podendo interferir, significaria tolher suas atribuições de guardião, de depositário dos direitos dos cidadãos.

Na prática, tornou-se difícil separarem-se questões pertinentes ao poder discricionário da Administração, daquelas a serem resolvidas por estatutos. A lei, permitindo a um setor da Administração Pública Sueca decidir discricionariamente, não quer dizer com isso que poderá agir com arbítrio dentro daquele limite estabelecido. Significa tão-somente que aquele setor, ao decidir, deverá observar as circunstâncias que envolvem cada caso concreto. Assim, mesmo quando se trata de discricção do Poder Público, na Suécia, há um certo limite que não deverá ser desatendido. Se esse limite foi transgredido, como, por exemplo, quando a administração se vale de uma circunstância não objetivamente estabelecida, nesses casos, faltando fundamentação para suas decisões, há transgressão da lei.

Citaremos um caso em que o Procurador parlamentar teve de atuar, porque a decisão discricionária não estava em conformidade com as circunstâncias

objetivas que teve diante de si um juiz (*apud* Alfred Bexelius, obra citada, página 24):

“A few years ago, the JO saw fit to prosecute a district judge because of a discretionary decision incompatible with the actual circumstances. The prosecution concerned failure by the judge to appoint defence counsel for a person charged with a crime.”

De acordo com a lei sueca, o Juiz, nos casos criminais de pequena relevância, tem uma certa latitude para decidir se um conselho de defesa deve ser apontado. A acusada, uma alemã de dezesseis anos, camareira, que não falava sueco, estava processada por ter furtado coisas de pequeno valor, avaliadas em cerca de 80 coroas. A empregada confessara não conhecer ninguém na Suécia, para que pudesse ser melhor orientada, o que significava ignorar completamente as leis daquele país.

Esse caso envolvia assunto não só relativo à punição pelo crime cometido, mas, também, e especialmente, à questão de sua expulsão do país. A ré foi condenada a dois meses de trabalho, sob a supervisão do “probation officer” e expulsa da Suécia. Pareceu ao Procurador parlamentar que, com relação às atuais circunstâncias, não tendo o Juiz indicado o Conselho de Defesa, significava ir de encontro ao espírito da lei e que o Juiz não tinha direito de se valer de poderes discricionários naquele caso. Em assim procedendo, entretanto, atuara erroneamente.

Outro caso de ação do Procurador parlamentar contra uma decisão discricionária poder-se-ia citar, apresentado pelo mesmo autor, para melhor configurar a questão:

“Under Swedish law, a prisoner has the right to obtain papers and magazines that will give him suitable occupation during leisure hours. According to another rule, a prison governor may decide on restrictions in the privilege that the inmates may enjoy, if such restrictions are considered necessary for the maintenance of order and security in the institution. It now happened that a prison governor forbade the inmates to buy a certain weekly magazine which in Sweden has a circulation of several hundred thousand copies.” (Obra citada, página 25.)

O Procurador parlamentar teve conhecimento dessa proibição. O Diretor da Penitenciária, respondendo às indagações do “Ombudsman”, alegou que as revistas tinham publicado, algumas vezes, artigos sobre condições das penitenciárias e, tendo em vista que o comportamento dos presos havia sido por elas influenciado, a proibição estava conforme a lei.

O “Departamento Nacional das Penitenciárias” ao ser chamado a opinar a respeito do caso acima relatado, chegou à conclusão de que o diretor da prisão havia agido corretamente, que não assistia qualquer razão plausível para criticá-lo, desde que usara de seus poderes discricionários. Entretanto, o Procurador parlamentar, defendendo o seu ponto de vista, escreveu ao Departamento, mostrando que em todas as outras penitenciárias aos detentos era permitido comprar a mesma revista. Desejava saber esse Comissário Especial se a proibição estava fundamentada. Queria saber ainda se, aos que cumpriam

pena, somente lhes seria defeso comprar os números atrasados da publicação, que foram considerados atentatórios à tranquilidade naquela penitenciária. Após ter sido provocado a opinar, por diversas vezes, aquele Departamento anual que a todos os prisioneiros fosse permitida a compra da revista, porém, ao diretor da penitenciária seria lícito proibir sua entrada temporariamente se um próximo número apresentasse artigos ofensivos. Esse pronunciamento foi suficiente para contentar o Procurador parlamentar.

c) Ações contra errônea interpretação da lei e transgressões de autoridades

Grande número de ações provocadas pelo Procurador parlamentar dizem respeito a interpretações inexatas da lei.

Essas ações representam um passo amplo para que se distribua melhor justiça e se estabeleça maior proteção ao cidadão. Elas farão parte do relatório anual e serão divulgadas a todos os funcionários da Administração.

Apoiados em Alfred Bexelius, antigo Comissário Especial, aludiremos ao seguinte exemplo:

“According to Swedish law, incorporated companies are not allowed to acquire agricultural property without government permission. By this means protection is sought against big companies unnecessarily gaining possession of farm land. There is an exception from the need to obtain such concession in the case of property which has been declared by the Governor of the county to be mainly intended for use as a building plot or for other similar, i.e., small areas of no importance farming. A couple of years ago, a company in south Sweden was going to erect a large pulp factory on a large farm and forest property bought for that purpose, the grounds covering more than 1,000 acres.”
(Obra citada, página 20.)

Como se pode notar da leitura desse caso, de acordo com a lei sueca não se pode adquirir propriedade agrícola sem o prévio consentimento da autoridade governamental. O que se está tentando evitar é que grandes companhias, desnecessariamente, tornem-se proprietárias de terras agrícolas. Exceções a essa atitude do governo são admitidas. A fim de se obter tal concessão é preciso que o Administrador local declare deva a propriedade ser utilizada para ser edificada uma construção no terreno ou para utilizações similares, como o exemplo citado pelo autor, isto é, nos casos de pequenas áreas impréstáveis para o cultivo da terra.

Conforme situa a questão o antigo Procurador parlamentar, ocorreu que, há algum tempo, uma companhia no sul da Suécia estava erguendo uma grande fábrica de papel em ampla fazenda e propriedade florestal, comparada para esse fim, em área de mais de 1.000 acres. A companhia pediu permissão ao Governo e este declarou que a propriedade devia ser considerada, sobretudo, para ser edificada no terreno uma construção e que, desse modo, poderia adquiri-la sem autorização prévia do Governo. Esse pronunciamento era contrário ao espírito da lei. Após investigação, devida a uma representação, o “Justitieom-

budsman" instaurou processo contra o administrador local, que foi condenado, posteriormente, a pagar multa de 1.000 coroas suecas.

Com relação a abusos de autoridade, o Procurador parlamentar tem se manifestado incessantemente, para apurar sobre o comportamento indevido de funcionários da Administração em geral e do Judiciário.

Aliás, muitos casos dessa natureza o "Ombudsman" encontra nas suas relações com juizes que abusaram de suas prerrogativas com aqueles que procuravam a Justiça. Baseando-nos em caso citado pelo mesmo autor, apresentamos as seguintes atuações do Procurador parlamentar:

"A few years ago, a judge was fined 1,400 Swedish crowns for behaving inappropriately towards parties and witnesses."

Devido ao zelo desse alto funcionário do Parlamento, como vimos, a um juiz foi cominada multa de 1.400 coroas suecas, por ter-se comportado indevidamente perante partes e testemunhas. (Obra citada, página 6.)

Além desse caso, narra aquele autor o seguinte:

"In 1959, the JO sued a justice in the Court of Appel for assisting a friend, a lawyer, in drawing up a great number of documents to be handed to the courts. This was done outside of the duties of the judge and against payment. For this activity, which was found incompatible with his office as a judge, he was condemned by the Supreme Court to pay a fine of 1,600 Swedish crowns." (Obra citada, página 6.)

Como se depreende da citação, um juiz foi condenado pela Suprema Corte a pagar multa correspondente a 1.600 coroas suecas por não ter agido de acordo com os deveres inerentes ao cargo.

Menciona ainda esse autor que dois juizes foram multados, por não terem respeitado prazos processuais e, por esse motivo, o "Ombudsman" teve de agir. (Obra citada, página 6.)

d) Ações de proteção à liberdade de reunião

O trabalho exercido pelos antigos Procuradores parlamentares muito contribuiu para tornar assente o princípio da liberdade de reunião.

Conforme relata Bexelius, no fim do século XIX e no início do século XX, ocorria quase sempre que autoridades locais, sem fundamento legal, impediam reuniões onde conferências seriam realizadas. Em 1887, a um cientista famoso foi defeso fazer uma palestra sobre o seguinte tema: "O crescimento da população sueca e suas implicações para o bem-estar geral e para a moral pública."

A Administração local, que proibia essa conferência, foi criticada e seus responsáveis tiveram processo instaurado pelo Procurador parlamentar. Após instauração de muitos processos, tais entraves à liberdade de reunião foram diminuindo. Assim é que acentua o autor referido: "It is rather strange to note that Commissioners of conservative opinions — in accordance with their duties — were foremost in guarding the legal rights to propagate radical and new ideas."

Outro exemplo de atuação do “Ombudsman”, *apud* o mesmo autor, no concernente a essa restrição, passamos a relatar:

“Há alguns anos, o JO intentou processo contra um sacerdote que havia rasgado material de propaganda (“posters”) sobre uma conferência do “Exército da Salvação”, que teria lugar em sua paróquia. O sacerdote entendia ser a reunião indesejável, uma vez que, a seu ver, isso traria divisão na Igreja.”

O Procurador parlamentar, então, escreveu ao Bispo propondo fosse advertido o sacerdote. Tendo aquele prelado se eximido de punir o sacerdote, o “Ombudsman” levou o caso ao conhecimento da Corte de Justiça local, que entendeu ser o sacerdote culpado por haver infringido seu dever, pois a ele não cabia ir de encontro à liberdade de religião e de reunião, garantida pela Constituição Sueca a todo cidadão, tendo-lhe sido aplicada multa correspondente a 150 coroas. (Obra citada, página 17.)

e) Ações contra atos da administração local

As principais autoridades locais suecas podem expedir ordenações, de acordo com certos limites traçados pela Administração. Esses regulamentos locais são apreciados pelo “Ombudsman”. O Procurador parlamentar está sempre atento a essas regulamentações, que implicam, na maioria das vezes, em restrição da liberdade individual.

Exemplo de ações desse tipo é o caso apontado por aquele autor, na obra citada, página 18:

“O Chefe de Polícia de uma cidade provinciana proibira a um rapaz, acostumado a se comportar mal e a incomodar pessoas, de aparecer na principal rua da cidade. Se, entretanto, o fizesse, a polícia encarregar-se-ia dele. É óbvio que não havia qualquer fundamento legal para a proibição. Autoridades locais, porém, acharam fosse isso uma boa idéia, isto é, da possibilidade de o Chefe de Polícia incumbir-se dos perturbadores da ordem.”

Ficando a par da questão, o “Justitieombudsman”, que dela fora informado mediante informações de jornais, achando que o Chefe de Polícia não tinha poderes suficientes para decidir sobre a que pessoas seria permitido andar nas ruas, processou aquela autoridade local, que teve de pagar multa por essa atividade contrária à lei.

Além desse caso, apresenta o autor o seguinte:

“Rapazes do poder jovem, vestidos com jaquetas de couro, costumavam dirigir suas motocicletas sem canos silenciosos, fazendo terrível barulho, incomodando o público, numa cidade do sul da Suécia. Para coibir esse abuso, o Chefe de Polícia teve a idéia de valer-se de seus poderes para expedir ordenações locais sobre tráfego de veículos.

Essa ordenação estabelecia que os motociclistas da cidade só poderiam dirigir suas motocicletas de nove horas da noite às seis da manhã. A

proibição não fazia exceções. Nem mesmo incluindo a viagem de ida e volta ao trabalho, nem outras absolutamente necessárias.

Ao mesmo tempo, os agentes policiais foram instruídos de fazer parar somente aqueles que se utilizavam de seus veículos de tal modo a causar distúrbios, no caso, jovens motociclistas, entusiastas do esporte.

Desse modo, a proibição tornou-se popular, defendida pelo público em geral e pelos jornais. Outros Chefes de Polícia imitaram-no."

O Procurador parlamentar, então, teve de se manifestar. Explicava aos Chefes de Polícia que havia uma especial legislação contra o barulho provocado por veículos, a ser aplicada, nos casos em questão, por aquelas autoridades e que a matéria já estava completamente regulamentada.

Assim sendo, não cabia aos Chefes de Polícia locais regulamentá-la de novo, pois não tinham poderes para isso, ainda mais por meio de ordenações locais. Acentuou o "Ombudsman" que mesmo que fosse possível àquelas autoridades estabelecer ordenações sobre trânsito, aquela, sobretudo, contendo uma proibição geral, estaria prejudicando os bons motociclistas. Um Comitê Nacional, quase ao mesmo tempo, propusera fossem revogados parcialmente os estatutos que tratavam da matéria, dando, assim, aos Chefes de Polícia poderes expressos para agir, decretando tais ordenações.

Essa circunstância levou o Procurador parlamentar a escrever ao Governo, a quem apresentava uma posição contrária em aceitar-se tal proposta, alegando que regulamentos a respeito da restrição à liberdade de ir-e-vir do público em geral só deveriam ser introduzidos quando necessários, a não ser que o legislador tivesse fortes razões para restringir a liberdade dos cidadãos.

A questão do barulho provocado por esses maus condutores de veículos motorizados poderia ser resolvida de outro modo, apoiada em estatuto já em vigor.

Essa ação do Procurador parlamentar fez com que o Governo aceitasse seu parecer, sendo derrubada, por conseguinte, a proposta do Comitê.

f) Ações contra interpretação irregular da lei e práticas indevidas

O Procurador parlamentar, ao proceder a inspeções e examinando queixas que lhe são apontadas, muitas das vezes, verifica que idêntico dispositivo legal é interpretado de maneira diversa pelos órgãos da Administração, que estão sujeitos ao seu controle. É preciso ressaltar que, na Suécia, a jurisprudência das Cortes de Justiça não está subordinada às decisões proferidas pelos órgãos de instância superior, no que diz respeito a problemas de interpretação de leis.

O "Ombudsman" atua em caso de errônea interpretação da lei do seguinte modo: ao verificar que uma lei é aplicada de modo diverso por autoridades judiciárias ou administrativas, mediante pedido de informação junto às administrações locais, sobre como procedem quanto à interpretação de determinada lei, apresenta um parecer a respeito de como deva ser entendida, interpretada. Esse parecer está intimamente ligado ao espírito da lei, à sua finalidade, ao

seu sentido teleológico, aos documentos que a precederam e às decisões das instâncias superiores.

Esses pareceres do Procurador parlamentar farão parte do relatório anual que deve ser enviado ao Parlamento. Nesse trabalho, são divulgadas a todos os componentes da Administração e aos funcionários do Judiciário essas sugestões. Faz-se necessário dizer que o Procurador parlamentar evita abordar questões divergentes de leis, que serão resolvidas pela Suprema Corte ou pela Suprema Corte de Administração.

Não estaria o Procurador parlamentar desenvolvendo suas atividades de guardião do fiel entendimento da lei se não levasse em conta a questão da má interpretação da norma jurídica, se não medisse esforços para uniformizar sua interpretação.

Daí se depreende que a atribuição do Procurador parlamentar não se restringe às ações já mencionadas, isto é, auscultar faltas, negligências, infrações. Nos últimos anos, grande parte da atividade do "Ombudsman" tem sido a de procurar uniformizar a interpretação de leis. Isso se deve, quase sempre, porque as normas de direito positivo, a serem observadas pelas Direções Administrativas, dão margem a diferentes interpretações.

Ademais, o Procurador parlamentar não pode se eximir de apontar tais irregularidades, pois, para esse fim, de acordo com suas atribuições legais, deve peticionar ao Governo ou ao Parlamento para eliminar divergências das leis.

É essa, talvez, uma das mais importantes atribuições desse funcionário.

Apoiando-nos no autor aludido, apresentamos algumas dessas modalidades de atuação:

"Há alguns anos atrás, o "Justitieombudsman" dirimiu questão concernente ao modo de aplicação da lei por Cortes de Justiça de instância inferior, a respeito da expulsão de estrangeiros que foram condenados por crimes cometidos em território sueco."

O Procurador parlamentar verificou, então, que havia uma considerável disparidade no modo pelo qual as Cortes aplicavam a lei. A investigação procedida pelo "Justitieombudsman" aclarou essas questões e tornou assente uma correta interpretação. (Página 22.)

O seguinte exemplo refere-se à Administração Civil:

"A lei sueca autoriza a administração dos municípios a revogar licenças de motoristas. Essa revogação é apreciada quando a Administração, ao receber informações para esse fim, tem motivos para suspeitar que o titular da licença não preenche os requisitos necessários para continuar a trazê-la consigo, tais como, a cautela, responsabilidade, segurança. Há alguns anos atrás, o "Justitieombudsman" fez uma investigação sobre como atuavam as Administrações locais, com relação ao procedimento nesses casos e de que modo eram decididos."

Embora a matéria fosse conexas, o Procurador parlamentar aí encontrou grandes divergências sobre o atuar das Administrações locais. "Algumas das

Administrações locais, rotineiramente, perquiriam o titular da licença para dirigir, mesmo em se tratando de casos de pequena gravidade, que, por si sós, não podiam acarretar sua revogação.”

É desnecessário dizer-se que essa prática cessou, depois do pronunciamento do Procurador parlamentar, pondo fim, desse modo, a abusos de certas autoridades ao tomarem medidas contra aqueles que dirigiam veículos.

Traz à baila o mesmo autor o caso seguinte:

“Na Suécia, aquele que dirigir veículo motorizado, com uma concentração de álcool no sangue equivalente a 0,5 por 1.000 comete delito penal. Se a concentração subir a 1,5 por mil, o condutor é considerado estar agindo sob o efeito da substância e está sujeito, geralmente, a prisão.”

Entretanto, o sangue para exame era retirado posteriormente à ação de conduzir veículo e só teria valor como prova depois que se apurasse o teor alcoólico no sangue e que conclusões pudessem ser tiradas do exame, com relação à concentração alcoólica, ao tempo da infração. Há alguns anos atrás, o “Justitieombudsman”, examinando em seu gabinete quatrocentos processos ajuizados nas Cortes de Justiça e assistido por dois cientistas renomados, concluiu, em virtude desse exame que, em muitos casos, as Cortes tinham tirado ilações que não eram válidas, sob o ponto de vista científico. Baseando-se nesse exame, um grupo de trabalho foi criado, assessorado por cientistas, a fim de se demonstrar como o cálculo deveria ser feito, nas bases do atual conhecimento científico.

Esse meio encontrado pelo Procurador parlamentar para resolver a questão, sem dúvida alguma, não só estabeleceu critérios mais reais, à procura da verdade, à luz da ciência, como também trouxe segurança e respeito à lei e a confiança dos cidadãos no seu Tribunal.

Além desses casos apresentados, o Procurador parlamentar está sempre vigilante a questões concernentes à sistemática de interrogatórios de alcoolistas, à comunicação de documentos (qualquer cidadão sueco tem acesso a documentos públicos, desde que não envolvam questões de segurança nacional, relações internacionais ou sobre a integridade da pessoa humana, isto é, informações de caráter judiciário, médico etc.), à concessão de carteiras de habilitação de motoristas e em todos aqueles casos em que as leis dão ensejo a interpretações divergentes e que, por motivo de ordem prática e de interesse dos cidadãos, é de mister unificá-las.

XXI — As Atribuições Paralelas do Procurador da Justiça. Breves Considerações

Não se confunda a figura do Procurador parlamentar, suas atribuições previstas na “Regeringsformen” e na “Lei Orgânica do Riksdag”, com a do Procurador da Justiça (“Justitiekansler”).

Exerce este as funções de Ministro da Justiça, de Chanceler da Justiça. Ele deve responder pela observação das leis e pelos serviços administrativos dos demais procuradores e dirige um órgão central administrativo. Representa o

Estado nos casos cíveis quando há interesse da Coroa, aconselha o Gabinete em assuntos jurídicos e supervisiona a Administração da Justiça, podendo processar juizes e outros funcionários públicos por delitos cometidos.

Fazer cumprir o Código Penal Sueco é matéria da atribuição dos promotores públicos: Promotor do Estado (“Riksaklagare — RA”), promotores regionais e promotores municipais.

O Procurador da Justiça é nomeado pelo Governo e escolhido dentre magistrados de notório saber jurídico e reputação inatacável. O mesmo sistema procedimental dos Procuradores parlamentares aplica-se ao Procurador da Justiça. Ele também faz inspeções nos diferentes órgãos do Governo e revê muitos dos documentos oficiais. Trata-se do principal “Conselheiro” do Governo em assuntos pertinentes a matérias jurídicas.

XXII — Os Comissários de Vigilância do “Riksdag” e os “Ombudsman”. Diferenças

São diversas as atribuições dos Comissários de Vigilância do “Riksdag”. Estes controlam as atividades do Estado. É o Parlamento que faz as designações dos Comissários de Vigilância (*revisorer*). Constituem um organismo autônomo, exercendo suas funções junto aos serviços de inspeção das finanças e observam atos do governo a ela concernentes. Quando julgam necessário, formulam petições diretamente ao Parlamento ou ao Governo.

Assim estatui o artigo 7º, do capítulo XII, da atual Constituição Sueca:

“Art. 7 — Le Riksdag désignera dans son sein six commissaires de surveillance (*revisorer*) chargés de contrôler les activités de l’Etat et pourra étendre ce contrôle à d’autres activités. Il émettra des instructions à leur attention.

Ces commissaires de surveillance pourront, conformément aux dispositions de la loi, requérir les actes, les renseignements et les avis nécessaires à l’exercice de leur contrôle.

Le Règlement du Riksdag énoncera des dispositions de détail concernant les commissaires de surveillance.”

Os Comissários de vigilância do “Riksdag” são em número de 12 e nomeados para a duração de uma legislatura, embora o citado artigo aluda a seis comissários.

O Parlamento escolherá dentre eles um Presidente bem como um ou muitos vice-Presidentes, eleitos separadamente. É o que alude o artigo 12, capítulo VIII, do Regulamento do Parlamento Sueco:

“Art. 11 — Les Commissaires de surveillance du Riksdag devront être douze et nommés pour la durée de la législature.

Le Riksdag choisira parmi eux un Président ainsi qu’un ou plusieurs vice-Présidents, chacun d’eux élu séparément.”

XXIII – Dados Estatísticos Sobre a Atuação dos Procuradores Parlamentares

No século XIX, numerosos eram os processos iniciados pelo “Ombudsman”, que atuava, sobretudo, como promotor.

Entre 1946 e 1958, o “Ombudsman” para assuntos cíveis processou funcionários em 91 casos. Foram acusados 18 (dezoito) juizes, 23 (vinte e três) promotores públicos, 15 (quinze) policiais e 4 (quatro) clérigos. Nesse mesmo período, o “Ombudsman” para assuntos militares processou funcionários em 142 casos, dos quais 85 (oitenta e cinco) eram oficiais, 20 (vinte) suboficiais, 10 (dez) soldados e 27 (vinte e sete) membros do corpo civil-militar, e outros. (*Apud* “Dados sobre a Suécia”, julho de 1965.)

Em 1963, o “Justitieombudsman” e o “Militieombudsman” receberam juntos 1.300 queixas.

Em 1968, 2.120 queixas foram recebidas.

Em 1970, porém, 2.618 queixas foram apresentadas, segundo informação do Instituto Sueco de Stockholm (“Svenska Institutet”).

O número de queixas tem progredido recentemente. Durante os cem primeiros anos de atividade do “Justitieombudsman”, cerca de 70 queixas por ano foram apresentadas. (*Apud* Blix, obra citada).

É claro que, diante do número de queixas, o “Ombudsman” se torna incapaz de a todas dar crédito. Assim, ele pesa aquelas que são da maior importância para a comunidade e para liberdade do indivíduo.

O número de representações ao Procurador parlamentar poderia ser bem maior não fossem os graus de recursos (apelação) estabelecidos pelas leis administrativas suecas. Desse modo, poder-se-á apelar ao Governo ou à Suprema Corte Administrativa, antes de se recorrer àquele funcionário do Parlamento, uma vez que aos cidadãos são oferecidas possibilidades de correção das decisões proferidas, através do sistema da apelação.

Poderia, entretanto, o número dessas representações ser menor, se as Direções Administrativas (“Ambetsverk”) fundamentassem suas decisões. Por conseguinte, o grande número delas dimana, em geral, da falta de fundamentação das decisões, por não compreender o público o por quê do que foi proferido pelos órgãos centrais (“Centralt Ambetsverk”) e locais do Governo e têm, diante disso, a impressão de que estes agiram com arbítrio.

Em 1973, 3.699 casos foram apresentados aos Procuradores parlamentares; 3.219 representações foram recebidas e 445 casos foram iniciados *ex officio*, com base em informações contidas em jornais e observações feitas durante inspeções. (Reportado pelo “The Swedish Parliamentary Ombudsman”. *Annual Report for 1973, summary in English*).

XXIV – Novos Cargos de “Ombudsman” Criados Recentemente na Suécia

Além dos três cargos de “Ombudsman” assentes em 1968, de idêntico nível, foram estabelecidos mais três representantes, em anos diversos, isto é, o “Ombudsman Antritrust”, o “Ombudsman para o Consumidor” e o “Ombudsman para a Imprensa”.

Diferentemente do que ocorre com os Procuradores parlamentares, esses três últimos não são indicados pelo “Riksdag”, como veremos a seguir.

XXV — Considerações Gerais Sobre o “Ombudsman Antitrust”

O “Ombudsman Antitrust” é apontado pelo “Rei em Conselho” (o Rei em reunião com o seu Gabinete), ao invés de ser feita a indicação pelo Parlamento.

Esse cargo foi criado em 1954. É o “Ombudsman Antitrust” assessorado por vinte funcionários, sendo conhecido na Suécia por “Näringsfrihetsombudsmannen”, N.O.

As atividades desse alto funcionário têm por base a “Lei sobre a Restrição da Concorrência”, isto é, a lei sueca *antitrust*. Essa lei evidencia seu propósito de promover competições sadias na economia do país, conforme é desejado pelo público.

Dois tipos de prática restritiva de atos de comércio são proibidos, de acordo com o que prevê o Código Penal Sueco: a imposição de um preço de venda a varejo e submissões de oferta ou a conivência dos concorrentes. Entretanto, isenções a esses princípios poderão ser concedidas se forem preenchidos certos requisitos.

É necessário pôr em destaque que a lei sueca, a respeito dessa matéria, não é tão rígida, nem alicerçada em sanções penais.

O “Ombudsman Antitrust” atua *sponte sua* ou em virtude de representações de sociedades comerciais sobre o comportamento de suas congêneres.

Agindo em nome próprio, as principais fontes de pesquisa desse representante são a imprensa e o “Registro Nacional dos Cartéis”, mantido em dia pelo “Ofício Nacional dos Preços e dos Cartéis”. (“Statens pris och kartellmännnd” — SPK).

Muitas das vezes, é o “Ofício Nacional dos Preços e dos Cartéis” que provoca esse representante. As pesquisas que dizem respeito a questões bancárias ou a questões de seguro são confiadas a serviços especiais.

Se, após investigações, o “Ombudsman Antitrust” chegar à conclusão de que práticas restritivas de atos de comércio foram efetivadas e que trazem prejuízos, poderá, por serem contrárias à lei, obrigar as partes a modificar ou extinguir os atos que restrinjam a competição sob seu exame.

Não conseguindo conciliar as partes, o “Ombudsman Antitrust” encaminha o assunto para ser apreciado pela Corte de Mercado (“Marknadsdomstolen”).

A Corte de Mercado é um Tribunal especial, composto de juristas e representantes da comunidade, negociantes e consumidores. Achando serem prejudiciais e ilegais os efeitos desses atos, a Corte de Mercado decide pela necessidade de se empreenderem negociações, a fim de afastá-las. Não chegando, porém, aquela Corte a um acordo satisfatório, terá autoridade, como por exemplo, nos casos de recusa de venda, para ordená-la, sob pena de ser cominada multa à parte infratora.

XXVI — Considerações Gerais Sobre o “Ombudsman para o Consumidor”

Semelhantemente ao “Ombudsman Antitrust”, o “Ombudsman para o Consumidor”, cuja sigla, muito do conhecimento dos Suecos é KO, “Konsumentombudsmannen”, é indicado pelo “Rei em Conselho”.

O primeiro "Ombudsman para o Consumidor" tomou posse no dia 1º de janeiro de 1971.

São deveres do "Ombudsman para o Consumidor" garantir a observância de duas leis, em proveito do consumidor: a "Lei sobre o Marketing" e a "Lei sobre as Cláusulas Contratuais".

A "Lei sobre o Marketing" tem por base proteger os cidadãos contra propaganda que envolva sua boa-fé e contra outros atos de comércio que lhes são prejudiciais.

O "Ombudsman para o Consumidor" atua verificando se a propaganda feita contém informação inverídica acerca de produtos, preços, qualidade, quantidade, embalagem, etc., vela pelos anúncios em jornais, revistas e outras publicações, publicidades feitas em cinemas, publicidades sobre embalagens e supervisão, enfim, todas as espécies de atos de mercado interno, levados a efeito por empresários particulares ou públicos.

O princípio do ônus contrário da prova é adotado. Nesses casos, o responsável pelo produto deverá provar, por exemplo, que não há falsidade na informação contida no anúncio, a respeito do produto em questão.

A "Lei sobre as Cláusulas contratuais" visa a proteger os consumidores da argúcia dos vendedores, que estabelecem, às vezes, condições não honestas, iludindo sua boa-fé. Exemplo disso são os contratos impressos, padronizados, que são comumente usados na venda de bens indispensáveis ao consumidor e os contratos que abarcam prestação de serviços (contratos com agências de viagens). Esses contratos padronizados podem dispor de cláusulas impressas favorecendo indevidamente o vendedor, em detrimento do comprador.

O "Ombudsman para o Consumidor", nesses casos, agirá por conta própria, ao pesquisar sobre esses atos, ou mediante provocação da parte prejudicada. Primeiramente, procura conciliar as partes, ou fazer advertência ao seu responsável.

Entretanto, encontrando dificuldades para resolver essas questões litigiosas, envia os casos à Corte de Mercado, para decisão, a fim de obrigar o empresário a não se valer de atos de comércio prejudiciais, ou para que não coloque condições nocivas nos contratos.

Geralmente, diante das circunstâncias, ordem formal daquela Corte é expedida, no sentido de ser respeitada a lei e mais a cominação da multa que o empresário deverá pagar, uma vez violado o preceito.

Esclareça-se que não há apelação das decisões proferidas por aquela Corte.

XXVII – Considerações gerais sobre o "Ombudsman para a Imprensa".

Esse cargo foi criado em 1º de novembro de 1969. Seu titular é indicado por uma Comissão especial, composta de três pessoas: o Procurador parlamentar, o Presidente da Ordem dos Advogados da Suécia e o Presidente do Serviço de Colaboração da Imprensa.

Evidencie-se que a Imprensa Sueca não exerce grande influência na escolha desse alto funcionário e ela o faz deliberadamente.

Antes de ser criado esse cargo, queixas de delitos contrários à boa publicação eram apresentados à "Corte de Honra", porém, agora sua apreciação está

sujeita diretamente ao “Ombudsman para a Imprensa”, que tem poderes para agir *ex officio*.

Anteriormente, a redação de um artigo ofensivo teria de ser considerada em razão de sua íntima conexão com a pessoa do queixoso. Hoje, qualquer cidadão sueco poderá protestar por tudo aquilo que diga respeito a violações de conceitos de ética da imprensa.

Após a representação ao “Ombudsman para a Imprensa”, este deverá verificar previamente se o jornal, a revista ou qualquer outra publicação fez alguma retificação ou deixou espaço para a réplica do ofendido.

Para esses fins, o “Ombudsman” mantém contatos com os editores de publicações. Nesse caso, a atitude do “Ombudsman para a Imprensa” é de um mediador.

Dada a importância da queixa, notando o Comissário que princípios de ética da imprensa não foram observados, procede a um interrogatório do responsável pela publicação, a fim de obter deste um exposto sobre o assunto. Aqui, age o “Ombudsman para a Imprensa” como se fosse Promotor de Justiça.

Uma vez terminado o interrogatório, terá o “Ombudsman” duas medidas a tomar: em primeiro lugar, pode ser que o assunto não tenha relevância para ser apreciado pelo “Conselho Sueco de Imprensa”, também chamado “Corte de Honra”.

Em segundo lugar, pode ter ficado patenteado naquele interrogatório que a matéria inverídica há de ser revista pela Corte.

No primeiro caso, o queixoso poderá pleitear seu direito junto à Corte, se tiver interesse próprio, se estiver afeto à questão.

No segundo, a decisão é dada pelo próprio “Ombudsman”. O regulamento, então, baixado pela Corte, não impede ao reclamante de submeter a questão a uma Corte de Justiça comum.

Os trabalhos exercidos pelo “Ombudsman para a Imprensa” e pela “Corte de Honra”, em favor do reclamante, não são cobrados. São exercidos gratuitamente. É, portanto, sua atividade uma espécie de Justiça gratuita.

A “Corte de Honra”, decidindo que a publicação foi ofensiva, violando princípios de correção da Imprensa, tem poderes para aplicar pena pecuniária ao órgão jornalístico infrator.

A primeira punição ao transgressor significa que este deverá pagar 1.000 Coroas suecas. Cometendo o mesmo órgão da Imprensa reiteradas infrações, dentro do prazo de um ano, a contar da primeira, a pena pecuniária é aumentada gradativamente, porém não poderá exceder a 3.000 coroas suecas.

Além dessas atribuições, o “Ombudsman para a Imprensa” poderá ser consultado pelo público em geral, para opinar sobre assuntos relativos à ética da Imprensa, o que faz gratuitamente.

XXVIII — Alguns Dados Sobre a “Corte de Honra”.

O Conselho Sueco de Imprensa, também chamado de “Corte de Honra”, foi criado em 1916, sendo, talvez, o mais antigo tribunal desse gênero em todo

o mundo. Dele fazem parte: o "Clube Nacional de Imprensa", a "União dos Jornalistas" e a "Associação dos Editores de Jornais".

A "Corte de Honra" é composta de um jurista, que é o seu Presidente, um representante do "Clube Nacional de Imprensa", um representante da "União dos Jornalistas" e outro da "Associação dos Editores de Jornais" e mais dois representantes do público, que não tenham ligações quaisquer com organizações de imprensa, nem com editores de jornais.

XXIX — *O Código de Imprensa Sueco ou "Código de Honra" e o "Ombudsman Para a Imprensa". Breves Notas.*

Em 1923, o "Clube Nacional de Imprensa" elaborou um Código de Imprensa que tem sido revisado várias vezes. Entretanto, a criação do "Ombudsman para a Imprensa" deve-se ao fato de que, durante os anos 60, terem sido verificadas diversas violações de práticas jornalísticas, sobretudo, devido à competição e fundação de jornais populares. Daí o interesse da própria Imprensa, face às críticas que recebia, em fazer algumas reformas levadas a efeito em 1969, tendo por finalidade tornar o sistema de autodisciplina de seus profissionais mais seguro e efetivo.

XXX — *A Criação do Cargo do "Ombudsman" em Outros Países*

Muitos países "adotaram" o "Ombudsman" em suas legislações. Cargos de "Ombudsman" foram introduzidos em outros países escandinavos (Dinamarca, Finlândia e Noruega). A Finlândia o institucionalizou, em virtude dos laços jurídicos que, no passado, manteve com a Suécia (1919).

Na Dinamarca, a Constituição de 1953, em seu artigo 55, criou o cargo de "Mandatário ou Procurador-Geral do Parlamento". É o "Folketingets Ombudsman", o representante, o protetor do cidadão dinamarquês, órgão do Parlamento.

Na Noruega sua criação ocorreu em 1952 ("Ombudsman" para assuntos militares e "Ombudsman" para assuntos civis, em 1962).

Além desses países, a República Federal da Alemanha (artigo 45, b, da Lei Fundamental, inserido pela Lei de 19 de março de 1956, Boletim de Leis da Federação I, pág. III, que criou o *Werbeawtrage des Bundestages*), a Nova Zelândia (1962), a Guiana Britânica (1966), a Grã-Bretanha (1967), Ilha Maurício (1967), Nova Brunswick (1967), Alberta (1967), Manitoba (1969), Nova Escócia (1970), Terra Nova (1970), Irlanda do Norte (1970), Saskatchewan (1972), Israel (1972), Estados Unidos (3 Estados da Federação), Gana, Japão, Polônia, Iugoslávia, URSS, França (*Le Médiateur*, 1973), seguiram os passos do direito sueco, nesse particular, adaptando, entretanto, esses Estados e as províncias canadenses essa instituição, em conformidade com o sistema constitucional inerente a cada um.

Em muitos Estados verifica-se o interesse por essa nobre instituição, pois tem sido notado que é essencial ao moderno Estado de Direito. Trata-se de um cargo necessário e útil à proteção dos cidadãos, de seus interesses legais, tendo em vista os problemas que surgem do desenvolvimento rápido da sociedade. Desse modo, o "Ombudsman" trabalha para assegurar uma melhor proteção de direitos, tentando prevenir erros, atentando ao sentido teleológico das leis, dando, enfim, relevo ao "bisogno generale dal popolo".

O desenvolvimento da sociedade tem dado ênfase à extensão da atividade do governo não só em novos campos, mas também àqueles anteriormente vistos pelo particular, o que faz com que os cidadãos dependam de órgãos do Poder Público. Daí, a necessidade de um órgão independente dos setores burocráticos para controlar atos do Judiciário e da Administração em geral.

XXXI — Possibilidade da Criação do Cargo no Brasil. Brevíssimas Considerações

É de se atentar para a introdução dessa instituição no Brasil. A nosso ver, o cargo desse especial fiscal da lei, guardião dos direitos e garantias dos cidadãos, poderá ser criado no País, desde que se adapte essa figura, tendo em vista o nosso direito constitucional, o direito administrativo, as leis processuais e a organização judiciária de cada Estado da Federação. Há de ser levado em consideração também o problema da extensão territorial do Brasil, o que não ocorre com a Suécia. Mas essa situação poderá ser resolvida plenamente, cremos nós, se forem adotados rigorosamente critérios de competência, instituindo-se diversos cargos dessa natureza, de idêntica atribuição a atuar nas diferentes regiões do País.

Não pretendemos alongar nossa conclusão, uma vez que nosso trabalho diz respeito ao estudo dessa instituição no país que a criou. Em próximo estudo, talvez possamos demonstrar, precisamente, a utilidade do estabelecimento dessa instituição em nosso País, transportando-a de seu Estado de origem e amoldando-a ao conjunto de nossas instituições, à sistemática das normas jurídicas de nosso direito positivo.

XXXII — Bibliografia

Baseamos nossos estudos nas seguintes obras e publicações:

- 1) Constituição da Suécia, de 6 de junho de 1809. Artigos fundamentais para o conhecimento da matéria: 96 a 100. Publicação do Ministério Real Sueco dos Negócios Estrangeiros;
- 2) "Textes Constitutionnels de la Suède"; *Constitution* (artigos 96 a 100), *Loi organique du Riksdag*, editados pelo Parlamento Sueco, Stockholm, 1972. Modificações dos textos da Constituição Sueca de 1809 propriamente dita ou "Regeringsformen";
- 3) Antiga Lei Orgânica do Parlamento, de 22 de junho de 1806. Artigo Básico: 68. Publicação do Ministério Real Sueco dos Negócios Estrangeiros;
- 4) "Lois Organiques de la Suède. Constitution, Règlement du Riksdag, Loi de la Succession du Trône, Loi sur la Liberté de la Presse". Publicação do Parlamento Sueco, tradução de Marcel Bouvier, Stockholm, 1975;
- 5) Anderman, S.D., "The Swedish Justitieombudsman", trabalho constante do *American Journal of Comparative Law* (1962), páginas 225 a 238;
- 6) "The Scandinavian Ombudsman", in *The American Scandinavian Review*, dezembro de 1964, páginas 403 a 409;
- 7) Andrén, N. "The Swedish Ombudsman", in *The Anglo-Swedish Review* (1962), págs. 97 a 103;
- 8) Alfred Bexelius (antigo Comissário Parlamentar Especial junto à Administração Civil e ao Judiciário) "The Swedish Parliamentary Commissioner for the Judiciary and the Civil Administration", publicado pelo Departamento de Imprensa do Real Ministério Sueco dos Negócios Estrangeiros;
- 9) Haller, W., "Der Schwedische Justitieombudsman", Zürich, 1964;
- 10) Hans Blix, "A pattern of effective protection: The Ombudsman";
- 11) "Facts sheets on Sweden", publicado pelo Instituto Sueco de Estocolmo ("Svenska Institutet"). May 1972;

- 12) "The Swedish Civil Service", páginas 25/27. Publicação do Ministério das Finanças, Stockholm, 1967;
- 13) Pierre Virde, "Swedish Government Administration", página 84;
- 14) "The Swedish Parliamentary Ombudsman". *Annual Report for 1973. Summary in English*;
- 15) "Feuillet de Documentation sur la Suède": "L'Ombudsman en Suède" (données: décembre 1972, imprimé en Suède en janvier 1973);
- 16) "Feuillet de Documentation sur la Suède": "Legislation et Justice en Suède" (données: novembre 1972, imprimé en Suède: février 1971);
- 17) "Dados sobre a Suécia": "O Sistema Judiciário da Suécia", julho de 1965;
- 18) Folke Schmidt e Stig Strömholm, "Legal Values in Modern Sweden", páginas 5 e 6;
- 19) B. Egenvali, "Le rôle joué para le Procureur parlementaire (Ombudsman) de Suède en matière de droit social", *Droit Social*, 1970, páginas 9 a 12;
- 20) K. Helmgren, "La protection des administrés en droit suédois et la charge de l'Ombudsman", páginas 69 a 74, *Droit Social*;
- 21) T. Modeen, "Le cinquantenaire de l'Ombudsman finlandais", *Revue des Droits de l'Homme*, 1970;
- 22) "L'Ombudsman", "Problèmes politiques et sociaux", números 65 et 66. Paris, Documentation française, 1971;
- 23) Donald Rowat, "The Ombudsman Plan: Essays on the worldwide spread of an idea", Carleton Library Mc Clellan and Stewart, 1973;
- 24) V. Desfeuilles, "Le pouvoir de contrôle des Parlements nordiques". Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1973,
- 25) "Dinamarca", publicação do Serviço de Imprensa do Ministério das Relações Exteriores da Dinamarca, Copenhague, 1959;
- 26) "The Parliamentary Ombudsman, his functions, position and relation to the Chancellor of Justice in Finland", *International Review of Administrative Science*, 1963,
- 27) André Legrand, "L'Ombudsman Scandinave", Paris, 1970;
- 28) Gunnar Hesselén, "Public Administration in Sweden", páginas 51/55, publicado pelo Instituto Sueco de Estocolmo, 1950;
- 29) Rowat Donald C., "The Ombudsman Citizen's Defender". George Allen and Unwin Ltd. London, 348, páginas, 1965;
- 30) Hugo Henkon, "The Ombudsman for military affairs";
- 31) Ulf Lundvik, "Comments on the Ombudsman for civil affairs";
- 32) Walter Gellhorn, Sweden, no livro "Ombudsmen and others";
- 33) Paavo Kastari, "The Chancellor of Justice and the Ombudsman";
- 34) Constituição da República Federal da Alemanha, Boletim de Leis da Federação I, página 111;
- 35) Yijó Bolmstedt, "The Finnish Legal System", páginas 36, 39 e 46;
- 36) Ulf Lundvik, Gunnar Thyresson, Bertil Wennergren, "The Swedish Parliamentary Ombudsmen", Stockholm, 1974, 18 páginas;

Nota: Os autores acima são os atuais "Ombudsman". O Dr. Ulf Lundvik foi reeleito em 1972, o Dr. Gunnar Thyresson, em 1973, e o Dr. Bertil Wennergren, em 1972.

O primeiro cuida de casos sobre impostos e execução de julgamentos e todos os outros assuntos concernentes à administração civil não supervisionados pelo Dr. Wennergren.

O segundo supervisiona Cortes de Justiça, promotores públicos, a polícia e as Forças Armadas.

O terceiro supervisiona o campo do bem-estar social, seguro social e educação e assuntos relativos ao acesso ao público em geral de documentos oficiais.

Agradecemos a grande colaboração que nos foi dispensada pelo Instituto Sueco de Estocolmo ("Svenska Institutet") e pelo Consulado Geral da Suécia no Brasil, sem a qual não nos teria sido possível realizar o presente estudo.

A irrenunciabilidade dos alimentos

no acordo de desquite

DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO LIMA

Desembargador do Tribunal de
Justiça de Mato Grosso e Professor
Catedrático da Fundação Universida-
de Federal de Mato Grosso.

1. Introdução — 2. Etimologia e Conceituação
— 3. Alimentos no Direito Grego e no Direito Ro-
mano — 4. No Direito Canônico — 5. Síntese do
Direito Comparado — 6. No Direito Civil Brasileiro
— 7. A Posição do Colendo Supremo Tribunal Fe-
deral — 8. Conclusões Gerais.

1. INTRODUÇÃO. Uma explanação mais vasta e pormenorizada a respeito de alimentos, pelos múltiplos aspectos que encerra e infindáveis conflitos que suscita, escaparia, por certo, ao âmbito modesto e restrito deste sucinto trabalho, mais prático que doutrinário. (1)

Enquanto perdura o calor da necessidade e da importância do casamento e a mulher consegue manter em pleno funcionamento a engrenagem de unir a ternura que floresce em amor e maternidade à multi-forme habilidade, à inteligência alerta e à beleza sem idade, agregando e partilhando tudo sem egoísmos e indagações, não se pode falar em obrigação alimentícia, em encargos matrimoniais. A sublimidade da união não permite descer a pormenores tão rasteiros. Mas, afirmamos na Apela-

(1) Recomendamos a leitura, mais circunstanciada, de nosso DESQUITE AMIGÁVEL — Doutrina — Legislação — Jurisprudência — Rio — Editor Borsoli — 1972 — 2.ª Edição — págs. 205/271 — n.º 28;

ção Cível nº 6. 648 — Amambai — “quando o casamento perde todo o seu encanto e sabor, para caracterizar-se como uma simples associação legal, por falta de raízes e substâncias; quando os cônjuges sem ter o que dar se encolhem dentro de si, solteiros apesar de casados; quando o altruísmo do amor se atrofia, degenera em individualismo irritado pelo compulsório da indissolubilidade; quando a indiferença substitui a familiaridade entre os dois e o amor, que é luta e perseguição emotiva por sua própria natureza, transforma-se em guerra, sem os ligeiros armistícios dos contactos noturnos, nada mais resta a salvar, nem mesmo as aparências. Os sentidos fraqueiam, a felicidade se esboroa, a injúria passa a ser carinho sob o calor das sevícias, a suspeita se instala de mansinho”, então, afirma-se a tirania do artigo 231 do Código Civil Brasileiro, com os seus encargos insuportáveis e o desquite (decisão que não resolve)... nunca dantes admitido, importa, tão-só, na formalização de um estado de fato, impedindo que continuem a exagerar os efeitos do outro, insultando e profanando os ídolos que ambos já foram no período do desejo.

O problema alimentício surge, apenas, em caso de separação, rutura ou cessação da vida em comum. As causas motivadoras da dissolução do matrimônio encontram origem em diversas hipóteses: abandono, separação de fato, desquite litigioso e desquite amigável.

Pretendemos abordar, com exclusividade, um dos pontos nevrálgicos das alimônias: — a pensão alimentícia acordada à esposa por ocasião e efeito do desquite voluntário, cuja natureza jurídica, influenciada por conceitos alienígenas, provoca divergências irreconciliáveis entre juristas e magistrados, tratadistas e estudiosos, com reflexos imensuráveis em nossa jurisprudência.

A jurisprudência brasileira de alimentos se nos apresenta bastante vacilante quanto às teses perscrutadas. Para uns, encorajados com o apoio irrestrito do Colendo Supremo Tribunal Federal, irrenunciável direito de ordem pública decorrente do dever conjugal não desfeito pelo desquite que pode deixar de ser exercido mas, se houver desistência, só se tornará reclamável, provada a inocência e pobreza da alimentanda, considerando-se sua renúncia, além de matéria estranha ao desquite, sem qualquer amparo na lei, destituída, portanto, de efeitos jurídicos. Enquanto outros a consideram como mera transação dispensável, por renúncia ou omissão, se a mulher possui bens ou meios de sobrevivência, afirmando MACHADO (2), que “uma transação sobre o *quantum* dos alimentos seria válida se os que deixara em virtude dela ao alimentado bastarem para satisfazer suas necessidades”.

2. ETIMOLOGIA E CONCEITUAÇÃO. Etimologicamente provém de *alimentum* (*alimenta, alimonium, alimonia*), derivado de *álere* (*alo, is, lui altum, álere*), nutrir, criar alimentar, sustentar, produzir, querendo expressar tudo o que serve para sustentar o corpo.

(2) MACHADO apud Rozzónico, Lutz Maria — “Estudios de las Obligaciones en Nuestro Derecho Civil” — Buenos Aires — Depalma — 1966 II/1.038;

Em sentido vulgar e material, entende-se por alimentos “toda a substância susceptível de ser digerida e de servir para a nutrição” (3) ou, de um conceito mais amplo, a “designação genérica de todo o elemento que proporciona ao organismo a energia e a matéria para sua manutenção e para seu desenvolvimento” (4).

O vocábulo, em sua significação jurídica, possui conotação ainda mais ampla. Compreendida, já no direito romano, segundo se observa em diversas passagens do Digesto (5), tudo o que é necessário à vida física e intelectual: sustento, alojamento, leito, vestuário, as atenções exigidas pela saúde e educação.

As Ordenações Filipinas (6), seguindo as pegadas da conceituação romana, assim os entendeu: “... o que lhes necessário for para seu mantimento, vestido e calçado e tudo mais em cada ano”... “e mandará ensinar a ler, escrever, aqueles que forem para isso, até idade de doze anos”.

CORRÊA TELLES (7) doutrinava: “por alimentos entende-se não só casa, mesa e vestido, mas também, ensino de letras, ou de ofício, e cura de moléstias”.

CLOVIS BEVILAQUA (8), LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA (9), CARVALHO SANTOS (10), SILVIO RODRIGUES (11), PONTES DE MIRANDA (12), JOÃO MONTEIRO (13) JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ (14) ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA (15), JOSÉ VIRGÍLIO CASTELO BRANCO ROCHA (16), perfilham a mesma conceituação.

LACERDA (17) já apresentava sua síntese: “o que se dá a uma pessoa para atender a sua subsistência”, enquanto que BAUDRY-LACANTINERIE (18) o concebia como “obrigação que têm certas pessoas de fornecer alimentos a outras determinadas, isto é, tudo o que é necessário

(3) “Encyclopedia e Diccionario Internacional” — Jackson — I/332;

(4) “Diccionario Universal de Curiosidades” — S. Paulo — I/71;

(5) “Fr. 43, 44, 234, § 2.º, D. de verb. signif. 50, 16; Fr. 45, D. de usufuctu. 7, 1; Fr. 5, § 12, D.h.t; Fr. 6, § 5.º, D. de Carboniano Edicto, 37, 10; Fr. 6 in fine; Fr. 7, D. de alimentis legatis, 34, 1: Victus, cibaria, vestis, vestiarium habitatio, stramenta; corporis ferendi curandive et valetudinis impendia; quae ad studia et disciplinam pertinent;

(6) MENDES DE ALMEIDA, Fernando H. — Ordenações Filipinas — São Paulo — Saraiva — 1957 — I/473-4: Ord. Filip. Liv. I, tit. 88, § 15;

(7) CORRÊA TELLES — “Doutrina das Ações” — 1865 — 220 — nota 3;

(8) BEVILAQUA, Clóvis — “Direito de Família” — Rio — 1904 — pág. 68; “Código” — II/301;

(9) PEREIRA Lafayette Rodrigues — “Direitos de Família” — 1869 — pág. 274 — § 132;

(10) SANTOS, J. M. Carvalho — “Código Civil Brasileiro Interpretado” — Rio — Freitas Bastos — 1952 — VI/157;

(11) RODRIGUES, Silvio — “Direito Civil — Direito de Família” — Max Limonad, 2.ª ed. — VI/368 — n.º 162;

(12) PONTES DE MIRANDA — “Tratado de Direito Privado” — Rio — Borsari — 1955 — IX/207 — § 1.000;

(13) MONTEIRO, João — “Direito das Ações” — 1905 — pág. 83;

(14) CRUZ, João Claudino de Oliveira e — “Dos Alimentos no Direito de Família” — Rio — Forense — 1961 — pág. 15;

(15) FONSECA, Arnaldo Medeiros da — “Investigação de Paternidade” — Rio — Forense — 1958 — págs. 169/70 — n.º 135;

(16) ROCHA, José Virgílio Castelo Branco — “O Pátrio Poder” — Rio — Liv. Tupá — 1960 — pág. 100 — n.º 9;

(17) LACERDA, Paulo de — “Manual do Código Civil Brasileiro — Direito de Família” — Rio — 1925 — VI/314 — n.º 284;

(18) “BAUDRY-LACANTINERIE, G. — “Précis de Droit Civil” — Paris — 1912 — I/279 — n.º 502;

para viver". PLANIOL e RIPERT (19) o conceituavam como "o dever imposto a uma pessoa de fornecer à outra alimentos, isto é, importâncias necessárias para viver", sendo, para JOSSERAND (20), "o dever imposto juridicamente a uma pessoa de assegurar a subsistência a outra pessoa".

"Por obrigação alimentar — pronuncia-se GOMES (21) — deve entender-se, em suma, a que é imposta pela lei a certas pessoas ligadas pelo vínculo de família que estejam em determinadas condições, consistindo na prestação do necessário ao sustento de quem o necessita, sem que o direito correspondente seja correlatado a um dever inerente ao estado de cônjuge ou pai."

O Código Civil Português, em seu art. 171, foi inteiramente fiel à tradição romano-lusa: "por alimentos entende-se tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário". "Parágrafo único — Os alimentos compreendem, também, a educação e instrução do alimentando, sendo este menor."

3. ALIMENTOS NO DIREITO GREGO E NO DIREITO ROMANO.

No Direito grego, com particular referência a Atenas, a obrigação de educar a prole era atribuída ao pai e, segundo PLATÃO, estava sancionada pelas leis.

Recebia ainda sanção legal a obrigação alimentícia dos descendentes com respeito aos ascendentes, concebida como um dever de reconhecimento. Essa obrigação extinguiu-se com referência ao pai se o filho não tivesse recebido uma educação conveniente, e em caso de corrupção, prostituição, ou nascimento de concubina.

Também eram devidos alimentos em certas condições especiais, a saber: à mulher viúva ou divorciada, até que lhe fosse restituído o dote à mãe, adquirindo a sucessão paterna. No Direito dos papiros, é comum encontrar-se referências freqüentes em contratos matrimoniais à obrigação alimentícia do marido à mulher e do pai quanto aos seus filhos, inclusive adotivos (22).

Para podermos bem entender a obrigação alimentar romana e, apesar das múltiplas transformações impostas pelo perpassar do tempo, sua indistigável afinidade com a do direito pátrio, recorremos a grandes tratadistas, fazendo, entre as transcrições, as necessárias remissões ao Código Civil Brasileiro.

(19) PLANIOL, Marcel — RIPERT, Georges — "Traité Élémentaire de Droit Civil" — Paris — 1932 — I/251 — § 3.º — n.º 659;

(20) JOSSERAND — "Derecho Civil" — Buenos Aires — 1952 — Tomo I — vol. II/303 — n.º 1.138;

(21) GOMES, Orlando — "Direito de Família" — Rio — Forense — 1968 — pág. 325 — n.º 207;

(22) Cf. RAMON, Francisco Bonet — "Compendio de Derecho Civil" — Madrid — "Rev. Der. Privado" — 1960 — IV/692 — n.º 155;

MAYNZ (23) procura situar o assunto, com clareza e precisão, nestes termos:

“A obrigação legal de prestar alimentos repousa nas relações de parentesco (v. art. 396) e de patronato. A obrigação, baseada sobre as relações de família, não se encontrava inscrita na primitiva legislação dos Quírites. Durante os tempos primitivos, o pai tinha o direito de dispor de seus filhos como melhor lhe apossesse, inclusive o de abandono. Os imperadores procuraram reagir contra este abuso cruel, sem que descobrissemos alguma lei que os defendesse sob sanção penal. Entretanto, mesmo na época em que o abandono dos filhos recém-nascidos era plenamente tolerado, reconheceu-se aos filhos conservar o direito de exigir alimentos de seus parentes. A obrigação de fornecer alimentos aos filhos legítimos era imposta, primeiramente, ao pai, subsidiariamente, à mãe e aos ascendentes paternos (v. art. 398); em caso de extrema penúria, transmitia-se aos herdeiros destas pessoas. O dever era, finalmente, recíproco com relação aos seus parentes e outros ascendentes (v. art. 397). O parentesco puramente natural (ilegítimo) não gera obrigação entre os filhos de uma parte, e a mãe e os ascendentes maternos da outra parte; entretanto, JUSTINIANO concede aos filhos naturais propriamente ditos o direito a alimentos de seus pais (24) e até de seus irmãos e irmãs legítimos.”

“Para fazer valer o direito legal a alimentos, inexistia ação regular; tornou-se necessário recorrer a uma extraordinária *cognitio*, que implica um poder arbitrário do juiz na apreciação da demanda que lhe for submetida (v. arts. 320 e 321). Em tese geral, a prestação alimentícia compreende, em nossa matéria, tudo o que é necessário à vida física e intelectual: sustento, habitação, pousada, vestuário, os cuidados reclamados pela saúde e educação. Mas é natural que eles não sejam concedidos senão na proporção das necessidades do alimentário e da fortuna de quem vai fornecê-los (v. art. 400). Resulta, de uma parte, que o julgamento desta ação tem caráter imutável de coisa julgada ordinária (v. art. 401 e Lei nº 5.478/68: art. 15) e, de outro aspecto, que, no caso de que a obrigação incumba a diversos, o juiz pode repartir a prestação da maneira mais variada ou até impô-la a um só dos demandados. Os alimentos podem ser recusados ao demandante que for culpado de graves danos contra o parente de quem reclama.”

Para GIRARD (25), “o direito recíproco de reclamar-se alimentos foi introduzido em data ignorada do período imperial, entre ascendentes e descendentes, entre patrão e libertos. É, desde então, regulamentado por constituições de Antonio Pio e de Marco Aurélio que indicam como condição o estado de privação do autor e a existência de recursos da parte do demandado (v. art. 400). A origem do sistema foi sem dúvida a prá-

(23) MAYNZ, Charles — “Cours de Droit Romain” — Bruxelles — 1891 — II/512 — 3 — § 280;

(24) FONSECA, Arnaldo Medeiros da — “Investigação de Paternidade” — Rio — Forense — 1958 — pág. 169 — n.º 135: “Esses alimentos deverão ser prestados, de acordo com a tradição do nosso direito, até a maioridade, ou em caso de moléstia ou impossibilidade de prover o filho pelo seu trabalho, à própria manutenção, abrangendo o sustento, a cura, o vestuário, a casa e a educação e preparo de uma carreira;”

(25) GIRARD, Paul Frédéric — “Manuel Élémentaire de Droit Romain” — Paris — Arthur Rousseau, Editeur — 1906 — pág. 634;

tica administrativa dos Cônsules, que parecem ter sido a primeira autoridade para julgar tais litígios”.

“Esta obrigação — reporta-se ACCARIAS (26) — não poderá agravar eficazmente uma pessoa que não tem bens, conservar-se-á quase sem força a respeito dos filhos *in potestate*” (v. art. 403).

JORS E KUNKEL (27) tecem os seguintes comentários a respeito: “Há dúvidas, se a mãe legítima tinha, na época clássica, direito a alimentos; o fragmento decisivo neste ponto (Ulp.D.25, 3, 5, 2) está seguramente alterado (segundo Albertário e Beseler); sem embargo, as palavras finais de ULPIANO permitem reconhecer que a solução afirmativa, como princípio, é própria do direito clássico, e é de todo o modo crível que a jurisdição consular saltara também nesta parte sobre os limites da família agnática. O classicismo ao dever de alimentos entre a mãe natural e seus descendentes, acreditamos que está fora de dúvida”.

Como pondera IGLESIAS (28), “ao lado das obrigações naturais outras existem fundadas em motivos de índole religiosa ou moral, de piedade ou de bons costumes, conhecidas sob a denominação de “obrigações naturais impróprias”, entre as quais se destaca: “a prestação de alimentos a certos parentes, quando não se está obrigado civilmente a ele (Dij. 3, 5, 26, 1), admitindo-se, desde ANTONIO PÍO, no procedimento cognitário, este tipo de reclamação perante os cônsules” (29).

“O casamento — segundo a especificação de seus efeitos dada por VAN WETTER (30) — produz ainda uma obrigação alimentar e uma obrigação de dotar”, sendo a primeira resultado de um dos direitos e deveres recíprocos dos esposos. Entretanto, pondera KASER (31), “somente em casos excepcionais e na época de Justiniano se reconhece o dever de prestação de alimento entre os cônjuges.”

Assim, desde as vetustas fontes romanas, já distinguimos com nitidez as duas fontes orientadoras da responsabilidade alimentícia, em suas correntes atuais — os alimentos legítimos ou legais (C. Civ. arts. 396-405) e os alimentos convencionais e legados, patrimoniais ou voluntários, delixados ou prometidos por disposições testamentária ou convencional.

A jurisprudência e os práticos do direito incrementaram a teoria da obrigação alimentar do direito antigo, conservada mais ou menos em nosso Código, com as seguintes características:

1 — *alimenta in suo genere* — os que constituem alimentos;

(26) ACCARIAS, C. — “Précis de Droit Romain” — Paris — F. Pichon — 1886 — I/239 — n.º 94 — 2.º;

(27) JORS, Paul — KUNKEL, Wolfgang — “Derecho Privado Romano” — Barcelona — Ed. Labor — 1965 — pág. 413 — nota 14;

(28) IGLESIAS, Juan — “Derecho Romano — Instituciones de Derecho Privado” — Barcelona — Ed. Ariel — 1958 — pág. 369;

(29) Cf. D'ORS, Alvaro — “Derecho Privado Romano” — Navarra — 1968 — pág. 125 — § 53 — nota 6; BARREIRO, Alejandro Fernández — La Previa Información del Adversario en el Proceso Privado Romano — Pamplona Ed. Universidad de Navarra — 1969 — págs. 243-410; SCIALOJA, Vittorio — Procedimento Civil Romano — Aires — MJEA — 1954 — págs. 186, 354, 430;

(30) VAN WETTER P. — “Cours Élémentaire de Droit Romain” — Paris — A Durand e Pedone — Lauriel — 1875 — II/264 — § 539;

(31) KASER, Max — “Derecho Romano Privado” — Madrid — Reus — 1968 — pág. 265 — § 58 — n.º VI — 1;

2 — *alimenta quibus et a quibus sunt praestanda* — quais as pessoas que têm direito a eles e por quem devem ser prestados;

3 — *alimenta quoad quantitatem et taxationem* — em que proporção devem ser prestados;

4 — *alimenta quoad loca ubi sunt praestanda* — local em que devem ser prestados.

4. NO DIREITO CANÔNICO. Referindo-se à origem dos alimentos assegura VILLARINO ⁽³²⁾ que “onde mais amplamente se desenvolve a instituição é no Direito Canônico, que, além de regular tal direito na vida monástica, o estende, depois, à família legítima, mais tarde à ilegítima e por último ao adotante e adotado e ao batisante e batisado”.

“O direito canônico, no pensamento de SILVA PEREIRA ⁽³³⁾, inspirado no princípio de Justiça e caridade dos Evangelhos, repudiou a proibição que era vigente no Direito Romano, estendendo a faculdade de pleitear alimentos mesmo aos espúrios, que os pais foram obrigados a alimentar”, pouco se importando com a mulher, após a separação de leito, mesa e habitação, o que é censurável numa época em que a mulher não trabalhava nem possuía dote que lhe assegurasse uma vida satisfatória.

O canon 1132 limitou-se a traçar normas para assegurar a educação católica dos filhos depois da separação dos esposos, da cessação da *communio vitae conjugalis*.

Desta forma, preocupado com a educação, o direito canônico relegou a situação alimentícia da mulher, interessado que estava em conservar a comunhão de vida que representava o fim da estrutura jurídica matrimonial.

5. SÍNTESE DO DIREITO COMPARADO. Podemos afiançar que, apenas, no Direito Romano surge o verdadeiro direito a alimentos (*aliments*, em francês; *alimenti*, em italiano; *maintenance*, em inglês; *unterhaltsanspruch*, em alemão), fundamentado em uma convenção, testamento, ou nas relações de parentesco, patronato ou tutela. Observamos, no direito comparado de maior afinidade ou influência sobre o nosso, as seguintes conclusões:

1 — apenas a Itália e a Argentina (embora de modo cauteloso e reconhecimento velado) apresentam institutos semelhantes aos nossos desquites litigioso e amigável;

2 — na Itália, por força do art. 152, § 2º, mesmo que se reconheça a culpabilidade do outro cônjuge, o direito aos alimentos permanece íntegro em caso de necessidade;

(32) VILLARINO, Luis Maria — “El Fundamento del Derecho de Alimentos y la Competencia Objetiva Funcional” — *in* Estudios de De;

(33) SILVA PEREIRA, Calo Mário da — “Efeitos do Reconhecimento de Paternidade Ilegítima” — Rio — Forense — 1947 — pág. 114 — n.º 74;

3 — na Espanha, a obrigação alimentícia cessa para o cônjuge inocente;

4 — na Argentina, com fundamento em disposição legal, impõe-se ao cônjuge culpado “se ela não tiver meios próprios suficientes”, ou a “qualquer dos esposos que tiver dado causa ao divórcio, terá direito a que o outro, se possuir meios, lhe forneça o necessário para sua subsistência, se lhe for de toda a necessidade”, permitindo-se ainda “o convênio sobre alimentos que verse sobre sua quantia, redução, aumento ou forma de prestação, sempre que não se choque com a proibição legal de transigir sobre alimentos futuros, ou dito com relação ao nosso direito, que não oponha à proibição de renunciar, compensar, transigir e transferir, em matéria de alimentos, tanto presentes como futuros (arts. 374 e 1453) (34);

5 — nos Estados Unidos da América, onde o divórcio vincular é praticado em larga escala, essa pensão só será concedida se a mulher for a parte inocente;

6 — na Bélgica, a pensão alimentícia após o divórcio por mútuo consentimento, se existir, constitui “dívida de alimentos criada pela vontade exclusiva das partes”;

7 — na França, a separação de corpos, a separação de fato ou o divórcio unilateral e por causas determinadas, só o autorizam se houver culpa. O direito francês é, sem dúvida alguma, o maior, senão o único e exclusivo responsável pelas vacilações de nossa doutrina e hesitações desconcertantes em nossos julgados que, mesmo diante da autoridade da Súmula nº 379, o debate ainda continua aberto e em plena evolução até uma solução definitiva com a promulgação de um texto legal específico (como poderá ocorrer se for aprovado o art. 1908 do Anteprojeto de Código Civil).

6. NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO. Perfilhamos a classificação estabelecida por GIORGIO BO (35) de que o *jus alimentorum* oferece em razão de sua origem ou fonte de que dimana, três modalidades que poderemos catalogar em *jus alimenta ex lege*, *jus alimenta ex hominum dispositione* et *jus alimenta ex delicto obtinendi*. Logicamente, recusamos, desde logo, a doutrina unitária austríaca, representada por PICK e LOSSL, afirmativa de que estas três categorias constituem no fundo uma só espécie jurídica, uma vez que correspondem a uma idêntica função econômica: tornar possível a existência de uma pessoa. Por isso, dentro deste conceito, a prestação alimentícia deve regular-se, em qualquer das hipóteses apresentadas, pela ampla disciplina legal que os Códigos modernos dedicam à dívida alimentícia entre parentes.

Em se referindo a alimentos, nosso Código Civil não estabeleceu princípios gerais, dentro de uma concepção unitária, senão específicos. O Título V — das relações de parentesco, da Parte Especial (arts. 330/

(34) GUILJARRO, Enrique Díaz de — “Tratado de Derecho de Familia” — Buenos Aires — 1953 — I/421, 430, 461 — n.ºs 308, 315, 334;

(35) BO, Giorgio — “I Diritto degli Alimenti” — Milano — 1935 — vol. 1;

405), em seu Capítulo VII — Dos Alimentos — reporta-se, expressa e logicamente, em sua sistematização, aos parentes (arts. 330 e 396), cujos alimentos devem ser fixados (art. 400) pelo juiz em processo estabelecido, atendendo à proporcionalidade dos recursos do fornecedor e às necessidades do alimentário (art. 401) e, por serem *jure sanguinis* — podem deixar de ser exercidos, jamais renunciados (art. 404), como resultantes diretos de *officium pietatis* das fontes romanas, fulcro moral e institucional desse direito-dever.

Acreditamos, com LOPEZ (36), que “a chave para a aplicação do citado estatuto continua sendo averiguar a *ratio juris* da prestação alimentícia quando esta carece de regulamentação própria, o que equivale a reconhecer e declarar que o direito positivo de alimentos padece de uma sentença sistemática por existir um número bastante nutrido de disposições extravagantes, cujos estudo e análise — aos fins indicados — é indispensável realizar.”

Inexiste entre marido e mulher qualquer relação de parentesco oriunda do casamento, (art. 330) mas, tão-só, o estado de casado, único responsável pela obrigação legal de sustento, à mulher, pelo marido (artigos 233, V, e 234). Dissolvida a sociedade conjugal, por uma das hipóteses previstas pelo art. 315, entre as quais, só a de nº III nos interessa, no presente estudo — o desquite judicial ou amigável, extingue-se aquele estado civil, acarretando o desaparecimento dos direitos e deveres a ele inerentes.

Em caso de separação ou cessação da vida comum, o Direito Civil Brasileiro não considerou o assunto sob o mesmo prisma e, conforme a modalidade do desquite, estabeleceu a imposição do dever alimentício em favor da mulher, condicionando-o à verificação e ocorrência de elementos diferentes para os dois casos:

- a) fixação de pensão alimentícia, pelo magistrado, quando reconhecida a inocência e pobreza da mulher (art. 320), no desquite litigioso;
- b) em caso de separação homologada, só exigiu sua inclusão nas cláusulas do pacto, quando a mulher não dispuser de bens suficientes para manter-se (C.P.C., art. 642, nº IV), deixando, implicitamente admitido que, se a mulher possuir bens ou meios bastante para assegurar a sua manutenção, o acordo pode ser ajustado com ampla liberdade.

Logo, a pensão alimentícia imposta ao marido possui duas origens distintas e inconfundíveis — a sentença, como penalidade ao causador da separação, assim mesmo enquanto permanecer pobre e honesta a desquitada; o acordo, através de ajuste obrigatório, apenas, se a desquitada ficou desprovida de bens ou meios asseguradores de sua sobrevivência.

(36) LOPEZ, Blas Piñar — “La Prestación Alimenticia en Nuestro Derecho Civil” — Madrid — Reus — 1955 — pág. 10;

MARQUES (37), após defender a aplicação da regra do art. 401 ao desquite consensual, conclui: “verifica-se, portanto, que o marido pode convencionar com o esposa a dissolução, através do desquite amigável, da sociedade conjugal, sem necessidade de obrigar-se a pagar-lhe alimentos. Mas se ali avençarem a prestação alimentícia, fica esta sujeita às normas constantes do art. 401 do Código Civil.

Esta sempre foi a nossa posição, pois, na parte referente a alimentos, a sentença ou a homologação, desde que os estabeleça, não transita em julgado, modificando-se ao sabor dos requisitos exigidos. Desaparecendo a pobreza ou a honestidade, conjunta ou isoladamente, ou passando a dispor de meios necessários ao seu sustento, a consequência lógica é a extinção da obrigação.

Com a evolução de nossa mentalidade, ainda mais, se consolidou a tese que sustentamos.

BUENO (38), insuspeita para pronunciar-se sobre o assunto, assim se expressou: “considero uma das grandes melhorias levada a efeito pela Lei nº 4.121, em seu art. 2º, com caráter de obrigatoriedade para a mulher, a contribuição qualquer que seja o regime de bens, para as despesas comuns, desde que tenha bens ou rendimentos próprios. Sempre me pareceu uma incoerência reivindicar direitos para a mulher, sem aceitar ônus que deles devem necessariamente decorrer. A mentalidade da mulher brasileira ainda é, e infelizmente, a de procurar obter, em razão do sexo, vantagens, que são apenas aparentes, como tais sejam a redução de horário de trabalho, a aposentadoria em menor tempo de serviço, por exemplo, e no âmbito da família, a nenhuma responsabilidade pela manutenção da mesma. Da ausência de responsabilidade vem a incapacidade, e desta, a inferiorização em relação à posição do homem, no que toca aos direitos de ambos, no casamento. Da independência decorre o ônus. Bendito o ônus que dá a independência.”

Não obstante, surgiu a Lei nº 5.478, de 25-julho-1968, que, ao estabelecer — “a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo, ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados” — tentou retirar de sua órbita os alimentos provenientes do acordo homologado.

Mesmo assim, continuo entendendo que a pensão ajustada livremente pelos desquitandos modificar-se-á por influência e aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*. Carneiro foi peremptório: “a lei não se referiu ao desquite por mútuo consentimento, embora devesse fazê-lo, para determinar o cumprimento das cláusulas referentes a alimentos devidos à mulher e aos filhos, desde a ratificação do pedido pelas partes ou a homologação pelo juiz” (39).

(37) MARQUES, José Frederico — “Desquite Amigável e Alimentos” — in RT-298/779;

(38) BUENO, Ruth — “Regime Jurídico da Mulher Casada” — Rio — Forense — 1972 — 3.ª ed. — pág. 21.

(39) CARNEIRO, Nelson — “A Nova Ação de Alimentos” — Rio — Freitas Bastos — 1969 — pág. 116 — n.º 109;

Em resumo, a obrigação alimentícia, sentenciada ou homologada, pode ser estudada sob as seguintes características:

1 — é pessoal e intransferível, baseada, exclusivamente, na fonte de onde provém, sem qualquer relação de parentesco;

2 — é condicional e variável, cessando quando se extingue a causa de sua imposição ou acordo e modificando-se em sua quantia segundo a situação, necessidade e condições de ambas as partes;

3 — é renunciável, suscetível de transação e compensação, porque não se trata de sustento de parentes (imposição de ordem pública), mas está reservada à livre disposição do alimentado, a quem compete exigí-la ou deixar de exigí-la, ou mesmo dispensá-la ou renunciá-la;

4 — é exigível a partir da sentença ou da data do acordo;

5 — é prescritível em cinco anos (as prestações mensais);

6 — é, nos demais casos, completamente diferente dos alimentos *ex jure sanguinis*, porque nosso Direito não considera a mulher parenta do marido, (330), exceto na proporcionalidade que deve imperar na sua fixação.

7 — A POSIÇÃO DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL.

Há um princípio cardeal que norteia nosso sistema jurídico: todos os direitos concedidos pela Lei são renunciáveis e revogáveis, sempre que sua renúncia ou revogação não venha ferir o interesse ou a ordem pública ou causar prejuízos a terceiros.

Inexiste em nossa legislação qualquer texto que imponha a irrenunciabilidade da prestação alimentícia no desquite amigável. A voluntariedade na criação e na livre determinação subjetiva e objetiva da pensão alimentícia na separação homologada constitui uma das características mais típicas dessa obrigação e que mais a separa e distancia das obrigações matrimoniais. A vedação do art. 400 da lei substantiva civil é restrita aos parentes *ex jure sanguinis*, entre os quais não se enumera a mulher (art. 330).

“A maioria dos comentadores está de acordo — confirma REZZONICO (40) — em que quando a obrigação alimentícia não deriva da lei, mas de uma convenção ou de disposição de última vontade, é lícito transigir (Cf. Salvat, nº 1.898; Baudry-Lacantinerie, nº 1.272, Guillaud, nº 78) e como diz Lafaille (t. 1, nº 487, nota 203), “pode convencional-se que o alimentário receba de uma só vez certa soma que lhe permita estabelecer-se, e exonerar a quem se obrigou a ministrar essa renda” (Cf. Machado, t. 2, nº 649 e 650; Lerena, t. 2.2., nº 179; contra: Salvat, n.ºs 1.897 e 1.898).

(40) REZZONICO, Luiz María — “Estudios de las Obligaciones en Nuestro Derecho Civil” — Buenos Aires — Depalma — 1968 — II/1038;

O Colendo Supremo Tribunal Federal sempre teve o entendimento que esposamos, tendo, entre suas inúmeras decisões, as seguintes:

a) “A cláusula sobre pensão alimentícia de um cônjuge a outro no desquite amigável, não é obrigatória; não há nenhum dispositivo legal que a imponha ou exija, pois, o art. 404 do Cód. Civil, efetivamente se refere, como se deduz do próprio capítulo em que está inscrito, àqueles que entre si se acham unidos por laços de parentesco. É com base nesse dispositivo que a jurisprudência firmou o princípio de que lícito não é aos cônjuges, no acordo do desquite, eximir-se de contribuir para o outro, sem cuja guarda ficarem os filhos do casal, com a quota necessária à sua educação e manutenção.”

“O direito a alimentos, tem-no a mulher na vigência do matrimônio, decorrente do dever do marido de prover a manutenção da família (Cód. Civil, art. 233, nº V); e assim como “a obrigação de sustentar a mulher cessa, para o marido, quando esta recusa voltar” (art. 234), cessa a mesma obrigação com o desquite amigável, que põe termo à sociedade conjugal, se diversamente não for estipulado no acordo prévio para a dissolução dessa sociedade, e com o desquite judicial, não sendo a mulher inocente e pobre (art. 320). A pensão alimentícia quando fixada no acordo, é a que se refere o art. 645 do Cód. de Processo; o direito da mulher decorre, então, desse acordo de vontades homologado pelo juiz.”

“O acórdão recorrido assenta o direito da recorrente no dever de assistência conjugal, ainda existente à data das cláusulas do acordo para o desquite, e, assim, e na plena vigência do casamento, não pode o marido fugir àquele dever. É falho o argumento, bastante atentar em que tais cláusulas são adotadas para vigorarem após a dissolução da sociedade conjugal, quando cessado, para ambos os cônjuges, o dever de mútua assistência, que lhes impõe o art. 231, III, do Código Civil.”

“Em conclusão: o direito a alimentos não é irrenunciável por parte da mulher ao firmar o acordo para o desquite; homologado este, a circunstância de vir a necessitar deles posteriormente não lhe confere o direito de exigi-los do ex-cônjuge, salvo se a renúncia assenta em erro de sua parte ou em dolo da parte do marido, caso em que lhe dá ação para anular o ato assim eivado de nulidade” (41);

b) “Se no acordo em que se fundou o desquite amigável se excluem os alimentos, não dá cabimento para eles em pedido posterior” (42);

c) “A pensão alimentar é sempre essencialmente variável, conforme as circunstâncias. É lícito a qualquer dos desquitandos renunciar, em favor do outro, os direitos sobre sua meação. Esse acordo, após a

(41) S. T. F. — RE-18.265 — S. Paulo — Em 23-10-1952 — Rel. Min. Luiz Gallotti — in Almeida, Dimas Rodrigues — Repertório de Jurisprudência do Código — S. Paulo — Max Limonad — II/567-8 — n.º 790-A;

(42) S. T. F. — RE — 11.150 — DF — Em 8-8-1947 — Rel. Min. Edgar Costa — idem — idem — n.º 791;

ratificação perante o Juiz, é irrevocável unilateralmente. Não há falar de comunhão dos frutos de bens incomunicáveis, ainda após o desquite e até que ocorra a morte de um dos cônjuges, pois a comunhão se dissolve pelo desquite (Código Civil, arts. 265, 267, n.º III, e 322) ⁽⁴³⁾;

d) “Desquite amigável, alimentos: pode renunciá-los a esposa, no acordo, validade da cláusula” ⁽⁴⁴⁾;

e) “Se a mulher declara, na petição de desquite, que desiste de qualquer pensão alimentícia, não poderá o Juiz, ao homologar o processo, inserir uma restrição de que os cônjuges não cuidaram — a de poder a esposa, se precisar de alimentos, vir mais tarde solicitá-los. O direito a alimentos é irrenunciável, mas a esposa desquitada não o tem, porque esse direito decorre da obrigação de assistência mútua, que desaparece com a dissolução da sociedade conjugal. Obrigação de prestar alimentos apenas em caso de desquite litigioso, sendo a mulher inocente e pobre” ⁽⁴⁵⁾;

f) “Homologado o acordo, sem que neste se estipule pensão à mulher a circunstância de vir a necessitar de alimentos posteriormente não obriga o ex-cônjuge a prestá-lo, salvo se a renúncia da esposa aos alimentos assentou em erro de sua parte ou em dolo da parte do marido, caso em que lhe cabe ação anular o ato assim eivado de nulidade” ⁽⁴⁶⁾;

g) “Dispensa, no acordo de desquite amigável. Admissibilidade, em desquite amigável, pode constar, validamente, do acordo, que a mulher dispensa alimentos” ⁽⁴⁷⁾;

h) “Renúncia, em caso de desquite. Artigos 397 e 398 do Código Civil — A renúncia dos alimentos, pela esposa desquitada, é autorizada expressamente por lei; irrenunciáveis são os alimentos que assentam nas relações de parentesco, conforme a discriminação prevista nos artigos 397 e 398 do Código Civil” ⁽⁴⁸⁾.

Entretanto, após a modificação que a lei francesa de 2 de abril de 1941 imprimiu ao art. 301 do seu Código Civil e a insolúvel controvérsia verificada, cujos reflexos contaminaram nossa doutrina e penetrou no

(43) S.T.F. — RE — 23.502 — Em 29-7-1954 — Rel. Min. Luiz Gallotti — *in* NORONHA, Jardel — MARTINS, Odaléa — Coletânea de Ementas STF — vol. 3, tomo II/282 — Ementário n.º 183;

(44) S.T.F. — RE — 25.003 — Em 20-7-1954 — Rel. Min. Afrânio Costa — *idem*, *idem*, vol. 1 — tomo III/84 — Ementário n.º 204;

(45) S.T.F. — RE — 29.103 — Em 6-10-1955 — Rel. Min. Mário Guimarães — *idem*, *idem*, vol. 1 — tomo III/83 — Ementário n.º 273;

(46) STF — RE — 35.130 — Em 23-4-1958 — Rel. Min. Luiz Gallotti — *idêntico* — RE — 18.265 Em 23-10-1952 — Rel. Min. Luiz Gallotti — *idem*, *idem*, vol. 1 — tomo III/420 — 1 — Ementário n.º 336;

(47) STF — RE — 47.078 — Em 20-6-1961 — Rel. Min. Victor Nunes — *idem*, *idem*, vol. 1 — tomo IV/304 — Ementário 476;

(48) STF — RE — 39.168 — Em 11-11-1958 — Rel. Min. Afrânio Costa — *idem*, *idem*, vol. 1, tomo IV/83 — Ementário 378;

Supremo Tribunal Federal, com graves repercussões em nossa jurisprudência, principiaram a surgir os acórdãos contrários ⁽⁴⁹⁾ e depois de 1949, quando aquela Corte iniciou uma reforma radical em sua jurisprudência, passou a ser doutrina dominante:

Súmula nº 379 — No acordo de desquite não se admite renúncia “os alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais.

“A Súmula nº 379 do STF — manifestou-se com acerto e justiça o Des. ANDRADE JUNQUEIRA (RT-416/145) — não representa, na verdade, a jurisprudência daquele augusto sodalício, pois, são inúmeras as decisões consagrando a boa doutrina (RT-341/507); aquela Súmula foi aprovada quando o Supremo Tribunal estava com inúmeros Ministros saídos da política, da advocacia criminal, administrativa e outras atividades não relacionadas com o direito civil.”

“Seria fastidioso repetir aqui as razões desse meu entendimento, pelo que limito-me a reproduzir os arestos atinentes ao assunto (RT — 177/325 — 182/691 — 189/895; Arquivo Judiciário 95/116 e 319; RF — 134/155 — 136/461 — RT — 202/271 — 194/794; Arquivo Judiciário 110/144 e 147; RF — 98/410; Arquivo Judiciário 111/166; RT — 341/507 e 276/186).”

Editada a Súmula nº 379, o mesmo critério vem sendo ratificado (Rev. Trim. Jur. nº 38/38; RTJ — 40/280) para, na tentativa de revisão da aludida Súmula, verificada no RE — 63/288 — GB (RTJ — 52/26-33), merecer verdadeira consagração no voto do Min. Adauto Cardoso, categorizando a posição assumida: “Alimentos. Renúncia. Desquite Amigável. Inadmissibilidade da renúncia aos alimentos no desquite amigável. Aplicação da Súmula 379. Recurso não conhecido”.

Posteriormente, enumeramos mais duas manifestações: “Desquite amigável. Irrenunciável o direito a alimentos. Obrigação resultante do artigo 233, V, do C. Civil, e do art. 642, IV, do C. Pr. Civil. Recurso Extraordinário conhecido e provido” (STF — RE — 72/537 — GB — Rel. Min. Oswaldo Trigueiro — RTJ — 59/242 e “Direito a alimentos; modificação de cláusula de desquite. Cessação da obrigação de o marido prestar alimentos à mulher desquitada, quando esta, utilizando a liberdade do novo estado, mantém conduta que afronta condições implícitas daquela obrigação e se apresenta incompatível com a pretensão aos aludidos alimentos. — Desnecessidade de prova de existência de concubinato, para exoneração da pensão alimentícia. Recurso extraordinário conhecido e parcialmente provido, com ressalva das prestações já recebidas” (STF — RE — 65.300 — GB — Rel. Min. Eloy da Rocha — RTJ — 61/398).

(49) RE — 52.009, de 9-9-1963; RE — 42.756, de 30-3-1964; RE — 24.324, de 22-12-1953; RE — 52.582, de 13-3-1964; RE 42.700, de 5-1-1960;

A tentativa de revisão da Súmula 379, postulada no RE — 63.288-GB, pode ser sintetizada nas seguintes partes:

- a) aplica os arts. 396, 400, 401, e 404 aos alimentos pactuados no acordo de desquite;
- b) o dever de sustentar a mulher se irradia do casamento;
- c) o desquite não extingue o dever de alimentos — a origem não é a culpa;
- d) o direito a alimentos, do direito de família, quer nas relações entre os cônjuges, quer nas entre parentes, não se regula pelas regras do direito das obrigações.

O acórdão é longo, bastante erudito, e, embora não adote a melhor doutrina nacional, foi, devidamente comentado em nosso **DESQUITE AMIGAVEL — Doutrina — Legislação — Jurisprudência — Rio — Edição Borsoi — 2ª ed., 1972 — págs. 229 até 271**, cujos comentários recomendamos ao leitor.

Resta-nos criticar, em poucas palavras, o Rec. Ext. nº 72.537-GB. (RTJ-59/242), bastando mencionar o início do voto: “O C. Civil é claro e terminante ao preceituar que incumbe ao marido prover a manutenção da família (art. 233, V) e que o direito a alimentos é irrecusável (art. 404). Por sua vez o C. Pr. Civ. consagra, nos casos de desquite por mútuo consentimento, o direito da mulher à pensão alimentícia, se ela não dispõe de bens suficientes para manter-se.”

O v. aresto tentou, com lamentável desacerto, inovar a vetusta tese de que “a relação jurídica básica, que irradia o dever de o marido sustentar a mulher é o casamento, de vínculo indissolúvel, que cria a família legítima” (RTJ-52/26-33), fundamentada na amplitude da mútua assistência, para substituí-la pelo restrito dever “de prover a manutenção da família”. Entretanto, para comprovar o seu divórcio da realidade jurídica e nacional, basta citar que, ao mencionar o referido dever, seguiu a redação do antigo artigo, desconhecendo a Lei nº 4.121, de 27-8-62, que imprimiu nova redação ao art. 233, passando o nº V para o IV. Esqueceu-se ainda, embora tenha sido proferido em 19-10-71, de que “a mulher, tendo bens ou rendimentos próprios, será obrigada, como no regime de separação de bens (art. 277 do Código Civil), a contribuir para as despesas comuns, se os bens comuns forem insuficientes para atendê-las” (art. 2º).

Se a antiga tese possuía muita erudição e uma aparência jurídica capaz de impressionar pela sua argumentação, a segunda peca pela carência absoluta de fundamento...

Convém lembrar que, atualmente, não se admite, como outrora, ser o casamento um mero ato de submissão de dois seres com força desigual,

colocados um frente ao outro. Não mais nos encontramos na infância das legislações, onde o somatório dos direitos matrimoniais se concentrava impiedosamente na mão do mais forte. O casamento, há muito, deixou de ser aquele regime tirânico, imposto pelo egoísmo e prepotência masculinos. O progresso da civilização fez apagar o mito da inferioridade feminina e superou a crença medíeva da decantada fragilidade da mulher, dando-lhe, a custa de ingentes esforços, um regime de igualdade proporcional, assinalando a cada um dos dois consortes sua participação legítima nos direitos e obrigações da sociedade, mantendo naquela união espontânea de entes que se necessitam, o equilíbrio consentâneo com o destino que cada um dos partícipes tem de preencher na sociedade conjugal.

O desquite amigável materializa a dissolução da comunhão (art. 267, III) e da sociedade conjugal (art. 315, III), como se o casamento dissolvido fosse (art. 322), determinando a supressão da convivência para que cada cônjuge possa agir e administrar seus bens, com absoluta independência. Se o *mutuum adjutorium* e demais deveres recíprocos do matrimônio se tornam inoperantes com o quebrantamento do dever de coabitação, que dizer do dever de prover a manutenção da família, com respeito à desquitada, pelo marido? . . .

Basta o abandono, por parte da mulher, da habitação conjugal, sem justo motivo, para legitimar a cessação da obrigação de sustentá-la (artigo 234). Este dever cessará, com maior razão e amplitude, se os cônjuges acordam, livremente, dissolver a relação que os unia, abolida qualquer dependência ou vinculação social, principalmente, se a mulher dispuser de meios necessários à sua manutenção.

A mulher desquitada não faz parte da família de seu ex-marido (art. 330).

O outro argumento esposado se reporta à irrenunciabilidade dos alimentos e à consagração dos mesmos, nos desquites consensuais, na hipótese de ficar a mulher desprovida de bens ou recursos que assegurem sua sobrevivência.

Avulta, em primeiro plano, para nosso modesto estudo, indagar a razão dos alimentos outorgados pela Lei, cujo direito pode conservar-se sem execução, nunca renunciado, transacionado ou compensado.

Os preceitos codificados se revestem de particular importância, porque agrupam em um texto único e metódico as normas especiais, imprimindo-lhe sistematização, esmerando-lhe a técnica legislativa, facilitando-lhe a interpretação e aplicação. O art. 404 do Código Civil Brasileiro, inserto no Capítulo VII (art. 3.396/405) — Dos Alimentos, do Título V, (Das Relações de Parentesco) não poderá ser aplicado a qual-

quer espécie de alimentos, senão aos alimentos exigidos *ex jure sanguinis*, como se indica em seu título. Dentro daquela regulamentação específica, nenhum dispositivo se refere à obrigação alimentícia entre cônjuges.

A Lei nº 5.478, de 25-7-68, aplicável “igualmente, no que couber, às ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento, à revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções”, não aludiu aos alimentos provenientes dos acordos homologados e, no art. 23, referiu-se à irrenunciabilidade. Merecendo de CRUZ⁽⁵⁰⁾ a seguinte explicação: “o embora irrenunciável se refere aos alimentos entre parentes, segundo o disposto no art. 404 do Cód. Civil. Não aos alimentos devidos em virtude da dissolução da sociedade conjugal, que têm outro fundamento”.

Afirmou ainda o conceituado autor⁽⁵¹⁾: “irrenunciável é a dívida *jure sanguinis* (art. 404 do Código Civil). Os alimentos devidos por um cônjuge a outro têm outro fundamento, como vimos acentuando. O que é irrenunciável é a obrigação alimentar em virtude do direito de sangue; não podem ser objeto de renúncia os alimentos devidos entre parentes. Não pode haver renúncia de alimentos, propriamente ditos, ou, melhor, quando se trata tão-somente de alimentos. Se, porém, trata-se de alimentos-indenização, ou de alimentos devidos em virtude de acordo, como no caso de desquite amigável, então a renunciabilidade será possível. No desquite *communi consensu* os alimentos resultam de mero acordo entre os cônjuges (art. 642, IV, do Cód. de Proc. Civil); pode a mulher, livremente, renunciá-los”.

A irrenunciabilidade dos alimentos não pode ser considerada de modo absoluto e terá de ser contemplada, em cada caso, conforme o direito outorgado. Renúncia, como é lógico, pressupõe existência de direito e, se este não existir, não há que se falar em renúncia. Vejamos que esta obrigação alimentícia não constitui regra infalível, estabelecendo a lei suas próprias exceções:

- a) na constância da sociedade conjugal, cessam os seus efeitos se a mulher abandona voluntariamente o lar, recusando-se a regressar (art. 234);
- b) no desquite judicial, só poderá ser fixada em sentença se a mulher for declarada inocente e pobre (art. 320);
- c) na separação consensual, sua inclusão nas cláusulas do acordo encontra-se condicionada à inexistência de bens suficientes para sua manutenção (C.P.C., art. 642, IV).

(50) CRUZ, João Claudino de Oliveira e — “A Nova Ação de Alimentos” — Rio — Forense — 1971 — 3.ª ed., pág. 91 — n.º 31;

(51) CRUZ, João Claudino de Oliveira e — “Dos Alimentos no Direito de Família” — Rio — Forense — 1961 — 2.ª ed. — pág. 239 — n.º 99;

8. CONCLUSÕES GERAIS.

“Se o ato de separação homologada regula a matéria das recíprocas prestações econômicas, será este ato onde encontrariam base e medida essas prestações” (51), tendo o próprio Pretório Excelso proclamado que os acordos do desquite amigável “valem como escrituras públicas”. Por que não respeitá-los apenas no que tange a alimentos?...

Adotando, no desquite voluntário, a imposição alimentícia do parentesco proveniente do sangue, o Supremo Tribunal, através da Súmula nº 379, vem criando uma situação verdadeiramente insustentável que, contrariamente, à letra e ao espírito da Lei nº 968, de 10-12-1949, acabará tornando impossível aquela separação. Recusando-se a admitir a renúncia de alimentos no acordo, além de interferir na vontade dos desquitandos, dá margem a que venham ser pleiteados ulteriormente, se a mulher não possuir bens e meios suficientes para sobreviver.

O desquite amigável, instituído com a finalidade precípua de abreviar o andamento processual, sem a participação de advogados, e evitar escândalos com a propagação dos quatro motivos permitidos (art. 317), que poderiam repercutir negativamente nos filhos e na sociedade, está se tornando uma arma perigosíssima para o marido inocente. No desquite litigioso, comprovada a culpabilidade da mulher, o juiz a declarará culpada, isentando o marido de pensão alimentícia e “fixará também a quota com que, para a criação e educação dos filhos, deva concorrer o cônjuge culpado, ou ambos, se um e outro o forem” (art. 321). No desquite amigável, além de o marido arcar sozinho com essa quota, ficará sujeito aos caprichos da mulher que, sempre que não possuir bens ou rendimentos, poderá vir a pleiteá-los do seu ex-marido.

Os exemplos estão a frutificar. O próprio Colendo Supremo já concedeu uma pensão a uma mulher separada, há 32 anos, do marido. São as parasitas do vínculo conjugal, uma nova casta que o Judiciário está instituindo e incentivando. Na hora do acordo, recebeu bens e diante dos rendimentos suficientes para sua manutenção, salvando as aparências, deixa de convencionar alimentos. Tempos após, dissipados os mesmos ou dispensados os meios de trabalho que a sustentava, ou, até por luxo, alega a insuficiência de recursos para manter-se e... encontra o desejado apoio. Basta ler alguns desses exemplos (RT-416/145 — RT — 428/225 — RT — 449/120).

Chegamos, assim, a uma encruzilhada: a Lei ou a Súmula nº 579! Dela, certamente, dependerá o desquite amigável. Da forma como se nos apresenta, sua coexistência é sumamente prejudicial aos interesses do marido e contrária aos termos da legislação e da doutrina.

Desapropriação

para fins de reforma agrária

— Apontamentos (°)

CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO

Professor de Direito Constitucional nas
Faculdades de Direito da UFMG e UCMG.
Juiz Federal em Minas Gerais.

SUMARIO: I) Introdução: o instituto da desapropriação no Direito brasileiro. Tipos de desapropriação. II) Desapropriação por interesse social. Espécies: a desapropriação com base na Lei nº 4.132, de 1962, e a desapropriação com base no Decreto-Lei nº 554, de 1969. Competência para decretá-las. III) A desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária: **a)** características e requisitos; **b)** a indenização; **c)** constitucionalidade do art. 3º, I, II e III, e do art. 11 do Decreto-Lei nº 554/69; **d)** a matéria objeto da contestação: constitucionalidade dos arts. 9º e 12 do Decreto-Lei nº 554/69; **e)** impossibilidade de reivindicação dos bens expropriandos: constitucionalidade do art. 14 e seu parágrafo único do Decreto-Lei nº 554/69. IV) Conclusões.

I — INTRODUÇÃO: O INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO. TIPOS DE DESAPROPRIAÇÃO

Há autores que sustentam existir, no direito positivo brasileiro, três tipos de desapropriação: por **a) necessidade** ou **b) utilidade pública** e por **c) interesse social**. (1) Outros, como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,

(*) Aula proferida no curso de pós-graduação da Fac. de Direito da PUC, São Paulo, Departamento de Direito Público, em 24-11-1975.

(1) O Ministro BILAC PINTO, em voto proferido no RE n.º 76.296 RJ, Acórdão de 19-11-74, escreveu: "a criação dessa terceira categoria de desapropriação "por interesse social", foi inovação do art. 141, § 16, da Const. de 1946. Os intérpretes mais autorizados desse e dos textos constitucionais posteriores que mantiveram a tripartição dos casos de desapropriação..." RDA, v. 120, págs. 348-358.

dizem da existência de apenas dois tipos de desapropriação, “atualmente, em nosso Direito. Um deles, que é o previsto no art. 153, § 22, e outro, relativo à reforma agrária, delineado no art. 161, e parágrafos, da Lei Magna”. (2) A Constituição Federal, no § 22 do art. 153, cuida, na verdade, da desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social. No que concerne à necessidade ou utilidade pública, as hipóteses destas, que estão em norma infraconstitucional, o Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, art. 5º, se viram englobadas sob o título de utilidade pública.

É correto, pois, estabelecer, como primeiro caso de desapropriação, o por **utilidade pública**, nesta designação compreendida, também, a necessidade pública.

O segundo caso seria o por **interesse social**.

Essa categoria de desapropriação surgiu, pela primeira vez, na Carta Política de 1946, art. 141, § 16:

“§ 16 — É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro...”

Instituto novo, que não se confundia com o já conhecido, da desapropriação por utilidade pública, foi ele regulado em lei própria, cujo anteprojeto foi elaborado pelos Juristas SEABRA FAGUNDES, CARLOS MEDEIROS SILVA e THEODORO ARTHUR, que se converteu na Lei nº 4.132, de 1º-9-1962, estabelecadora dos casos de desapropriação por interesse social. (3)

A partir daí, fixaram-se os contornos da desapropriação por interesse social, distintos dos da desapropriação por utilidade pública. Não somente se tornaram autônomos os textos legais, como os seus pressupostos.

“Fiel à orientação fixada no art. 147 da Constituição de 1946”, escreve o Ministro BILAC PINTO, “a Lei nº 4.132, de 1º-9-62, ao conceituar os casos de expropriação “por interesse social”, teve em vista sua destinação como instrumento do condicionamento de seu uso ao bem-estar social. E no seu art. 4º, introduziu a mais relevante nota distintiva dessa modalidade de desapropriação, que era a autorização para a venda ou a locação dos bens desapropriados, a quem estivesse em condições de dar-lhes a destinação social prevista pelo Poder Público, no ato expropriatório”. (4)

Na lição de SEABRA FAGUNDES, “haverá motivo de interesse social quando a expropriação se destine a solucionar os chamados problemas sociais, isto é, aqueles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo em geral, pela melhoria das condições de vida, pela mais equitativa distribuição da riqueza, enfim, pela atenuação das

(2) Celso Antônio Bndeira de Mello, “Apontamentos Sobre a Desapropriação no Direito Brasileiro”, RDP, v. 23, p. 18.

(3) Bilac Pinto, ob. e loc. cit.

(4) Bilac Pinto, ob. e loc. cit.

desigualdades sociais. Com base nele, terão lugar as expropriações que se façam para atender a planos de habitações populares ou de distribuições de terras, à monopolização de indústrias ou nacionalização de empresas quando relacionadas com a política econômico-trabalhista do Governo". (5)

Para LUIZ GONZAGA DO NASCIMENTO SILVA, "a desapropriação por interesse social não se circunscreve, porém, à questão agrária, à luta contra o latifúndio, a resolver o problema das terras improdutivas. Não, ela constitui um poderoso instrumento de ação estatal na realização de qualquer programa econômico-social". (6)

Sobrevindo a Revolução de 1964, e tendo em vista que "em período imediatamente anterior" "a questão agrária se havia exacerbado e reclamava uma solução urgente", certo que "tal solução era considerada inviável, em face do disposto" na Constituição de 1946, que previa "que a justa indenização das expropriações haveria de ser paga previamente e em dinheiro", o que "tornava impossível uma reforma agrária que importasse na redistribuição da propriedade", (7) foi votada e promulgada a Emenda Constitucional nº 10, de 9-11-64, que modificou a redação do art. 147 da citada Constituição, acrescentando-lhe seis parágrafos. Permitiu a Constituição, a partir daí, o pagamento da indenização em títulos, com cláusula de exata correção monetária, com a finalidade de impedir que a depreciação monetária, como conseqüência da inflação, esvaziasse o exato valor dos títulos. Estabeleceu-se, outrossim, no § 3º do art. 5º da referida Emenda Constitucional, que a competência para a desapropriação, para fins de reforma agrária, seria exclusiva da União, limitando-se às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrariasse o disposto no artigo 147 da Constituição, conforme fosse determinado em lei. A Constituição de 1967 manteve a Emenda, no particular (art. 157, §§ 1º a 6º).

Continha o dispositivo constitucional, entretanto, a recomendação no sentido de que o pagamento da indenização seria prévio. "Ora, lembra GILBERTO SIQUEIRA LOPES, quem paga com títulos a prazo não paga previamente". (8)

O Ato Institucional nº 9, de 25-4-69, pôs fim à querela, por isto que tirou do texto a palavra "prévia".

Editado o A. I. nº 9, veio a lume, na mesma data, o Decreto-Lei nº 554, de 25-4-69, que dispõe sobre a desapropriação por interesse social de imóveis rurais para fins de reforma agrária, e que se reporta, no art. 1º, ao art. 157 da C. F. de 1967, com a redação que lhe foi dada pelo Ato Institucional nº 9, de 25-4-69, que é o mesmo, na sua inteligência, ao que está

(5) Seabra Fagundes, "Da Desapropriação no Direito Constitucional Brasileiro", RDA, XIV, p. 1; Rev. Forense, v. 120, p. 5.

(6) Luiz Gonzaga do Nascimento Silva, "Desapropriação — Utilidade Pública e Interesse Social", RDA, v. 64, p. 298.

(7) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Comentários à Constituição Federal", Saraiva, 1975, vol. III, p. 170.

(8) Gilberto Siqueira Lopes, "Desapropriação — Doutrina e Jurisprudência", Vellenich Editor, 1.ª ed., p. 78.

posto no art. 160 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, como lembra MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO. (9)

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, após deixar claro que a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos princípios de liberdade de iniciativa, valorização do trabalho como condição da dignidade humana, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros e expansão das oportunidades de emprego produtivo, manteve, no art. 161, o dispositivo anterior, com a redação do Ato Institucional nº 9, assim regulando a desapropriação por interesse social (art. 161, §§ 1º a 5º).

II — DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL: ESPÉCIES. COMPETÊNCIA PARA DECRETA-LAS

Após o que vimos de ver, seria lícita uma pergunta: a desapropriação por interesse social compreenderia um só tipo, ou, ao contrário, ela se distribui em duas espécies?

A indagação, advirta-se, não é puramente acadêmica. Pois a Constituição, quando estabelece, no § 22 do art. 153, que a desapropriação poderá ocorrer por **necessidade** ou **utilidade pública** ou por **interesse social**, não estabelece que esta última seria da competência exclusiva da União. Assim procede, entretanto, no art. 161, § 2º. Desta forma, se entendermos que a desapropriação por interesse social é somente aquela do art. 161 da Constituição, para fins de reforma agrária, então teremos que aceitar que a desapropriação por interesse social somente pode ser promovida pela União, não o podendo as demais entidades políticas, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

Pensamos que há duas espécies de desapropriação por interesse social: *uma, com sentido mais largo, tem seus casos e pressupostos inscritos na Lei nº 4.132, de 10-9-62; outra, a específica para fins de reforma agrária, assenta-se no Decreto-Lei nº 554, de 25-4-69.*

No primeiro caso, na desapropriação fincada na Lei nº 4.132/62, parece-nos que a competência não é só da União, mas também dos Estados e Municípios. No segundo, na desapropriação que tem por finalidade a reforma agrária, a competência é exclusiva da União.

O que deve ficar claro é que, quando os Estados e Municípios desapropriam com base na Lei nº 4.132/62, deverão observar as regras do Decreto-Lei nº 3.365/41, vale dizer, deverão pagar indenização prévia e justa e em dinheiro.

(9) Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, "Desapropriação", Saraiva, 1973, p. 325.

A doutrina, parece-nos, caminha com esse entendimento.

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO preleciona:

“Não se discute, pois é pacífico, que a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios podem desapropriar por utilidade pública. Poderão, no entanto, fora da União, outras pessoas desapropriar por interesse social? Parece correto que sim, obedecendo as regras do Decreto-Lei nº 3 365, combinadas com o disposto no art. 2º da Lei nº 4.132.

Uma única certeza permanece: a certeza jurídica de que na desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, tão-somente a União é competente.” (10)

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO endossa esse entendimento, ao escrever:

“Finalmente, se é pacífico que União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios podem desapropriar por necessidade pública (e utilidade), discute-se se a desapropriação por interesse social é privativa da União ou repartida com as demais pessoas citadas. Há divergências na matéria. O correto, todavia, é entender que quaisquer das pessoas referidas podem desapropriar sob os três fundamentos. Com efeito, a Lei nº 4.132, que disciplina a desapropriação por interesse social, é omissa quanto a isto, mas ela mesma estabelece, em seu art. 5º, que no que for omissa aplica-se o Decreto-Lei nº 3.365, o qual confere tal poder indistintamente à União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. É certo, contudo, que, na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, com base no art. 161, e parágrafos, unicamente a União e seus delegados são competentes, consoante estabelece o artigo citado da Carta Magna.” (11)

GILBERTO SIQUEIRA LOPES também entende assim:

“Segundo depreendemos do exame da Constituição e da legislação específica, existem, entre nós, dois tipos de desapropriação por interesse social: um, que compreende aqueles casos estabelecidos na Lei nº 4.132 e que, quanto à indenização, se submete à regra geral da indenização prévia, justa e em dinheiro. Esse tipo de desapropriação não é privativo da União, mas comum aos Estados e aos Municípios.

O segundo tipo de desapropriação por interesse social é referido à reforma agrária e regula-se pelo Decreto-Lei nº 554, que deve ser considerado tendo em vista o art. 161 e parágrafos da Constituição vigente.” (12)

(10) Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ob. cit., p. 309.

(11) Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., RDP, v. 23, ps. 20-21.

(12) Gilberto Siqueira Lopes, ob. cit., p. 79.

Outra não é a lição de HELY LOPES MEIRELLES:

“A desapropriação por interesse social é aquela que se decreta para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social (Lei nº 4.132/62, art. 1º). A primeira hipótese é privativa da União e específica da Reforma Agrária; a segunda, é permitida a todas as entidades constitucionais — União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal e Territórios. . .” (13)

O Supremo Tribunal Federal, por sua 3ª Turma, no Recurso em Mandado de Segurança nº 14.458-RS, Relator o Ministro HERMES LIMA, em julgamento de 10-6-66, não discrepou desse entendimento, ao decidir que “os Estados têm competência para decretar a desapropriação por interesse social, observados os preceitos da lei federal. Interpretação da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962”. Nesse julgamento votou o Ministro CARLOS MEDEIROS SILVA, que foi um dos autores do anteprojeto que se converteu na Lei nº 4.132. Disse esse eminente Ministro, no seu voto:

“A Lei federal nº 4.132, de 10-9-62, que regula a desapropriação por interesse social, teve aplicação adequada. Ao Estado cabe decretá-la, dentro dos casos previstos no texto federal.” (14)

Na Representação nº 718-RN, o Supremo Tribunal Federal, Relator o Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, decidiu, entretanto:

“Representação. Declaração da inconstitucionalidade do Decreto nº 4.527, de 11-10-65, do Estado do Rio Grande do Norte.

Desapropriação por interesse social: somente a União pode fazê-lo. A lei a que se referia o art. 147 da Constituição de 1946 é a federal.

Procedida pelo Estado e através de decreto, não pode este prevalecer.

Aplicação do art. 147 da C. F. e da Lei federal nº 4.132/62, arts. 1º e 5º

Preliminar de conhecimento desprezada; representação provida.” (15)

Convém acentuar que o decreto declarado inconstitucional, no julgamento da Representação nº 718-RN, acima mencionada, declarava de interesse social, para efeito de desapropriação, certos imóveis, com fulcro nos arts. 1º e 5º da Lei nº 4.132/62. Fundou-se a arguição no argumento de

(13) Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, RT, 3.ª ed., 1975, p. 540.

(14) RDP, v. 2, p. 208; RDA, v. 89, p. 148.

(15) RTJ, v. 50, p. 3; RDP, v. 8, p. 221.

falecer ao Governador do Estado competência para a desapropriação de propriedade territorial rural para o fim de reforma agrária.

No voto, o Relator não fez a distinção entre desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária e desapropriação por interesse social para outros fins. Simplesmente entendeu que a “Lei nº 4.132 só outorgava tal competência à União”.

O Ministro VICTOR NUNES LEAL, no mesmo julgamento, deixou expresso, todavia, que os Estados poderiam desapropriar, mesmo para o fim de reforma agrária, desde que não estabelecessem um modo especial de indenização, mediante títulos sujeitos a correção monetária, mas que pagassem indenização prévia, justa e em dinheiro. Segundo o Ministro Victor Nunes, “somente aquele tipo especial de desapropriação, com pagamento em títulos, é que se tornou privativa do Governo Federal”.

Mais recentemente, no julgamento do RE nº 76.296-RJ, de 19-9-74, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator o Ministro BILAC PINTO, decidiu que a desapropriação por interesse social é de competência exclusiva da União Federal.

A jurisprudência, pois, do Pretório Excelso parece que caminha no sentido de impedir a dicotomia da desapropriação por interesse social: para fins de reforma agrária e para outros fins.

Como o pleno do STF ainda não se manifestou após a edição do Decreto-Lei nº 554, de 1969, parece-nos razoável persistir no entendimento contrário, com apoio na doutrina, como retro vimos de ver.

III — A DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA

a) Características e Requisitos

Esta, segundo o magistério do Prof. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “é a desapropriação procedida pela União, ou seus delegados, de imóveis rurais inadequadamente explorados e incluídos em zonas previamente declaradas prioritárias por decreto do Presidente da República”.⁽¹⁶⁾ A indenização, no caso, será por meio de títulos, tratando-se de latifúndios conceituados em lei. As benfeitorias necessárias e úteis, todavia, serão pagas em dinheiro.

A questão, está-se a ver, assume caráter de gravidade. Porque, como ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, se a desapropriação se baseia “na utilidade pública, na necessidade pública, ou no interesse social outro que a disseminação da propriedade rural, tem por consequência a indenização em dinheiro. Baseá-la no interesse social de difundir a propriedade rural tem por consequência a imposição da indenização em títulos”.⁽¹⁷⁾

(16) Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. e loc. citis.

(17) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Comentários à Constituição Federal”, Saraiva, 1975, Vol. III p. 116.

A mencionada desapropriação, para fins de reforma agrária, é regida pelo Decreto-Lei nº 554, de 25-4-69, já falamos.

Examinado dito diploma legal, em conjunto com o que está disposto no art. 161 e parágrafos, da Constituição Federal, tem-se:

a) somente a União é competente para decretar a desapropriação (C. F., art. 161, § 2º; Decreto-Lei nº 554/69, art. 1º);

b) somente pode recair sobre imóveis rurais (C.F., art. 161; Decreto-Lei nº 554/69, art. 1º);

c) a indenização há de ser justa, porém será paga em títulos da dívida pública com a cláusula de correção monetária (C. F., art. 161);

d) deve a propriedade rural estar incluída em zona prioritária, fixada por decreto do Poder Executivo (C.F., art. 161, § 2º; Decreto-Lei nº 554/69, arts. 1º e 2º);

e) a propriedade rural deve estar sendo explorada de forma inadequada ao interesse social, ou, como ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “o uso da propriedade territorial rural contrário à sua função social é que, de modo geral, enseja a expropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública, assim como o seu uso contrário ao desenvolvimento econômico e à justiça social, que, em última análise, sempre envolve violação da função social da propriedade.” (18) (C. F., art. 161, § 2º; Decreto-Lei nº 554/69, art. 2º);

f) o imóvel expropriando há de se enquadrar no conceito legal de latifúndio. As benfeitorias necessárias e úteis, todavia, serão pagas em dinheiro (C. F., art. 161, § 3º; Decreto-Lei nº 554/69, art. 2º).

Ou, na lição de MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, a desapropriação para fins de reforma agrária exige: “**a)** decreto do Poder Público Federal; **b)** declaração anterior das zonas prioritárias; **c)** que a propriedade rural careça do sentido de produtividade”, sendo requisitos ou condições que autorizam esse tipo de desapropriação: “**a)** a competência exclusiva do Presidente da República; **b)** a delegação de poder a outras pessoas administrativas; **c)** o fim de interesse social; **d)** o procedimento ordinário”. (19)

Esclareça-se, outrossim, que mesmo que os imóveis rurais estejam situados em áreas declaradas prioritárias, ainda assim não serão objetos de desapropriação, na forma prevista no Decreto-Lei nº 554/69, se satisfizerem eles os requisitos para classificação como empresa rural, na forma da Lei nº 4.504, de 30-11-64, e sua regulamentação (Decreto-Lei nº 554/69, art. 2º). Na linha da Lei nº 4.504/64, que contém o Estatuto da Terra, art. 4º, VI, “compreende-se por empresa rural o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada que explore econômica e racionalmen-

(18) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob. e loc. citis.

(19) Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ob. cit., ps. 326-327.

te imóvel rural, dentro de condição de rendimento também econômico, segundo os 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.” (20)

b) A Indenização

O critério de justiça da indenização vem, a seguir, fixado no art. 3º, I, II e III, do Decreto-Lei nº 554/69. Considera-se justa indenização da propriedade, segundo o dispositivo legal mencionado:

I — o valor fixado por acordo entre o expropriante e o expropriado;

II — na falta de acordo, o valor da propriedade, declarado pelo seu titular para fins de pagamento do Imposto Territorial Rural, se aceito pelo expropriante; ou

III — o valor apurado em avaliação, levada a efeito pelo expropriante, quando esse não aceitar o valor declarado pelo proprietário, na forma do inciso anterior ou quando inexistir essa declaração.

Quando entre a data da declaração referida no item II, e a do ato expropriatório, houver decorrido mais de um ano, o valor da indenização será corrigido monetariamente, de acordo com os índices oficiais (Decreto-Lei nº 554/69, art. 3º, § 1º). De outro lado, no que toca à hipótese do item III, para a avaliação, que será precedida de cadastramento *ex officio*, o expropriante basear-se-á no efetivo rendimento econômico do imóvel, verificado no ano agrícola imediatamente anterior (art. 3º, § 2º). A respeito, ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, lição que é também de FRANCO SOBRINHO, que “a noção de “valor justo” está longe daquela prevista no art. 153, § 22, primeira parte, tanto mais porque se o proprietário não concordar com o preço oferecido pelo Poder Público, poderá contestar a ação de expropriação; contudo, na avaliação judicial, o valor da indenização revisto não poderá, em hipótese alguma, ser superior àquele declarado pelo proprietário para efeito de pagamento do Imposto Territorial Rural (art. 11)”. (21)

c) Constitucionalidade do art. 3º, I, II e III, e art. 11 do Decreto-Lei nº 554, de 1969

Os referidos dispositivos legais, art. 3º, I, II e III, e art. 11, do Decreto-Lei nº 554/69, têm sido, nos pretórios, acimados de inconstitucionais, ao argumento de que a indenização há de ser justa, não se confundindo o justo valor de um imóvel com o seu valor fiscal, não podendo a legislação

(20) Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ob. cit., p. 329.

(21) Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. e loc. cit.; Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ob. cit., p. 333.

ordinária limitar o valor da indenização no **quantum** dado ao imóvel para efeito de pagamento do Imposto Territorial Rural.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou, na espécie. Tampouco o Tribunal Federal de Recursos, segundo pesquisa que fizemos.

O nosso entendimento, **data venia**, é no sentido da constitucionalidade dos dispositivos legais em apreço. É que a Constituição, no art. 153, § 22, ao cuidar de estabelecer, nos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, a “prévia e justa indenização em dinheiro”, ressalva, expressamente, o disposto no art. 161. Este, a seu turno, prescreve que a justa indenização, no caso, será **fixada segundo os critérios que a lei estabelecer**.

Verifica-se, pois, que a Constituição deu tratamento diverso, no que toca à indenização, às desapropriações por utilidade pública e por interesse social, para fins de reforma agrária, subordinando esta a regime jurídico específico.

O argumento dos que arguem de inconstitucional o art. 3º e seus itens, do Decreto-Lei nº 554/69, não seria aproveitável, por isto que a Constituição expressamente prescreveu que a justiça da indenização, no caso, seria fixada segundo o critério da lei.

Assim o entendimento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que escreve:

“A indenização justa prevista no art. 161, e parágrafos, do texto constitucional é a que obedece aos critérios de justo fixado em lei.” (22) (Ob. e loc. citis.)

Também, ao que parece, o de FRANCO SOBRINHO. (23)

Decidindo a Ação de Desapropriação nº 2.074-B, o Juiz Federal Professor SEBASTIAO REIS assim também entendeu, ao deixar expresso:

“... a desapropriação da propriedade territorial rural obedece a regime jurídico específico, seja pela aceitação obrigatória do pagamento da indenização, referente às terras, em títulos da dívida pública, seja em função dos critérios de cálculo da reparação devida, a serem fixados em lei.” (24)

Depositada a importância da indenização, fixada na forma do art. 3º, o valor da terra nua em títulos especiais da dívida pública, e o das benfeitorias, em dinheiro (Decreto-Lei nº 554/69, art. 3º e seu parágrafo único), o juiz, de imediato, ou no prazo de 48 horas, determinará a transcrição da propriedade no registro de imóveis, transcrição que deverá ocorrer no

(22) Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. e loc. citis.

(23) Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ob. cit., p. 333.

(24) Sebastião Alves dos Reis, sentença proferida na Ação de Desapropriação nº 2.074/71-B (2.ª Vara — Minas Gerais).

prazo máximo de 3 (três) dias, contados da apresentação do mandado (Decreto-Lei nº 554/69, art. 7º e seu parágrafo único). Somente após o cumprimento dos mandados de transcrição, é que o juiz ordenará a citação do expropriado para responder aos termos da ação (Decreto-Lei nº 554/69, art. 8º).

d) A Matéria Objeto da Contestação. Constitucionalidade dos Arts. 9º e 12 do Decreto-Lei nº 554/69

Dispõe, a seguir, o art. 9º do Decreto-Lei nº 554/69, que “a contestação só poderá versar sobre o valor depositado pelo expropriante ou sobre vício do processo judicial”. No art. 12, deixa expresso que

“aplica-se às desapropriações por interesse social de que trata este Decreto-Lei, o disposto, relativamente às desapropriações por utilidade pública, no art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.”

Como se vê, no art. 9º do Decreto-Lei nº 554/69, praticamente reportou-se o legislador ao art. 20 do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941. Só que este é mais liberal, pois, mesmo dispondo, tal qual o art. 9º do Decreto-Lei nº 554/69, que a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço, acrescentou: qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta. O art. 9º do Decreto-Lei nº 554/69 não contém esta segunda parte.

Tem-se, então:

- a) que a contestação só poderá versar sobre o valor depositado pelo expropriante ou sobre vício do processo judicial (Decreto-Lei nº 554/69, art. 9º);
- b) ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de interesse social (art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365/41, *ex vi* do disposto no art. 12 do Decreto-Lei nº 554/69).

Também têm sido argüidos de inconstitucionais, nos pretórios, tais dispositivos legais. Argumenta-se que a legalidade é um dos primados do direito, correndo ao Poder Público a estrita observância da lei. Assim, tendo em vista o disposto no art. 153, § 4º, da Constituição, poderia o Poder Judiciário examinar qualquer alegação de violação de direito individual, inclusive conhecer do fundamento da desapropriação, no caso de eventual abuso por parte do Poder Público.

Data venia, não entendemos inconstitucionais os referidos dispositivos legais.

O que cumpre fazer é distinguir: é que apenas impede a lei que se discuta, no juízo da desapropriação, questões outras que não aquelas referentes ao valor da indenização e de nulidade formal (art. 9º do Decreto-Lei nº 554/69). Não proíbe a lei, ao que pensamos, a discussão judiciária em torno do fundamento da desapropriação, no caso de eventual abuso por parte do Poder Público; também não impede que qualquer alegação de violação de direito individual seja examinada pelo Poder Judiciário. Só que tais discussões deverão ocorrer em ação própria.

A questão se põe, portanto, de forma idêntica àquela do Decreto-Lei nº 3.365/41.

Se a lei impedisse tais discussões, de forma cabal, mesmo em ação própria, aí não teríamos dúvida de acimá-la de inconstitucional, face ao disposto no art. 153, § 4º, da Constituição.

Porque, em caso assim, é válida a lição de PONTES DE MIRANDA:

“Em alguns sistemas jurídicos, discute-se se é de admitir-se ou não, a apreciação judicial da declaração de desapropriação e do seu conteúdo. Alguns a reclamam; outros não vão além da repulsa em caso de abuso manifesto. Toda essa discussão é de se afastar no sistema jurídico brasileiro. O art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365, que era contrário à Constituição de 1937, multiplamente o é, e evidentemente, desde a promulgação da Constituição de 1946 (arts. 141, §§ 4º e 16, 1ª parte, *in fine*, e 146).

A afirmativa de que ao Poder Judiciário não cabe apreciar e julgar a utilidade pública, a necessidade ou o interesse social, que se invoca, é fruto de tempos ditatoriais, que se mantêm em mentalidades de juizes que sob a ditadura se formaram e foram feitos.” (25)

O que deve ser aceito é que o mérito da desapropriação não poderá ser examinado pelo Judiciário, pois, conforme ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “esta é uma apreciação política que deve caber aos órgãos propriamente políticos: o Governo e o Legislativo (“Comentários à Constituição Federal”, v. III, p. 116). Entretanto, a lição é do mesmo Mestre, “o aspecto vinculado da declaração expropriatória sujeita evidentemente o ato ao controle jurisdicional no que concerne à adequação dos motivos invocados às hipóteses legais. Este controle, aliás, é meramente uma verificação de legalidade. Consiste no confronto entre a lei e os motivos invocados. Aliás, de há muito o Judiciário já admitiu exercer tal controle, como faz fé o conhecido acórdão, comentado por Caio Tácito na nota jurisprudencial mencionada anteriormente (cf. RDA, v. 26/224).” (26)

(25) Pontes de Miranda, “Comentários à Const. de 1946”, Rio, 1960, T. 5, p. 31. Apud Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Desapropriação — Declaração de Utilidade Pública — Desvio de Poder — Mandado de Segurança”, in RDA, v. 118, p. 430.

(26) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Desapropriação...”, RDA, v. 118, pág. 429.

Esta é, também, a lição do festejado SEABRA FAGUNDES, que ensina que pode o Poder Judiciário examinar se se verificam ou não os casos de utilidade pública, “sem o que ter-se-ia excluído, por via oblíqua, a apreciação jurisdicional de certas lesões de direito, com violação do § 4º do art. 141 da Lei Suprema”.

“Mas a possibilidade de controle jurisdicional da ocorrência dos casos de utilidade pública, não significa que o Poder Judiciário possa, ao arrepio dos princípios que comandam esse controle no seu conteúdo e na sua extensão, penetrar no mérito dos atos expropriatórios para dizer, substituindo-se ao administrador, que determinados atos atendem ou não ao interesse público.” (27)

É bem verdade que tratadista do porte de OROZIMBO NONATO já sustentou serem inconstitucionais os arts. 9º e 20 do Decreto-Lei nº 3.365, ao inadmitirem “a controvérsia no processo de desapropriação”. (28) Também PONTES DE MIRANDA assim entende (29) e o douto Celso Antônio Bandeira de Mello. (30)

Adotamos, entretanto, **data venia**, ponto de vista diverso. Porque entendemos que desde que seja possível, de qualquer modo, submeter-se a questão ao Judiciário, não haveria violação do princípio do juiz natural consagrado na Superlei (art. 153, § 4º). No caso, apenas teria o Legislativo fixado o modo ou a maneira de ser a questão posta em Juízo. E não se pode negar ao Poder Legislativo a faculdade de disciplinar as ações, de estabelecer normas processuais, etc. Por outro lado, penso que a orientação adotada pela lei melhor atende aos interesses nacionais, como bem lembra LUIZ GONZAGA NASCIMENTO SILVA; (31) por isto que vivemos numa fase em que se poderia chamar de, pelo menos, arranco para o desenvolvimento econômico, na classificação de ROSTOW. (32) Sabe-se que o econômico é pressuposto da democracia, não sendo possível a plena existência desta, ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, onde a economia não “se desenvolveu a ponto de dar ao povo o lazer de se instruir, a ponto de deixarem os homens de se preocupar apenas com o pão de todos os dias”. Onde a economia não está ao menos nessa fase de arranco para o desenvolvimento, não há democracia verdadeira. (33) Tais coordenadas, então, o intérprete não pode perder de vista, sob pena de aplicar maus tratos no princípio da finalidade da lei, ao qual deve obediência (Lei de Introdução, art. 5º), maus tratos que, em última análise, estariam sendo aplicados nos direitos fundamentais do homem, num século em que direitos sociais devem compatibilizar com direitos individuais. A propósito, escreve NASCIMENTO SILVA que o nosso desenvolvimento econômico “está a demandar

(27) Seabra Fagundes, “Desapropriação — Concessão de Serviço Público — Encampação — Ações de Sociedade Anônima”, RDA, v. 65, p. 363.

(28) Orozimbo Nonato, “Desapropriação...”, RDA, v. 68, ps. 373-391.

(29) Pontes de Miranda “Comentários à Const. de 1967”, S. Paulo, 1968, T. 5, ps. 390-391, 415-416, 429-430.

(30) Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. e loc. cit.

(31) Luiz Gonzaga Nascimento Silva, ob. cit., RDA, v. 64, p. 302.

(32) W.W. Rostow, “Etapas do Desenvolvimento Econômico”, Zahar Ed., 4.ª ed., ps. 16 e segs.

(33) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Curso de Dir. Const.”, Saraiva, 4.ª ed., 1973, ps. 52-53.

a execução de grandes obras”, as quais “exigem, não raro, o concurso do Estado e só são executáveis mediante adoção de novas técnicas de planejamento e concerto de medidas de várias naturezas. A desapropriação é o instrumento estatal, o meio jurídico de que dispõe o Estado democrático para obter a realização dessas obras gerais”. Seria justo, indaga NASCIMENTO SILVA, “sacrificar-se o interesse geral do País, como o interesse particular dos inúmeros beneficiários da obra, pelo excessivo individualismo, pela demasia do esclarecimento jurídico, em problema que não é, em seu cerne, jurídico? Será possível suspender-se a execução de obra inadiável, que beneficiará a toda a coletividade, para discutir-se, até as últimas instâncias judiciárias, se o Estado tem razão quando quer promover uma medida de tão grande alcance coletivo? Acreditamos sinceramente que a mentalidade dos juristas do País não mais se apegue às velhas fórmulas do individualismo jurídico, e veja no Direito um meio de realização dos fins do Estado e do interesse coletivo”. (34)

Se deve ser assim, quando se trata de desapropriação por utilidade pública, o que dizer da desapropriação por interesse social, que é levada a efeito, segundo SEABRA FAGUNDES, quando “se destine a solucionar os chamados problemas sociais, isto é, aqueles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo em geral, pela melhoria das condições de vida, pela mais eqüitativa distribuição da riqueza, enfim, pela atenuação das desigualdades sociais”. (35)

E o que dizer, quando se trata de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, se se toma em linha de conta o que informou o Ministro EVANDRO LINS E SILVA, no julgamento da Representação nº 718-RN, retromencionada, que “a realidade demonstra que 2/3 da população do campo vivem na miséria, dificultando o desenvolvimento do País” e que, a lembrança é do Ministro VICTOR NUNES LEAL, “no programa da Aliança para o Progresso, o Presidente Kennedy recomendou a reforma agrária aos países da América Latina”. (36)

Por tais razões, proferimos, **data venia**, a lição de SEABRA FAGUNDES:

“Vedado, no processo de desapropriação, o exame dos vícios do ato declaratório, dado o seu objetivo especial (fixação do preço, pagamento e imissão na posse) nem por isso se impede o pleno exame deles pelo Poder Judiciário. Este terá lugar por meio de ação adequada. O âmbito das ações só o Poder Legislativo o pode traçar, e se males resultam de restrições, que ponha ao objetivo de algumas delas, não há solução para isso em via judiciária. Cada ação há de ter apenas o alcance que preestabeleça a lei objetiva.”

.....

(34) Luiz Gonzaga Nascimento Silva, ob. cit., RDA, v. 64, p. 303.

(35) Seabra Fagundes, “Da Desapropriação no Dir. Const. Brasileiro”, RDA, v. XIV, p. 1; REV. FOR., v. 120, p. 5.

(36) RDP, v. 8, ps. 230-231.

“A impossibilidade de exame da questão de inexistência da utilidade pública e da ocorrência doutros motivos de invalidez do ato declaratório no curso do processo de expropriação, não importa em vedar definitivamente a sua análise pelo Poder Judiciário. A apreciação plena do ato administrativo expropriatório terá lugar através de ação direta, como se subentende do teor do artigo ora comentado e como ressalta da letra expressa do art. 20.” (37)

Esta, também, a opinião de HELY LOPES MEIRELLES:

“O Poder Judiciário, no processo de desapropriação, limitar-se-á ao exame extrínseco e formal do ato expropriatório e à fixação da justa indenização a ser paga ao expropriado. Nesse processo é vedado ao Juiz entrar em indagações sobre a utilidade, necessidade pública e interesse social, declarado como fundamento do ato de império da Administração, concretizado na medida expropriatória (art. 9º).

Nada impede, entretanto, que por ação direta o expropriado peça e obtenha do Judiciário o controle da legalidade do ato expropriatório nas mesmas condições em que se permite à Justiça comum rever os demais atos administrativos e invalidá-los quando eivados de nulidade substancial ou formal, tais como a ilegalidade manifesta ou a ilegitimidade decorrente de excesso ou desvio do poder.” (38)

Assim é no Direito Comparado, conforme mostrou SEABRA FAGUNDES, na sua obra já mencionada, anotando LUIZ GONZAGA DO NASCIMENTO SILVA que

“o princípio de que no juízo da desapropriação não se discute qualquer questão de direito, senão as da fixação do montante da indenização e de nulidade formal está consagrado em todos os países, assim como pela mais recente legislação. Comentando a lei francesa ensina A. Le Tarnec “en cas de litige sur le fond du droit ou sur la qualité des réclamants, et lorsqu’il s’élève des difficultés étrangères à la fixation du montant de l’indemnité, le juge fixe l’indemnité indépendamment de ces litiges et renvoie les parties a se pourvoir devant qui de droit” (“Manuel de l’Expropriation”, Paris, Dalloz, 1960, nº 117, p. 98; de acordo, P. L. Josse, “Traité des Travaux Publics et de l’Expropriation” suplemento, sob o título “La Réforme de l’Expropriation”. Sirey, 1960, n.ºs 35 e 36, ps. 29 e 30).” (39)

(37) Seabra Fagundes, “Da Desapropriação no Direito Brasileiro”, S. Paulo, 1942, números 170 e 171, ps. 146-147.

(38) Hely Lopes Meirelles, “Direito Administ. Brasileiro”, 2.ª ed., S. Paulo, 1966, ps. 501-502. Idem, Idem, 3.ª ed., 1975, ps. 549 e 557-558.

(39) Luiz Gonzaga do Nascimento Silva, “Desapropriação — Utilidade Pública e Interesse Social”, RDA, v. 64, ps. 298-312.

e) **Impossibilidade de Reivindicação dos Bens Expropriados:**

Constitucionalidade do Art. 14 e seu Parágrafo Único do Decreto-Lei nº 554/69

Dispõe o Decreto-Lei nº 554/69, no art. 13 e seu parágrafo único, a respeito do depósito e do seu levantamento, por parte do expropriado. No art. 14, estabelece que “os bens expropriados, uma vez transcritos em nome do expropriante, não poderão ser objeto de reivindicação, ainda que fundada na nulidade da desapropriação”, acrescentando o seu parágrafo único: “qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos”.

Estes dois últimos dispositivos legais — art. 14 e seu parágrafo único — têm sido, também, acimados de inconstitucionais, ao argumento de que ter-se-ia, no caso, confisco.

Inconstitucionalidade também aí não há.

É que se tem, no caso, simples repetição do que está inscrito no art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941. Quer dizer que, mesmo se o Judiciário invalidar o ato de desapropriação, ao expropriado caberá tão-só o ressarcimento via de perdas e danos, subsistindo os efeitos daquele, por isto que o bem objeto da expropriação já estará incorporado ao patrimônio estatal.

Confisco, *data venia*, não se tem, na espécie, tendo em vista que se assegura ao expropriado o ressarcimento através das perdas e danos. Confisco, na sua exata definição, compreenderia a apropriação, a apreensão, a adjudicação do bem sem qualquer indenização.

Apesar da longa existência, no tempo, do Decreto-Lei nº 3.365, que é de 1941, a jurisprudência do Supremo Tribunal não aponta a inconstitucionalidade do art. 35 do mencionado Decreto-Lei nº 3.365, que, como já falamos, contém disposição idêntica, *ipsis litteris*, a que está inscrita no art. 14 e seu parágrafo único do Decreto-Lei nº 554, de 1969.

Na verdade, conforme preleciona SEABRA FAGUNDES, é indubitoso que o citado dispositivo legal “é um chocante limite posto aos direitos individuais afetados pela desapropriação, sobretudo porque, embora visando restringir o alcance da execução na demanda proposta para obter a decretação de invalidez do ato expropriatório, equivale, na verdade, a um BILL OF INDEMNITY em favor de atos já inapelavelmente reconhecidos”.

Mas, acrescenta o eminente Mestre, a quem não se pode negar o título de campeão dos direitos individuais:

“Explica-se, contudo, pelo interesse público de evitar graves transtornos à Administração, quais os que decorreriam da res-

tituição aos proprietários primitivos de imóveis desapropriados, quando neles já tivessem construído obras públicas.” (40)

Afinal, a democracia social, o Estado providência, tem um preço. Neste se inclui, pode parecer chocante, mas é uma realidade, a renúncia às velhas fórmulas do individualismo jurídico. Nesse tipo de democracia não tem mais vez o predomínio da liberdade sobre a igualdade, como ocorria no tempo da democracia liberal. Se, nele, não abrimos mão do direito de proclamar, como verdade eterna, a liberdade-autonomia, os direitos individuais, forçoso é celebrar, com a mesma fé, a isonomia, não só na sua forma jurídica, mas, também, no campo da ordem econômica e social; por isto que se torna necessária a criação de oportunidades iguais. Vale, a propósito, a lição do grande MILTON CAMPOS:

“Sem a liberdade, cairemos na opressão política. Sem a igualdade, consolidaremos a opressão econômica. Num e noutro caso estará esquecida a pessoa humana e a democracia falhará na sua missão.” (41)

O novo tipo de Estado em que vivemos, com um mundo de competências para a consecução de sua exata finalidade, que é o bem-estar geral, o bem-estar de todos e de cada um, foi opção dos povos deste século; é assim vontade do titular do poder, opção determinada pelo fato de que a democracia da segunda metade do século XVIII e do século XIX não fez feliz a humanidade, nem lhe faria bem a concepção marxista de democracia, a que lhe empurravam os excessos do individualismo.

CONCLUSÕES

- a) as hipóteses de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, englobadas no art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, configuram o primeiro tipo de desapropriação no Direito brasileiro;
- b) o segundo tipo compreende a desapropriação por interesse social, que se desdobra em duas espécies: uma, com sentido mais largo, tem seus casos e pressupostos inscritos na Lei nº 4.132, de 1962; outra, para fins de reforma agrária, assenta-se no Decreto-Lei nº 554, de 1969. No primeiro caso, a competência para decretá-la não é só da União, mas também das demais entidades políticas: Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. No segundo caso, tão-somente a União tem competência para decretá-la;
- c) a desapropriação por interesse social, com finalidade outra que não a reforma agrária, impõe indenização em dinheiro, prévia e justa.

(40) “Da Desapropriação no Dir. Brasileiro”, S. Paulo, 1942, ps. 251-252.

(41) “O Ideário de Milton Campos”, “Pensamentos democráticos e outros temas”, seleção e organização do Prof. Carlos Horta Pereira, in “Rev. Bras. de Estudos Políticos”, v. 41 (julho de 1975), n.º 31, pág. 13.

A desapropriação para fins de reforma agrária, que somente recai sobre imóveis rurais, compreende indenização justa, porém paga em títulos da dívida pública com a cláusula de correção monetária, excluídas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão pagas em dinheiro. O imóvel rural deve estar incluído em zona prioritária, fixada por decreto do Poder Executivo, e há de se enquadrar no conceito legal de latifúndio improdutivo;

- d) o critério de justiça da indenização, na desapropriação para fins de reforma agrária, é fixado no art. 3º do Decreto-Lei nº 554/69, combinado com o art. 11 do mesmo diploma legal. São constitucionais tais dispositivos legais, por isto que a Constituição, no art. 153, § 22, ao cuidar de estabelecer, nos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, a “prévia e justa indenização em dinheiro”, ressaltou, expressamente, o disposto no art. 161. Este, a seu turno, prescreve que a justa indenização, no caso, será “fixada segundo os critérios que a lei estabelecer”. Verifica-se, assim, que a Constituição deu tratamento diverso, no que toca à indenização, às desapropriações por utilidade pública e por interesse social, para fins de reforma agrária, subordinando esta a regime jurídico específico;
- e) a matéria objeto da contestação, no processo de desapropriação para fins de reforma agrária, é a especificada nos arts. 9º e 12 do Decreto-Lei nº 554/69: valor depositado pelo expropriante ou vício processual, vedado ao Poder Judiciário, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de interesse social (Decreto-Lei nº 554/69, art. 9º; Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 9º, ex vi do disposto no art. 12 do Decreto-Lei nº 554/69). São constitucionais tais dispositivos legais, pois cumpre distinguir: o que a lei impede é que se discuta, no juízo da desapropriação, questões outras que não aquelas referentes ao valor da indenização e de nulidade formal. Não proíbe a lei, entretanto, a discussão judiciária em torno do fundamento da desapropriação, no caso de eventual abuso por parte do Poder Público; também não impede que qualquer alegação de violação de direito individual seja examinada pelo Poder Judiciário. Só que tais alegações deverão ocorrer em ação própria. A questão se põe, portanto, de forma idêntica, àquela do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941. Se a lei impedisse tais discussões, de forma cabal, mesmo em ação própria, seria ela inconstitucional, face ao disposto no art. 153, § 4º, da Constituição;
- f) o art. 14 e seu parágrafo único do Decreto-Lei nº 554, de 1969, não afrontam a Constituição. Tem-se, no caso, simples repetição do que está inscrito no art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41. Quer dizer que, mesmo se o Judiciário invalidar o ato de desapropriação, ao expropriado caberá tão-só o ressarcimento, via de perdas e danos, subsistindo os efeitos daquele; por isto que o bem objeto da expropriação já estará incorporado ao patrimônio estatal. Prevalência, no caso, do interesse público.

Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária

Ministério da Justiça
Gabinete do Ministro
Assessoria para Assuntos Penitenciários

JUSTIFICAÇÃO

- I — ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO
- II — ESTRUTURA DO SISTEMA
- III — PRESSUPOSTOS DOS PROJETOS
- IV — ESTILO DOS ESTABELECIMENTOS
- V — ORDEM DE PRIORIDADE
- VI — LOCALIZAÇÃO
- VII — CAPACIDADE

JUSTIFICAÇÃO

As recomendações básicas para uma programação penitenciária não visam a uma aplicação rígida. Objetivam, fundamentalmente, homogeneidade de critérios na implantação ou aperfeiçoamento dos sistemas penitenciários das diversas unidades federativas. Cuidam de linhas programáticas gerais, apresentando medidas e cautelas mínimas, havidas pelo Grupo de Trabalho para Reforma Penitenciária como fundamentais para uma satisfatória execução penal.

Concebem a administração penitenciária estruturada em sistema de órgãos que se completam no objetivo de bem individualizar o cumprimento das sanções penais.

Enfatizam a necessidade de dois novos estabelecimentos: o estabelecimento penitenciário para jovens-adultos e o estabelecimento hospitalar para toxicômanos, previsto pela Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971; são expressas, também, quanto a pavilhões ou seções separadas para velhos.

Nelas são fixados os pressupostos dos projetos arquitetônicos a serem elaborados, bem como indicadas as diretrizes básicas dos diversos tipos e estilos de estabelecimentos. Rejeitam o estilo circular e adotam o de pavilhões, pela notória vantagem do último, que possibilita, não só construções moduladas e de execução progressiva, como também a preservação da segurança sem confinamentos degradantes. A cela individual, preferencialmente recomendada, deve ter características e dimensões que não a convertam em cubículo deprimente.

São previstas as dependências indispensáveis a um estabelecimento prisional (presidiário, penitenciário ou médico-penal), como o são as precauções físicas de segurança consideradas essenciais pela moderna arquitetura penitenciária.

A ordem de prioridade para a construção de novos estabelecimentos arrima-se na realidade patenteada pelos informes obtidos; segundo esses informes, o número de sentenciados recolhidos a estabelecimentos presidiários, ou mesmo não recolhidos a qualquer estabelecimento, é mais significativo do que a quantidade de pessoas com prisão provisória decretada, e não recolhidas. Quanto à escala de precedência dos estabelecimentos penitenciários, fundamenta-se ela em dados de realidade que indicam serem os criminosos da faixa de segurança média os mais numerosos, e os jovens-adultos os mais carentes de estabelecimentos.

O critério de localização dos estabelecimentos a serem construídos orientou-se, também, no sentido das prioridades determinadas pelo Governo Federal, ao instituir as áreas metropolitanas e as áreas integradas — POLONORDESTE, POLAMAZÔNIA, POLOCENTRO. É evidente que sendo elas pólos naturais de desenvolvimento, hão de ser também, presumivelmente, centros de maior criminalidade. De outra parte, foi adotado como princípio não permitir que a segregação acarrete ruptura entre o homem sentenciado e seu meio, para o qual deverá retornar. Entendendo coordenar esse princípio de política penitenciária, com medidas de política social, é prevista a obtenção de orientação e recomendações do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), quanto à área e outras condições da gleba sobre que se pretende edificar estabelecimento prisional de atividades hortigrangeiras, agrícolas, pecuárias e florestais, e da Associação Brasileira de Crédito e Assistência Rural (ABCAR), quanto à melhor escolha das atividades, especificamente; essa cautela prévia, operada através do Ministério da Justiça, não impede, porém, com referência à ABCAR, que as unidades federativas firmem convênio com o órgão local, para fins da assistência que lhe é própria.

No que concerne à capacidade dos estabelecimentos prisionais, foram levados em conta os fatores de segurança e aspecto econômico. Efetivamente, torna-se descabida a elaboração de custoso plano para abrigar menos de 150 (cento e cinquenta) sentenciados; inconvenientes são, por sua vez, as construções enormes que, abrigando uma população numerosa, tornam impossível uma adequada individualização da execução penal, a par das implicações negativas no campo da segurança. Dentre as

recomendações deste item, há, outrossim, a advertência contra as aglomerações excessivas, quer nos refeitórios — locais propícios à expansão de rebeldias —, quer nos centros de estudo e de trabalho, onde a aglomeração pode estimular a indisciplina coletiva.

Essas as razões que ditaram a elaboração das presentes recomendações programáticas básicas, essenciais a um sistema penitenciário adequado à realidade brasileira, em harmonia com os modernos princípios penitenciários e as “Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos” recomendadas pela ONU.

Esta programação tem em vista o Código Penal promulgado em 1969, e as leis complementares a ele.

I — ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA

1 — Em todos os Estados o sistema penitenciário deve ser dirigido por um órgão central, da Administração Direta, em nível de Superintendência ou de Departamento, ao qual incumbirá inclusive a fixação do regime e do tratamento penitenciários a serem observados pelos estabelecimentos do sistema, obedecidas as normas de origem federal.

2 — Aos estabelecimentos prisionais caberá a execução das determinações emanadas daquela administração superior.

3 — Os estabelecimentos poderão ter competência para a elaboração de normas de segurança e disciplina próprias.

4 — É conveniente a existência, também, dos seguintes órgãos complementares:

a) um colegiado como órgão técnico do estabelecimento de classificação e triagem, composto por especialistas (v.g., jurista, psiquiatra, psicólogo, educador, sociólogo, assistente social, funcionário de notória competência, capelão), com a finalidade de realizar a classificação e a lotação dos sentenciados;

b) comissões, nos estabelecimentos, com o objetivo de efetivar o tratamento penitenciário adequado ao sentenciado.

II — ESTRUTURA DO SISTEMA

1 — Um sistema penitenciário deverá ser integrado pelas seguintes categorias de estabelecimentos:

I — estabelecimentos presidiários;

II — estabelecimentos de classificação e triagem;

III — estabelecimentos penitenciários;

IV — estabelecimentos médico-penais;

V — estabelecimentos assistenciais.

2 — Os estabelecimentos presidiários destinam-se aos presos provisórios (processados e outros) e, em seção separada, condenados a prisão

simples. Entretanto, excepcionalmente, e em seção separada, estes estabelecimentos poderão abrigar condenados a pena de detenção e de reclusão de curta duração.

3 — Os estabelecimentos de classificação e triagem destinam-se ao exame da personalidade dos sentenciados aos quais tenha sido aplicada pena privativa da liberdade ou imposta medida de segurança, para classificação, para verificação de cessação da periculosidade e outros fins atinentes à execução penal. Na hipótese de não existir este estabelecimento, o colegiado de que trata o item I — nº 4 — a, deverá funcionar junto ao órgão central do Sistema.

4 — Os estabelecimentos penitenciários destinam-se aos condenados às penas de detenção e de reclusão.

5 — Os estabelecimentos penitenciários, do ponto de vista da segurança, deverão ser dos seguintes tipos:

- I — estabelecimentos de segurança máxima;
- II — estabelecimentos de segurança média;
- III — estabelecimentos de segurança mínima.

6 — O estabelecimento de segurança máxima terá regime fechado; o de segurança média terá regime fechado ou semi-aberto; o de segurança mínima terá regime aberto, incluindo a espécie denominada prisão-albergue.

7 — Incluem-se nos estabelecimentos penitenciários, com a segurança e o regime que atendam às particularidades de cada caso concreto:

- I — estabelecimentos ou pavilhões separados para jovens-adultos;
- II — estabelecimentos ou pavilhões separados para mulheres;
- III — pavilhões ou seções separadas para velhos.

8 — Nos estabelecimentos médico-penais deverão ser cumpridas medidas de segurança detentivas, e prestada assistência médica aos sentenciados portadores de doenças.

9 — Os estabelecimentos médico-penais deverão ser dos seguintes tipos:

- I — estabelecimento hospitalar para toxicômanos;
- II — manicômio;
- III — sanatório;
- IV — hospital.

10 — Os estabelecimentos assistenciais destinam-se a prestar assistência aos sentenciados, aos egressos definitivos de prisão, às famílias dos mesmos, bem como às vítimas e suas famílias, além de realizar a observação cautelar e proteção dos liberados condicionais.

11 — Os estabelecimentos assistenciais deverão ser do tipo patronato.

III — PRESSUPOSTOS DOS PROJETOS

1 — A elaboração de projetos para a construção de estabelecimentos prisionais deverá ser precedida de levantamento de dados e informações (inclusive estatísticos) que comprovem a necessidade da construção da categoria e do tipo do estabelecimento pretendido.

2 — São considerados indispensáveis os seguintes dados:

- a) a organização e a estrutura do sistema;
- b) a capacidade e a real lotação dos estabelecimentos existentes;
- c) a categoria e o tipo dos estabelecimentos;
- d) a distribuição da população carcerária, por sexo, faixa etária, grau de instrução, aptidão profissional, natureza da prisão (provisória ou decorrente de sentença passada em julgado) e pena aplicada ou medida de segurança imposta;
- e) a indicação do índice de reincidência, fugas e motins nos últimos cinco anos.

IV — ESTILO DOS ESTABELECIMENTOS

1 — Os projetos para a construção de estabelecimentos prisionais deverão, sempre, adotar o estilo em pavilhões.

2 — O estilo circular é inteiramente condenável.

3 — As celas individuais são preferíveis aos alojamentos coletivos, nos estabelecimentos presidiários como nos penitenciários.

4 — As celas individuais deverão ter higiene, aeração e iluminação satisfatórias, bem como área bastante para serem garnecidas com instalações sanitárias, cama e mesa.

5 — Conforme o estabelecimento, as celas individuais deverão obedecer às seguintes indicações de dimensões mínimas (incluído o espaço para as instalações sanitárias, quanto às de letras a e b; as da letra c não têm ditas instalações, que se localizarão agrupadamente em local apropriado do pavilhão):

a) estabelecimentos presidiários (nos pavilhões ou seções destinadas exclusivamente a presos provisórios), estabelecimentos de classificação e triagem e estabelecimentos penitenciários de segurança máxima:

superfície — 9,50 m² (nove e meio metros quadrados);

cubagem — 28,50 m³ (vinte e oito e meio metros cúbicos);

b) estabelecimentos penitenciários ou pavilhões de segurança média:

superfície — 8,35 m² (oito metros e trinta e cinco centímetros quadrados);

cubagem — 23,50 m³ (vinte e três e meio metros cúbicos);

c) estabelecimentos penitenciários ou pavilhões de segurança mínima:

superfície — 6,60 m² (seis metros e sessenta centímetros quadrados);

cubagem — 16,50 m³ (dezesseis e meio metros cúbicos).

6 — Os alojamentos coletivos de todo estabelecimento prisional deverão ter dimensões que concedam, a cada preso, área igual a, pelo menos, dois terços das dimensões mínimas recomendadas para as celas individuais dos estabelecimentos de segurança mínima.

7 — Todo projeto para estabelecimento prisional deverá prever locais para: instalações da administração (inclusive alojamento para pessoal que pernoita no estabelecimento), sala de autoridades, sala de advogados, culto religioso, escola, biblioteca, auditório, prática de esportes e lazeres, áreas livres, oficinas de trabalho, refeitório, enfermaria, parlatório, visitas reservadas de familiares; é aceitável a destinação da mesma dependência para mais de uma finalidade.

8 — As dependências de maior circulação de sentenciados e público, bem como as que tiverem de suportar maior carga-peso, deverão, preferencialmente, ser situadas no pavimento térreo.

9 — Tratando-se de hospital, dispensam-se os seguintes locais: para escola, prática de esportes, oficinas de trabalho e visitas reservadas de familiares.

9 — os estabelecimentos presidiários penitenciários de segurança máxima e médico-penais, deverão ser circundados por muros, para garantir a segurança; os demais estabelecimentos poderão ser circundados por alambrado, cerca ou fosso; os pavilhões para cumprimento de pena, que os estabelecimentos presidiários incluam, ficam dispensados da exigência de muro circundante.

10 — Nos estabelecimentos penitenciários para jovens-adultos, considera-se aconselhável a existência de celas individuais; toleram-se alojamentos coletivos, excepcionalmente.

V — ORDEM DE PRIORIDADE

1 — Deverá ser observada a seguinte ordem de prioridade na construção de estabelecimentos:

- a)** estabelecimentos penitenciários;
- b)** estabelecimentos médico-penais;
- c)** estabelecimentos presidiários;
- d)** estabelecimentos assistenciais;
- e)** estabelecimentos de classificação e triagem.

2 — Em caso de necessidade, é preferível recolher presos provisórios em estabelecimentos penitenciários, do que sentenciados em estabelecimentos presidiários.

3 — Para os estabelecimentos penitenciários, é conveniente a seguinte ordem de prioridade:

- a) estabelecimentos de segurança média;
- b) estabelecimentos ou pavilhões para jovens-adultos;
- c) estabelecimentos ou pavilhões para mulheres;
- d) estabelecimentos de segurança mínima;
- e) pavilhões para velhos;
- f) estabelecimentos de segurança máxima.

4 — Na impossibilidade de existir um estabelecimento penitenciário para cada finalidade, admite-se que um estabelecimento tenha mais de uma destinação, caso em que será dividido em anexos, pavilhões ou seções. Contudo, deverá ser observada a absoluta separação entre os sentenciados, conforme o sexo, a faixa etária e o regime, para a plena realização do tratamento que lhes é conveniente e a possibilidade de exercício dos direitos e cumprimento dos deveres que compõem o **status** de condenado.

5 — Para os estabelecimentos médico-penais, é conveniente a seguinte ordem de prioridade:

- a) estabelecimento hospitalar para toxicômanos;
- b) manicômio;
- c) sanatório;
- d) hospital.

6 — Nos estabelecimentos penitenciários deverão funcionar: enfermaria, com pequena farmácia, para os atendimentos de emergência ou de pequena monta, servindo, também, se necessário, para suprir a ausência de hospital penitenciário; gabinete dentário.

7 — É de absoluta inconveniência a utilização de setores dos estabelecimentos penitenciários para o funcionamento de estabelecimento hospitalar para toxicômanos, manicômio ou sanatório.

8 — Recomenda-se a centralização de serviços tais como médico (acessórios e afins), técnicos e outros que exijam aparelhagem de vulto.

VI — DA LOCALIZAÇÃO

1 — Os estabelecimentos presidiários (presídios ou, se de dimensões menores, cadeias) deverão estar localizados de modo a facilitar o acesso e a apresentação dos processados a juízo.

2 — A localização dos conjuntos ou estabelecimentos penitenciários deverá levar em conta a facilidade de acesso, a presteza das comunicações e a compatibilidade sócio-econômica, ou seja, o aproveitamento dos serviços básicos existentes (redes de distribuição de água, de energia, esgoto etc.) e das reservas disponíveis (hidráulicas, vegetais, minerais etc.).

3 — Os conjuntos ou estabelecimentos penitenciários não deverão ser situados em zona central da cidade ou de bairro residencial; entretanto, os estabelecimentos de segurança mínima, de regime aberto, deverão ser instalados nas proximidades de local onde existam oportunidades de trabalho e escola.

4 — As áreas metropolitanas e os centros regionais deverão ser prioritários na escolha de local para a construção de conjuntos ou de estabelecimentos penitenciários.

5 — A escolha de local deverá ter em conta, também, o centro comunitário de origem dos sentenciados, de forma a não impedir ou dificultar a sua visitação, preservando os vínculos para o futuro retorno.

6 — A gleba sobre que se edificarem os estabelecimentos com atividades hortigranjeiras, agrícolas, pecuárias ou florestais ou, ainda, mistas, deverá ter área e demais condições adequadas à boa **exploração** das atividades específicas, com as variações, conforme o clima, solo etc., de cada região; nesses casos, deverão ser atendidas, também, a orientação e as recomendações do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e da Associação Brasileira de Crédito e Assistência Rural (ABCAR), obtidas através do Ministério da Justiça.

7 — Nas regiões atingidas pelos projetos ou programas de desenvolvimento regional — POLONORDESTE, POLAMAZÔNIA, POLOCENTRO e PRODOESTE —, os estabelecimentos com as atividades mencionadas no item anterior deverão ser localizados, preferencialmente, em áreas referidas pela legislação respectiva.

VII — DA CAPACIDADE

1 — Estima-se a capacidade máxima de um **estabelecimento presidiário**, em 800 (oitocentos) presos.

2 — Somente em casos excepcionais, devidamente justificados pelas circunstâncias locais, é admitida a capacidade mínima de um **estabelecimento penitenciário**, inferior a 150 (cento e cinquenta) e a máxima, superior a 500 (quinhentos) sentenciados.

3 — A capacidade máxima de cada pavilhão, **quer de estabelecimento presidiário, quer penitenciário**, será de 200 (duzentos) presos.

4 — Quando houver alojamentos coletivos, a sua **capacidade mínima será de 3 (três) presos; a máxima será de 20 (vinte)**, tratando-se de adultos, e de **5 (cinco)**, tratando-se de jovens-adultos.

5 — A capacidade de **cada refeitório** não deverá ser superior à metade da capacidade do estabelecimento, nem, **em qualquer caso, superior a 200 (duzentos) presos**.

6 — Os locais de trabalho e de estudo deverão estar situados de forma a impedir aglomeração e, se possível, distanciados uns dos outros.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

	Cr\$
— nº 1 (março/1964)	10,00
— nº 2 (junho/1964)	esgotada
— nº 3 (setembro/1964)	”
— nº 4 (dezembro/1964)	”
— nº 5 (março/1965)	”
— nº 6 (junho/1965)	”
— nº 7 (setembro/1965)	”
— nº 8 (dezembro/1965)	”
— nº 9 (março/1966)	”
— nº 10 (junho/1966) (reimpressão)	30,00
— nº 11 (setembro/1966)	esgotada
— nº 12 (outubro a dezembro/1966) (reimpressão)	25,00
— nºs 13 e 14 (janeiro a junho/1967) (reimpressão)	15,00
— nºs 15 e 16 (julho a dezembro/1967)	esgotada
— nº 17 (janeiro a março/1968) (reimpressão)	20,00
— nº 18 (abril a junho/1968) (reimpressão)	30,00
— nº 19 (julho a setembro/1968)	10,00
— nº 20 (outubro a dezembro/1968)	10,00
— nº 21 (janeiro a março/1969)	10,00

	Cr\$
— nº 22 (abril a junho/1969)	10,00
— nº 23 (julho a setembro/1969)	10,00
— nº 24 (outubro a dezembro/1969) (reimpressão)	20,00
— nº 25 (janeiro a março/1970)	esgotada
— nº 26 (abril a junho/1970) (reimpressão)	20,00
— nº 27 (julho a setembro/1970)	15,00
— nº 28 (outubro a dezembro/1970)	15,00
— nº 29 (janeiro a março/1971)	esgotada
— nº 30 (abril a junho/1971)	15,00
— nº 31 (julho a setembro/1971)	15,00
— nº 32 (outubro a dezembro/1971)	15,00
— nº 33 (janeiro a março/1972)	15,00
— nº 34 (abril a junho/1972)	15,00
— nº 35 (julho a setembro/1972)	15,00
— nº 36 (outubro a dezembro/1972)	15,00
— nº 37 (janeiro a março/1973)	20,00
— nº 38 (abril a junho/1973)	25,00
— nº 39 (julho a setembro/1973)	25,00
— nº 40 (outubro a dezembro/1973)	20,00
— nº 41 (janeiro a março/1974)	15,00
— nº 42 (abril a junho/1974)	25,00
— nº 43 (julho a setembro/1974)	35,00
— nº 44 (outubro a dezembro/1974)	20,00
— nº 45 (janeiro a março/1975)	30,00
— nº 46 (abril a junho/1975)	30,00
— nº 47 (julho a setembro/1975)	30,00
— nº 48 (outubro a dezembro/1975)	30,00
"CATÁLOGO DAS PUBLICAÇÕES" (com índices da <i>Revista de</i> <i>Informação Legislativa</i> nºs 1 a 40 — março/1964 a dezem- bro/1973): enviaremos gratuitamente a quem nos solicitar.	
"JORNALISMO" — LEGISLAÇÃO (1963)	esgotada
"DIREITO ELEITORAL"	
— Ementário (legislação, projetos, jurisprudência) (1963)	esgotada

Cr\$

“REFORMA AGRÁRIA”

- Projetos em tramitação no Senado Federal, projetos de Emenda à Constituição, mensagens presidenciais, legislação (1963)
- Projetos em tramitação na Câmara dos Deputados (1963)
- Debates parlamentares — Senado Federal (1963) esgotada

“DIREITO DE GREVE” (Edição de 1964)

- Histórico do Direito de Greve no Brasil
- Constituinte de 1946
- Legislação e projetos então em tramitação no Congresso Nacional
- Origem da Lei nº 4.330, de 1º-6-64
- Jurisprudência dos Tribunais
- Pareceres da Consultoria-Geral da República esgotada

“VENDAS E CONSIGNAÇÕES” (Edição de 1965)

- Histórico da Lei nº 4.299, de 23-12-63 (esta obra é atualizada em artigos publicados na *Revista de Informação Legislativa* nºs 15/16, pág. 217, e nº 30, pág. 239) esgotada

“LEGISLAÇÃO DO GOVERNO REVOLUCIONÁRIO”

- Decretos-Leis n.ºs 1 a 318 (Governo Castello Branco) — legislação correlata — 4 volumes esgotada
- Atos Institucionais — Atos Complementares — Decretos-Leis e legislação citada ou revogada — Índices cronológico e por assunto — Governo do Presidente Costa e Silva — dos Ministros Militares respondendo pela Presidência e do Presidente Emílio G. Médici:
 - 1º volume, contendo 268 páginas
 - Atos Institucionais nºs 1 a 4
 - Atos Complementares nºs 1 a 37
 - Decretos-Leis nºs 319 a 347 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto esgotada
 - 2º volume, contendo 314 páginas
 - Ato Institucional nº 5
 - Atos Complementares nºs 38 a 40

	Cr\$
Decretos-Leis n ^{os} 348 a 409 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	esgotada
– 3 ^o volume, contendo 304 páginas	
Atos Institucionais n ^{os} 6 e 7	
Atos Complementares n ^{os} 41 a 50	
Decretos-Leis n ^{os} 410 a 480 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	esgotada
– 4 ^o volume, contendo 490 páginas	
Atos Institucionais n ^{os} 8 e 9	
Ato Complementar n ^o 51	
Decretos-Leis n ^{os} 481 a 563 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	esgotada
– 5 ^o volume, contendo 336 páginas	
Ato Institucional n ^o 10	
Atos Complementares n ^{os} 52 a 56	
Decretos-Leis n ^{os} 564 a 664 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	esgotada
– 6 ^o volume, contendo 488 páginas	
Ato Institucional n ^o 11	
Atos Complementares n ^{os} 57 a 62	
Decretos-Leis n ^{os} 665 a 804 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	25,00
– 7 ^o volume, contendo 290 páginas	
Emenda Constitucional n ^o 1	
Atos Institucionais n ^{os} 12 a 17	
Atos Complementares n ^{os} 63 a 77	
Decretos-Leis n ^{os} 805 a 851 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	15,00
– 8 ^o volume, contendo 318 páginas	
Decretos-Leis n ^{os} 852 a 941 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	15,00
– 9 ^o volume, contendo 364 páginas	
Decretos-Leis n ^{os} 942 a 1.000 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	25,00
– 10 ^o volume, contendo 386 páginas	
Decreto-Lei n ^o 1.001, de 21-10-1969	
Código Penal Militar, com índice remissivo e por assunto	30,00

	Cr\$
— 11º volume, contendo 503 páginas	
Decretos-Leis nºs 1.002 e 1.003	
Código de Processo Penal Militar e Lei de Organização Judiciária Militar, com índice remissivo e por assunto	35,00
— 12º volume, contendo 309 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.004 a 1.068 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	25,00
— 13º volume, contendo 406 páginas	
Atos Complementares nºs 78 a 94	
Decretos-Leis nºs 1.069 a 1.153 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	30,00
— 14º volume, contendo 487 páginas	
Decretos-Leis nºs 1.154 a 1.187 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	30,00
— 15º volume, contendo 247 páginas	
Atos Complementares nºs 95 a 97	
Decretos-Leis nºs 1.188 a 1.271 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	20,00
— 16º volume, contendo 424 páginas	
Atos Complementares nºs 98 e 99	
Decretos-Leis nºs 1.272 a 1.322 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto. Obs.: este volume contém um índice geral das duas coleções, a partir do Decreto-Lei nº 1/65	40,00
 “ANAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967” (Projeto) (Edição de 1966)	
— <i>Quadro Comparativo</i> : Projeto de Constituição remetido ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, Constituição de 1946 e suas alterações (Emendas Constitucionais e Atos Institucionais), comparados em todos os artigos e itens	esgotada
 “ANAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967”	
— 1º volume — Antecedentes da Constituição através do noticiário da imprensa	
— 2º volume — Primeira fase de tramitação do projeto de Constituição no Congresso Nacional — Discussão e Votação do Projeto	

Cr\$

- 3º volume — Discursos pronunciados em sessões do Senado Federal e da Câmara dos Deputados
- 4º volume (2 tomos) — Segunda fase de tramitação do Projeto de Constituição no Congresso Nacional
- 5º volume — Comissão Mista
- 6º volume (2 tomos) — Emendas oferecidas ao Projeto de Constituição
- 7º volume — Quadro Comparativo da Constituição de 1967 — Projeto originário do Poder Executivo — Emendas aprovadas (artigo por artigo) esgotada

“REFORMA AGRÁRIA” (3 tomos) (Edição de 1969)

Legislação brasileira de reforma agrária, política agrícola e desenvolvimento regional, contendo:

- textos integrais dos diplomas legais, a partir da Lei nº 4.214/63 (Estatuto do Trabalhador Rural)
- alterações, regulamentações e remissões da legislação transcrita
- ementário da legislação correlata
- histórico das leis (tramitação no Congresso Nacional)
- marginalia (pareceres, regimentos, portarias etc.)

A obra contém um índice cronológico da legislação e índice por assunto de toda a matéria, com a citação de artigos, parágrafos, itens e alíneas esgotada

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

— QUADRO COMPARATIVO (2ª edição) 30,00

- | | | |
|---|---|--|
| Contém, comparadas em todos os artigos: | } | Emendas Constitucionais nº 1, de 17-10-69, nº 2, de 9-5-72, nº 3, de 15-6-72, nº 4, de 23-4-75, e nº 5, de 28-6-75. |
| | | Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 (e as alterações introduzidas pelos Atos Institucionais nºs 5 a 17 e Ato Complementar nº 40/69, ratificado pelo art. 3º do Ato Institucional nº 6/69). |
| | | Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 (com as Emendas Constitucionais e Atos Institucionais que a alteraram). |

Em notas, além de outras observações, são destacadas as alterações aprovadas pelo Congresso Nacional, através de emendas ao Projeto de Constituição remetido ao Congresso pelo Presidente Humberto de Alencar Castello Branco, em dezembro de 1966.

“O CONGRESSO NACIONAL E O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL” (Edição de 1970)

- Histórico da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970 15,00

	Cr\$
“A IMPRENSA E O DIREITO” (leis, projetos — profissão de jornalista; legislação de imprensa) (Edição de 1971)	esgotada
“DIRETRIZES E BASES PARA O ENSINO DE 1º e 2º GRAUS” (Edição de 1971)	
— Histórico da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 (2 tomos)	45,00
“PARTIDOS POLÍTICOS” (2 tomos) (Edição de 1971)	
— Histórico da Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965 — “Lei Orgânica dos Partidos Políticos”	55,00
“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (Edição de 1976) (formato bolso)	
— Emendas Constitucionais nº 1, de 17-10-69, nº 2, de 9-5-72, nº 3, de 15-6-72, nº 4, de 23-4-75, e nº 5, de 28-6-75	10,00
“LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E COMPLEMENTAR” (Edição de 1972)	
contendo:	
— Emendas Constitucionais — Atos Institucionais — Atos Complementares — Leis Complementares.	
— Legislação citada — sinopse (com suplementos: I, de 1973; II, de 1974; III, de 1975)	30,00
“PARTIDOS POLÍTICOS” (2 tomos) (Edição de 1974)	
— Histórico da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 — “Lei Orgânica dos Partidos Políticos”, e Lei nº 5.697, de 27 de agosto de 1971 — “Dá nova redação aos artigos que menciona da Lei nº 5.682, de 21-7-71 — Lei Orgânica dos Partidos Políticos”	70,00
“LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA” (2ª edição, revista e atualizada — 1974)	
— Textos legais, instruções do TSE, quadro comparativo (Leis n.ºs 5.682/71 e 4.740/65, com suas alterações)	20,00
“CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL” (Edição de 1974) — Histórico (3 volumes)	
— 1º volume (3 tomos)	
— Histórico da Lei nº 5.869, de 11-1-73, que “instituiu o Código de Processo Civil” (Projeto do Executivo, Mensagem, Exposição de Motivos,	

Cr\$

tramitação completa na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, discursos)

- 2º volume (2 tomos)
 - Quadro Comparativo (Lei nº 5.869/73 — Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.869/73 — Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)
 - Quadro Comparativo (Lei nº 5.925/73 — Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.925/73 — Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)
 - 3º volume
 - Histórico da Lei nº 5.925, de 1º-10-73, que “retifica dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil”
 - Histórico da Lei nº 6.014, de 27-12-73, que “adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona”
 - Histórico da Lei nº 6.071, de 3-7-74, que “adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona”
- Preço da coleção 180,00
- “CÓDIGO PENAL” (Edição de 1974)
- Histórico da Lei nº 6.016, de 31-12-73, que “altera dispositivos do Decreto-Lei nº 1.004, de 21-10-69, que instituiu o Código Penal” 45,00
- “CÓDIGO PENAL” (Edição de 1974)
- Quadro Comparativo (Novo Código Penal — Código Penal de 1940)
 - Notas (texto original do Decreto-Lei nº 1.004/69 e alterações introduzidas pela Lei nº 6.016/73; alterações do Código Penal de 1940; legislação correlata)
 - Exposições de Motivos (da Lei nº 6.016/73; do Decreto-Lei nº 1.004/69; do Decreto-Lei nº 2.848/40) esgotada
- “PREVIDÊNCIA SOCIAL” (Edição de 1974)
- Lei Orgânica da Previdência Social atualizada
 - Notas — Remissões — Comparações — Regulamentações
 - Jurisprudência Administrativa
 - Ementário de legislação 20,00

	Cr\$
"PREVIDÊNCIA SOCIAL" (Edição de 1974)	
— Histórico da Lei nº 5.890, de 8-6-73, que "altera a legislação de Previdência Social, e dá outras providências" (2 tomos)	70,00
"CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO" (Edição de 1974)	
— Texto atualizado da CLT	
— Comparação com o texto original e alterações	
— Legislação correlata	
— Notas	35,00
"REFORMA ADMINISTRATIVA" (Edição de 1974)	
— Decreto-Lei nº 200/67 e suas alterações	
— Legislação: alteradora, citada e correlata	esgotada
"PROCESSO LEGISLATIVO"	
(2ª edição — 1976)	
— Aspectos Fundamentais	
— Emenda Constitucional nº 1	
— Regimento do Congresso Nacional	
— Regimento do Senado Federal	
— Regimento da Câmara dos Deputados	15,00
"DIREITO FINANCEIRO"	
(2ª edição — 1976)	
— Lei nº 4.320, de 17-3-64	
— Diretrizes de Interpretação	
— Regulamentação	
— Plano de Contas Único dos Órgãos da Administração Direta — Portaria nº 61/73, da Inspeção-Geral de Finanças do Ministério da Fazenda (com as alterações introduzidas pelas Portarias n.ºs 294/73 e 82/75)	20,00
"CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL" — Quadro Comparativo Anotado (2 volumes)	
— 1º Volume	
— Quadro Comparativo do novo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73 com a redação dada pela Lei nº 5.925/73) com dispositivos da legislação anterior (Código de Processo Civil de 1939 e suas alterações)	

	Cr\$
<ul style="list-style-type: none"> — 2º Volume — Notas (de n.ºs 1 a 835) contendo: <ul style="list-style-type: none"> — legislação correlata; — jurisprudência; — doutrina; — emendas aprovadas pelo Congresso Nacional; — Exposição de Motivos e palestra do Prof. Alfredo Buzaid; — legislação estrangeira; e — remissões. 	
Notas (de n.ºs 1-A a 95-A) documentam a redação original de dispositivos do Código, Lei nº 5.869, de 1973, alterados pela Lei nº 5.925/73	70,00
"CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS"	
<ul style="list-style-type: none"> — Contendo os textos atualizados da Constituição Federal e de todas as Constituições estaduais (2 Tomos) 	100,00
"LEIS ORGANICAS DOS MUNICIPIOS"	
<ul style="list-style-type: none"> — Contendo os textos atualizados de todas as Leis Orgânicas municipais dos Estados 	no prelo
OUTRAS OBRAS	
"REGIMENTO INTERNO DO SENADO FEDERAL" (Edição de 1971)	esgotada
"REGIMENTO INTERNO E TABELA DE CUSTAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL" (Edição de 1971) <ul style="list-style-type: none"> — Índices da matéria e por assunto (Trabalho elaborado, revisado e impresso pelo Centro Gráfico do Senado Federal) 	esgotada
"TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO" (Edição de 1972) <ul style="list-style-type: none"> — Regimento Interno — Regulamento-Geral da Secretaria — Regimento Interno da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho — Regimento de Custas e Emolumentos — Regulamento da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho 	12,00

RELAÇÃO DOS VOLUMES E TOMOS DA COLEÇÃO COMEMORATIVA
DO SESQUICENTENÁRIO DA INDEPENDÊNCIA DA REPÚBLICA
FEDERATIVA DO BRASIL

(Editada pelo Centro Gráfico do Senado Federal, c/seus respectivos preços)

N.º do Volume	N.º do Tomo	N.º de Páginas	TÍTULO	Preços (Cr\$)
1	—	220	O Parlamento e a Evolução Nacional, Introdução Histórica	20,00
2	I	296	O Parlamento e a Evolução Nacional	30,00
2	II	400	O Parlamento e a Evolução Nacional	40,00
3	I	334	O Parlamento e a Evolução Nacional	45,00
3	II	274	O Parlamento e a Evolução Nacional	25,00
4	I	288	O Parlamento e a Evolução Nacional	25,00
4	II	316	O Parlamento e a Evolução Nacional	30,00
5	—	768	O Parlamento e a Evolução Nacional	70,00
—	—	152	Testemunhos sobre Milton Campos	esgotado
—	—	184	A Constituinte de 1823	20,00
1	—	116	Atas do Conselho de Estado (Senado Federal)	10,00
2	—	364	Atas do Conselho de Estado (Senado Federal)	35,00
9	—	252	Atas do Conselho de Estado (Senado Federal)	25,00
1	—	448	Parlamentares do Império	esgotado
2	—	244	Parlamentares do Império	esgotado
1	—	736	Obra Política de José Bonifácio ..	60,00
2	—	352	Obra Política de José Bonifácio ..	30,00
1	—	404	Diário da Assembléa-Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823)	60,00
2	—	392	Diário da Assembléa-Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823)	60,00
3	—	408	Diário da Assembléa-Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823)	60,00
—	—	48	Diário da Assembléa-Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil — INDICE	20,00

Os pedidos de publicações constantes desta relação deverão ser dirigidos à SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL, Ed. Anexo I, 11º andar, Praça dos Três Poderes — 70.000 — BRASÍLIA — DF, acompanhados de cheque nominal, visado, pagável em Brasília e emitido a favor do CENTRO GRÁFICO DO SENADO FEDERAL, ou pelo sistema de REEMBOLSO POSTAL

ARQUIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

- I – O ordenamento jurídico do País, suas instituições essenciais, através de artigos e estudos de doutrina.**
- II – Documentação: os atos pertinentes às reformas jurídico-institucionais brasileiras.**
- III – Revista trimestral editada pelo Ministério da Justiça, desde 1943, é a testemunha da vida jurídica e política nacional.**