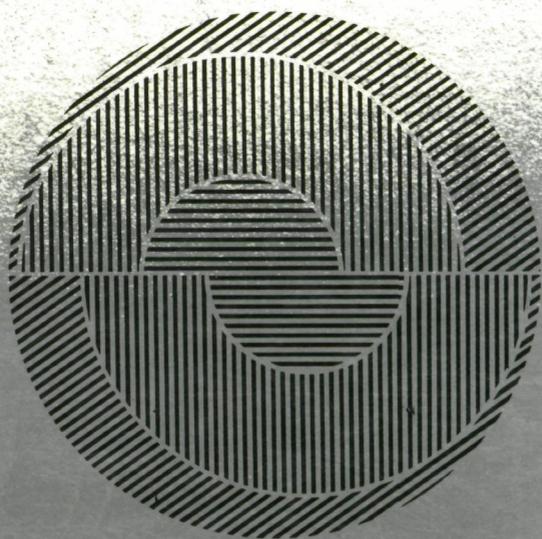


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO 1989

ANO 26 • NÚMERO 103

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 26 n. 103 julho/setembro 1989

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

Fundadores:

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

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

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

Direção:

ANNA MARIA VILLELA

Chefe de Redação:

PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO

Chefe de Diagramação e Revisão:

JOÃO EVANGELISTA BELÉM

Capa de GAETANO RÉ

Composição e Impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal.

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

| | | | | |
|-----------------|----------|-------|--------|----------------|
| R. Inf. legisl. | Brasília | a. 26 | n. 103 | jul./set. 1989 |
|-----------------|----------|-------|--------|----------------|

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

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

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

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| Interferências entre poderes do Estado (Fricções entre o Executivo e o Legislativo na Constituição de 1988) — <i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i> | 5 |
| O controle da administração pública na nova Constituição brasileira — <i>Jessé Torres Pereira Junior</i> | 27 |
| O veto nas Repúblicas presidencialistas -- <i>Rômulo Paes Barreto</i> .. | 47 |
| Reflexões sobre a Constituição atual — <i>Jarbas Maranhão</i> | 67 |
| A desapropriação para fins de Reforma Agrária perante a nova Constituição Federal -- <i>Fábio de Oliveira Luchési</i> | 73 |
| O direito agrário na Constituição de 88 — <i>Otávio Mendonça</i> | 95 |
| Constituinte e Reforma Agrária: uma pesquisa de opinião — <i>Brancoilina Ferreira</i> e <i>João Gabriel Teixeira</i> | 105 |
| O trabalhador rural na nova Constituição: operário ou camponês? — <i>Mauro Márcio Oliveira</i> | 129 |
| O princípio do direito adquirido no direito constitucional — <i>Carmen Lúcia Antunes Rocha</i> | 147 |
| Origens das organizações partidárias e os partidos políticos brasileiros — <i>Orlando Soares</i> | 163 |
| Partidos políticos: aspectos do fenômeno - <i>Alaor Barbosa</i> | 191 |
| Meios de comunicação de massa e eleições (um experimento brasileiro) -- <i>R. A. Amaral Vieira</i> | 231 |
| O Ministério Público e sua posição constitucional — <i>José Emmanuel Burle Filho</i> | 243 |
| Diretrizes para as Cartas Municipais — <i>Selma Maria de Athayde</i> .. | 249 |
| A suspensão da liminar no mandado de segurança -- <i>Aristóteles Atheniense</i> | 273 |
| O uso dos computadores no exercício da profissão jurídica: responsabilidade pelo uso ilegal dos computadores — <i>Alexandre Rodrigues Atheniense</i> | 285 |
| Vigencia de los tratados de Montevideo de 1989 y 1940 a la luz de las CIDIP I, II e III — <i>Rubens B. Santos Belandro</i> | 295 |
| Competência e homologação de sentenças estrangeiras na Comunidade Econômica Européia — <i>C. G. J. Morse</i> | 311 |
| O fenômeno da franquia: da regulamentação comunitária à prática brasileira -- <i>Paulo Borba Casella</i> | 341 |
| Normas desportivas internacionais e direito interno — <i>Michael R. Will</i> | 357 |
| PUBLICAÇÕES | |
| — Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas | 383 |

Interferências entre Poderes do Estado

(Fricções entre o Executivo e o Legislativo
na Constituição de 1988)

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1 — Referencial metódico das interferências entre Poderes. 2 — Modalidades e finalidades dos controles recíprocos. 3 — Tipos políticos e jurídicos de pontos de fricção entre os Poderes Executivo e Legislativo. 4 — Conclusões.

1 — Referencial metódico das interferências entre Poderes

O X Congresso Brasileiro de Direito Constitucional decidiu organizar um painel sobre o palpitante tema do relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo, objetivando, mais precisamente, o estudo dos *pontos de fricção* entre eles na Constituição de 1988.

Convocado a apresentar uma das exposições do painel, optei por concentrar este trabalho sobre os aspectos metodológicos do tema, não só considerando a proficiência dos demais especialistas convidados, que farão melhores análises casuísticas dos dispositivos constitucionais polêmicos, como estimulado pelo desafio de sistematizar assunto relativamente pouco versado do constitucionalismo, não obstante sua inegável importância.

Com efeito, ao lado da *partilha* e da *delegação* de poderes, a técnica das *interferências* vem assomando e assumindo notável destaque à medida que se firma o consenso de que a separação de Poderes não se constitui em nenhum dogma jurídico, conducente a um conceito de absoluta estan-

queidade orgânica ou funcional, mas numa técnica juspolítica de partilha de funções entre complexos orgânicos do Estado.

Nessas condições, o princípio da *independência* dos Poderes do Estado só pode ser entendido e corretamente aplicado em absoluta concordância com o da *harmonia* entre esses Poderes, tal como se estabelece logo no frontispício da Constituição de 1988 ⁽¹⁾.

Em decorrência, até mesmo para bem localizar e estreimar o objeto desse trabalho, deve-se começar por distinguir as três técnicas constitucionais envolvidas: a da *partilha*, a da *interferência* e a da *delegação*, com suas atuações e objetivos respectivos.

1.1 — *Partilha*

Pela técnica da *partilha*, o legislador constituinte realiza a distribuição de poderes estatais, considerados necessários ao atendimento, pelo Estado, dos interesses da sociedade que a ele são confiados, a três conjuntos de órgãos distintos que, por isso, recebem a denominação metonímica de Poderes do Estado.

Esses poderes distribuídos, aos quais correspondem *funções* constitucionalmente definidas, o são segundo dois critérios: a especialização funcional e a independência orgânica ⁽²⁾.

A *especialização funcional* é o critério básico da partilha ⁽³⁾; dele resulta a tradicional tripartição de funções legislativas, administrativas e jurisdicionais, constante em todas as Constituições brasileiras, com exceção da Imperial, que acrescentava o Poder Moderador, inspirado na partilha quintupla proposta por BENJAMIN CONSTANT ⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾.

(1) Art. 2º, repetindo, quase *ipsis litteris*, o art. 6º, *caput* da Carta de 1969.

(2) V. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, 4ª edição, p. 73.

(3) Como elucida RAFAEL BIELSA, "atualmente o princípio da divisão de funções prevalece sobre o princípio da divisão de poderes, sobretudo porque no Estado de Direito as garantias jurídicas têm um fundamento mais jurídico que político" (*El Orden Político y las Garantías Jurisdiccionales*, B. Aires, 1943, p. 34, ns/grifo e tradução).

(4) Na verdade, além do Poder Moderador, que o autor denominou de *Pouvoir Royal*, cuja função era manter o equilíbrio entre os demais, havia uma divisão do Poder Legislativo entre duas Assembléias: uma para assegurar a permanência institucional (*de la durée*) e outra para garantir a renovação institucional através da opinião pública (*de l'opinion*) (v. *Cours de Politique Constitutionnelle*, Paris, Guillaumin, 1872, T. I, Cap. II, p. 19).

(5) PINTO FALCÃO recorda-nos uma curiosidade do Direito Constitucional brasileiro que classificou de "verdadeira pilhéria de mau gosto", que foi a criação de um quarto Poder do Estado, na Constituição do Estado do Espírito Santo, de 2 de maio de 1892, denominado de "Poder de Polícia" (in *Constituição Anotada*, J. Konfino, Rio, 1956, p. 118).

A fórmula tripartite de MONTESQUIEU, todavia, tem sido contestada e criticada, existindo várias outras classificações funcionais que determinariam diferentes estruturas orgânicas de poderes, como, apenas para exemplificar, a de SAINT-GIRONS, em obra clássica do assunto, que não via mais que "duas funções essenciais: editar as leis, fazê-las executar" (6); a de LUIGI PALMA, que as elevava para seis: o eleitoral, o representativo, o moderador, o governante, o judiciário e o real (7); a de ROMAGNOSI, que subia para nada menos que oito: "1.º poder "determinante": o Legislativo; 2.º poder "operante": o Executivo; 3.º poder "moderador", que devia ser exercido por uma espécie de Senado e tinha por função coordenar os demais; 4.º poder "postulante": uma espécie de fiscal geral dos interesses políticos; 5.º poder "judicante": o Judiciário; 6.º poder "constringente": a força pública; 7.º poder "certificante", que era exercido por notários, escrivães e outros servidores desse tipo, que praticam atos e fazem declarações com fé pública; e 8.º poder "predominante": a opinião pública (8).

Modernamente as classificações mais apreciadas são as de GEORGES BURDEAU, que distingue, em termos funcionais, apenas duas: criação do Direito, introduzindo matéria, por vez primeira, na ordem jurídica, que seria a *função governamental*, e a execução do Direito, que englobaria todas as demais decisões derivadas da primeira, correspondente à função administrativa (naturalmente envolvendo a administração dos interesses públicos, função administrativa no sentido estrito, e a administração da justiça, a função jurisdicional) (9) e a de KARL LÖWENSTEIN, que sugere uma tripartição em que destaca, além das duas funções definidas por BURDEAU, uma *função de controle* que, como veremos, passa a ser uma chave para a compreensão das partilhas, interferências e delegações criadas nas modernas Constituições (o autor distingue a *policy determination*, a *policy execution* e a *policy control*) (10).

(6) A. SAINT-GIRONS, *Essai sur la Séparation des Pouvoirs dans l'Ordre Politique, Administratif et Judiciaire*, Lacrose, Paris, 1881, p. 139.

(7) LUIGI PALMA, *Corso di Diritto Costituzionale*, 1881, 2ª ed., V. I, pp. 1 e 3.

(8) Apud JOSÉ LUIZ DE A. MELLO, *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, S. Paulo, 1968, p. 20.

(9) GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, L.G.D.J., Paris, 2ª ed. 1966, T. 4, p. 186. A propósito, a MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, esta é a classificação que lhe parece cientificamente preferível, por repousar no grau de intensidade do poder estatal manifestado (*Curso de Direito Constitucional*), Ed. Saraiva, S. Paulo, 17ª ed., 1989, p. 118.

(10) KARL LÖWENSTEIN, *Political Power and the Governmental Process* U. Chicago Press, 1965, p. 42 e ss. Também, a propósito, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, avaliando a classificação desse autor, embora reconhecendo o mérito de abrir caminho para uma revisão da organização política ocidental, tarefa que aponta como ingente e urgente, lembra que a função de controle, em última análise, seria administrativa, subsumindo-se na classificação anterior, de BURDEAU (in *op. cit.*, p. 120).

De qualquer modo, a permanência da solução clássica tripartite revela uma racionalidade pelo menos satisfatória, na medida em que espelha os três momentos jurídicos da ação do Estado: quando cria o Direito, quando o realiza concretamente na prossecução dos interesses que lhe são confiados e quando o realiza, também concretamente, aplicando-o à solução dos conflitos suscitados pela sua contestação.

A especialização funcional, dispondo “no sentido de que a cada órgão corresponda uma função principal, finalística”⁽¹¹⁾ é portanto, o critério básico da partilha, mas a ele se agrega um critério ancilar, que determina uma repartição funcional secundária, com o objetivo de atribuir a cada complexo de órgãos, que conformam um Poder do Estado, os meios necessários para que atuem e se mantenham sem sujeição aos demais.

São, no dizer de CARLOS AYRES BRITTO, “aquelas funções que estão de tal sorte ligadas à natureza e fisiologia do órgão, que condicionam sua própria independência institucional”⁽¹²⁾.

Sobressai, nesta partilha secundária, ou instrumental, a necessidade de garantir-se, a cada Poder, sua própria administração, o que BIELSA considera “atribuição essencial de todo Poder”⁽¹³⁾.

A Constituição de 1988 assegura a cada Poder a autonomia administrativa, financeira⁽¹⁴⁾ e regimental⁽¹⁵⁾, a atribuição de prover a certos cargos⁽¹⁶⁾ e a iniciativa de leis que lhe digam respeito⁽¹⁷⁾.

Em suma, a finalidade da partilha continua sendo a *desconcentração do poder do Estado*, na esteira da fórmula apriorística de MONTESQUIEU que, como se sabe, abeberou em ARISTÓTELES e em KANT a idéia de que a melhor solução para evitar-se o arbitrio e o abuso de poder está na sua diluição entre corpos capazes de exercer, apenas em parte, a soberania estatal⁽¹⁸⁾.

(11) CARLOS AYRES BRITTO, *Separação dos Poderes na Constituição Brasileira*, in *Revista de Direito Público*, nº 59/60, jul./dez. 1981, p. 121.

(12) *Op. cit.*, *ibidem*.

(13) RAFAEL BIELSA, *El Orden Político y las Garantías Constitucionales — Separación de Poderes y Vigencia del Derecho*, Buenos Aires, 1943, p. 34.

(14) A autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário está definida no art. 99 e a do Poder Legislativo nos arts. 51, IV e 52, XIII.

(15) A autonomia regimental do Poder Judiciário está prevista no art. 96, I, a, e a do Poder Legislativo, nos arts. 51, III e 52, XII.

(16) Para o Poder Judiciário, o art. 96, I, c.

(17) Para o Poder Judiciário, o art. 96, I, d; II, a, b, c e d, e o art. 99. Para o Poder Executivo, o art. 61, § 1º, I, e II, a, b, c, d e e.

(18) “Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir (*De l'Esprit des Loix*, XI, Cap. IV).

1.2 — *Interferência*

Pela técnica da *interferência*, distintamente, o legislador constitucional volta sua preocupação ao controle ativo de um Poder do Estado sobre o outro.

São essas interações recíprocas, estabelecidas pelas Constituições, seja no desempenho de funções que já foram partilhadas, seja no desempenho de novas funções, criadas especificamente para efeito de controle, que se denominam de *interferências* (19).

Embora o próprio MONTESQUIEU não houvesse chegado a preconizar a absoluta separação entre os Poderes, tanto é que considerou a interferência do Executivo no processo legislativo (veto), foi, sem dúvida, a prática constitucional, desenvolvida e aquecida desde o século XVIII, que veio a flexibilizar a interpretação paremiológica originária da independência dos Poderes (20).

Destarte, realizada a partilha básica e a secundária, passa o constituinte a preocupar-se com a função de controle, na classificação de LÖWENSTEIN, estabelecendo um sistema de interferências que, conjurando o perigo de um monopólio de funções, permitirá que cada Poder atue sobre os demais preventiva ou corretivamente.

Em suma, a finalidade da *interferência*, tema que será desenvolvido adiante, é o *controle do poder do Estado*, atuando sobre os órgãos que o exercem.

1.3 — *Delegação*

Finalmente, pela técnica da *delegação*, o legislador constitucional abre exceções à partilha e à separação de funções que nela se faz, em atendimento a imperativos práticos da governabilidade do Estado.

(19) A expressão *interferência* é encontrada em publicistas, como RAFAEL BIELSA (*Op. cit.*, p. 50) e em monografistas específicos, como FRANCISCO SA FILHO (*Relações entre os Poderes do Estado*, Ed. Borsoi, Rio, 1959, p. 41) para designar essas funções que, como observava MARSHALL, analítica ou historicamente são atribuídas a um ou outro dos Poderes ou se acrescentam a mais de um, pois se cada um tem sua esfera privativa, não há exclusão em participarem das funções dos demais (*apud*, FRANCISCO SÁ FILHO, *op. cit.*, p. 41).

(20) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO explica que "hoje, tende a considerar-se que a teoria de separação dos Poderes engendrou um *mito*..." "Acrecece que, mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era de *combinação* de Poderes" (*Direito Constitucional*, Livraria Alameda, Coimbra, 1986, 4ª ed., p. 195).

A antiga tradição de reforço das prerrogativas legislantes dos Parla-mentos, sintetizada na máxima de LOCKE: "O legislador não deve nem pode transferir o poder de fazer leis a ninguém mais" (21), dogma dos modernos regimes constitucionais para COOLEY e WILLOUGHBY (22), cedeu ante os fatos irresistíveis e, outro brilhante estadista, CORWIN, sintetizou, por isso, que apesar dos princípios a delegação acabou por prevalecer até mesmo no sistema norte-americano, sendo o mais notório dos casos, o *New Deal* de F. D. ROOSEVELT (23).

Como, cada vez mais, governar é legislar, prover em tempo os órgãos do Estado dos instrumentos de ação necessários ao atendimento de crescentes demandas da sociedade, o princípio da especialização de funções cede ao da oportunidade, notadamente no que toca ao exercício dessa função legislativa.

NELSON SALDANHA parece subsumir a delegação no conceito geral de "cooperação entre Poderes (ou órgãos) para o cumprimento de uma mesma função" (24).

É sabido que não só os reclames de urgência como os de técnica têm levado à aceitação da delegação, como no caso de códigos e estatutos de grande extensão e complexidade (25).

Na prática constitucional brasileira, as delegações sempre ocorreram, dentro e fora dos textos e dos princípios, dando razão ao ilustre SEABRA FAGUNDES que, desde 1955, demonstrava que a crise do Legislativo (que ainda perdura) só poderia ser superada ou permitindo-lhe, formalmente, a delegação da função legiferante ou emprestando-lhe novo ritmo aos trabalhos parlamentares, hipótese esta que cada vez fica mais distante, numa época em que o Congresso está assoberbado de atribuições políticas além da propriamente legislativa (26).

A Constituição de 1988 estabelece algumas exceções ao rigor do princípio da separação em termos de delegação de poder a poder. Temos o

(21) "The legislature neither must nor can transfer the power of making laws to anybody else" (*apud* FRANCISCO SÁ FILHO, *op. cit.*, p. 232).

(22) T. M. COOLEY, *Constitutional Limitations*, 1871, p. 117, e W. W. WILLOUGHBY, *The Constitutional Law of the United States*, 2ª ed., 1929, V. I, *passim*.

(23) E. S. CORWIN, *The President, its Office and Power*, 10ª ed., 1948, pp. 113 a 125.

(24) *O Poder Legislativo — 2 — Separação de Poderes*, Ed. Fundação Petrônio Portella, MJ — Fundação Milton Campos, p. 28.

(25) FRANCISCO SÁ FILHO, *op. cit.*, p. 240.

(26) V. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras, in *Jornal do Comércio*, 30/10/1955.

instituto das *leis delegadas* (27), que são elaboradas pelo Presidente da República, por delegação do Congresso Nacional (28), e o das *medidas provisórias* (29), que são adotadas, com força de lei, em caso de relevância e urgência, pelo Presidente da República, submetendo-as de imediato ao Congresso Nacional para que este as converta em lei ou as rechaça, no prazo de trinta dias de sua publicação, findos os quais perderão sua eficácia (30).

São ainda exemplos de exceções desse tipo as permissões constitucionais para que um membro do Poder Legislativo exerça cargos do Poder Executivo (Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária) (31), também estendidas à participação de parlamentares no Conselho da República, órgão do Poder Executivo (32).

Em suma, a finalidade da técnica da delegação, distintamente das anteriores, não é nem a desconcentração do Poder do Estado, visado pela partilha, nem o controle de um Poder sobre o outro, visado pela interferência, mas a *agilização* do poder do Estado, por considerações pragmáticas governativas.

1.4 — *A interferência como técnica de controle recíproco*

São três técnicas distintas, como se teve ocasião de expor, mas enquanto a partilha é a mais estudada, seguida da delegação, a técnica das interferências não tem merecido tratamento doutrinário à altura de sua importância.

Não obstante, há um século, COOLEY dedicava todo um capítulo de seus *Princípios Gerais de Direito Constitucional* ao sistema de “limitações e equilíbrios no governo”, técnicas que os *founding fathers* jamais poderiam supor que viessem a ganhar tão expressiva universalidade (33).

Três deles, os autores de *O Federalista*, assim caracterizaram o sistema de freios e contrapesos: “uma estrutura interna de governo, cujas várias partes componentes servem, por suas relações recíprocas, para manter cada

(27) Art. 59, IV.

(28) Art. 68.

(29) Art. 59, V.

(30) Art. 62 e seu parágrafo único.

(31) Art. 56, I.

(32) Art. 89, II, III, IV e V.

(33) *The General Principles of the Constitutional Law*, Boston, 1981, Cap. VII. Logo no início desse Capítulo, THOMAS COOLEY refere-se, em nota, a uma carta de JOHN ADAMS a JOHN TAYLOR em que caracteriza o mecanismo dos “checks and balances” como “uma complicação e um refinamento de equilíbrios, que foi inventado por nós e que é peculiar a nosso país”.

uma das outras no seu devido lugar" (34), pelo que se depreende que *sua função original era a de assegurar a separação dos Poderes*.

Modernamente sobressai a idéia de *controle recíproco*, tal como adotamos neste trabalho, na linha da conceituação do sempre claro PAULO BONAVIDES: "técnicas de controle que medraram no constitucionalismo moderno (que) constituem corretivos eficazes ao rigor de uma separação rígida de Poderes" (35).

Também nesse sentido — e coincidindo na denominação de *interferências* aos institutos estabelecidos no sistema de freios e contrapesos — JOSÉ AFONSO DA SILVA as vê como instrumentos de controle recíproco, "à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados" (36).

Mas é outro renomado cursista, CELSO RIBEIRO BASTOS, que, comentando o art. 6.º da Carta de 1969, repetido quase nas mesmas palavras no art. 2.º da atual Constituição, que bem ressalta a diversa natureza jurídica das funções de interferência, recordando a distinção entre funções *típicas* e *atípicas* de cada Poder (37).

Há, portanto, funções predominantes (as típicas) e outras secundárias (as atípicas), mas o autor frisa ainda as modalidades de funções atípicas: ou servem para que um Poder garanta sua própria autonomia (e este seria o caso da partilha pelo critério ancilar ou secundário) ou para que "um Poder exerça, em última análise, um *controle* sobre o outro, para evitar o arbítrio e o desmando" (e esta seria, então, a hipótese da técnica da interferência) (38).

Embora as técnicas da *partilha* e de *delegação* possam contribuir para o surgimento de pontos de fricção entre os Poderes Executivo e Legislativo, parece indiscutível que a principal fonte de atritos decorrerá do emprego da técnica da *interferência*. Com efeito, longe de ser simples e de fácil compreensão e manejo, essa "complicação e refinamento de equilíbrios", a que se referiu JOHN ADAMS, se desdobra em inúmeras funções, distribuídas entre os vários Poderes, caracterizando variados tipos e graus de *controle recíproco*.

Antes, portanto, de ensaiar-se uma tipologia juspolítica dos pontos de fricção entre os Poderes Executivo e Legislativo, que nos permita obter

(34) *The Federalist*, A. HAMILTON, J. JAY e J. MADISON, 1788, nº 51.

(35) PAULO BONAVIDES, *Ciência Política*, Ed. Forense, Rio, 1988, 7ª ed. p. 152.

(36) JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 75.

(37) CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1988, 10ª ed.

(38) CELSO RIBEIRO BASTOS, *op. cit.*, p. 142, n/grifo.

uma visão abrangente e sistematizada do problema, já que as demais técnicas de partilha e de delegação não oferecem maiores dificuldades teóricas, cabe um aprofundamento doutrinário dos *controles recíprocos*.

2 — Modalidades e finalidades dos controles recíprocos

Por *controle*, em Direito Político, entende-se tanto o exercício como o resultado de funções específicas que se destinam a realizar a contenção do poder do Estado, seja qual for sua manifestação, dentro do quadro constitucional que lhe for adscrito.

Como esse quadro constitucional tem necessariamente duas dimensões: a *política* — em termos de concordância com os valores que conformam o interesse público, e a *jurídica* — em termos de concordância com a vontade do Estado positivada, desde logo podemos distinguir três tipos de controle *quanto à sua finalidade*: controle de legitimidade (político), controle de legalidade (jurídico) e controle misto (juspolítico) ⁽³⁹⁾.

Não obstante a crescente importância do tema no Direito Público, em geral, o controle não tem recebido tratamento sistemático à altura das necessidades doutrinárias decorrentes das modernas Constituições.

KARL LÖWENSTEIN foi dos poucos que, reconhecendo-lhe autonomia em relação às demais modalidades de funções estatais (*policy determination* e *policy execution*), tratou da função de controle (*policy control*) com destaque, distinguindo-a como uma função secundária ou derivada das demais ⁽⁴⁰⁾, pelo que, muito a propósito, entre nós, ROSAH RUSSOMANO, em monografia sobre os Poderes Legislativo e Executivo, calcada na Carta anteriormente vigente, sublinhava que seu ilustre realizador, nessa especialíssima função, “simboliza o fulcro do regime constitucional” ⁽⁴¹⁾, acrescentando classificação finalística semelhante à que acima se fez, de controle político e de controle formal (jurídico).

Quanto ao *objeto* das interferências de controle, as classificações já não são tão nítidas quanto as que são feitas sob critério finalístico.

(39) Materializando a classificação com exemplos, controle de legitimidade é, nitidamente, a aprovação do estado de defesa e da intervenção federal, bem como da autorização do estado de sítio ou a suspensão de qualquer dessas medidas (art. 49, IV), ao passo que controle de legalidade é, também com nitidez, a acção directa de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a) e, por fim, controle misto por excelência é o veto presidencial ao projeto de lei que considerar no todo ou em parte inconstitucional ou contrário ao interesse público (art. 66, § 1º).

(40) *Op. cit.*

(41) ROSAH RUSSOMANO, *Dos Poderes Legislativo e Executivo*. Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1976, p. 38.

FRANCISCO SÁ FILHO propõe-nos uma bem simples: seriam *retificativas* ou *ratificativas*; “as primeiras corrigem, censuram, impugnam, desaprovam ou mesmo revogam; as segundas confirmam, anuem, aprovam, aquiescem, placitam” (42).

Esse exemplo já é suficiente para pôr em evidência que o que se pretende, numa classificação sobre o critério do objeto, é indicar qual a *alteração jurídica* que se deseja introduzir pelo exercício das diversas modalidades de ação de controle. Muito mais, portanto, que a finalística, essa será a classificação que porá em relevo as peculiaridades das diversas interferências que são institucionalizadas numa Constituição, justificando-se, por isso, que se examine.

Sob o critério objetivo as funções de controle podem ser agrupadas em quatro modalidades básicas: 1 — *controle de cooperação*, 2 — *controle de consentimento*, 3 — *controle de fiscalização* e 4 — *controle de correção*.

Embora no Direito Constitucional positivo elas possam, por vezes, se combinar em tipos mistos, a utilidade da classificação está em definir com clareza o objeto jurídico a que cada modalidade se propõe. É o que se fará, partindo da modalidade menos interventiva à mais drástica.

2.1 — *Controle de cooperação*

O *controle de cooperação* é o que se perfaz pela co-participação obrigatória de um Poder no exercício de função de outro.

Pela cooperação, o Poder interferente, aquele que desenvolve essa função que lhe é atípica, tem a possibilidade de intervir, de algum modo específico, no desempenho de uma função típica do Poder interferido, tanto com a finalidade de assegurar-lhe a legalidade quanto a legitimidade do resultado por ambos visado.

CARLOS AYRES BRITTO, que trata da “colaboração forçada” entre Poderes como fator de harmonia, fala da “formalização de meios que levem àquela atuação concertada, para melhor desempenho de cada Poder e sobrevivência equilibrada da União” (43).

São muitas as hipóteses de controle de cooperação, o mais ameno dos controles recíprocos, na Constituição de 1988. A título de ilustração, mantendo esse trabalho na relação Executivo-Legislativo, pode-se destacar os seguintes exemplos.

Controle de cooperação do Executivo sobre o Legislativo: as funções presidenciais de sanção e de veto de projetos de lei (44), as de iniciativa

(42) *Op. cit.*, p. 41.

(43) CARLOS AYRES BRITTO, *op. cit.*, p. 123.

(44) Art. 66 e seu § 1º

facultativa de legislação⁽⁴⁵⁾ e a competência do Presidente da República de nomear um terço dos membros do Tribunal de Contas da União⁽⁴⁵⁻⁴⁶⁾.

Ao revés, são hipóteses de controle de cooperação do Poder Legislativo sobre o Executivo, as competências atribuídas ao Parlamento para colaborar obrigatoriamente no exercício de várias funções administrativas típicas, como a elaboração de orçamentos⁽⁴⁷⁾, e fixação de efetivo das Forças Armadas⁽⁴⁸⁾ e a criação de cargos públicos⁽⁴⁹⁾, entre outras, como as que são atribuídas ao Senado Federal em matéria financeira⁽⁵⁰⁾.

Como derradeiro exemplo, muito especial, envolvendo também uma delegação, está a função, atribuída ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados, de integrar, cada um com dois de seus respectivos membros, escolhidos por eleição, o Conselho da República, órgão do Poder Executivo⁽⁵¹⁾.

2.2 — Controle de fiscalização

O controle de fiscalização é o que se exerce pelo desempenho de funções de vigilância, exame e sindicância dos atos de um Poder por outro.

Pela fiscalização, o Poder interferente, o que desenvolve essa função atípica, tem a atribuição constitucional de acompanhar e de formar conhecimento da prática funcional do Poder interferido, com a finalidade de verificar a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade em sua atuação.

O objetivo da fiscalização é a ciência do que ocorre; qualquer consequência do que dela ficar evidenciado será, por sua vez, objeto de novo tipo de controle, a cargo do mesmo Poder Fiscal ou de outro, podendo dizer respeito à legalidade, à legitimidade ou a ambas.

O controle de fiscalização, na Constituição de 1988, é atribuição maciçamente cometida ao Poder Legislativo: como é sabido, tornou-se característica dos regimes representativos a dupla missão parlamentar de legislar e de fiscalizar. De certa forma, essas duas atribuições estão estrei-

(45) Art. 61, *caput*. Como já se viu, a iniciativa *privativa* das leis que interessam diretamente ao exercício das funções primárias (típicas) do Poder Executivo, não são casos de interferência, mas de partilha secundária, visando a assegurar a independência orgânica desse Poder que, de outra forma, estaria integralmente sujeitado ao Legislativo (notas 13 a 17).

(46) Art. 73, § 2º, I.

(47) Arts. 48, II, e 165, I, II e III.

(48) Art. 48, III.

(49) Art. 48, X.

(50) Art. 52, VI, VII, VIII e IX.

(51) Art. 89, VII.

tamente vinculadas, pois é inegável que o Legislativo deve dispor de todas as informações necessárias para desempenhar-se de sua função típica ⁽⁵²⁾.

Por outro lado, o Poder Legislativo é a instância final da legitimidade, como o Poder Judiciário o é da legalidade. Como câmara de ressonância dos interesses, anseios e aspirações da Nação, cabe-lhe a permanente tarefa de não só transferir a legitimidade para o direito positivo como de aferir, sob esse critério, o desempenho dos demais Poderes. Ao Poder Legislativo sempre restará, diante das decisões finais de execução dos dois outros Poderes que lhe pareçam ilegítimas, não obstante legais, alterar a própria lei, de modo que o ilegítimo passe a ser, igualmente, ilegal.

Os exemplos abundam na Constituição. Lá estão, destacáveis na competência exclusiva do Congresso Nacional, a fiscalização dos atos do Poder Executivo, diretamente ou por qualquer de suas Casas, incluídos os da administração direta ⁽⁵³⁾, estabelecida em termos gerais, e as modalidades específicas, como a que cabe às Comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, para convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes às suas atribuições, solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão, apreciar programação de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento ⁽⁵⁴⁾ e para investigar, com poderes judiciais, fatos determinados, em inquéritos parlamentares ⁽⁵⁵⁾.

Também destacável como exemplo, pelo notável desenvolvimento a que alcançou, está o controle de fiscalização financeiro-orçamentário, hoje estendido aos aspectos contábeis, operacionais e patrimoniais dos atos de todos os Poderes ⁽⁵⁶⁾, manifestando-se em inúmeras modalidades de atuação, como a apreciação das contas do Presidente da República ⁽⁵⁷⁾, a realização de inspeções e auditorias ⁽⁵⁸⁾, a fiscalização das contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo ⁽⁵⁹⁾ e, em geral, a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município ⁽⁶⁰⁾.

(52) FRANCISCO SÁ FILHO lembra a seguinte passagem de COOLEY: "Each House must be allowed to proceed its own way in the collection of such information as may seem important to a proper discharge of its functions" (*op. cit.*, p. 89).

(53) Art. 48, X.

(54) Art. 48, § 2º, III, V e VI.

(55) Art. 48, § 3º

(56) Art. 70.

(57) Art. 71, I.

(58) Art. 71, IV.

(59) Art. 71, V.

(60) Art. 71, VI.

Como se depreende, o controle de fiscalização não é só um instrumento valioso para que o Poder Legislativo se informe cabalmente do que ocorre, como se apresenta como o vestíbulo do controle de correção, que se examinará adiante.

2.3 — *Controle de consentimento*

O *controle de consentimento* é o que se realiza pelo desempenho de funções atributivas de eficácia ou de executibilidade a atos de outro Poder.

Pelo consentimento, o Poder interferente, o que executa essa função que lhe é atípica, satisfaz a uma condição constitucional de eficácia ou de executibilidade de ato do Poder interferido, aquiescendo ou não, no todo ou em parte, conforme o caso, com aquele ato, submetendo-o a um crivo de legitimidade e de legalidade.

São muitos os exemplos em que se comete ao Poder Legislativo funções de interferência em atos do Executivo exigindo consentimento para validá-los ou aplicá-los.

É de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional⁽⁶¹⁾, autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar⁽⁶²⁾, autorizar o Presidente da República e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias⁽⁶³⁾, aprovar o estado de defesa e a intervenção federal e autorizar o estado de sítio⁽⁶⁴⁾, aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares⁽⁶⁵⁾, autorizar referendo e convocar plebiscito⁽⁶⁶⁾, autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais⁽⁶⁷⁾ e aprovar, previamente, a aliena-

(61) Art. 49, I. Desde longa data se discute o conteúdo jurídico do consentimento parlamentar, existindo a distinção da Suprema Corte Americana (*Forster versus Neils*, 1829) entre tratados executórios (*self-executing*), quando celebrados dentro dos poderes do Executivo, e não executórios (*non-self executing*), que seriam aqueles que incidindo na reserva de competência legislativa (art. 48, CF. 1988), necessitam do concurso da legislatura para se aperfeiçoarem.

(62) Art. 49, II.

(63) Art. 49, III.

(64) Art. 49, IV.

(65) Art. 49, XIV.

(66) Art. 49, XV.

(67) Art. 49, XVI.

ção ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares ⁽⁶⁸⁾.

É competência privativa do Senado Federal aprovar, previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de magistrados, nos casos estabelecidos na Constituição, de Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República, de Governador de Território, de presidente e diretores do Banco Central, do Procurador-Geral da República e de titulares de outros cargos que a lei determinar. Existe, portanto, uma abertura constitucional para que o controle de consentimento se expanda, por via ordinária, a outras hipóteses, o que é, sem dúvida, uma inovação no particular, pois, tradicionalmente, *todas* as hipóteses de controle são constitucionalmente expressas ⁽⁶⁹⁾. É, ainda, de competência privativa do Senado Federal, a aprovação prévia, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente ⁽⁷⁰⁾, a autorização de operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios ⁽⁷¹⁾ e aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato ⁽⁷²⁾.

2.4 — Controle de correção

O *controle de correção* é o que se exerce pelo desempenho de funções atribuídas a um Poder de sustar ou desfazer atos praticados por um outro.

Pela correção, realiza-se a mais drástica das modalidades de controle, cometendo-se ao Poder interferente a competência constitucional de suspender a execução, ou de desfazer, atos do Poder interferido que venham a ser considerados viciados de legalidade ou de legitimidade.

O Poder Judiciário exerce a função típica do controle corretivo de legalidade ⁽⁷³⁾, mas a Constituição atribui ao Poder Legislativo, como função atípica, essa modalidade, não só, em geral, para o controle de legitimidade como, em certos casos, para o controle de legalidade.

Quanto ao Poder Executivo, não tem expresso nenhum poder de correção sobre atos dos demais, embora disponha de dois instrumentos

(68) Art. 49, XVII.

(69) Art. 52, III, a, b, c, d, e e f, sendo esta última alínea a que abre à lei ordinária a criação de novas hipóteses de controle de consentimento.

(70) Art. 52, IV.

(71) Art. 52, V.

(72) Art. 52, XI.

(73) Art. 5º, XXXV.

jurídicos de grande expressão: a provocação do Supremo Tribunal Federal em ação de inconstitucionalidade⁽⁷⁴⁾ e a competência, que lhe tem sido reconhecida, para desaplicar lei manifestamente inconstitucional.

São exemplos de controle de correção atribuídos ao Legislativo, entre outros, os seguintes: o julgamento dos responsáveis em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas⁽⁷⁵⁾, a rejeição, expressa ou tácita, de medida provisória editada pelo Presidente da República⁽⁷⁶⁾ e a suspensão do estado de defesa, da intervenção federal e do estado de sítio⁽⁷⁷⁾.

A correção, em outros casos, poderá ser parcial, deixando intacto o ato, suspendendo apenas sua execução (exequibilidade), como nas hipóteses de sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa⁽⁷⁸⁾, na de sustação de atos administrativos pelo Tribunal de Contas⁽⁷⁹⁾, na de sustação de contratos pelo Congresso Nacional⁽⁸⁰⁾ e na suspensão de execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, esta a cargo do Senado Federal⁽⁸¹⁾.

Finalmente, como últimos exemplos, o controle de correção que se realiza pela mera declaração vinculativa de legalidade das contas do Presidente da República⁽⁸²⁾, a instauração de processo contra o Presidente da República e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado⁽⁸³⁾ e o processamento e julgamento, pelo Senado, do Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles⁽⁸⁴⁾ e o processamento e julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade⁽⁸⁵⁾.

(74) Art. 103, I e V.

(75) Art. 71, VIII.

(76) Art. 62, parágrafo único.

(77) Art. 49, IV, *in fine*.

(78) Art. 49, V.

(79) Art. 71, X.

(80) Art. 71, § 1º

(81) Art. 52, X.

(82) Art. 49, IX, c/c. Art. 85, V e VI.

(83) Art. 51, I.

(84) Art. 52, I.

(85) Art. 52, II.

3 — *Tipos políticos e jurídicos de pontos de fricção entre os Poderes Executivo e Legislativo*

À luz do exposto, pode-se classificar os pontos de fricção entre os Poderes Executivo e Legislativo com rigor e precisão que uma abordagem meramente empírica dificilmente lograria.

Tais atritos decorreriam das inovações introduzidas na substituição de uma antiga por uma nova ordem constitucional.

Essas modificações, incidentes nas técnicas cratológicas da partilha, da interferência e da delegação, seriam as geratrizes dos confrontos políticos e jurídicos entre os Poderes, cabendo-nos, especificamente, analisá-los nas relações entre o Executivo e o Legislativo, como é a proposta do painel.

Sistematicamente, portanto, os *pontos de fricção* proviriam da técnica adotada para a *partilha*, para a *interferência* e para a *delegação*, na Constituição de 1988, tomando como base do confronto o quadro juspolítico anterior, com sua necessária inércia sócio-psicológica, e não menos importante, as expectativas sócio-políticas que foram agitadas no processo constitucional ⁽⁸⁶⁾.

Proviriam, assim, da *técnica da partilha* adotada, nas seguintes hipóteses:

1.º — *Ampliação de poderes*

Se a nova ordem constitucional houver alterado substancialmente a partilha de funções típicas ou, mesmo, de funções atípicas necessárias à independência orgânica de um Poder, disso resultando uma ampliação relativa de competência para um Poder e uma redução relativa para o outro.

2.º — *Indefinição de poderes*

Se a nova ordem constitucional houver alterado substancialmente a partilha, deixando funções atípicas necessárias à independência de um dos Poderes imperfeitamente definidas ⁽⁸⁷⁾.

Proviriam, outrossim, da *técnica de interferência* adotada, nas seguintes hipóteses:

(86) Entre essas expectativas não se pode ignorar que o primeiro projeto que subiu à Comissão de Sistematização adotava o parlamentarismo como regime de governo.

(87) Se a indefinição recaísse sobre funções *típicas* de qualquer dos Poderes não haveria problema maior, porquanto se resolveria a dúvida pela aplicação da teoria dos poderes implícitos.

1.º — *Ampliação de poderes*

Se a nova ordem constitucional houver alterado significativamente o balanço de funções de controle recíproco entre Poderes, seja pelo reforço das já existentes, seja pela instituição de novas funções, ampliando a interferência de um Poder sobre o outro.

2.º — *Indefinição de poderes*

Se a nova ordem constitucional houver alterado significativamente o balanço de funções de controle recíproco, deixando funções atípicas a ele destinadas imperfeitamente definidas e delimitadas em seus pressupostos, procedimentos ou efeitos.

Proviriam, finalmente, da *técnica da delegação* adotada, nas seguintes hipóteses:

1.º — *Ampliação de poderes*

Se a nova ordem constitucional houver alterado substancialmente o quadro das delegações de funções de Poder a Poder, disso resultando a ampliação das competências delegadas de um deles ou, ao revés, o reforço da privatividade das funções de outro.

2.º — *Indefinição de poderes*

Se a nova ordem constitucional houver alterado substancialmente o quadro institucional das delegações de funções de Poder a Poder, deixando imprecisamente definidas as funções atípicas que deveriam ser exercidas por via de delegação, seja quanto a seus pressupostos, quanto aos procedimentos a serem adotados ou quanto a seus efeitos.

Como se pode depreender das seis hipóteses acima, todas elas se reduzem a dois tipos básicos: a *ampliação de poderes* e a *indefinição de poderes*.

Ora, essa redução põe em evidência a natureza predominante de cada um desses tipos básicos de pontos de fricção entre Poderes: as hipóteses de *ampliação* configuram os pontos de fricção *políticos*, pois só o Poder Constituinte derivado poderá saná-los definitivamente, encontrando pontos de equilíbrio mais adequados, se for o caso, através de emendas à Constituição.

Mas mesmo que não venha a ser o caso de emenda à Constituição para eliminar o ponto de atrito, ainda assim, o tratamento será político, pela via do entendimento e da acomodação entre as forças políticas envolvidas.

Por outro lado, as hipóteses de *indefinição* caracterizam pontos de fricção *juspolíticos*, pois tanto podem ser solucionados pelas vias políticas, do entendimento ou da emenda constitucional, como admitem a solução

jurisdicional, cabendo, neste caso, ao Poder Judiciário eliminar a indefinição de direito.

Essas distinções, a que se chega pelo exercício analítico, são de grande valia instrumental não só para o diagnóstico correto dos pontos de fricção quanto para equacionar a sua superação.

Embora o escopo deste trabalho, como se disse, não tenha sido o de apresentar casuisticamente esses pontos de fricção na Constituição de 1988, convém que se faça, antes da conclusão, uma aplicação experimental dessa teoria em exemplos que, sem dúvida, já acudiram a todos os especialistas que estão justamente preocupados com essas ampliações e indefinições, que instabilizam a vivência constitucional e podem até pôr em risco a estabilidade institucional do País.

Os exemplos que se seguirão não só darão, como se espera, consistência à categorização aqui proposta, tal como submetida ao X Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, como permitirão demonstrar as vantagens metodológicas na indicação das vias de solução.

3.1 — *Exemplos de hipóteses de ampliação de poderes — Os tipos políticos de pontos de fricção*

1.º — *Ampliação de poderes pela partilha*

Exemplo A — A função tipicamente administrativa de *extinguir* cargos públicos, que na Carta de 1969 competia ao Executivo (art. 81, VIII), foi transferida ao Congresso Nacional pela Constituição de 1988 (art. 48, X), reduzindo, em conseqüência, a independência orgânica do Executivo. Ampliação do Legislativo.

Exemplo B — A fixação de limites de emissão de moeda, também função tipicamente administrativa, passou dos poderes implícitos do Presidente (art. 81, I, na Carta de 1969) a função explícita atípica do Congresso (art. 48, XVI, na Constituição de 1988). Ampliação do Legislativo.

Exemplo C — Inversamente, acresceu-se às funções presidenciais a iniciativa privativa de leis relativas aos Ministérios Públicos e Defensorias Públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 61, II, *d*), que antes eram de iniciativa geral (art. 56, na Carta de 1969), matérias essas de alta organização nacional daquelas instituições e, portanto, atípicas do Poder Executivo. Ampliação do Executivo.

2.º — *Ampliação de poderes pela interferência*

Exemplo A — A função cumulativa de *controle*, atribuída ao Poder Legislativo, sobre os atos do Poder Executivo, extensiva à administração indireta (art. 48, X), foi acrescentada à de *fisca-*

lização (tout court), que já existia na Carta anterior (art. 45), gerando, simultaneamente, uma ampliação e uma indefinição, já que não se explicita qual o objeto do controle. Ampliação do Legislativo.

Exemplo B — As funções de controle de fiscalização contábil, operacional e patrimonial do Congresso Nacional sobre os atos do Poder Executivo (art. 70, *caput*) foram acrescentadas às de fiscalização financeira e orçamentária que eram tradicionais em nosso direito constitucional positivo (coincidentemente no art. 70, *caput*, da Carta de 1969). Ampliação do Legislativo.

Exemplo C — As funções de controle de consentimento estabelecidas para a aprovação prévia de altos cargos da União, tradicionalmente da competência do Senado Federal (art. 42, III, da Carta de 1969) e em *numerus clausus*, ficaram em aberto, podendo ser ampliadas a outros cargos que a lei determinar (art. 52, III, *f*), o que representa, como já se disse, uma ruptura técnica no sistema de interferências. Ampliação do Legislativo.

3.º — Ampliação de poderes pela delegação

Exemplo A — A função atípica do Executivo, de criar a norma legal, que na Carta de 1969 se limitava à edição de decretos-leis nas hipóteses de segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos (art. 55, I, II e III), não apresenta mais, na atual Constituição, qualquer limite *ratione materiae* (art. 62). Ampliação do Executivo.

Exemplo B — A função atípica de decidir sobre orçamentos (embora esta conceituação não seja pacífica em direito público) outorgada ao Poder Legislativo (art. 43, II, na Carta de 1969, e art. 48, II, na Constituição de 1988), não obstante pudesse, pela antiga Carta, ser objeto de delegação devolutiva ao Poder Executivo (art. 52, parágrafo único, por exclusão), tornou-se agora indelegável (art. 68, § 1.º, III, expressamente). Ampliação do Legislativo.

3.2 — Exemplos de hipóteses de indefinição de poderes — Os tipos juspolíticos de pontos de fricção

1.º — Indefinição de poderes pela partilha

Exemplo A — A função atribuída ao Legislativo de editar lei concernente ao provimento de cargo público, tal como se encontra

na Constituição de 1988 (art. 84, XXV), resta duvidosa quanto a seu objeto. Como o provimento é ato tipicamente administrativo, a atribuição seria caracteristicamente do Executivo, mas a dependência de uma lei anterior deixa dúvidas, no caso de o cargo já ter sido *criado* por lei (art. 48, X), se seria necessário, ou não, outra lei específica para *executar* o provimento. A dúvida poderia ser dirimida se se entendesse que, uma vez criado o cargo, estaria implícito o poder do Executivo de provê-lo, mas a letra da Constituição não deixa isso claro. Distintamente, no mesmo dispositivo (art. 84, XXV), comete-se ao Presidente da República a função típica de extinguir cargos públicos — e também na forma da lei —, mas neste caso a regra tem perfeita concordância com que reserva à lei a previsão da extinção (art. 48, X). A dúvida, portanto, circunscreve-se ao provimento.

Exemplo B — Como não há limites *ratione materiae* para a edição de medidas provisórias (art. 62, da Constituição), teoricamente seria possível ao Presidente da República remover todo e qualquer obstáculo constitucional criado por uma reserva legal (art. 48, incisos I a XIV). Essa interpretação, que tem a seu favor a literalidade, eliminaria, por certo, a dúvida do Exemplo A, acima, mas, se levada às últimas conseqüências, deixaria o Poder Executivo como um Poder semi-absoluto, pelo menos durante a vigência das medidas provisórias. Seria o caso de cogitar-se da aplicação extensiva das regras restritivas de delegação do artigo 68? A dúvida é, portanto, de grande relevância.

Exemplo C — A função, atribuída a qualquer dos Poderes do Estado, de utilizar as Forças Armadas em defesa da lei e da ordem (art. 142, *caput, in fine*) conferirá a qualquer deles a possibilidade de dirigir-se diretamente a elas ou estará sujeita à intermediação necessária do Presidente da República, como seu Comandante Supremo (art. 84, XIII)? Se ocorresse que o Poder Executivo fosse o responsável pela ruptura da lei e da ordem cerceando o Poder Legislativo (que seria até o caso de intervenção, no plano federativo — art. 34, IV), como se haveria de entender a “iniciativa” prevista no referido art. 142, *caput, in fine*?

2.º) — *Indefinição de poderes pela interferência*

Exemplo A — A função indefinida de *controle* dos atos do Poder Executivo pelo Congresso ou por qualquer de suas Casas (art. 48, X) não tem parâmetros precisos, como foi lembrado no Exem-

plo A das hipóteses de ampliação de poderes pela interferência, prestando-se, portanto, a inúmeras interpretações segundo o entendimento doutrinário que se atribua àquele termo, inclusive podendo chegar-se à conclusão de que se trata de um conceito genérico, abrangente de *todas* as modalidades de controle, o que abriria à lei ordinária amplíssimas dimensões e à vida política, grande intranquilidade.

Exemplo B — A função de sustação de atos normativos do Poder Executivo pelo Poder Legislativo, inovada na Constituição de 1988 (art. 49, V), que é uma modalidade restrita de controle de correção, tampouco fica suficientemente definida, podendo seu conteúdo variar ao sabor de eventuais maiorias congressuais, com grande potencial de atritos entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Exemplo C — A função atribuída ao Poder Legislativo de convocar plebiscito (art. 49, XV), se exercida fora dos casos previstos expressamente pela Constituição, poderá levar a crises com o Executivo, sempre que as questões submetidas à decisão popular tenham aspectos técnicos altamente problemáticos, para os quais o Poder Executivo esteja especificamente apto a decidir sem politizá-lo e, muito menos, submetê-los, eventualmente, a um veto emocional.

Exemplo D — Novamente o instituto da medida provisória se apresenta polêmico, como uma exceção ao princípio da indelegabilidade de funções entre os Poderes do Estado. Podemos alinhar várias indefinições, todas elas, separadamente, potencialmente críticas: 1.º) — a Constituição determina que essas medidas perderão a eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 30 dias (art. 62, parágrafo único), mas é silente sobre como deverá o Congresso apreciar essas medidas: em bloco, para aceitá-las ou rejeitá-las, ou como se fora um projeto de lei, para rejeitá-las parcialmente ou emendá-las; 2.º) — a Constituição nada diz sobre a faculdade de ser reeditada a medida que, embora enviada no dia de sua publicação (art. 62, parágrafo único), não tiver sido apreciada no prazo de 30 dias pelo Congresso; 3.º) — a Constituição também não veda o Poder Executivo de adotar medida provisória com força de lei em matéria insuscetível de delegação regular (art. 68) ou reservada à lei complementar (ex.ºs: arts. 14, § 9.º; 18, § 2.º; 22, parágrafo único; 23, parágrafo único; 43, § 1.º; 59, parágrafo único; etc.); e 4.º) — a Constituição não proíbe que a medida provisória *com*

força de lei, revogue lei existente. São indefinições juspolíticas, todas elas, de grande potencial conflitivo.

4 — *Conclusões*

Em ambas as modalidades, ampliação de poderes e indefinição de poderes, como se pôde confirmar nos exemplos oferecidos, embora por motivos distintos, o que se compromete é, em última análise, o valor cardeal da *segurança jurídica*.

Quando esse comprometimento se origina precisamente a nível constitucional, mais grave é, pois uma Constituição deve ser, antes de tudo, um instrumento de ordem.

Tal prelazia tem a *ordem* sobre qualquer outro valor que deva encontrar numa Carta Constitucional sua mais elevada expressão, que ela se posta como um valor instrumental para todos os demais. Sem ordem nada poderá ser alcançado, nenhum aperfeiçoamento logrado.

A identificação e a eliminação ou, pelo menos, a redução dos pontos de fricção é, portanto, tarefa primordial, pois diz respeito à própria sustentação da ordem constitucional. Como são dois os tipos básicos de fricção, embora possam apresentar-se combinados, abrem-se também duas abordagens distintas para enfrentá-los: a política, através do debate congressual e da emenda, e a juspolítica, através dos meios congressuais, mas, também, através dos debates profissionais dos juristas, do concurso dos juriconsultos e, sobretudo, da elevação dos casos concretos ao Poder Judiciário.

Não só os dois Poderes aqui tratados em destaque, mas o Judiciário devem conformar essa harmonia funcional tão importante e imprescindível à ordem constitucional e à existência do Estado de Direito, pois “mais é perfeito um sistema de governo quanto mais os controles venham dispostos em condição de reciprocidade”, para valerem-nos da tersa pena de PIETRO VIRGA⁽⁸⁸⁾.

Se este trabalho logrou o objetivo de pôr em evidência aquela distinção metódica, de modo a que possam, mais facilmente, serem enfrentados os problemas de fricção funcional entre os Poderes Executivo e Legislativo com instrumental juspolítico adequado, e se sensibilizou o paciente leitor para as inafastáveis condições de reciprocidade, capazes de dar coerência e eficácia ao sistema, terá atingido a sua destinação.

(88) “Più è perfetto un sistema di governo quando più i controlli vergono posto in condizione di reciprocità.” (*Il Partito nell'Ordinamento Giuridico*, Milão, 1948, p. 252).

O controle da administração pública na nova Constituição Brasileira

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR

Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro.
Professor de Direito Administrativo. Mem-
bro do Instituto Brasileiro de Direito Cons-
titucional

1. *Introdução*

O tema do controle da Administração Pública assume destacada posição nos estudos acerca do Estado contemporâneo, cujas atividades, qualquer que seja a premissa ideológica de sua estrutura de poder, se expandem e tendem a invadir o campo dos direitos individuais e a comprimir as liberdades públicas. O mínimo que os cidadãos podem desejar para esse Estado que influencia, direta ou indiretamente, os mais remotos escaninhos do dia-a-dia das pessoas e instituições, é que esteja sujeito a mecanismos permanentes de controle, de modo que os Poderes constituídos se contenham uns aos outros, todos submetidos, a seu turno, à tutela da sociedade, efetivada por instrumentos que garantam a administração do interesse público em harmonia com os direitos fundamentais, assegurados custos suportáveis e resultados que a todos beneficiem.

Fácil de dizer, tormentoso para definir um modelo teórico que permita boa organização e adequada execução, que o certifiquem os membros da Assembléia Nacional Constituinte que elaborou o texto da nova Carta Básica brasileira, parecendo, por vezes, que os antagonismos próprios do tema são insuperáveis. Em verdade, este sempre foi desafiante, mas agora se apresenta com dimensões excepcionais, quando não trágicas, diante da hipertrofia do Estado e das responsabilidades que lhe são atribuídas em favor da qualidade de vida dos cidadãos e pela paz social.

A matéria estava mesmo a reclamar o tratamento que lhe dispensou o Centro Europeu de Coordenação da Pesquisa e Documentação em Ciências Sociais, órgão vinculado à UNESCO e sediado em Viena, o qual patrocinou, em apoio ao Centro Nacional da Pesquisa Científica, do Conselho de Estado francês, e ao Instituto do Estado e do Direito, da Academia Polonesa de Ciências, a realização de estudo comparado sobre os meios de controle

experimentados pelos países da Europa Ocidental e Oriental. Participaram das análises, concluídas em 1985, 66 especialistas de 15 Estados: Áustria, Bélgica, Bulgária, França, Grã-Bretanha, Hungria, Itália, Iugoslávia, Polônia, República Democrática da Alemanha, República Federal da Alemanha, Suécia, Suíça, Tchecoslováquia e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. O compêndio resultante — *Le Controle de L'Administration en Europe de L'Est et de L'Ouest* — oferece ímpar interesse para o direito público e é de extraordinária oportunidade para a conjuntura brasileira, razões que justificam sejam confrontadas suas principais constatações com as proposições abrangidas em nossa nova Constituição Federal, inclusive porque esta vem de traçar o perfil de um sistema de controles que carecerá de amadurecido e penoso desdobramento na legislação ordinária que se lhe seguirá. Este o objeto do presente trabalho, de caráter predominantemente descritivo, sem outra pretensão que a de instigar algumas das mais relevantes questões do vasto leque que o tema é capaz de sugerir para o futuro próximo, e não apenas para o jurista, ao ensejo de Seminário sobre os Novos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira, realizado em dezembro de 1988, no Rio de Janeiro, arrematando as abordagens que, com maior brilho e ciência, apresentaram os eminentes conferencistas que o Centro de Estudos, Pesquisa e Atualização em Direito, o Instituto dos Magistrados do Brasil e a Ordem dos Advogados do Brasil (RJ) convidaram para o evento, a que também prestigiou o Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

2. *O contexto sócio-político do controle*

2.1 — *Universalidade do controle*

Qualquer que seja o regime político ou o sistema jurídico de um país, as necessidades às quais responde o controle de sua Administração Pública são semelhantes e suas finalidades não variam em substância. Trata-se de assegurar a legalidade, a eficácia e a pertinência das ações dos órgãos administrativos do Estado e de manter o equilíbrio entre a realização do interesse público e o respeito aos direitos individuais. Encontra-se também constância na natureza de sua estrutura e na de seus instrumentos: todos os países conhecem a distinção entre controle interno e controle externo da Administração, daquele incumbindo os órgãos executivos do Estado, e entregando o segundo à competência de órgãos integrantes dos demais Poderes ou aos cidadãos, através da tutela jurisdicional. Mas o acionamento das várias peças do sistema e o peso que se atribua a cada qual dependem do regime político-administrativo do país considerado, o que passa por tradições e diferenças de ordem econômica, ideológica ou social, conferindo identidade específica aos vários sistemas nacionais. Tal a primeira síntese posta por CÉLINE WIENER e JANUSZ LETOWSKI, que conduziram o estudo supra-referido, a primeira como chefe de pesquisa da agência da UNESCO, e o segundo como vice-diretor do Instituto do Estado e do Direito da Academia Polonesa de Ciências. Essa universalidade do controle permite que se reconheçam situações comuns a qualquer sistema, bem

assim os aspectos que são variáveis de acordo com o contexto nacional. Segundo apurado por WIENER e LETOWSKI, são situações comuns: imprescindibilidade, metodologia uniforme, dualidade de objetivos, técnicas assemelhadas e ambigüidades permanentes do controle. São variáveis a organização política, a organização administrativa e a organização social, condicionadoras do sistema.

2.1.1 — *Imprescindibilidade*

O controle é corolário da ação administrativa do Estado, porquanto: (a) do bom funcionamento desta dependem, em certa medida, as condições de vida individual e a prosperidade coletiva, sendo o controle o meio de garantir aquele funcionamento; (b) imprecisões e irregularidades podem comprometer a ação administrativa, seja ao nível da decisão, da gestão ou da execução, e assim se dá porque o Estado se defronta também com valores divergentes e que, inobstante, devem ser conciliados, tal como, exemplificativamente, ocorre com o direito de informação e o direito à intimidade; (c) a mais recente evolução das funções do Estado tende a multiplicar o domínio das ações administrativas regradas por normas genéricas e flutuantes por natureza, tal como aquelas de ordem econômica, daí serem prováveis os desvios de finalidade. Controlar o uso dos poderes conferidos à Administração corresponde a proteger os cidadãos contra a arbitrariedade, a zelar pela justiça e coerência das ações empreendidas pela autoridade.

2.1.2 — *Metodologia uniforme*

Há uma metodologia idêntica em todos os sistemas de controle, posto que três são suas funções básicas: (a) corretiva, destinada a investigar, emendar e, se for o caso, punir erros e omissões; (b) preventiva, para dissuadir e evitar erros e omissões; (c) construtiva, por meio da qual, ao determinar as causas dos erros e omissões, os órgãos competentes providenciam novos instrumentos e disposições para erradicá-las. O controle, do ponto de vista de seu método de atuação, é sempre um contraste entre duas situações: a desejada, ou desejável, com a real. Em consequência, desenvolve-se em três fases: a de avaliação dos resultados obtidos; a de exame das relações de causalidade (um mau resultado terá decorrido de faltas intencionais de agentes da Administração ou dos defeitos de um texto normativo?); a de redefinição do regramento administrativo que disciplinará as ações futuras.

2.1.5 — *Dualidade de objetivos*

Os controles da Administração Pública servem a duas categorias de finalidades: a da eficácia e a da regularidade.

O termo eficácia engloba todos os atributos da ação administrativa ideal: consecução completa dos objetivos demandados, no tempo oportuno, pelo menor custo. O tipo de controle exercido sobre a eficácia é de qualidade, e seus atos são de índole política. Em alguns sistemas, haverá órgãos "parajurisdicionais" para desempenhá-los, como o do *ombudsman* nórdico ou o da *prokuratura* nos regimes socialistas, certo que se apresenta defeso aos tribunais.

O controle da regularidade quer verificar a conformidade da ação administrativa às normas jurídicas que a ela forem aplicáveis, observado o devido processo legal, sendo o campo reservado ao controle jurisdicional dos atos da Administração.

Regularidade e eficácia, observaram WIENER e LETOWSKI nos sistemas europeus estudados,

"vont souvent de pair et les contrôles qui les sanctionnent ont un domaine commun, car la légalité administrative tend aussi à assurer le déroulement correct et cohérent des opérations en mettant en forme normative les principes qui président à une bonne gestion: notamment la répartition rationnelle des compétences entre les différents échelons, l'organisation de procédures destinées à améliorer la qualité et la coordination des décisions, les règles budgétaires permettant l'utilisation convenable des fonds publics. Le respect de ces dispositions, qui conditionne la régularité de l'action administrative, est aussi un facteur de son efficacité, et le contrôle de la première ne peut se faire, sous peine de perdre une grande partie de son sens, sans une référence constant à la seconde" (p. 19).

2.1.4 — *Técnicas assemelhadas*

As modalidades de controle são múltiplas, contudo assemelhadas são as técnicas empregadas em sua efetivação. Assim, pode haver controles prévios à edição do ato administrativo (como o do Conselho de Estado francês, quando se manifesta acerca de um projeto de lei ou de decreto), concebidos, tais controles, sobretudo, como de legalidade, porém lhes sendo franqueadas, em alguns casos, ponderações tendentes a prevenir equívocos de orientação, penetrando, portanto, no mérito da decisão de que se cogita; podem estar previstos controles que se exerçam durante a execução de ações administrativas de médio ou longo prazo, e há controles *a posteriori*, como o das Cortes de Contas.

2.1.5 — *Ambigüidades permanentes*

A última das situações com que se confrontam inevitavelmente os Estados em matéria de controle da Administração Pública toca à necessidade de permanente ajustamento dos meios às ambigüidades inerentes a

qualquer sistema. É preciso compatibilizar a celeridade requerida da ação administrativa com a morosidade que resulta dos mecanismos e processos de controle; estabelecer critérios de julgamento que respondam a supervisão ora padronizada, ora polivalente; equilibrar a tendência de conferir prioridade a ações concretas de controle financeiro ou jurisdicional, em detrimento do cotidiano respeito devido aos direitos individuais abstratamente considerados. Em virtude do crescimento das demandas sociais, os serviços públicos se vêem investidos de novas tarefas, que reclamam, quase sempre, remanejamentos de sua organização e funcionamento, o que também implica inovação de modos e técnicas de controle. Nesses casos, é preferível adaptar mecanismos existentes a criar novos? O equilíbrio do sistema depende antes do estabelecimento de melhores ligações entre seus diversos elementos, ou da modificação de suas respectivas atribuições? São questões que se apresentam por toda parte e receberão respostas que variarão de acordo com a organização político-social do Estado.

2.2 — *Diversidades do controle*

A estruturação das peças reitoras de um sistema de controle da Administração Pública, seus pesos respectivos e a maneira pela qual se combinam numa espécie de quebra-cabeças obedecem a uma lógica que reflete, ao mesmo tempo, necessidades objetivas e coerência do regime a que se destinam. A articulação dessas peças dependerá de muitas variáveis, que correspondem às tradições e às ideologias nacionais. A cabo da pesquisa em 15 Estados do Leste e Oeste europeus, os especialistas da UNESCO puderam asseverar que

“Il existe en effet une liaison étroite entre le contrôle, le système de pouvoir et les principes fondamentaux de l'organisation politico-administrative d'un pays. L'histoire, les conceptions dominantes à une époque donnée, les mécanismes économiques et la nature des rapports entre l'Etat et la société impriment leur spécificité à chacun des systèmes nationaux” (p. 21).

2.2.1 — *Organização política*

O passado influi poderosamente na imagem que uma sociedade faz de sua Administração Pública e dos meios de controle a que intenta submetê-la. Nos sistemas que se desenvolveram em oposição às monarquias absolutistas — caso da maioria dos países da Europa ocidental — considera-se a Administração como um Poder exterior à sociedade e capaz, por isso mesmo, de atentar contra os interesses individuais. Os cidadãos têm direitos que a Administração pode consagrar ou desconhecer; a Administração tem poderes de que pode eventualmente abusar. Disto resultam tensões e conflitos que diversos meios de controle objetivam evitar ou disciplinar. Uma das preocupações essenciais, nesses países, é a de conter a Administração nos limites que lhe assinam os textos legais, e o sistema de controle se funda nos freios e contrapesos entre os Poderes, entregan-

do-se parcela significativa de controle aos tribunais. Ao revés, nos países que romperam com o regime da repartição de poderes, o Estado e a Administração não são mais vistos, ao menos segundo a dialética oficial, como ameaças aos direitos individuais; presume-se que, mercê da supressão dos conflitos de classes, os órgãos estatais deixaram de se constituir em instrumentos de dominação, transmudando-se em agentes de libertação e desenvolvimento do povo. Em conseqüência, jamais existiria contradição entre as ações administrativas e os interesses individuais, posto que o Estado é o porta-voz e intérprete natural destes; os mecanismos principais de controle não mais são os Poderes que se equilibram, nem os tribunais, porém órgãos de representação direta das comunidades, que encarnam o poder político por definição.

2.2.2 — *Organização administrativa*

O grau de centralização político-administrativa, a hierarquização da autoridade e a maior ou menor independência entre os Poderes incidem sobre o sistema de controle.

No interior da Administração, os poderes dos superiores hierárquicos sobre a atividade de seus subordinados serão menores na medida em que for maior a desconcentração de funções. O exemplo mais extremado dessa redução de poderes do controle hierárquico interno da Administração vem da Suécia, onde cada funcionário é independente na edição de atos administrativos em sua esfera de atribuições e competência; inexistente o poder de rever ou revogar atos administrativos de ofício, pelos escalões hierárquicos superiores, os quais somente podem reexaminar ato de hierarquia inferior a requerimento de particular que se afirmar lesado. Ao contrário, em sistemas fortemente hierarquizados, a última palavra cabe sempre ao escalão superior, que pode, de ofício ou mediante provocação do interessado, rever e alterar atos de seus subordinados. Na maioria dos países socialistas, informam WIENER e LETOWSKI, o controle interno hierárquico faz-se sobre a legalidade, a oportunidade e a conveniência, vale dizer, sujeita o ato à inteira discricionariedade dos níveis superiores da hierarquia estatal.

A extensão e a intensidade do controle interno repercutem sobre os controles externos. As revisões e os recursos hierárquicos são abundantemente disciplinados e levam a conseqüências mais importantes nos sistemas administrativos centralizadores, e os países que os praticam são aqueles que mantêm em limites estreitos o campo do controle jurisdicional.

2.2.3 — *Organização social*

A proteção dos direitos individuais em face dos erros e abusos da Administração está no centro das preocupações dos sistemas de controle. Mas a relevância reconhecida a esses direitos varia de acordo com o país

e a época, embora as divergências entre Ocidente e Oriente se venham atenuando ultimamente. Os países do Leste têm enfatizado a necessidade de respeitar os interesses legítimos dos cidadãos e introduzido técnicas de proteção que inquinavam, até anos atrás, de comprometidas com uma concepção burguesa de sociedade; é o caso do controle através do contencioso administrativo. E os países do Oeste europeu vêm completando seus clássicos direitos individuais abstratos com direitos a prestações sociais concretas, o que implica intervenção objetiva da Administração Pública em setores privados tradicionalmente interditos à intromissão estatal.

2.5 — *Do controle jurídico aos controles técnicos e econômicos*

Traçado o esquema das várias formas de controle adotadas nos países estudados, aí incluindo o jurisdicional, aquele a cargo do *ombudsman* ou da *prokuratura*, o financeiro, o exercido por assembleias populares e o social, a conclusão é de GUY BRAIBANT, presidente de Câmara do Conselho de Estado francês, *in verbis*:

“Dans tous les pays, même à l’Ouest, l’administration s’étend et se diversifie. Elle n’est plus limitée à l’édition de règlements, à des missions de police et de fiscalité, et à l’exécution de travaux publics: elle est chargée de préparer et de mettre en oeuvre la politique économique du pays, de distribuer des prestations sociales, de s’occuper d’enseignement, de santé, d’environnement, de loisirs. Il en résulte de nouveaux modes de fonctionnement, une plus grande technicité des coûts plus élevés et souvent contestés: les citoyens ne veulent plus être des sujets passifs, des ‘administrés’: l’élévation de leur niveau culturel et l’évolution des idées sociales les ont conduits à formuler des exigences d’information, de concertation, de participation, au moment même où ils sont plus souvent en contact, pour le meilleur et pour le pire, dans leur vie professionnelle et privée, avec l’administration.

“Cette double transformation de l’Etat et de la société a profondément affecté le contrôle de l’administration. Celui-ci était, au dix-neuvième siècle, essentiellement juridique; il avait pour objet le respect des règles de droit, la légalité des actes, l’honnêteté des agents: il était exercé, outre l’administration elle-même, par les juridictions civiles, pénales, administratives ou financières.

“Ce contrôle juridique est toujours nécessaire; mais il n’est plus suffisant. Il doit être complété par des contrôles techniques et économiques portant sur l’efficacité de l’action administrative, sur la gestion des services publics, sur la qualité des résultats. L’inertie, les gaspillages, la ‘maladministration’ sont aussi graves que l’illégalité ou la corruption. Le contrôle n’est plus seulement

l'apanage des juristes et des comptables dont la mission est d'ailleurs élargie par les textes et par leur pratique; il devient l'affaire de spécialistes des nouveaux territoires de l'administration. Il est ouvert également, et surtout, à l'ensemble des citoyens, sous les formes multiples de "contrôle social"; assemblées nationales et locales, partis, syndicats, associations, journaux, groupes de pression, consultation du public par voie d'enquête ou de référendum, accès aux documents administratifs.

"Cette évolution, qui est à la fois inévitable et satisfaisante, comporte des risques. La multiplication des contrôles peut aboutir à paralyser l'action de l'administration, ou du moins à la ralentir, au moment même où l'opinion la souhaite plus rapide et plus efficace. Elle conduit en outre à des conflits de normes, à des oppositions entre légalité et légitimité, à des recherches du consensus ou de l'efficacité, aux dépens du droit.

"Le contrôle ne doit être ni défaillant ni excessif. La définition d'un juste équilibre entre les nécessités de l'action et celles du contrôle est certainement l'une des questions les plus ardues des Etats modernes" (*op. cit.*, pp. 270-271).

3. O sistema brasileiro de controle

3.1 — Traços fundamentais

O sistema brasileiro de controle da Administração Pública tem sido balizado, até aqui, do ponto de vista jurídico, pela Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal, segundo à qual "a Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial". Extraem-se do verbete sumulado as diretrizes fundamentais do sistema, a saber: (a) a Administração cumpre controle interno de seus próprios atos, podendo tanto anulá-los quanto revogá-los independentemente da provocação de terceiros ou da ordem de outro Poder; (b) quando se trate de vício de legalidade, ao controle interno sobrepõe-se o externo, de natureza jurisdicional; (c) ao Poder Judiciário é vedado o exame das razões de conveniência e oportunidade, vale dizer, mérito, posto que este é da discricionariedade administrativa, importando em usurpação de poderes qualquer ingerência do Judiciário sobre o mérito administrativo; (d) nenhuma lesão de direito, mesmo decorrente que seja de ato do Poder Executivo, subtrair-se-á da apreciação judicial, o que filia o sistema brasileiro ao controle de jurisdição única, ou seja, nenhum tribunal administrativo decide com a força preclusiva da coisa julgada, atributo exclusivo das decisões judiciais.

3.2 — *Controle interno*

Desde a Carta de 1967 e do Decreto-Lei n.º 200/67 que a Administração Pública brasileira dispõe de mecanismos internos de controle, mediante os quais pode rever seus próprios atos. São eles de suas ordens: cêntrica e excêntrica. O controle cêntrico é exercido pelos órgãos superiores da Administração Direta, observadas as relações hierárquicas; o poder de revisão é função dos laços de subordinação entre os órgãos e do dever funcional das autoridades respectivamente competentes, de vez que, na Administração central, estatal ou direta, os órgãos são despersonalizados, subordinados todos a um dos entes públicos políticos maiores da estrutura federativa: União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios. A via recursal administrativa segue, destarte, a linha hierárquica interna da Administração (recurso hierárquico próprio), aplicando-se o princípio da autotutela.

O controle excêntrico é exercido pela Administração Direta sobre as entidades que integram a chamada Administração Indireta, nomeadamente as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. Essas entidades dispõem de personalidade jurídica própria, daí serem vinculadas, e não subordinadas, aos organismos estatais, a estes cabendo, nos limites que a lei estabeleça, supervisionar, segundo o princípio da tutela administrativa, as atividades que desempenham. A tutela vinculante visa assegurar a realização dos objetivos fixados nos atos constitutivos da entidade (as autarquias com personalidade de direito público, a mesma da maioria das fundações instituídas pelo Estado; as empresas públicas e sociedades de economia mista, com personalidade de direito privado); a harmonia com a política e a programação do governo no setor de atuação da entidade: a eficiência e a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade. São procedimentos defluentes da tutela, exigíveis pela Administração Direta às entidades de Administração Indireta: apresentação sistemática de relatórios, boletins, balanços e informações que permitam o acompanhamento das atividades da entidade e da execução de sua programação financeira; aprovação anual da proposta de orçamento-programa; aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou por intermédio de representantes nas assembléias e órgãos de direção da entidade; fixação das despesas de pessoal e de administração; fixação de critérios para gastos com publicidade, divulgação e relações públicas; realização de auditoria e avaliação de rendimento e produtividade; intervenção, por motivo de interesse público.

A julgar pelas culpas lançadas pela Administração central às entidades vinculadas, quanto a efetuarem gastos acima das disponibilidades programadas e a contribuírem para o déficit público e a aceleração do processo de inflação econômica, acusações essas deduzidas notoriamente em documentos e pronunciamentos oficiais, parece haver fracassado, duas décadas depois de implantado, pelo Decreto-Lei federal n.º 200/67, o aparato de controle interno excêntrico, a despeito das muitas tentativas governamentais anunciadamente encetadas para torná-lo efetivo.

3.3 — *Controle externo*

Os demais Poderes, bem assim os cidadãos, estiveram igualmente autorizados a controlar a Administração no sistema brasileiro, que acompanhava, como se constata, a matriz dos sistemas de controle praticados pelos países do ocidente continental europeu, não houvessem sido com eles estreitados os elos histórico-culturais de nossas tradições jurídicas e concepção de Estado.

3.3.1 — *Controle parlamentar*

A par da competência para aprovar ou rejeitar projetos de lei ou de resoluções de caráter administrativo, o Poder Legislativo poderia exercer controle sobre atos da Administração por via dos Tribunais de Contas, incumbidos, como Cortes Administrativas, da fiscalização financeira e orçamentária; das Comissões Parlamentares de Inquérito e dos Pedidos de Informações, de conteúdo notadamente político. A fiscalização financeira consistia no acompanhamento da execução orçamentária e dos atos relativos à administração financeira e patrimonial; verificava se eram observadas as normas respectivas e apurava os resultados da gestão, pelo que era controle *a posteriori*, que se estendia às entidades da Administração Indireta. As CPIs destinavam-se a investigar e apurar fatos determinados, assegurada, em sua composição, representação proporcional dos partidos políticos que participavam da Casa Legislativa; podiam ouvir quaisquer pessoas, que não se podiam negar a prestar depoimento, e tinham acesso a quaisquer fatos e documentos pertinentes ao objeto da apuração. Dissolviam-se automaticamente ao final de seus trabalhos e apresentação de relatório, o qual, mediante resolução, era encaminhado ao Chefe do Executivo sob a forma de recomendação. Os pedidos de informação, formulados por qualquer parlamentar, visavam obter conhecimento de fato relacionado com matéria legislativa em tramitação ou sujeito à fiscalização; dirigidos à autoridade administrativa responsável pela matéria alvo do pedido, a qual poderia comparecer para prestar esclarecimentos. O desatendimento ao pedido no prazo, ou o não comparecimento na data e hora fixadas, salvo motivo imperioso justificado, importava em crime de responsabilidade da autoridade recalcitrante.

3.3.2 — *Controle judicial*

A tutela jurisdicional, bem se sabe, há de ser provocada pelo interessado, a decisão somente é eficaz para o caso concreto ajuizado e nos limites do pedido e da resistência a ele oposta, restringindo-se ao exame de legalidade do ato, defeso ao juiz perquirir sobre o mérito. Os instrumentos por meio dos quais o Judiciário procedia à revisão dos atos administrativos correspondiam a todos os tipos de ação e medidas previstos na legislação (processo comum, especial e cautelar), sobressaindo-se, por sua finalidade específica de proteção contra o abuso de poder, as ações mandamentais.

3.3.3 — *Controle popular*

Eram instrumentos constitucionais de controle da Administração pelos administrados o direito de representação e petição contra abuso de autoridade; o direito de requerer certidão às repartições administrativas, para defesa de direito e o esclarecimento de situações; a ação popular, a cuja propositura estava legitimado qualquer cidadão, para anulação de ato lesivo ao patrimônio de entidades públicas; a ação civil pública, de proteção aos interesses difusos.

4. *O sistema proposto pela Carta de 1988*

4.1 — *Tradição mantida*

A nova Constituição não se desliga, em substância, de nossa tradição, na esteira dos paradigmas europeus do Ocidente. Conquanto a experiência monárquica brasileira não tenha sido, a rigor, de caráter absolutista — ao revés, tivemos uma monarquia constitucional, imodações de D. Pedro I à parte —, habituamo-nos a olhar o Estado, de um lado, com a desconfiança de que os abusos de poder são iminentes, e, de outro, com a intenção, mais ou menos ostensiva, dependendo das circunstâncias, de associação ao poder para dele obter o máximo de proteção — legado da figura do soberano tutor, inspirada pela metrópole à colônia de além mar. Nossa primeira Carta, a Imperial, de 1824, seguia os passos do constitucionalismo francês, e também dos achados da moderna teoria constitucional europeia estamos, agora, a transplantar os chamados direitos sociais. Aos clássicos direitos fundamentais, ora alinhados no art. 5.^o e incorporando todos os avanços ocorridos em sua pauta, acolheu a nova Carta extenso rol de direitos sociais nos arts. 6.^o a 11, tal como o fizeram as Constituições europeias elaboradas após as guerras mundiais deste século. Bastariam essas duas listas de direitos para que, por intermédio da tutela jurisdicional, se ampliassem notavelmente controles individuais e coletivos sobre as atividades da Administração Pública, posto que dela serão cobradas as prestações correspondentes aos direitos proclamados. Mormente o art. 5.^o repassa a preocupação do constituinte de traçar círculos mais abrangentes para as liberdades públicas, tornando explícitas tutelas antes apenas esboçadas ou derivadas de construção pretoriana, como é o caso do direito à indenização por dano moral e por aquele causado à própria imagem (inciso V). Curiosamente, restaura-se vedação que, em momento histórico diverso, constava de nossa primeira Constituição — a aplicação de torturas; em 1824 (art. 179, item 19), em razão do trabalho escravo e das penas físicas infligidas ao tempo das Ordenações; agora, como reação ao passado recente da repressão ideológica. Tudo a demonstrar a penetrante influência do contexto sócio-político sobre os sistemas de controle da Administração, como sublinhado por WIENER e LETOWSKI.

4.2 — Traços fundamentais preservados

Examinados, sob ótica sistêmica, os quadrantes dos controles projetados, ver-se-á que seus princípios básicos e diretrizes mais gerais restaram inalterados. Criaram-se novas vertentes e novos instrumentos, contudo mantida está a estrutura do sistema em que serão operados, em meio a hesitações contingentes que se estima venham a ser superadas na legislação complementar e ordinária.

O controle proposto para os atos da Administração conforma-se ao enunciado da Súmula 473, do STF. Inova a Carta quanto à presença de um capítulo, no título referente à organização do Estado, dedicado à Administração Pública. O texto resultante da Comissão de Sistematização inaugurava esse capítulo estatuinto que “A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoabilidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade” (art. 44). A parte final de tal redação forçaria a revisão do entendimento simulado, porquanto ensejaria que o controle jurisdicional pudesse devassar o que a nova Constituição denominaria de “razoabilidade” do ato administrativo, como requisito de sua legitimidade, ao passo que o Excelso Pretório fixava-se na tese, albergada na jurisprudência e na doutrina de modo amplamente majoritário, de que o controle judicial é de legalidade. Razoabilidade e mérito seriam conceitos de difícil, senão impossível, separação; a seara do mérito jamais foi aberta aos tribunais, no Brasil e nos países a que se filiam nossos institutos de direito administrativo; a tal não ousou sequer o Conselho de Estado francês, mentor da teoria do desvio de poder e graças à qual erigiu-se a distinção entre motivo (elemento objetivo que integra a estrutura irredutível do ato administrativo, sujeito, pois, à apreciação judicial, posto que importa à validade do ato) e mérito (avaliação subjetiva de conveniência e oportunidade, da exclusiva discricionariedade administrativa). O então art. 44 apoiaria aos que sustentam possível o controle judicial da discricionariedade (entre nós, por exemplo, MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, em sua conhecida obra sobre o controle da moralidade administrativa). Todavia, o texto definitivo da Lei Fundamental suprimiu a parte final do *caput* do art. 44, que passou a art. 37, cingindo-se a articular os princípios a que a Administração deve obediência, sem mais aludir ao motivo, como condição de validade, ou à razoabilidade, como requisito de legitimidade do ato administrativo. Em consequência, nenhuma incongruência haveria entre o novo art. 37 e a Súmula 437, seguindo-se que o sistema de controle dos atos administrativos continua a realizar-se, no âmbito interno, pela própria Administração, e no externo, pelos demais Poderes e pelos cidadãos, reservada ao Judiciário, mediante provocação, a tarefa de expungir os vícios de legalidade, os quais, como consabido, podem vulncrar qualquer dos elementos do ato — competência, forma, objeto, motivo ou finalidade.

Inferre-se a estrutura organizacional do sistema pela transparência dos termos com que a engendram os arts. 70 e 74, *in verbis*, nossos os grifos: "Art. 70 — A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da *administração direta e indireta*, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercido pelo Congresso Nacional, mediante *controle externo*, e pelo sistema de *controle interno de cada Poder*"; "Art. 74 — Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, *sistema de controle interno*, com a finalidade de: I — avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos Orçamentos da União; II — comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III — exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV — apoiar o *controle externo* no exercício de sua *missão institucional*".

4.5 — *Controle parlamentar de legitimidade*

Dos preceitos retrotranscritos exsurge que o constituinte confiou ao controle parlamentar — de "legitimidade", "economicidade", "eficácia e eficiência" — soma sem precedentes de poderes para o exame da intimidade do processo decisório da Administração, podendo desvendar-lhe motivações e medir resultados, o que tangencia o mérito administrativo, e não apenas *a posteriori*, se não que durante a execução administrativa. Consente em que a iniciativa para acionar o controle possa caber a terceiros ("Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou abusos perante o Tribunal de Contas da União", art. 74, § 2.º), e entrega a titularidade do controle a órgão auxiliar do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas, além de reeditar os conhecidos instrumentos das Comissões Parlamentares de Inquérito, as quais investe de "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais" (art. 58, § 3.º), e dos Pedidos de Informação (art. 50). Revitaliza o Tribunal de Contas, a ponto de incluir em sua competência "sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal", bem como "representar ao Poder competente sobre irregularidade ou abusos apurados", atribuindo eficácia de título executivo às suas decisões que imputem "débito ou multa a administradores públicos" (art. 71, incisos X e XI, e § 3.º).

A nova Constituição acentua a índole política do controle parlamentar e almeja conceder-lhe objetividade e executoriedade. O fato de ser político faz com que ultrapasse as fronteiras do controle sobretudo jurídico de que se ocupa este trabalho, daí nos dispensarmos de aprofundamento. Em homenagem à visão de conjunto que o assunto reclama, anotem-se as disposições da vigente Constituição que mais gizam o extraordinário

fortalecimento do Legislativo diante do Executivo, na sede dos controles da Administração. Assim:

“Art. 49 — É da competência exclusiva do Congresso Nacional: ... V — sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; ... X — fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os de administração indireta; ... XI — zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

4.4 — Controle judicial ampliado

O controle externo pelo Judiciário continuará a ser o instrumento que mais se colocará ao alcance da sociedade civil para submeter a atividade administrativa ao sistema geral de freios e contrapesos, ao qual nossa tradição constitucional outorga o papel de prevenir e corrigir eventuais abusos e desvios de poder, ou acautelar as liberdades públicas.

Momentos houve em que setores da Assembléia Constituinte cogitaram de apequenar as funções judiciárias, conforme veiculado à época, inclusive para submetê-las a correição que lhes desfigurava a feição de Poder constituído. Ao recuar desse primeiro impulso, os constituintes em verdade avançaram, no que não lhes terá sensibilizado apenas a tradição constitucional brasileira, posto que a nova Carta se fez sob discurso dito progressista. O reconhecimento da relevância da independência do Poder Judiciário para a estrutura do Estado e a ordem democrática — que redundou, afinal, na concessão de maior autonomia administrativa, ao lado da manutenção de seus predicamentos (arts. 95, 96 e 99) — absorve lição histórica experimentada e amadurecida acima das ideologias, a qual, por certo, terá advertido para a evolução descrita por PIERRE MOOR e JEAN-MARIE WOEHLING, no capítulo relativo ao controle jurisdicional da administração, integrante do estudo comparado do direito europeu, retromencionado, *in verbis*: “De façon générale, durant la première phase de construction du socialisme, il apparaissait inopportun de donner un rôle trop important à une structure judiciaire dont la tradition était exclusivement “bourgeoise” et que sa fonction même inclinait à une démarche conservatrice, d’autant plus que le droit socialiste n’était qu’en voie d’édification et que maintes expériences nouvelles se déroulaient en dehors d’un cadre juridique précis. Cependant, avec l’affermisssement les régimes nouveaux, on s’est préoccupé des lacunes de protection et de contrôle qu’entraînait/cette attitude; un réexamen théorique a permis de souligner que le contrôle juridictionnel de l’administration n’était pas incompatible avec un système institutionnel de type socialiste et pouvait même lui être bénéfique du point de vue du respect de la légalité objective par les organes administratifs. Cette évolution est à mettre en relation avec la réorganisation en profondeur de l’appareil judiciaire et du droit. Désormais, les

pays socialistes se montrent plus attentifs au rôle technique pouvant être attribué aux tribunaux dans le contrôle de l'administration, même si la position des juges y reste profondément différente de celle qui est la leur dans le pays de l'Ouest" (*op. cit.*, pp. 50-51).

Note-se que perseveraremos no sistema da jurisdição única, a teor do disposto no art. 5.º, inciso XXXV: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Trata-se de pedra angular do controle jurisdicional, presente nas edificações constitucionais brasileiras a partir de 1946, sempre no artigo correspondente aos direitos e garantias individuais. Cerradas estão, pois, as portas para a importação do sistema do contencioso administrativo de talhe francês ou italiano, em cujo regime coexistem tribunais judiciais e tribunais administrativos, ambos providos de jurisdição nas matérias de suas respectivas competências, vale dizer, aptos a proferirem decisões terminativas do litígio. Nem se acham no novo texto as referências que, na Carta ab-rogada, acenavam com um contencioso administrativo híbrido e descoordenado do sistema de jurisdição única.

A nova Carta traz avanços expressivos quanto à amplitude do mandado de segurança e cria o mandado de injunção e o *habeas data*. Do ponto de vista do controle da Administração, soam auspiciosas as inovações. No primeiro caso, o mandado de segurança coletivo vem suprir lacuna de há muito sentida pela doutrina e a cujo preenchimento sempre se recusou a jurisprudência, por entender que o direito líquido e certo amparado pela via mandamental teria de ser, rente à definição constitucional então vigente, individual e de molde a não se confundir com mero interesse. O mandado de segurança coletivo permitirá que organizações sindicais, entidades de classe e associações de qualquer natureza, legitimadas pelo inciso LXX do art. 5.º, submetam ao Judiciário hipóteses que, em tese, configurem atos ilegais ou abusivos da Administração, lesivos de direito dos associados em geral; de aplaudir-se a iniciativa porque a Administração, no Estado moderno, que trata com a sociedade massificada, decide questões ou encaminha soluções capazes de afetar, ao mesmo tempo, o direito de centenas ou milhares de pessoas, as quais, no regime anterior, para bloquearem ilegalidades ou abusos, teriam de ajuizar ações individuais, ou em litisconsórcio nem sempre processualmente oportuno ou integrativo de todos os lesados. Aqueles que, por comodismo, desconhecimento ou temor de confrontarem-se com a autoridade, não ingressassem com a segurança, quedar-se-iam inatingidos pela decisão judicial que fosse favorável aos impetrantes e, em consequência, passariam a depender do talante da autoridade administrativa, que a eles estenderia, ou não, o benefício deferido aos jurisdicionados ativos, ou teriam, vencido o prazo de cabimento da segurança, de socorrer-se de processo de conhecimento para, em ação ordinária, postular, com maiores dispêndios de tempo e dinheiro, o que a outros já houvesse sido concedido pela via rápida do remédio constitucional. Ainda que não se deva premiar a inércia, o fato é que se

institucionalizava defeito ainda mais grave para uma ordem jurídica que se pretendesse judiciosa, qual seja o da existência de, afrontando o princípio da isonomia, situações jurídicas idênticas recebendo tratamento jurídico desigual. O mandado de segurança coletivo — resolvidas algumas intrigantes questões concernentes à legitimação e aos efeitos da coisa julgada — propiciará tratamento isonômico concomitante e menos oneroso a quantos se encontrem na mesma situação, diante de atos ilegais ou abusivos da autoridade, o que se traduz em meio mais efetivo de controle da Administração e de distribuição de justiça.

O mandado de injunção — criação de sistemas jurídicos fundados na equidade, daí sua controvertida aplicabilidade a sistemas, como o nosso, dependentes do direito legislado — tem sido recebido com reservas, argumentando-se que talvez flagre, despreparadas para seu emprego, as instituições e a mentalidade brasileiras. Ao reparo seria possível redargüir com o *leit motif* de uma Assembléia Constituinte, que não se elege para manter o *status quo*, mas para renovar e aperfeiçoar ordem jurídica que a evolução social, política e econômica de um povo haja tornado obsoleta ou imprópria. Consiste o mandado de injunção, conforme definido no inciso LXXI do mesmo art. 5.º, em meio assecuratório do exercício das liberdades públicas e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, se inviabilizado tal exercício pela falta de normas regulamentadoras. O texto constitucional remete para lei ordinária a disciplina do novo instrumento, sendo de prever-se, dado apresentar a mesma índole de ação mandamental de que se reveste o mandado de segurança, que venha a seguir-lhe os rumos quanto à estruturação do correspondente processo. Seja como for, o mandado de injunção parece significar, para o controle da Administração, cometimento ao Judiciário, que só é legítimo porque constitucional, de função atípica, qual seja a de suprir omissão do poder regulamentar do Executivo; logo, cuida-se de meio de controle judicial da inércia administrativa nas matérias que menciona, cujos lides, porém, não define a Carta com precisão e tem sofrido rejeição pelo Supremo Tribunal Federal, em casos já ajuizados.

O *habeas data* servirá ao brasileiro que quiser inteirar-se das informações e referências relativas à sua pessoa, arquivadas em registro de órgãos públicos ou entidades privadas. Representa, a toda evidência, resposta à prática, que se instituiu durante os anos da repressão ideológica, de aceitar-se, como se idôneos fossem, dados das mais variadas procedências, inclusive anônimos e apócrifas, acerca das atividades particulares e das crenças pessoais de qualquer cidadão, sem que a este fosse garantido o direito de conhecer e, pois, se o desejasse, esclarecer ou rebater tais informações, as quais repercutiam, velada e negativamente, sobre o exercício de cargos públicos liberações de crédito e contratações com a Administração. Vero é que o direito a obter certidão para a defesa de direitos ou o esclarecimento de situações — reproduzido no inciso XXXIV, b, do art. 5.º — poderia abranger as situações alvejadas pelo *habeas data*. Contudo, terá o constituinte preferido a criação de ação específica porque, no regime

anterior, norma ordinária impedia, exitosamente, o acesso àquelas informações, abandonando o cidadão a azares e humores dos serviços estatais atuantes no setor.

4.5 — *Controle popular*

No campo do controle pelos administrados, a nova Carta mantém inalterados os direitos de representação e petição, bem assim de obtenção de certidões, contudo redesenha a ação popular. Quanto a esta, o texto da Comissão de Sistematização legitimava para a ação qualquer pessoa, física ou jurídica, desde que domiciliada no País: dupla era, portanto, a novidade — também a pessoa jurídica e o estrangeiro domiciliado no Brasil poderiam postular a anulação de ato lesivo ao patrimônio de entidades públicas. O texto votado em plenário retornou ao regime da vigente Lei n.º 4.717/65, deferindo apenas ao cidadão brasileiro legitimidade para pugnar pela anulação (inciso LXXIII). Ademais, alargou-se o objeto da ação popular: a lesividade do ato não se medirá somente em função do patrimônio material depreciado ou fraudado, se não que levará em conta, igualmente, a moralidade administrativa (coerente com o princípio da moralidade administrativa, inscrito no art. 37 como norteador de todas as atividades dos Poderes Públicos, porém reabrindo a discussão em torno do possível controle da discricionariedade), o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural (com o que se confundiria, em circunstâncias específicas, com o objeto próprio da ação cível pública). Realce-se que a Carta isenta de custas judiciárias e dos ônus da sucumbência os autores da ação, salvo comprovada má-fé, com o que afasta o maior dos empecilhos ao seu uso mais freqüente: na disciplina da lei que hoje regula a ação popular, tais despesas são impostas ao autor, se julgado improcedente o pleito anulatório: a regra geral da sucumbência acarreta, no caso, desestímulo, porque os atos impugnados não raro concernem a somas vultosas, com base nas quais se determina o valor da ação, influente sobre o montante final a ser pago pela parte vencida; logo, no regime derogado, quanto maior fosse o valor do prejuízo supostamente decorrente do ato alegadamente lesivo, maior seria o temor de requerer judicialmente seu anulamento pela via da ação popular, obstáculo que remove o novo Texto ao isentar o autor dos encargos da sucumbência.

Quanto à ação civil pública, de que não cogitavam nossas Constituições anteriores, tendo ingressado na ordem jurídica positiva por força de lei específica editada em 1985, ganha menção expressa na nova Carta, incluída sua promoção entre as funções institucionais do Ministério Público (art. 129, III), e implícita como instrumento de defesa do consumidor (art. 5.º, XXXII).

5. *Conclusão*

A visão panorâmica ora bosquejada não permite o assentimento de conclusões definitivas, inclusive porque muito há por especificar e regulamentar. Todavia, até onde se lhe pode divisar a essência, cotejada a tradição constitucional brasileira com a experiência das fontes de que se abeberou

na organização do sistema de controles da Administração Pública, este, na nova Carta, apresenta as seguintes linhas gerais:

I — não se desvia, quanto à natureza e à estrutura, do modelo europeu continental, costumeiramente acolhido nas Constituições brasileiras, porém reforça-lhe os instrumentos de atuação;

II — o sistema faz conviverem as esferas de controles internos e externos, a primeira a ser exercida pela própria Administração sobre seus órgãos subordinados e entidades vinculadas, observados os princípios da autotutela e da tutela administrativa, e a segunda deferida aos Poderes Legislativo e Judiciário, e aos cidadãos;

III — o controle interno e o controle judicial dos atos administrativos, tal como propostos, conciliam-se com a vigente Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a Administração pode rever seus próprios atos de ofício, cabendo ao Judiciário apreciar-lhes sempre a legalidade, mediante provocação dos interessados;

IV — a jurisdição única permanece como princípio nuclear do sistema quanto ao controle judicial, o que equivale a dizer que somente os tribunais judiciais são providos de jurisdição e que qualquer ato administrativo lhes pode ser submetido, defeso apenas o exame de mérito e aguardando-se definição de parâmetros para o exercício do controle sobre a moralidade administrativa;

V — o controle parlamentar é aquele que maior ênfase mereceu, habilitado que foi a perscrutar eficiência e eficácia dos atos da Administração, realizando, assim, avaliação de legitimidade e de resultados que tangencia o mérito administrativo, admitida a provocação dos Tribunais de Contas pelos cidadãos e entidades representativas;

VI — o sistema expande o controle judicial, seja pelo alargamento do ângulo de incidência de alguns de seus antigos instrumentos (mandado de segurança coletivo, por exemplo), ou pela criação de novos (mandado de injunção e *habeas data*);

VII — o controle pelos cidadãos, a par de ter preservado seus instrumentos fundamentais (direitos de petição e de representação), também recebeu tratamento ampliativo no objeto de que cuidará a ação popular, e dirige ao consumidor referência específica, de que será instrumento a ação civil pública;

VIII — além do estabelecimento de um sistema geral de controles, a nova Constituição Federal abre perspectivas para que novas exigências sejam endereçadas à Administração estatal, por meio das mais variadas vias da tutela jurisdicional, ao aduzir aos direitos subjetivos individuais uma pauta de direitos sociais, no rastro das Constituições do pós-guerra, elaboradas nas chamadas democracias sociais, o que faz prever o surgimento, na legislação ordinária superveniente, de instrumentos específicos de controle, e não apenas jurídicos, se não que também políticos e econômicos regrados, acompanhando tendência que se universaliza nos Estados de Direito;

IX - as inovações introduzidas nos sistemas de controles e a explicitação de novos direitos individuais e sociais trarão, por certo, sobrecarga para o Poder Judiciário, que continuará sendo, a exemplo do ocorrente em todas as democracias ocidentais, o último guardião das liberdades públicas, sem embargo de ensejarem, aquelas novas latitudes do controle, a participação de número crescente de entidades representativas de segmentos da sociedade e de categorias profissionais na postulação dos direitos de seus representados.

Em pertinente dissertação sobre "A necessidade de uma Constituição concisa", REGINA HELENA COSTA e ANA LÚCIA AMARAL, reportando-se à conhecida monografia de WILLIAM MUNRO, *The Government of the United States*, identificam como causas do alentado volume das Constituições contemporâneas: "(a) aumento das funções do Estado, exigindo novos princípios e normas; (b) desconfiança do povo na sabedoria e integridade dos legisladores ordinários; (c) insatisfação do povo com a jurisprudência firmada pelos Tribunais". E daí extraem que esse aumento "se dá, quase que exclusivamente, por razões de descontentamento e insegurança do povo em relação tanto àqueles que têm a função de elaborar a lei, quanto àqueles que têm por função aplicá-la" (in *Revista Forense*, vol. 298, p. 111).

A nova Constituição brasileira retrata o descrédito e ilustra o aumento do volume a que aludem as autoras. A ampliação dos mecanismos de controle das ações estatais, seja pelos Poderes constituídos entre si, ou pelos cidadãos — estes, a par de titulados para o uso de meios específicos, como a ação popular, também serão legitimados para provocar a atuação de órgãos titulares de outros instrumentos do sistema de controles, como o Tribunal de Contas —, é sintoma desenganado a confirmar o diagnóstico dos males que sobressaltam a confiabilidade que deveria existir nas relações entre o Estado e a sociedade.

Tantos são, hoje, os pontos de contato e de dissenso entre o indivíduo e o Estado, por força dos poderes de polícia de que está investido em numerosos campos de atividades, que não deveria causar espanto, conquanto fira a melhor técnica, o empenho posto pela Constituinte brasileira em inserir no texto constitucional minúcias dessa relação e de seu instrumental de controle e implementação. Assim, segundo painel composto por JOSÉ CRETELLA JUNIOR, as liberdades públicas podem referir-se à pessoa física (ampla defesa e contraditório, inviolabilidade de domicílio, confidencialidade de correspondência, locomoção e segurança individual); à pessoa espiritual (associação, consciência, convicção filosófica, convicção política, culto religioso, direito de resposta e à própria imagem, manifestação do pensamento, petição, prestação de informação, representação, reunião), ou à pessoa social (família, comércio e indústria, greve, propriedade, sindicalização, trabalho) — *Curso de Liberdades Públicas*, Ed. Forense, 1986. E a cada uma delas corresponderá um meio assecuratório

— genericamente, o direito de ação, a seu turno incorporado às liberdades públicas, quer se exerça em face do Estado ou de outro particular —, para cuja categorização contribui a nova Constituição em larga escala.

Tal é a gama de liberdade com que se deve conciliar o exercício da autoridade que, como BURDEAU discerniu há quatro lustros, assistimos ao nascimento de

“uma nova interpretação de liberdade, numa completa oposição àquela que era tradicionalmente admitida. Apercebemo-nos de que, para a imensa massa dos seres humanos, a liberdade concebida como uma qualidade inerente à sua natureza é apenas uma prerrogativa estéril desde o momento em que eles não estão em condições de fruir efetivamente dela. Que importa que o homem seja livre de pensar, se a expressão de sua opinião o expõe a um ostracismo social; que seja livre de discutir as condições do seu trabalho, se a sua situação econômica o obriga a curvar-se à lei do empregador; que seja livre de organizar os seus ócios, se a necessidade do pão quotidiano absorve todo o seu tempo; que seja livre de desenvolver a sua personalidade pela cultura e pela contemplação de um universo oferecido a todos, se lhe falta materialmente um mínimo . . . ? O contraste entre a liberdade que a filosofia clássica reconhece à sua essência e a servidão em que o mantém a sua existência conduziria assim a denunciar como um logro essa liberdade pretensamente inscrita na natureza humana. O que é verdade é que a liberdade não é um dom preexistente que é preciso proteger; é uma faculdade que deve ser conquistada. À noção de liberdade substituiu-se a expectativa de uma libertação . . . Nesta nova perspectiva, toda a ordem social é de novo posta em causa e, com ela, o sentido da democracia. De regime político destinado a garantir aos indivíduos o gozo das liberdades que possuem, ela se torna uma organização do poder governamental com vista a assegurar-lhes o exercício das liberdades que ainda não têm. A democracia era um modo de gestão de um universo livre. Tornou-se o instrumento de criação de um mundo que verá a libertação do homem” (GEORGES BURDEAU, *As interpretações da liberdade*, trad. de Antonio dos Anjos, *apud* MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO e outros, *Liberdades Públicas — parte geral*, Ed. Saraiva, 1978, p. 32).

É de augurar-se que a sofreguidão por reformas e o ímpeto para a regulamentação constitucional dos mais variados institutos induzam à adoção de providências capazes de aparelhar os Poderes do Estado, em especial o Judiciário — que responderá pelo ajustamento de nova ordem ao novo tempo —, para que se mostrem à altura do desafio de tornar concretas e instantes as liberdades públicas por que aspira a sociedade brasileira — *factum abiit, monumenta manent*.

O veto nas repúblicas presidencialistas

RÔMULO PAES BARRETO

Doutorando da Faculdade de Direito,
UFRJ, e licenciado em Letras pela UERJ.

I — Introdução

Com o significado de proibição, oposição, recusa e, mesmo, de não sanção, o veto, termo de origem latina, já se incorporou ao vocabulário do nosso cotidiano, pelas várias acepções em que é compreendido, assumindo importância especial, se bem que com objetivos diferentes, nos Direitos Constitucional e Internacional. Está inserido em várias Constituições no sentido de negação de sanção, pelo Presidente da República ou Chefe do Executivo, a projetos de lei oriundos do Legislativo.

É também empregado, às vezes, para designar qualquer providência de órgão de governo que dificulte ou atrase os trabalhos de outro órgão executivo. Com alcance mais amplo e impreciso, a expressão corresponde a impedimento ou retardamento de ação individual ou coletiva, de responsabilidade de pessoa ou grupo. No âmbito das Nações Unidas, é direito de um membro do Conselho de Segurança obstar uma ação desse organismo internacional para a qual não existiria impedimento legal.

Adotado em Estados parlamentaristas, a sua prática, de acordo com LUIZ NAVARRO DE BRITTO, pode provocar a queda de Ministério, uma vez que contraria a vontade parlamentar⁽¹⁾. Na realidade, é medida que se harmoniza melhor com as repúblicas presidencialistas. Há, nestas, uma estrutura em que predomina o princípio de separação rigorosa dos Poderes, pelo menos teoricamente. Afirma-se, assim, como instrumento jurídico, de maior participação legislativa do Executivo.

MICHEL TEMER assinala que vetar, na significação constitucional, é discordar dos termos de um projeto de lei. Para tanto, o Chefe do Exe-

(1) BRITTO, Luiz Navarro de. *O Veto Legislativo. Estudo Comparado*. Brasília, Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1966, p. 80

cutivo examina dois aspectos: constitucionalidade e interesse público. Verifica, pois, a forma e o mérito. O primeiro é prejudicial do segundo e, por isso, constitui preliminar de conhecimento do projeto. Antes de entrar no mérito, o Chefe do Executivo verifica se o projeto é consonante com a Constituição, se não a vulnera. Concluindo pela conformidade, examinará o mérito, o interesse público (2).

Para a maioria dos autores, o veto é de natureza legislativa, e não executiva. Essa prerrogativa, conferida ao Presidente da República, é considerada função legislativa complementar, ou um terceiro ramo desta.

II — *Origem e evolução do veto*

As origens mais antigas do veto repousam em Roma. Elas são uma conseqüência, segundo MÁRIO CASASANTA, da luta entre patrícius e plebeus, marco de um dos períodos culminantes da civilização (3). É ainda na Grécia monárquica que se descobre o seu esboço em forma de consulta popular, com a presença dos reis em assembléias, para tomada de decisões. Estas, embora não participassem dos debates, desempenhavam papel importante, através de reações, que se manifestavam em gestos, murmúrios, expressões faciais, transmitindo ao legislador qual a melhor solução que atendia aos interesses gerais.

Em meio a todas essas conjecturas, os antepassados do veto legislativo renascem em Roma mediante matrizes mais categóricas, com a “intercessio” e a “auctoritas”. Desde a queda da monarquia — recorda LUIZ NAVARRO DE BRITTO —, todas as magistraturas romanas são órgãos colegiados e funcionam de acordo com o princípio da unanimidade. Cada um dos seus membros possui então um direito de “intercessio” para impedir, por um voto contrário, qualquer decisão (4).

Há quem afirme também que esta forma disfarçada de veto em Roma seja retomada depois pelas Dietas polonesas, sob a designação de “liberum veto”. De qualquer maneira, é só com o tribunato da plebe que o veto passa a ter sentido verdadeiro, fortalecendo o seu caráter de “traço de aliança”.

Na Idade Média, o veto passa a ser acolhido na Magna Carta da Inglaterra, em assuntos consultivos, notadamente quando se pedia aumento de impostos. Ao tempo de HENRIQUE VIII, o veto deixa de ser aplicado temporariamente porque a Câmara só vota os “bills” propostos pelo Rei, medida adotada por todos os outros sucessores dos YORK. Apesar do desenvolvimento sócio-econômico do país, continua com a Coroa o centro

(2) TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 154.

(3) CASASANTA, Mário. *O Poder de Veto*. Belo Horizonte, Os Amigos do Livro, Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 1937, p. 121.

(4) BRITTO, Luiz Navarro de. *O Veto Legislativo. Estudo Comparado*, ob. cit., p. 6.

de gravitação do poder: ela suspende a execução de normas, majora impostos, enquanto a burguesia lhe dá sustentação e os políticos se ocupam das questões religiosas.

Essa harmonia estabelecida entre o Parlamento e o monarca sofre mais tarde alteração, quando a Câmara dos Comuns dita medidas contrárias aos interesses da Coroa. Assim, a nova postura se expressa no grande número de vetos opostos pelos TUDORS. Com ELISABETH, por exemplo, foram aprovados 43 "bills", e rejeitados 48, deferidos pelas duas Câmaras. Nada mudou até o Governo de CROMWELL, que apenas confirma a hegemonia dos Comuns. O poder de veto, na Inglaterra, foi-se adaptando à nova realidade política do país. Quando, por exemplo, Guilherme III recusa sanção a 4 "bills", segundo MACAULAY, isto "significa simplesmente que existia, entre o rei e os outros órgãos de legislação, uma diferença de opinião sobre a oportunidade de uma lei particular". O ano de 1707 registra uma única negativa da Rainha ANA, assumida em circunstâncias especialíssimas. Depois disso, não houve mais vetos na Inglaterra.

O veto reaparece, sob várias formas, no fim do século XVIII, nos Estados Unidos da América do Norte e na Europa Continental. A Constituição de 1787, sob inspiração da de Massachusetts, de 1780, passa a divulgar, com o regime presidencialista, o novo veto nas repúblicas latino-americanas.

A Europa apresenta, depois da França de 1791, a restauração do veto suspensivo como compromisso eventual assumido entre a monarquia decadente e a expansão dos Parlamentos. Com o seu desenvolvimento, o veto é aceito, repellido e, finalmente, readaptado. As monarquias parlamentares dos séculos XIX e XX seguem princípios do parlamentarismo inglês, racionalizando o veto através do *referendum* ministerial obrigatório. Já as repúblicas, orgulhosas naturalmente com a soberania parlamentar, dão nova vida ao veto, com o reenvio ou o direito de solicitar novas deliberações às Câmaras. Nasce, assim, o "veto translativo", como última etapa do enfraquecimento do antigo privilégio das monarquias parlamentares.

III — O veto nas Constituições brasileiras

O Brasil Império conheceu o veto no Projeto Constituinte (art. 113) e, posteriormente, na Constituição Política de 25 de março de 1824, outorgada por D. Pedro I (arts. 64 a 68). Fora adotado com o sentido de recusa, denegação, negação de consentimento.

O veto imperial, de origem européia, era de efeito suspensivo, com a suspensão da perfeição da lei por oito anos. O projeto só era tido como sancionado, depois do decurso de duas legislaturas seguintes àquela que aprovara o projeto merecedor da denegação suspensiva.

“O Imperador quer meditar sobre o projeto de lei, para a seu tempo o resolver”. Com essas expressões do art. 64 o consentimento era recusado em projetos do Parlamento. Embora tivesse sido empregado moderadamente pelos Presidentes das Províncias, D. Pedro I só recorreu uma vez ao veto, isto é, negando aprovação à lei que extinguiu o foro privativo de militares e eclesiásticos. Sabe-se, por outro lado, que D. Pedro II dele não se utilizou em qualquer ocasião.

As discussões sobre o veto, no Brasil Império, empolgaram o Parlamento nacional, através de intervenções do Marquês de Barbacena (FELISBERTO CALDEIRA BRANT PONTES OLIVEIRA E HORTA), e do Senador Vergueiro, nome com que se tornara conhecido NICOLAU PEREIRA DE CAMPOS VERGUEIRO.

Constituição de 1891: Emenda Constitucional de 1926

A Constituição de 1891 (art. 37, § 1.º), de acordo com PINTO FERREIRA, não conheceu o veto parcial durante largo tempo, apenas o veto total, mas o veto parcial foi admitido pela revisão constitucional de 1926 (5).

Em sua forma original, o art. 37, § 1.º, da Constituição de 91, a expressão veto ainda não era conhecida. O texto se refere ao poder de “negar sanção” a projeto de lei enviado ao Presidente da República. Com a mudança da forma de governo no Brasil, e a instauração da República, depois do golpe militar de 15 de novembro de 1889, o país começa a sofrer influência do regime republicano dos Estados Unidos da América do Norte, por intermédio de RUI BARBOSA. Não se pode esquecer também o domínio exercido pelo jurista e magistrado JOÃO BARBALHO (João Uchoa Cavalcanti Barbalho), na Velha República, através dos seus *Comentários à Constituição de 1891*. Lançada em 1902, a obra é tida como “a primeira e mais pura liberal interpretação” daquele diploma político. Para ele, veto “são embargos com que o Chefe da Nação se ergue contra a ação do Poder Legislativo”.

O veto acolhido na Constituição de 1891, segundo prestigiosos publicistas, fora importado da primeira Constituição norte-americana, de 1787, com o seu processo de rejeição, inclusive o *quorum* de dois terços de congressistas. Para ERNESTO RODRIGUES, “é inaceitável considerar-se o nosso veto republicano um “direito” e não um “poder”: o veto é sempre um poder e não um direito, seja qual for o sistema de governo que o adote” (6).

(5) FERREIRA, Luiz Pinto. Veto I in *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1982, p. 153.

(6) RODRIGUES, Ernesto. *O Veto no Brasil*. Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 84.

A Emenda Constitucional de 1926

Afonso Arinos atribui a RUI BARBOSA valiosas colaborações que, graças à sua experiência e autoridade, muito influíram na mentalidade reformista de 1926 e na adoção de novos princípios, que vieram a prevalecer nas subsequentes Constituições democráticas. Para o autor de *Problemas Políticos Brasileiros*, a mais completa mensagem reformista de RUI está no seu programa de candidato à Presidência da República na Campanha Civilista, contido no famoso discurso lido no "Politeama Baiano", na noite de 15 de janeiro de 1910. Nesse documento — acrescenta ARINOS — o programa reformista fica quase exclusivamente limitado às alterações na estrutura jurídico-política da República. No discurso do "Politeama", RUI BARBOSA excluía, desde logo, questões como parlamentarismo ou a eleição indireta do Presidente da República. Nunca RUI BARBOSA abjurou, na visão de ARINOS, da sua fé revisionista. Em princípios de 1910, dizia o seguinte ao *Correio do Povo*, do Rio Grande do Sul:

"Nos nove anos que vêm de 1909 até hoje, a minha campanha de indefessa oposição ao quadriênio HERMES e a minha atitude com a presidência VENCESLAU, em todos os meus discursos escritos e atos públicos sobressai constantemente a nota da revisão constitucional como assunto inadiável, urgente, predominante a todos os outros. Convenci-me de que, sem a revisão, a carta republicana de 1891 está perdida" (7).

Em meio às idéias reformistas de RUI, na campanha civilista, figuravam: a definição dos princípios constitucionais da União a serem observados pelos Estados; a proibição das "caudas orçamentárias"; o ensino religioso facultativo; a adoção do voto secreto e da representação proporcional, e a autonomia do Distrito Federal.

Na proibição das "caudas orçamentárias", está a origem do veto parcial, preconizado por RUI BARBOSA nas suas idéias reformistas. As "caudas orçamentárias" eram recursos adotados para se realizar novas e avultadas despesas desequilibrando o orçamento real, entre receita e despesa. Tratava-se de malícia parlamentar que se servia da importância de um projeto para, através dele, fazer passar uma norma qualquer. Esta, apresentada isoladamente, não chegaria a ser sancionada pelo Executivo, mas poderia vingar com "caudas orçamentárias", apesar da inconveniência destas.

Nas Constituições da Bahia, do Maranhão e de Minas Gerais, foi acolhido o veto parcial, antes mesmo da revisão constitucional de 1926. Se as duas primeiras só o previam para "caudas orçamentárias", a de Minas, sob inspiração de ARTUR BERNARDES, adotou esse tipo de recusa, para qualquer fim. Esse precedente em Minas se refletiu na Consti-

(7) FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro. Formação Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro, Forense, 1960, V. II, pp. 147-9.

tuição de 1891, que necessitava da adoção do veto parcial, da forma mais ampla possível. Em 1922, o Presidente EPITÁCIO PESSOA foi obrigado a vetar todo o orçamento da República, para não aprovar "caudas orçamentárias".

Embora o projeto de Reforma de 1926 abrangesse quase toda a Constituição, só foram aprovadas cinco emendas, compreendendo cada uma grupo numeroso de preceitos: 1) intervenção federal nos Estados; 2) atribuições do Poder Legislativo; 3) feitura de leis (é aí que se inserem os princípios que norteiam o poder de veto parcial); 4) competência da Justiça Federal; 5) direitos e garantias individuais.

O art. 37, § 1.º, da Constituição de 1891, depois da Reforma de 1926, teve a seguinte redação:

"Quando o Presidente da República julgar um projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, o vetará total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, a contar daquele em que recebeu, devolvendo, nesse prazo e com os motivos do veto, o projeto ou a parte vetada, à Câmara onde ele se houver iniciado."

A Reforma de 1926, adotada ainda na gestão do Presidente ARTUR BERNARDES, só durou o quadriênio de WASHINGTON LUIS, deposto após levante armado no Rio Grande do Sul, que tornaria vitoriosa a Revolução de 30, com GETÚLIO VARGAS.

Constituição de 1934

Esta Constituição trouxe algumas alterações sobre o veto. Comparada com a de 1891, acrescida naturalmente das novidades da Reforma de 1926, a rejeição a projetos de lei passou a ser por maioria absoluta e não pelo *quorum* de dois terços. Além disso, foi estabelecido o prazo de trinta dias para que a Câmara dos Deputados se pronunciasse sobre o veto. O que houve realmente de novo foi a fixação do prazo de 30 dias para reexame pela Câmara. Na Constituição de 1891, por exemplo, inúmeros projetos vetados ficavam paralisados porque não se previa qualquer medida para o seu andamento.

Constituição de 1937

Embora "letra morta" na Constituição do Estado Novo, o veto sofre outras modificações: dilata-se o prazo de dez dias para trinta, sob o argumento de que o Presidente precisava de mais tempo para examinar os projetos, exigindo-se maior responsabilidade dos parlamentares neste sentido, estabelecendo-se votação nominal em lugar da maioria absoluta, como se dava na Constituição de 1934. O *quorum* era de dois terços dos sufrágios presentes. Nesta ocasião, o Presidente VARGAS exercia o poder, por inteiro, através de decretos-leis.

Constituição de 1946

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, e o retorno dos pracinhas vitoriosos na luta contra o nipo-nazi-fascismo, na Europa, GETÚLIO perdeu as bases de sustentação política e militar, como ditador. A campanha pela redemocratização do País ganhou as ruas, precipitando a sua queda. Deposto VARGAS, foram procurados, por todas as formas, ingredientes democráticos para programas de novo governo, banindo-se toda a estrutura autoritária de 1937, através da Constituição de 1946.

Esta Constituição manteve, como a de 1937, o *quorum* dos dois terços dos votos presentes. Acontece que os constituintes de 46 introduziram uma novidade no processo legislativo: o projeto, ao ser vetado, não voltava a exame separado das duas Casas do Congresso. A apreciação se dava em reunião conjunta do Senado e da Câmara dos Deputados. Além disso, o prazo de apreciação pelo Presidente da República é reduzido novamente para dez dias. Com as modificações sofridas no texto de 46, pela Emenda Constitucional n.º 17, de 26 de novembro de 1965, a expressão "interesses nacionais" foi substituída por "interesse público". Quanto ao veto parcial, este passou a ser aplicado especificamente em artigo, parágrafo, inciso, número, item e alínea, e não mais em palavras isoladas, que serviam de um modo geral para desfigurar totalmente o sentido do texto. Foi mantido, por outro lado, o prazo de dez dias, como no texto anterior, para apreciação do projeto pelo Presidente da República.

Talvez devido ao multipartidarismo, a média anual de veto parcial foi bem superior entre nós do que nos Estados Unidos. Da data de posse do Mal. DUTRA, até o final do período de mandato do Mal. CASTELLO BRANCO, isto é, de 1946 a 1965, houve 496 vetos, no Brasil. Depois de fazer algumas restrições à Constituição de 1946, FLÁVIO BAUER NOVELLI observa com muita acuidade que ela teve um mérito, e o seu mérito maior foi o de permitir transição relativamente pacífica de um longo período de eclipse do Estado de direito, de suspensão constitucional, para o Estado democrático e de direito. Mas é inegável também que ela, sob importantes aspectos, ao nascer já estava velha e superada, e que quase nunca conseguiu colocar-se à altura das exigências históricas, pois não pôde oferecer a nenhuma das mais graves crises políticas que sofremos a natural e almejada solução constitucional (*).

Constituição de 1967 (com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969)

As modificações introduzidas nesta Constituição e respectiva Emenda foram as seguintes: o prazo passa a ser de 15 dias e não mais de 10, como

(8) NOVELLI, Flávio Bauer. A relatividade do Conceito de Constituição e a Constituição de 1967. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, abr./jun. 1967, p. 11.

ocorria na de 1946. Essa alteração já existia no texto original de 1967, isto é, antes da Emenda n.º 1. Outro aspecto que deve ser ressaltado: nas Constituições de 1946 e 1967, a votação se dava em escrutínio secreto. No texto da Emenda n.º 1 passou a ser pública e no prazo de 45 dias. É interessante notar ainda que o *quorum* para aprovação do projeto, na Constituição de 46, era de dois terços dos Deputados e Senadores presentes à sessão conjunta. Pela Emenda n.º 1, passou a ser exigido o *quorum* de dois terços de cada uma das Casas.

Constituição de 1988

O instituto do veto é mantido na Constituição atual. Permite que o Presidente da República considere o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público. Além disso, o prazo para os dois tipos de veto é de quinze dias úteis, contados da data do recebimento do projeto, sendo que de quarenta e oito horas, para se dar conhecimento ao Presidente do Senado dos motivos do veto (art. 66, § 1.º).

A propósito, a Constituição de 1988 restabelece os princípios da Constituição anterior (art. 5.º, § 1.º), quanto às duas espécies de veto e respectivos prazos.

O veto parcial é motivo de preocupação do constituinte, que somente abrangerá texto integral do artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea (art. 66, § 2.º).

A Constituição de 88 também consagrou o decurso do prazo de quinze dias, para que ocorra a sanção, em caso de silêncio do Presidente da República (art. 66, § 2.º).

A apreciação do veto, de acordo com a nova Constituição, será em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar do seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto (art. 66, § 4.º).

Pela Constituição anterior, o veto era apreciado pela Câmara e pelo Senado, em sessão conjunta, considerando-se aprovado o projeto que, dentro de quarenta e cinco dias, em votação pública, obtivesse o voto de dois terços dos membros de cada uma das Casas. Nesse caso, o projeto seria enviado, para promulgação, ao Presidente da República (art. 59, § 3.º).

A Constituição de 88 inova em outro aspecto: esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4.º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final, ressalvadas as matérias de que trata o art. 62, parágrafo único (art. 66, § 6.º).

De acordo com o art. 62, “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em

recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias”.

Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 3.º e 5.º, o Presidente do Senado a promulgará e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo (art. 66, § 7.º).

As hipóteses dos §§ 3.º e 5.º referem-se, respectivamente, ao decurso do prazo de quinze dias, em que o silêncio do Presidente da República importará em sanção. E à apreciação do veto, em sessão conjunta, que só poderá rejeitá-lo pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.

Na Constituição anterior, as exigências coincidiam, sobressaindo o pormenor de, na sessão conjunta, da Câmara e do Senado, fosse considerado aprovado o projeto que, dentro de quarenta e oito horas, em votação pública obtivesse o voto de dois terços dos membros de cada uma das Casas.

IV — O veto no direito comparado

Se bem que o veto figure em Constituições de repúblicas parlamentaristas, alguns autores consideram que a instituição não se harmoniza com esse tipo de regime. Para PAULINO JACQUES, por exemplo, no parlamentarismo, o Presidente não governa, mas apenas preside. O veto é típico de autoridade de poder, de governo que, em tal circunstância, o Presidente não possui. Por isso, na Inglaterra, desde o tempo da Rainha ANA (1702-1714), que, em 1707, negou sanção a um *bill* sobre a milícia na Escócia, o veto caiu em desuso⁽⁹⁾.

Esses argumentos fortalecem a idéia de que é incompreensível a recusa de sanção por parte do Rei, ou Presidente, a projetos elaborados por Ministros de sua confiança, manifestação que poderia importar, sem dúvida, na dissolução do Parlamento.

O veto, no entendimento dominante de publicistas, é prática mais adequada aos regimes presidencialistas, por possuírem uma estrutura em que prevalece o princípio de separação de Poderes, ao mesmo tempo que proporciona maior participação legislativa do Executivo.

Repúblicas presidencialistas

Estados Unidos da América do Norte — Na Constituição deste país, “todo projeto adotado na Câmara dos Representantes e no Senado será, antes de se tornar lei, apresentado ao Presidente da República. Se este

(9) JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 264.

o aprovar, assiná-lo-á; se o não fizer, devolvê-lo-á com as suas objeções à Câmara em que houver sido iniciado. Se o projeto for mantido por maioria de dois terços dos membros dessa Câmara, será enviado, com as objeções, à outra Câmara, a qual também o discutirá novamente. Se obtiver dois terços dos votos dessa Câmara, será considerado lei” (Artigo 1.º — Seção 7 — 2).

Ainda que todos os poderes legislativos caibam ao Congresso — nos Estados Unidos — o Presidente pode vetar qualquer projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo e, a menos que dois terços de cada Casa votem pela anulação do veto, o projeto se transforma em lei.

Chile — De acordo com a Constituição chilena, “aprovado um projeto por ambas as Câmaras, será remetido ao Presidente que, se o aprova, promulgá-lo-á como lei” (art. 69).

Se o Presidente da República o desaprova, devolvê-lo-á à Câmara onde foi iniciado com os motivos do veto, dentro do prazo de trinta dias. Em nenhum caso se admitirão razões de veto que não tenham relação direta com as idéias matrizes ou fundamentais do projeto, a menos que elas tivessem sido consideradas na respectiva mensagem. Se as Câmaras aprovarem os motivos do veto, o projeto terá força de lei e será devolvido ao Presidente para a sua promulgação. Se as duas Câmaras desaprovarem todos ou alguns motivos do veto e mantiverem o *quorum* de dois terços de seus membros presentes na totalidade ou parte do projeto aprovado por elas, devolver-se-á ao Presidente para a sua promulgação (art. 70).

Argentina — A Constituição argentina consagra o veto no art. 72, na forma seguinte: rejeitado no todo ou em parte um projeto pelo Poder Executivo, ele volta com as suas objeções à Câmara de origem; esta o discute de novo, e se o confirma por maioria de dois terços de votos, passa outra vez pela Câmara de Revisão. Se ambas as Câmaras o sancionarem por igual maioria, o projeto de lei é encaminhado ao Executivo para a sua promulgação. As votações de ambas as Câmaras serão neste caso nominais, com as objeções do Poder Executivo serão publicadas imediatamente pela imprensa. Se as Câmaras divergirem sobre as objeções, o projeto não será reelaborado nas sessões daquele ano (art. 72).

Nicarágua — A Constituição nicaraguense acolhe o veto da seguinte forma: “o Presidente da República poderá vetar total ou parcialmente um projeto de lei dentro dos quinze dias seguintes ao de havê-lo recebido. Se não exercer esta faculdade, nem sancionar, promulgar e publicar o projeto, o Presidente da Assembléia Nacional mandará publicar a lei” (art. 142).

“Um projeto de lei vetado total ou parcialmente pelo Presidente da República deverá voltar à Assembléia Nacional com as explicações dos motivos do veto; esta poderá recusá-lo com o voto da metade e mais um do total de seus Representantes, em cujo caso o Presidente da Assembléia Nacional mandará publicar a lei” (art. 143).

México — A Constituição asteca adota o veto de acordo com o seguinte texto: “o projeto de lei, ou decreto, rejeitado no todo ou em parte pelo Executivo, será devolvido, com os seus motivos, à Câmara de origem; deverá ser discutido de novo por esta, e se for confirmado por dois terços do número total de votos, será submetido de novo à Câmara Revisora; se for sancionado pela mesma maioria, o projeto será lei ou decreto e voltará ao Executivo para a sua promulgação.

Nas Constituições da Bolívia, Guatemala, México, Chile, República Dominicana, os constituintes optaram pelo uso da expressão “observaciones”, para denominar o veto. A Constituição argentina emprega o termo “objeciones” e a da Nicarágua usa simplesmente “expresión de los motivos del veto”.

Repúblicas parlamentaristas

Portugal — Para os portugueses, “no prazo de vinte dias contados da recepção de qualquer decreto da Assembléa da República para ser promulgado como lei, ou da publicação da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncie pela inconstitucionalidade de norma dele constante, deve o Presidente da República promulgá-lo ou exercer o direito de veto, solicitando nova apreciação do diploma em mensagem fundamentada” (art. 139 — 1).

2. Se a Assembléa da República confirmar o veto por maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções, o Presidente da República deverá promulgar o diploma no prazo de oito dias a contar da sua recepção.

3. Será, porém, exigida maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções, para confirmação de decretos que respeitem às seguintes matérias:

- a) relações externas;
- b) regimes do estado de sítio e do estado de emergência;
- c) limites entre os setores da propriedade pública, privada e cooperativa;
- d) organização da defesa nacional e definição dos deveres dela decorrentes;
- e) bases gerais da organização e do funcionamento das Forças Armadas;
- f) organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional;
- g) regulamentação dos atos eleitorais previstos na Constituição.

4. No prazo de quarenta dias contados da recepção de qualquer decreto do Governo para ser promulgado, ou da publicação da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncie pela inconstitucionalidade de norma dele constante, deve o Presidente da República promulgá-lo ou exercer o direito de veto, comunicando por escrito ao Governo o sentido do veto.

Itália — Nos termos da Constituição italiana, o Presidente da República, antes de promulgar a lei, pode, mediante mensagem motivada às Câmaras, pedir uma nova deliberação. Se as Câmaras aprovarem novamente a lei, esta deverá ser promulgada (art. 74).

É convocado *referendum popular* para deliberar sobre a ab-rogação, total ou parcial, de uma lei ou de um ato que tenha valor de lei, isto é, que tenha essa importância, e quando o solicitarem quinhentos mil eleitores ou cinco Conselhos Regionais.

Não é admitido o *referendum* para as leis tributárias e de balanço, de anistia, de indulto, e de autorização para ratificar tratados internacionais. Têm direito de participar do *referendum* todos os cidadãos chamados a eleger a Câmara dos Deputados.

A proposta submetida a *referendum* será aprovada se participar da votação a maioria dos que têm direito e se for atingida a maioria dos votos validamente expressos.

França — Na França, o Presidente da República promulgará as leis até quinze dias após a transmissão ao Governo da lei definitivamente adotada. Poderá, ainda, antes da expiração do dito prazo, pedir ao Parlamento uma nova deliberação da lei ou de alguns de seus artigos. Esta nova deliberação não pode ser negada (art. 10, I, da Constituição).

Monarquias constitucionais

Grã-Bretanha — Na Grã-Bretanha, de acordo com NINO OLIVETTI, o soberano intervém com a sanção (Royal assent) de que, em geral, se faz porta-voz o “Lord Chancellor”, pronunciando a antiga fórmula: “La Reine le veult”. A fórmula contrária, “La Reine s’avisera”, com que a sanção é recusada, foi usada pela última vez em 1707. Após a sanção, a lei é publicada pelo “Her majesty’s stationery office” e, a menos que ela disponha de outra maneira, entra logo em vigor⁽¹⁰⁾.

Independentemente do veto absoluto do monarca britânico, citado por NINO OLIVETTI, sem nenhuma aplicação nos dias de hoje, a Lei sobre o Parlamento, de 18 de agosto de 1911, adota o veto, através da Câmara dos Lordes, de forma restrita:

(10) OLIVETTI, Nino. In: *Dicionário de Política*. trad. de João Ferreira et alii. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 1.004.

2. “Para ser submetido a Sua Majestade para efeito de sanção, o projeto de lei deverá conter a menção, aposta pelo *speaker* da Câmara dos Comuns, de que foram observadas as regras desta sanção.”

3. “Considera-se rejeitado pela Câmara dos Lordes um projeto de lei que aí não tenha sido aprovado sem emendas ou que tenha sido aprovado com emendas para as quais se exija a concordância de ambas as Câmaras.”

Espanha — De acordo com a Constituição espanhola, “aprovado um projeto de lei ordinária ou orgânica pelo Congresso dos Deputados, o seu Presidente dará imediata conta do mesmo ao Presidente do Senado, que o submeterá à deliberação deste” (art. 90).

2. O Senado, no prazo de dois meses a partir do dia da recepção do texto, poderá, mediante mensagem fundamentada, opor o seu veto ao projeto ou introduzir-lhe alterações. O veto deverá ser aprovado por maioria absoluta. O projeto não poderá ser submetido ao Rei para sanção sem que o Congresso ratifique o texto inicial por maioria absoluta em caso de veto ou por maioria simples decorridos dois meses sobre a sua interposição ou sem que se pronuncie sobre as alterações, aceitando-se ou não por maioria simples.

3. O prazo de dois meses será reduzido a vinte dias naturais relativamente aos projetos declarados urgentes pelo governo ou pelo Congresso dos Deputados.

O Rei sancionará as leis, aprovadas pelas Cortes Gerais, no prazo de quinze dias e promulgá-las-á e ordenará a sua imediata publicação (art. 91).

Japão — A Dieta, no Japão, será o mais alto órgão do poder estatal, e será o único dotado de função legislativa. Compõe-se de duas Câmaras: a Câmara dos Representantes e a Câmara dos Conselheiros, cujos membros são eleitos, representando a totalidade do povo japonês.

“Um projeto de lei transforma-se em lei após ser aprovado em ambas as Câmaras, salvo disposição em contrário estipulada pela Constituição. Um projeto de lei que for aprovado pela Câmara dos Representantes e que receber uma decisão diversa da Câmara dos Conselheiros, tornar-se-á lei quando for aprovado uma segunda vez pela Câmara dos Representantes por maioria de dois terços, ou mais, de membros presentes. Isso não impede que a Câmara dos Representantes convoque a sessão de um comitê conjunto de ambas as Câmaras, de conformidade com o que for estipulado pela lei.

Caso a Câmara dos Conselheiros não se manifeste sobre um projeto de lei recebido da Câmara dos Representantes, no prazo de sessenta dias, contados a partir da data desse recebimento, excluído o período de recesso, a Câmara dos Representantes poderá considerar o referido projeto como rejeitado pela Câmara dos Conselheiros” (art. 59 da Constituição).

V — Aspecto subjetivo do veto

Para LUIZ NAVARRO DE BRITTO, “a faculdade de impedir é sempre a mesma; mas, seu raio de ação e de efeitos varia, em diversos graus, segundo as molduras históricas e o valor deferido à vontade do Chefe do Estado, diante da soberania parlamentar. Cristalizando o fenômeno da democratização das instituições políticas, dir-se-ia que as Assembléias se vingam do Poder Executivo. Pois, a partir deste momento, o direito de recusa do Chefe do Estado descreve toda uma curva descendente, do qual o direito positivo marca três etapas decisivas: *veto absoluto*, *veto limitado* e *veto translativo* (11).

— O *veto absoluto* remonta aos Estados monárquicos, tendo sido muito pouco utilizado, até mesmo no período áureo dos reinos constitucionais. Os Estados Unidos da América do Norte conservam o “pocket-veto” (o veto de bolso), que se nivela ao veto absoluto, e é usado geralmente no final das legislaturas, visando ao engavetamento de projetos de lei na mesa do Chefe de Estado.

— O *veto limitado* apenas paralisa o projeto por algum tempo, e aparece como consolidação das conquistas do Parlamento.

— O *veto translativo* ocorre quando o Chefe de Estado confere ao povo ou a qualquer órgão não representativo o privilégio de resolver, em último recurso, o destino de projetos votados pelas Assembléias.

VI — Limites do veto

Processo Legislativo, de acordo com o art. 59 da Constituição em vigor, compreende a elaboração de:

I — emendas à Constituição;

II — leis complementares;

III — leis ordinárias;

IV — leis delegadas;

V — medidas provisórias;

VI — decretos legislativos;

VII — resoluções.

— *Emendas à Constituição* — As emendas à Constituição são equiparadas, pela sua importância hierárquica, às normas constitucionais. Essa preeminência tem razão de ser, considerando o que prescrevem o art. 60 e respectivos parágrafos. No § 1.º, por exemplo, reza que a Constituição não

(11) BRITTO, Luiz Navarro de. *O Veto Legislativo. Estudo Comparado*, ob. cit., pp. 43-44

poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. Esta proibição, de natureza circunstancial, submete o legislador aos preceitos constitucionais.

Por outro lado, segundo o § 4.º, a vedação assume caráter de rigor máximo, de natureza material, quando se declara que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, os direitos e garantias individuais.

É importante ressaltar que a proposta de emenda constitucional será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambas, três quintos dos votos dos respectivos membros.

As emendas constitucionais não são objeto de sanção, cabendo a sua decisão ao Congresso Nacional, que tem representação do povo e das Unidades Federadas, para modificar a estrutura estatal. Assim, depois de votado e aprovado o projeto, a promulgação se efetiva através das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Quanto à publicação, o texto constitucional não faz nenhuma referência, subentendendo-se que essa competência seja do Congresso Nacional.

— *Leis Complementares* — As leis complementares são de maior importância que as leis ordinárias. Aquelas só poderão ser aprovadas por maioria absoluta (art. 69), isto é, mais da metade dos congressistas presentes à sessão. Já as leis ordinárias são aprovadas por maioria simples: salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta (art. 47). Isto significa que numa Casa Legislativa, com 100 parlamentares, estando apenas 51 presentes, obtém-se o *quorum* de maioria absoluta. Para votação de uma lei ordinária, bastam 26 votos, o que representam mais da metade dos parlamentares participando da sessão.

A quem cabe a iniciativa de projeto de lei complementar e de lei ordinária? Ao Deputado, ao Senador, à Comissão da Câmara dos Deputados, à Comissão do Senado Federal, à Comissão do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, mediante iniciativa popular (art. 61).

Quanto à votação, como já foi explicado, esta ocorre por maioria simples, para lei ordinária (art. 47) e, por maioria absoluta, para lei complementar. A sanção é do Presidente da República, para ambos os casos.

— *Leis Delegadas* — Serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a Delegação ao Congresso Nacional. A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos do exercício. Se a resolução

determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda (art. 68, §§ 1.º e 3.º).

É preciso considerar que não há veto a projeto de lei delegada, pois seria um contra-senso o Presidente da República vetar assunto do seu particular interesse.

— *Medidas Provisórias* — As medidas provisórias estão arroladas no art. 62 da Constituição: em caso de relevância, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes (art. 62, parágrafo único).

A medida provisória se assemelha ao decreto-lei. Não é ato do Poder Legislativo, é medida unipessoal, do Poder Executivo, hoje de grande abrangência, podendo versar sobre assuntos os mais variados, num campo de atuação tão amplo quanto ao reservado à lei.

Os decretos-leis, como se sabe, só podiam tratar antes de assuntos específicos, como, por exemplo, segurança nacional, criação de cargos públicos, fixação de vencimentos, finanças públicas e normas tributárias. Embora os decretos-leis não pudessem ser adotados pelos Estados e Municípios, as medidas provisórias, ao contrário, são também atribuições destes, dependendo a sua inserção nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios, já em processo de elaboração.

Não existe sanção para estas, porque não se trata de projeto. O ato já nasce pronto, cuidando-se apenas da sua publicação, com dispensa de outras formalidades.

— *Decretos Legislativos* — Estão arrolados no processo legislativo (art. 59), sendo de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49). Pela leitura deste artigo, descobre-se, de pronto, que, nas expressões “resolver”, “autorizar”, “sustar”, “fiscalizar”, estão contidos aspectos desses decretos. A sua discussão se dá no âmbito do Congresso Nacional, e a sua aprovação depende de maioria simples (art. 47).

— *Resoluções* — As resoluções, para alguns autores, foram inseridas imprópriamente no processo legislativo. São também de competência do Senado para estabelecer alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação. Há também delegação ao Presidente da República em forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício (art. 68, § 2.º).

Os atos que dão origem às resoluções são geralmente definidos nos regimentos do Senado, do Congresso Nacional, da Câmara Federal e dos Legislativos Estaduais e Municipais.

Não há sanção em resoluções, porque são atos da competência do Poder Legislativo.

VII — *Problemática jurídica do veto*

Quem pesquisar a evolução jurisprudencial brasileira vai descobrir inúmeras decisões sobre a problemática jurídica do veto, sob os mais diferentes ângulos. A propósito, relacionamos os pareceres e os acórdãos mais importantes sobre o assunto, e de maior repercussão desses últimos anos, do Supremo Tribunal Federal e de alguns Tribunais de Justiça dos Estados, em representações e em mandados de segurança.

— *Lei Inconstitucional — Veto — Rejeição* — O STF considerou constitucional decreto do Governador do Estado de São Paulo, PAULO EGYDIO MARTINS, em 1979, determinando aos órgãos a ele subordinados que se abstivessem de dar execução a dispositivos vetados por falta de iniciativa do projeto e promulgados após rejeição do veto, enfatizando que o Poder Executivo pode deixar de cumprir leis inconstitucionais.

— *Incompetência do STF, para apreciação judicial do veto* — Em mandado de segurança impetrado por DAVID LOPES e outros contra “ato manifestamente ilegal da Mesa do Senado Federal”, o Procurador-Geral da República, CARLOS MEDEIROS SILVA, assim se manifestou, em parecer de 1958:

- Existe uma instância prevista no texto constitucional para a apreciação do veto presidencial, constituída pelas duas Casas do Congresso Nacional.

- O Supremo Tribunal Federal não tem competência para, antecipando-se à apreciação do Congresso Nacional, conhecer do veto presidencial, argüido de extemporâneo.

- Os impetrantes não têm legítimo interesse para ingressar em Juízo porque fundam o seu pedido em texto de projeto, cuja transformação em lei pretendem seja alcançada por decisão judicial.

— *Veto Parcial a Projeto de Lei Municipal* — Em mandado de segurança (Recurso “ex officio”), da Comarca de Pacaembu, São Paulo, em que foram recorridos o Presidente da Câmara Municipal e o Prefeito locais, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu, em acórdão, em 1972, que, “vetado, parcialmente, o projeto aprovado pela Câmara, cabe ao Prefeito, no prazo legal, remeter àquela as razões do veto, não obstante poder promulgar a parte não vetada. E, se repellido o veto, a parte vetada passa a integrar a lei anteriormente promulgada”.

— *Desveto — Possibilidade* — Vereadores cariocas ingressaram com mandado de segurança a fim de que fosse mantido o veto do Prefeito. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu, em acórdão, no ano de 1984, que, “se o veto é uma modalidade de colaboração legislativa pela qual o Poder Executivo evita as demasias do Poder Legislativo, o desveto não constitui ofensa a este; ao contrário, se quiserem, vai ao encontro daquelas demasias. É certo que diversos autores nacionais têm-se pronunciado contra essa teoria, mas alguns estudiosos têm desenvolvido ultimamente a teoria do desveto. Em nosso ordenamento jurídico inexistente qualquer preceito legal contra o desveto. Se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei (art. 153, § 3.º, da Constituição Federal), pode quem vetou desvetar. Quem desveta concorda com a vontade oposta inicialmente à sua; logo, submete-se à vontade de outrem sem causar-lhe qualquer lesão de direito. Denegação da Segurança”.

— *Mutilação de Lei Pelo Veto* — O STF, tendo como Relator o Ministro ALIOMAR BALEEIRO, decidiu, em acórdão, que, “se o veto mutilou a lei, tirando-lhe qualquer sentido ou nexos, de modo que não se leia nela quando entrará em vigor, aplica-se o art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Civil”.

— *Veto e Maioria Especial* — Em parecer sobre veto e maioria especial, ainda sob a vigência da Constituição de 1967, o Prof. RUY CIRNE LIMA assim se definiu:

1. A maioria especial, que a Constituição Federal estabelece para rejeição do veto presidencial (art. 62, § 3.º), não se impõe aos Estados, como princípio a ser incorporado às Constituições destes, não obstante a regra do art. 13, III, da mesma CF.

2. As normas, acerca de *quorum* e maioria, respeitam à organização do Poder Legislativo, e não ao processo legislativo. A prescrição fundamental, a tal respeito, é a do art. 33 da CF, inserta, essa, na Seção I do Capítulo do Poder Legislativo, e não na Seção V, referente ao Processo Legislativo.

3. Quanto à organização do Poder Legislativo dos Estados, à sua vez, o que a Constituição Federal, a esses, lhes reclama é a observância do princípio da independência e harmonia dos poderes (art. 10, VII, “d”) e do da “temporiedade dos mandatos . . . , limitada a duração destes à dos mandatos federais correspondentes” (art. 16, I, e parágrafo único, *a*, CF). Não lhes impõe, portanto, a Constituição Federal a observância das regras pertinentes à organização do Poder Legislativo da União, senão, restritamente, dentro desses lindes prefixos, sem abranger, e à evidência, as regras relativas à determinação de *quorum* e maioria do corpo legislativo.

4. A rejeição do veto, por maioria absoluta, não afetaria, sensivelmente, a predominância do Poder Executivo, na estrutura orgânica da

União. Na esfera estadual, o alcance e a significação da rejeição do veto, por maioria absoluta, são, ainda, menores. A rejeição do veto, por maioria absoluta, é, ao demais, tradição rio-grandense, desde a Constituição, de 29-6-35 (art. 39, § 3.º), mantida pela Emenda n.º 1 (art. 51) à Constituição, de 8-7-47. Nada há que impeça a inclusão dessa regra no contexto da adaptação constitucional de 1967.

VIII — *Considerações finais*

Pode parecer, à primeira vista, que o tema “O Veto nas Repúblicas Presidencialistas” se esgote logo, pela aparente limitação do título, tentando-se em vão descobrir elementos para estruturação de uma pequena monografia. A idéia é de algum modo enganosa, porque essa modalidade de colaboração legislativa do Poder Executivo é de grande atualidade: o seu universo se dilata logo nos contactos preliminares com uma bibliografia rica e diversificada, de autores nacionais e estrangeiros; com o manuseio de Constituições de diversos países, numa perspectiva que se amplia, quando se acompanha a evolução jurisprudencial brasileira. Esses argumentos dão margem às seguintes reflexões:

I — As origens do veto repousam em Roma, como conseqüência da luta entre patrícios e plebeus, marco de um dos períodos culminantes da civilização, segundo MÁRIO CASASANTA. Afirma-se depois no direito constitucional moderno, notadamente nos direitos inglês e norte-americano, e é acolhido no direito brasileiro, sob essa influência, através das Constituições do Império (1824), e das Republicanas, de 1891, com sua Emenda de 1926; da de 1934, 1937, 1946, 1967 e, depois, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969; e de acordo com a Constituição atual.

II — Embora figure em Constituições de repúblicas parlamentaristas, alguns autores consideram que a instituição não se harmoniza com esse tipo de regime, porque o presidente não governa, mas apenas preside. Pela sua natureza, é prática mais adequada ao presidencialismo, devido ao princípio de separação de Poderes, proporcionando maior participação legislativa do Executivo. Nas monarquias constitucionais, o veto também está presente, em decisões que se exaurem, em alguns casos, no âmbito do próprio Parlamento.

III — No Brasil, a Constituição Imperial, de 1824, já consagrava o veto total. A Constituição republicana manteve essa prerrogativa, evoluindo depois para a modalidade do veto parcial, com reforma de 1926. As demais Constituições mantiveram o veto total e parcial, até os dias presentes, com variações em torno de prazo e de textos de projetos.

IV — Acontece que o instituto não se aplica a todos os atos normativos de competência privativa do Legislativo, como decretos legislativos, resoluções ou, quando o Congresso exerce a sua soberania, por inteiro, a

exemplo de emendas à Constituição e a outras situações já mencionadas, em item anterior.

V — A problemática jurídica do veto foi também objeto de consideração, em farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de Tribunais de Justiça de vários Estados, e em pareceres de juristas consagrados. No regime democrático de Governo — ensina PAULO DE LACERDA, em seus *Princípios de Direito Constitucional Brasileiro* — o veto só tem efeito suspensivo; impede o prosseguimento das formalidades necessárias à conversão do projeto, no todo ou em parte, em lei da Nação, prolongando-se tal obstáculo até o ulterior julgamento e unicamente então podendo converter-se em impedimento definitivo. Em todo esse contexto, verifica-se que o veto é basicamente, na expressão feliz de JOSÉ AFONSO DA SILVA, um instrumento de controle da legislação, como também dos interesses, conteúdo do projeto. A Constituição prevê a sua utilização para impedir, ou tentar impedir, que se promulguem leis inconstitucionais.

BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de Política*. Trad. de João Ferreira et alii. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986.
- BRITTO, Luiz Navarro de. *O Veto Legislativo. Estudo Comparado*. Brasília, Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1966.
- CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro, Forense, 1987, vol. II.
- CASASANTA, Mário. *O Poder de Veto*. Belo Horizonte, Os Amigos do Livro, Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 1937
- FERREIRA, Luiz Pinto. Veto — I. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1982.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro. Formação Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro, Forense, 1960, v. II.
- JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- LACERDA, Paulo M. *Princípios de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro, Livraria Azevedo — Editora Erbas de Almeida & Cia., 1929.
- NOVELLI, Flávio Bauer. A relatividade do conceito de Constituição e a Constituição de 1967. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, abr./jun. 1967.
- RODRIGUES, Ernesto. *O Veto no Brasil*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- SARASATE, Paulo. *A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1967.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.
- TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro, Forense, 1980

Reflexões sobre a Constituição atual

JARBAS MARANHÃO

Ex-Secretário de Estado. Deputado Constituinte em 1946, ex-Senador, ex-Presidente do Tribunal de Contas de Pernambuco, ex-Professor de Direito Constitucional. Membro da Academia Pernambucana de Letras

I — *Inspiração ética do Estado*

O Estado se baseia em fatos concretos, dominantes, num universo de realidades objetivas, atento às condições sociais do povo e às suas peculiaridades psicológicas; mas igualmente num ideal, numa filosofia ou concepção de vida.

É uma superestrutura, com órgãos e funções, coordenando atividades para atingir determinados fins.

É a encarnação do poder. O poder como um meio de alcançar objetivos humanos e sociais.

É poder sempre em luta, para manter a autoridade, a unidade e a integração nacional.

Mas é indispensável a influência ética sobre as instituições políticas.

A fiscalização financeira através da representação popular e a prestação de contas de pessoas e órgãos que administram recursos públicos são exemplos da inspiração moral que deve presidir as funções do Estado.

A moral não é uma questão exclusiva dos indivíduos. É essencial também à vida política.

Suas preocupações transparecem nos ramos do direito público, favorecendo a idéia de um fundamento comum para o direito, a política e a moral.

No campo do direito privado também se verifica a influência ética.

GEORGES RIPERT a destacou em notável obra — *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis* — onde assinala o sentido de ordem moral que devem ter as obrigações jurídicas.

O saudoso jurista LEVI CARNEIRO — em uma de suas conferências sobre a Constituição de 1934 — informa que a primeira manifestação clara, a respeito, em Textos Supremos, está na Constituição de Weimar, de 1919, quando declara:

“Todo cidadão tem o dever moral de aplicar as suas energias espirituais e corporais de forma que redundem em benefício da coletividade.”

Também em uma das Constituições de Portugal é proclamado:

“É dever e direito do Estado a defesa da moral.”

Na atual Constituição do Brasil, como em outras anteriores, vários dispositivos demonstram o alcance humanístico ou ético dos textos, assim como outros revelam acentuada preocupação com o uso legítimo, correto e honesto dos dinheiros públicos.

Não descuro a Carta também dos sistemas de fiscalização e de controle interno e externo das finanças públicas.

Revigorou as bases das Comissões Parlamentares de Inquérito; definiu, claramente, a fiscalização por parte das assembléias políticas; e manteve, aperfeiçoando, os princípios de outras Constituições, referentes às atribuições, das Cortes de Contas.

II — *Competência do Tribunal de Contas*

Vale homenagear aos que, no passado, defenderam a criação do Tribunal de Contas, afirmando a necessidade de um órgão dotado de independência e isenção, para o controle dos bens públicos.

A experiência mostra que não somente para fiscalizar, mas, ainda, para corrigir e orientar existem as Cortes de Contas, na missão que também lhes cabe de atender, com a rapidez possível, às consultas dos que administram e detêm recursos públicos.

Não obstante a delicadeza de suas atribuições ou a extensão de sua competência de controle orçamentário, financeiro, contábil, operacional e patrimonial, não se recusam os Tribunais a cumprir, com elevação, uma tarefa pedagógica, sobretudo em relação aos Municípios.

A Constituição de 5 de outubro de 1988 manteve e ampliou as antigas e relevantes atribuições das Cortes de Contas para o resguardo do patrimônio público.

Destaque-se que os trabalhos de Auditoria Orçamentária, Financeira e Patrimonial não visam apenas a apurar a legalidade e legitimidade mas, também, como está no art. 70 do atual Texto Magno — a economicidade dos atos da administração, ou seja, os resultados da gestão em termos econômicos ou de crescimento.

O art. 71, item III, institui nova competência — a de apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta ou indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público.

Também outro item — o VIII — manda aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

Foi atendido antigo pleito dos Tribunais de Contas, no que se relaciona com a sustação, por ilegalidade, dos contratos; ato de sustação que deve ser adotado diretamente pelo Poder Legislativo, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.

Mas se, no prazo de noventa dias, nada for providenciado por qualquer um daqueles Poderes, o Tribunal decidirá a respeito, não mais ficando insubsistentes as suas impugnações.

Da mesma forma as suas decisões de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

A Lei Magna de 5 de outubro de 1988, de índole social-democrática, mostra-se atenta em relação ao fortalecimento de nossa Federação, favorecendo os Estados e Municípios, com maior soma de recursos financeiros.

A alteração do sistema de distribuição de rendas públicas traz, em conseqüência, modificações nos encargos dos entes políticos.

III — *Nova discriminação de rendas e Tribunais de Contas*

Em termos concretos cresceram as atividades dos Tribunais de Contas dos Estados-Membros, bem como, onde houver, dos Tribunais e Conselhos de Contas Municipais.

É que a nova Constituição, no Título VI — Da Tributação e do Orçamento —, modificou a partilha tributária, ampliando os recursos destinados aos Estados federados e aos Municípios, e tudo com o objetivo de fortalecer a Federação brasileira.

A discriminação de rendas pressupõe mais de um sujeito político — com capacidade jurídica para criar e beneficiar-se de determinados tributos — e bem assim uma distribuição proporcional dos encargos administrativos.

Ela diz respeito com a autonomia dos entes que compõem o Estado federal.

Neste Estado qualquer modificação no destino dos tributos reflete imediatamente na estrutura e na sorte do regime federativo.

Na fase colonial, a tributação variava de acordo com as necessidades da Coroa portuguesa e o poder central outorgava aos poderes municipais competência para usufruir de impostos, de maneira permanente ou temporária, conforme a origem deles.

Escreve um estudioso que a independência política e a outorga da Constituição Imperial, em 1824, não alteraram essa orientação difusa, com o propósito de aumentar a receita.

AMARO CAVALCANTI observa que, ao surgir, o Império achou-se na posse de numerosas contribuições que formavam a sua receita... e que tais contribuições tinham sido criadas e arrecadadas sem método, ordem, uniformidade ou sistema, nas diversas províncias, desde os tempos mais remotos da Colônia.

Outros especialistas lembram que uma lei de 24-10-1832 mandou discriminar, no Orçamento, a receita geral e a receita provincial; que o ato adicional de 12-8-1834 é o germe da discriminação de rendas, pois substituiu os antigos Conselhos por Assembléias Legislativas, “com a atribuição de fazer leis e decretar impostos para ocorrer às despesas provinciais e municipais”.

Mas a discriminação de rendas haveria de tornar-se nítida com a República e a Federação.

O Texto Supremo de 1891, no entanto, não estendeu aos Municípios a partilha dos tributos.

Os Estados deveriam organizá-los e — para garantir-lhes a autonomia — transferir-lhes impostos.

A Constituição de 1934 é que os contemplou com tributos privativos. Era a complementação da autonomia política declarada no Texto.

Na Carta de 1937 não houve mudança significativa a respeito.

A Constituição de 1946, que teve a honra de subscrever, preocupou-se em melhorar as finanças municipais. Foi, por isso, chamada de Constituição municipalista.

A Emenda Constitucional n.º 5, de 27 de novembro de 1961, da qual fui relator no Senado, alterou a distribuição das rendas, para ampliar, mais do que fizera a Carta de 1946, os recursos financeiros de nossas comunas, agora, mais uma vez, aumentados pela Lei Magna, de 5 de outubro de 1988.

Ao contrário do que escreveu OLIVEIRA VIANNA, apreciando outra fase de nossa história político-constitucional, estamos voltando da *Federação Centrípeta* de Webster para a *Federação Centrífuga* de Jefferson.

Já o parlamentar, sociólogo e grande publicista do Império, TAVARES BASTOS — que se distinguiu por uma profunda convicção das necessidades

nacionais e dos temas que debatia, por uma extraordinária capacidade de observação objetiva de nossas realidades e pelo rigorismo com que as estudava — investia, com veemência, contra a centralização e o unitarismo político.

Reclamava a liberdade através da descentralização.

“Em monarquia centralizada pouco importa que se haja feito solene declaração dos direitos do povo.

Aí, sejam embora sonoras e estrondosas as palavras da Lei, o delegado do povo é que é o soberano.”

Citava LAMENNAIS — não menos arriscada do que monstruosa é essa “apoplexia do centro e paralisia nas extremidades”.

E continuava sua vibrante argumentação:

“A centralização é essa fonte perene de corrupção, que envenena as mais elevadas regiões do Estado. . . Absorvendo toda a atividade nacional, assume o poder uma responsabilidade esmagadora; corrompendo a Nação, corrompe-se a si mesmo. . . Não; nós não exageramos nem a deplorável situação moral criada pela centralização, nem a perversidade de suas tendências políticas. Em uma palavra, ela começa corrompendo e acaba anarquizando.”

E por aí segue, com o vigor e o fogo de suas palavras, o tremendo libelo contra a centralização pelo autor de *A Província* e *Cartas do Solitário*.

Mas também é verdade que a autonomia acompanhada de despreparo intelectual e técnico e falta de conscientização cívica e formação moral, põe em sério risco as finanças públicas.

A vigilância dos Tribunais de Contas, portanto, é sempre necessária, indispensável.

Maiores recursos equivalem a maiores e novos encargos para os Estados e Municípios.

Maiores serão as atividades e responsabilidades dos órgãos de controle orçamentário e financeiro.

Maiores também os serviços a serem prestados pelas Cortes de Contas.

A desapropriação para fins de reforma agrária perante a nova Constituição Federal

FÁBIO DE OLIVEIRA LUCHÉSI

Advogado — Especialista em Direito Agrário

1. O direito de propriedade e sua proteção. O instituto da desapropriação. A predominância do interesse público e do interesse social.

2. A desapropriação para fins de reforma agrária. O Estatuto da Terra. O disciplinamento desses aspectos no ordenamento jurídico anterior.

3. Os aspectos inovadores da Carta atual: manifesta derrogação do princípio do “distributivismo da terra”. A justa indenização expropriatória e os TDA com cláusula ouro. A isenção e a imunidade constitucionalmente disciplinadas. A expressa insuscetibilidade de desapropriação de propriedade rurais, pequenas e médias, bem como da propriedade produtiva. O tratamento especial à produtividade.

4. Submissão dos imóveis descumpridores de sua função social à política da reforma agrária, nos termos do art. 184 da CF. Alijamento do “latifúndio” como causa jurígena à específica expropriação.

5. Responsabilidade maior do Judiciário de impor respeito à Constituição, doravante, em face das substanciais modificações introduzidas pela nova Carta em relação ao tema.

Parte I

O DIREITO DE PROPRIEDADE E O INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO

É comezinho que o direito de propriedade e a sua garantia é a regra, conforme prevêem os textos constitucionais em sua maioria, entre os quais o da Constituição Federal brasileira, na disposição do artigo 5.º, item

XXII. É ele o direito que subordina a coisa móvel ou imóvel, corpórea ou incorpórea ao poder discricionário de uma pessoa. É direito inerente à pessoa humana porque está intimamente ligado ao conceito econômico da vida do homem em sociedade. É de importância ímpar porque, para o seu titular, esse direito representa os meios para a manutenção da própria vida, sendo, por isso mesmo, classificado como direito natural e fundamental, colocado em todas as Constituições junto àqueles direitos e garantias que têm relação com a própria personalidade humana.

Por isso a lei assegura ao proprietário, em sua plenitude, "o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua" (Cód. Civil, art. 524).

Sem dúvida, pois, o direito de propriedade é norma de eficácia plena que regula, diretamente, o comportamento do próprio Estado frente ao patrimônio de qualquer pessoa. Basta que haja uma partícula de propriedade para que o preceito de sua garantia constitucional atue.

O instituto da desapropriação, direito que concede ao Estado a *faculdade* de retirar compulsoriamente a propriedade particular — em oposição ao mesmo direito-obrigação que lhe cabe de garanti-la e mantê-la —, constitui sem dúvida uma exceção que só pode ser admitida quando surge conflito de interesses, caracterizado pelo impasse entre o interesse público e o interesse privado, de tal ordem que, para o funcionamento do próprio Estado se tenha que admitir a violência ao direito privado.

Porém, esse conflito de direitos e interesses tem solução equacionada, de modo rigoroso, dentro dos pressupostos contidos na Lei Maior, que admite o instituto, pressupostos esses que não podem ser postergados nas leis ordinárias que lhe regulam a execução e o procedimento.

Ao Poder Judiciário cabe, como moderador maior, fiscalizar o uso do direito de exceção, de modo a regular que o poder de expropriar seja exercido e fique condicionado rigorosa e estritamente dentro dos princípios legais que o regulam, porque, como disse o saudoso Ministro COSTA MANSO, "se ao Juiz cumpre julgar o direito, é claro que deverá conhecer necessariamente da legalidade do ato administrativo", de modo a não permitir, seja a prática de ato em desconformidade com o disciplinamento legal, seja o obscurecimento ou diminuição, por qualquer forma ou modo, do patrimônio particular atingido pelo ato estatal, porque, evidentemente, a tutela de toda gama de direitos dos cidadãos é o fim primordial que justifica a própria existência do Estado.

São, pois, princípios opostos: de um lado, a regra determinante da garantia do direito de propriedade, cujo respeito cabe ao próprio Estado manter e a ele, em primeiro lugar, impor que seja respeitado; e, de outro lado, o direito excepcional de violação da regra pelo próprio guardião dela.

Por isso o direito de exceção — *desapropriação* — só é admitido:

a) — pela existência de interesse público ou social evidente;

b) — sendo declarado, processado e executado com obediência absoluta aos princípios rigorosos estabelecidos na Constituição Federal e demais leis reguladoras da espécie.

E isto também porque, como disse BLUNTSCHLI (*Théorie de l'Etat*), o Estado, mesmo em seu conjunto, não é todo poderoso: os direitos dos outros Estados o restringem no exterior e os direitos de seus membros e indivíduos o restringem no interior.

O direito constitucional brasileiro, até o advento da Constituição Federal de 1946, admitiu a modalidade clássica de desapropriação, isto é, fundada no *interesse público*.

A Constituição Imperial do Brasil, de 1824, nossa primeira Carta Magna, no seu artigo 179, inciso XVII, trazia, ao lado da garantia do direito de propriedade, a ressalva para a hipótese de desapropriação:

“É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir a propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela.

A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização.”

Repetindo, por essa forma, praticamente tal e qual, a disposição do item XVII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consagrada pela Revolução de fins do século XVIII e que foi adotada pela Constituição francesa de 14 de setembro de 1791, em seu artigo 17:

“La propriété est inviolable et sacrée. Nul ne peut être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.”

A Constituição Republicana de 1891, relativamente ao direito de propriedade e ao instituto da desapropriação, manteve os mesmos princípios adotados na Constituição Imperial, aludindo, porém, a uma dupla motivação:

“O direito de propriedade se mantém em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.”

RUI BARBOSA, artífice de nossa Constituição Republicana de 1891, analisando as disposições relativas ao instituto da desapropriação das até então duas Constituições nacionais, acentuou as suas características:

“A duas condições impreteríveis subordina, pois, o nosso direito constitucional, em ambos os regimes, a desapropriação,

para que se revista de legitimidade: a de que haja necessidade ou utilidade pública na desapropriação e a de que seja antecipadamente indenizada. São dois requisitos constitucionais. A lei ordinária, portanto, está obrigada a lhe obedecer, se o não fez sob o antigo regímen, como reconhecia o Conselheiro Ferreira Vianna, no seu célebre parecer, de 20 de julho de 1907, sobre o “projeto de desapropriação” desse ano, dizendo que “o Decreto n.º 353, de 12 de julho de 1845, deu princípio à cavalação da garantia constitucional”, e o Decreto n.º 1.064, de 1855, tornou a violá-la, essa rebeldia do legislador ordinário contra a lei fundamental não tinha corretivo; porquanto o sistema então vigente não autorizava os tribunais a descumprirem as leis incursas em inconstitucionalidade. Essa autoridade, porém, e esse dever tem-nos a Justiça atualmente, por textos explícitos da Constituição Republicana. De sorte que, se na legislação ou no governo da União ou dos Estados, por atos das legislaturas, ou do Poder Executivo, se quebra a garantia constitucional, quer quanto à procedência da indenização à expropriação, quer quanto à subordinação real desta necessidade ou utilidade pública, o remédio existe à mão dos prejudicados, no apelo aos Tribunais. E se as leis com os regulamentos federais ou estaduais, se conspirarem a burlar esta salvaguarda, reduzindo o processo judiciário a formas, que amordacem ou peiem a defesa dos proprietários lesados contra as inconstitucionalidades, como ocorre no Estado a que se refere a consulta, nada poderá desinvestir as justiças da União da sua autoridade reparadora de tais atentados.” (In *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, vol. 5.º, p. 415.)

Com o advento da Carta Constitucional outorgada em 1934, manteve-se o princípio da garantia constitucional do direito de propriedade, sendo ressalvado somente que este “não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”, ficando ainda expresso, na mesma disposição do § 17 ao art. 113 dessa Carta, que:

“A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á, nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização.”

O texto do art. 122, § 14, da Carta Constitucional outorgada em 1937, embora mais restrito, porém guardando o mesmo sentido, garantiu o direito de propriedade, “salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”; estabelecendo mais, porém, que “o seu conteúdo e os seus limites serão definidos nas leis que lhe regularem o exercício”.

O Decreto-Lei n.º 1.283, de 18 de maio de 1939, suprimiu ao Poder Judiciário, expressamente, a competência para averiguar e decidir se se verificavam ou não, nos processos de desapropriação, os casos de necessidade ou utilidade pública, ditando mais ser apenas “exemplificativa” a

enumeração dos casos de desapropriação feita na lei (art. 2.º), disposição essa que foi derogada na legislação posterior.

Em 21 de junho de 1941 veio a lume o Decreto-Lei n.º 3.365 que, suprimindo aquela dicotomia — necessidade e utilidade pública — regulou a desapropriação e o processo judicial respectivo, dispondo, no art. 20, que:

“A contestação só poderá versar sobre vícios do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.”

Assim, todas e quaisquer questões relativas à desapropriação, exceto a questão da “conveniência e oportunidade”, que se insere dentro do poder discricionário da administração pública, volveram a poder ser discutidas perante o Poder Judiciário. Essa discussão passou a poder se dar nos próprios autos da ação de desapropriação quando versante sobre pressupostos da ação ou vícios processuais, ou em ação especial, designada pela lei como “ação direta”, quando versante a respeito da *eficácia* ou da *legalidade* do ato administrativo suporte.

A Constituição Federal de 1946 trouxe inovação de vulto a respeito das desapropriações, criando nova modalidade, isto é, por “interesse social”, conforme se vê da disposição constante do § 16 do art. 141:

“É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.”

Essa nova figura de desapropriação — por interesse social — foi lançada como nova ressalva ao direito de propriedade em razão do que dispunha a mesma Constituição relativamente à *Ordem Econômica e Social* (artigos 145 a 162), conforme ressalta da expressa remissão constante do artigo 147:

“O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do artigo 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”

Tal conceito — interesse social — vem suscitando controvérsia que remonta à velha distinção de BENTHAM, entre utilidade social e utilidade individual. Porém, no texto acima reproduzido, foi empregado no sentido que SEABRA FAGUNDES, exatamente um dos autores do texto da Lei n.º 4.132/62, mais tarde tão bem definiu:

“Haverá motivo de interesse social quando a desapropriação se destina 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 das riquezas; enfim, pela atenuação das desigualdades sociais. Com base nele terão lugar as

desapropriações que se façam para atender a plano de habitações populares ou de distribuição de terras, à monopolização estatal de indústrias ou nacionalização de empresas, quando relacionadas com a política econômico-trabalhista do Governo.” (“A desapropriação no Direito Constitucional Brasileiro” in *Rev. de Dir. Adm.*, vol. XIV, pp. 1 e ss.)

isto é, com o caráter distributivista da propriedade a pretexto de realizar a justiça social.

No exame do instituto da desapropriação no direito brasileiro é preciso ter-se sempre em conta, conforme salientou o saudoso PONTES DE MIRANDA, com a autoridade que lhe era peculiar, que o direito constitucional somente cuida, quanto à questão em foco — *desapropriação* — do seu aspecto *institucional*, relegando para as leis ordinárias as definições, limites e formas de atuação do instituto. As leis de desapropriação, anota o festejado Mestre, têm caráter *material* e *formal*. (Cfr. in *Comentários à Constituição Federal de 1946*, vol. III, pp. 263 e ss.).

Inobstante instituída a “desapropriação por interesse social” pelas disposições constitucionais retro-referidas, somente com o advento da Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962, pôde ela ser aplicada. Isto porque há diferença fundamental entre a natureza da norma que garante o direito de propriedade, que é auto-aplicável, e a natureza da norma que cria o instituto da desapropriação, cuja aplicação, como é tradicional em nosso direito, depende, para atuação, das leis ordinárias que lhes dão contornos certos e formas de aplicação.

Essa lei de desapropriações por interesse social (Lei n.º 4.132), entretanto, relativamente aos imóveis rurais, teve aplicação diminuta, pois, com a instalação do “regime revolucionário de 31 de março de 1964”, decidiu o governo que assumiu a direção do País implantar a “reforma agrária”, a que aderira o Brasil como signatário da *Carta de Punta Del Este*, em razão do que, promulgou a Emenda Constitucional n.º 10, de 9 de novembro de 1964, alterando diversas disposições da Constituição Federal de 1946, então vigente, entre as quais, em especial, aquelas referidas: § 16 ao artigo 141 e artigo 147.

Parte II

A DESAPROPRIAÇÃO PARA REFORMA AGRÁRIA SEGUNDO O ESTATUTO DA TERRA

Os parâmetros básicos desse instituto do direito brasileiro — reforma agrária — dos quais não podiam desbordar tanto a legislação ordinária quanto os atos decorrentes de sua aplicação, foram lançados, primeiramente, na disposição do artigo 147 da Constituição Federal de 1946, com a

redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n.º 10, de 9 de novembro de 1964, in verbis:

“O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do artigo 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

§ 1.º — Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinqüenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas.

§ 2.º — A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões, bem como sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate.

§ 3.º — A desapropriação de que trata o § 1.º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei.

§ 4.º — A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis que serão sempre pagas em dinheiro.

§ 5.º — Os planos que envolvem desapropriação para fins de reforma agrária serão aprovados por decreto do Poder Executivo, e sua execução será da competência de órgãos colegiados, constituídos por brasileiros de notável saber e idoneidade, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal.

§ 6.º — Nos casos de desapropriação, na forma do § 1.º do presente artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada.”

A lei, a que se referiu o texto constitucional reproduzido, veio a lume através do Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964), que regulou os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais para fins de execução da reforma agrária e de uma política agrícola em todo

o território nacional e que incluiu, como não podia deixar de ser, entre os meios de acesso do poder público às terras destinadas à reforma agrária, a desapropriação por interesse social (art. 17, "a"), estabelecendo *numerus clausus* quanto à finalidade da expropriação, conforme se vê da disposição constante do seu art. 18:

"A desapropriação por interesse social tem por fim:

- a) condicionar o uso da terra à sua função social;
- b) promover a justa e adequada distribuição da propriedade;
- c) obrigar a exploração racional da terra;
- d) permitir a recuperação social e econômica de regiões;
- e) estimular pesquisas pioneiras, experimentação e assistência técnica;
- f) efetuar obras de renovação, melhoria e valorização de recursos naturais;
- g) incrementar a eletrificação e a industrialização no meio rural;
- h) facultar a criação de áreas de proteção à fauna, à flora ou a outros recursos naturais, a fim de preservá-los de atividades predatórias."

Porém, embora estabelecidas essas finalidades taxativamente enumeradas, a possibilidade de desapropriação dos bens imóveis rurais para fins de reforma agrária, com vista a elas, não foi deferida ao poder público como uma *carta branca*, pois, a disposição do § 3.º ao artigo 19 do Estatuto da Terra estabeleceu expressus imunidades à desapropriação, malgrado a errônea terminologia de "isenção", *verbis*:

"Salvo por motivo de necessidade ou utilidade pública, estão isentos da desapropriação:

- a) os imóveis rurais que, em cada zona, não excederem de três vezes o módulo de produto de propriedade, fixado nos termos do art. 4.º, inciso III;
- b) os imóveis que satisfizerem os requisitos pertinentes à empresa rural, enunciados no art. 4.º, inciso IV;
- c) os imóveis que, embora não classificados como empresas rurais, situados fora da área prioritária de reforma agrária, tiverem aprovados pelo Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, em execução, projetos que, em prazo determinado, os elevem àquela categoria."

enquanto o art. 20, também taxativamente, enumerou os imóveis expropriáveis por interesse social para fins de reforma agrária:

“As desapropriações a serem realizadas pelo Poder Público, nas áreas prioritárias, recairão sobre:

I — os minifúndios e latifúndios;

II — as áreas já beneficiadas ou a serem beneficiadas por obras públicas de vulto;

III — as áreas cujos proprietários desenvolverem atividades predatórias, recusando-se a pôr em prática normas de conservação dos recursos naturais;

IV — as áreas destinadas a empreendimentos de colonização, quando estes não tiverem logrado atingir seus objetivos;

V — as áreas que apresentem elevada incidência de arrendatários, parceiros e posseiros;

VI — as terras cujo uso atual, estudos levados a efeito pelo Instituto Brasileiro de Reforma Agrária comprovem não ser o adequado à sua vocação de uso econômico.”

Vê-se, pela simples leitura dessas duas disposições colacionadas, que o legislador do *Estatuto da Terra* foi prudente e sábio, pois não se limitou a indicar os imóveis rurais que estariam imunes à possibilidade de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, mas, além de expressamente indicar as imunidades, fez questão de indicar taxativamente os imóveis expropriáveis, de tal sorte que não pudesse, na aplicação da lei, haver desvios por parte do poder público e muito menos incerteza do Poder Judiciário na sua ação moderadora e fiscalizadora.

Para confirmar a correção dessa afirmativa — de que não só os imóveis referidos na disposição do art. 19, § 3.º, eram inexpropriáveis —, basta atentar para o fato de que os casos taxativamente enumerados no art. 20 estão todos sujeitos a condições:

a) — inciso I —

que o imóvel se constitua em “minifúndio” ou “latifúndio”;

b) — inciso II —

que o imóvel esteja em área já beneficiada ou que deva sê-lo por obras públicas de vulto;

c) — inciso III —

que o proprietário do imóvel desenvolva atividades predatórias e se recuse a por em prática normas de conservação dos recursos naturais;

d) — inciso IV —

que, sendo o imóvel destinado à colonização, não tenha atingido os seus objetivos;

e) — inciso V

que o imóvel apresente elevada incidência de arrendatários, parceiros e posseiros; e,

f) — inciso VI —

que o imóvel esteja sendo explorado, comprovadamente, de forma não adequada com a sua vocação de uso econômico.

Vale dizer: o legislador do Estatuto da Terra, atendendo ao mandamento imperativo lançado na disposição do § 3.º ao artigo 147 da Constituição Federal de 1946, com a redação que lhe foi dada pela referida Emenda Constitucional n.º 10, de 1964, traçou caminho estreito a respeito da questão, indicando especificadamente os imóveis rurais expropriáveis para fins de reforma agrária e genericamente as imunidades à desapropriação, de tal sorte a não dar margem, sequer, a qualquer outra interpretação do texto legal, ou a desvirtuamentos na aplicação da lei, atento sempre à preservação do princípio maior, de respeito ao direito de propriedade, e também ao fato de que a implantação da reforma agrária, como intervenção na esfera patrimonial do cidadão e da coletividade em geral, é uma questão delicada que pode perturbar a paz e a tranquilidade social.

Ainda atento ao mandamento imperativo constante do citado § 3.º ao art. 147 da Constituição Federal de 1946, o legislador do Estatuto da Terra definiu claramente o que fossem latifúndios e empresas rurais.

Na Carta Constitucional de 24 de janeiro de 1967, foram mantidas, de modo geral, as redações das disposições relativas à Ordem Econômica e Social, ficando as disposições constantes dos arts. 145 e 147 da Constituição derogada unificadas na disposição do art. 157 dessa nova Carta.

A Carta Constitucional outorgada em 1969, resultado da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, quanto à matéria em foco, embora em novas disposições isoladas, manteve o mesmo disciplinamento, agora nos arts. 160 a 163, estabelecendo somente, através do § 4.º ao seu art. 161, que:

“O Presidente da República poderá delegar as atribuições para a desapropriação de imóvel rural por interesse social, sendo-lhe privativa a declaração de zonas prioritárias.”

A boa intenção dos legisladores das referidas Constituições Federais e do Estatuto da Terra, no sentido de efetivamente realizar a pretendida reforma agrária, porém preservando o sistema produtivo existente, a paz social e o respeito ao direito de propriedade, contudo, não encontrou ressonância por parte do Poder Executivo e, em especial, do Poder Judiciário,

visto que este chegou ao absurdo de admitir como válido, em sua maior parte, o inconstitucional Decreto-Lei n.º 554, de 25 de abril de 1969 — que regulou o procedimento da Ação de Desapropriação para fins de reforma agrária — ao mesmo tempo em que permitiu ao Executivo Federal a prática de heresias jurídicas, como, v.g., a desapropriação de imóveis rurais, tidos como inexpropriáveis pela Constituição Federal. O Poder Judiciário, até mesmo pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, afrontando os textos constitucionais, admitiu a desapropriação de *empresas rurais*, mediante o pagamento da indenização em dinheiro e mais perdas e danos, como se fosse juridicamente admissível a possibilidade de afronta a disposições constitucionais ou o estabelecimento de *compensações*, como se possível fosse atenuar ou minorar a consumada afronta a esse relevante direito.

Outro erro grave do Poder Judiciário, de que resultou uma jurisprudência distorcida e novas afrontas ao direito de propriedade, se deu no tocante ao valor probante atribuído aos chamados *cadastros rurais* e às classificações dadas pelo executor da reforma agrária, aos imóveis rurais, através desses mesmos cadastros.

Erro do Judiciário, inobstante o acerto do legislador. É que, na disposição do § 3.º, alínea *b*, ao art. 19, do *Estatuto da Terra* (repetida na disposição do art. 2.º do indigitado Decreto-Lei n.º 554/69), ficaram isentos da possibilidade de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária os imóveis que satisfizessem os requisitos para serem classificados como empresas rurais, e não, como enganadamente entendido e aplicado, os imóveis que nos *cadastros* do executor da reforma agrária figurassem com tal classificação. Eis o texto em causa:

“Salvo por motivo de necessidade ou utilidade pública, estão isentos de desapropriação:

a)

b) os imóveis que *satisfizerem* os requisitos pertinentes à empresa rural, enunciados no art. 4.º, inciso IV;

c)

Fácil verificar, pela simples leitura da disposição colacionada, que o legislador partiu da premissa inarredável de que nenhuma desapropriação seria decretada pelo Juiz sem a prévia verificação de o imóvel expropriando preencher, ou não, os requisitos para ser classificado como empresa rural, de modo que, qualquer interpretação em sentido contrário conduziria a postura injurídica, por razão tão singela e óbvia a dispensar qualquer demonstração.

Para se aquilatar a importância dessa *prévia* verificação se o imóvel declarado de interesse social para desapropriação para fins de reforma agrária satisfaz, ou não, os requisitos para ser classificado como empresa rural e, de consequência, se é *immune* à desapropriação sob esta modalidade,

basta atentar para o fato de que a situação cadastral de qualquer imóvel rural é decorrente da declaração *unilateral* feita pelo respectivo proprietário.

Sem dúvida, pois, que o legislador do Estatuto da Terra, foi prudente e sábio, porque não se esqueceu dessa importante particularidade de que a classificação cadastral é decorrente de declaração *unilateral* feita pelo proprietário, em razão do que os dados declarados podem ser falsos ou incorretos, ou podem mesmo sofrer modificações com o decurso do tempo, competindo assim, tanto ao executor da reforma agrária, quanto ao Juiz que conhecer do pedido de desapropriação, antes de intentá-la ou deferi-la, verificar — previamente — a eventual ocorrência de imunidade à desapropriação.

Esse fato, fundamentalmente, deu margem — e ainda tem dado — a grandes injustiças na questão da reforma agrária e na aplicação da legislação que a regula, pois, imóveis rurais expropriáveis, porém indevidamente classificados como *empresas rurais*, em virtude de má-fé nas declarações feitas pelos respectivos proprietários, foram colocados pelo executor da reforma agrária e pelo próprio Poder Judiciário — *também indevidamente* — fora do alcance da desapropriação, ao passo que, outros, indevidamente classificados como *latifúndios*, ficaram ilegalmente sujeitos à desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, ressaltando-se, porém, que de regra tal se deu por decorrência da incapacidade do respectivo proprietário em fazer corretamente a declaração cadastral.

Não vem a pêlo, neste breve esboço do instituto, trazer à baila as modificações decorrentes do advento do Decreto-Lei n.º 2.363, de 21 de outubro de 1987, eis que tiveram vida efêmera em consequência do advento da Constituição Federal de 1988, além do que, o mesmo decreto-lei, ao depois, foi rejeitado pelo Congresso Nacional em sessão que se realizou no dia 28 de março último.

Podemos, pois, em resumo, dar as características principais da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária (mesmo que não observadas totalmente pelos Poderes Executivo e Judiciário), tal como regulada até o advento da Constituição Federal de 1988 e que são:

- 1.ª) distributivismo da terra, a pretexto de realizar justiça social;
- 2.ª) *numerus clausus* de imóveis expropriáveis;
- 3.ª) genéricas imunidades de desapropriação;
- 4.ª) justa e prévia indenização;
- 5.ª) pagamento da indenização da terra nua em dinheiro, admitido como exceção o pagamento em títulos da dívida pública para o imóvel rural considerado latifúndio *como tal definido em lei*;

6.ª) pagamento da indenização correspondente ao valor das benfeitorias sempre em dinheiro.

Essas características restaram olvidadas pelo Poder Judiciário em razão do Decreto-Lei n.º 554, de 1969, eis que o mesmo criou um *processo* que transformou em letra morta todas as disposições constitucionais e do próprio Estatuto da Terra que regulavam a matéria, em razão do que:

a) a indenização deixou de ser justa (arts. 3.º e 11);

b) a indenização deixou de ser prévia (art. 7.º);

c) a indenização da terra nua passou a ser sempre em títulos da dívida agrária, independentemente de constituírem, ou não, os imóveis expropriados, latifúndios (parágrafo único ao art. 4.º);

d) as imunidades à desapropriação transformaram-se em letra morta (arts. 14 e 15).

De tudo resultou, a nosso ver, uma fratura na história do Poder Judiciário brasileiro, que cedeu ao totalitarismo do Executivo e à burocracia, ignorância e má-fé dos executores da reforma agrária, em detrimento das fundamentais salvaguardas asseguradas pelos textos constitucionais, possibilitando que a questão — *reforma agrária* — se transformasse em celeuma e rosário de injustiças, ao invés de benefício para a coletividade e para a Nação, conforme a intenção do legislador original.

Fica sempre, porém, a esperança de que os ventos liberais que bafejam a Nação tragam de volta ao Poder Judiciário a costumeira sabedoria e isenção, até porque, parafraseando o eminente Ministro WASHINGTON BOLIVAR, poderemos sempre dizer que:

“um Juiz não deve ter pejo de confessar que errou, em qualquer circunstância, especialmente quando ainda há tempo de corrigir-se. E corrigir, pois quem reconhece seu erro demonstra que é mais sábio hoje, quando o corrige, do que ontem, quando o praticou. (...)” (Emb. Decl. em Emb. Decl. n.º 102.753-PA; íntegra do acórdão na *Rev. do TFR*, vol. 119/318-323.)

Parte III

A DESAPROPRIAÇÃO PARA REFORMA AGRÁRIA SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 5 DE OUTUBRO DE 1988

A vigente Constituição Federal, pode dizer-se — sem margem de equívoco — foi revolucionária em relação ao instituto jurídico da reforma agrária, pois procurou corrigir os erros do passado e todas as distorções resultantes da má aplicação e interpretação das regras anteriores, prevenindo o futuro, posto que estabeleceu com clareza e sem margem para tergiversações, em três singelos artigos do seu Capítulo III, todos os parâmetros das desapropriações a serem feitas com vista à sua implantação.

Assim, no artigo 184 e seu § 1.º, dispôs que:

“Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1.º — As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.”

Vê-se, de logo, que das duas mais importantes características do instituto, a *primeira* (compete exclusivamente à União promover a reforma agrária) foi integralmente preservada; a *segunda* e fundamental característica (respeitante à causa da intervenção) foi derogada, pois o conceito anterior — distributivismo da terra como meio de alcançar a justiça social — cedeu lugar a um novo parâmetro, tal seja, a função social da propriedade rural, parâmetro esse que passou a ser, mercedamente, a justificativa da possibilidade real de tão grave intervenção, pela União Federal, na esfera patrimonial do cidadão, eis que, por essa forma, a um só tempo e com igual ênfase, embora sob a rubrica *interesse social*, se atende também ao interesse público.

Assim, o conceito *interesse social*, no atinente à questão da reforma agrária, foi restabelecido nos termos em que internacionalmente aceito, ou como diz UGO COLI, no sentido de significar a maior quantidade de bem-estar para o maior número possível de pessoas:

“... l'utilità sociale corresponde alla maggiore quantità di benessere per il maggiore numero de uomini possibili” (in *Com. Sistematico alla Cost. Italiana*, vol. I, p. 363);

ou, no mesmo sentido em que leciona EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA, quando diz que o interesse social

“... es qualquer forma de interés prevalente al individual del propietario segun el principio general de subordinación de toda propiedad al bien comum” (in *Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*, p. 61).

Sem dúvida, pois, que por essa forma restou derogado o princípio — distributivismo da terra — anteriormente adotado como razão determinante para a realização da reforma agrária.

Mas os legisladores constitucionais tiveram também a visão larga de corrigir outras distorções do passado, pois, conforme se vê claramente das disposições comentadas, todas as desapropriações para fins de reforma agrária, excetuadas as verbas correspondentes às benfeitorias úteis e necessárias, serão doravante indenizadas exclusivamente em títulos da dívida agrária, ficando restaurado, por essa forma, o princípio de isonomia que deve necessariamente presidir as relações do Estado com todo e qualquer

indivíduo e que, no regime anterior, conforme já salientado, estava prejudicado em razão de tal gravame ter sido imposto exclusivamente em relação aos latifúndios.

No sistema anterior, outrossim, os títulos da dívida pública, dados para pagamento das desapropriações, continham cláusula de exata correção monetária, a pretexto de se garantir ao expropriado, ante o longo prazo de resgate, perfeita correspondência entre o valor do bem e a indenização, ou seja a justa indenização. Verificada a inoperância da cláusula — seja em decorrência da dificuldade de circulação dos chamados “Títulos da Dívida Agrária”, restringida pelo próprio governo, seja em razão do prejuízo resultante do arbítrio do Poder Público na fixação dos índices de correção monetária —, a solução foi o estabelecimento de regra equivalente à “cláusula ouro”, ao ditar, o texto da vigente Constituição Federal, que os títulos da dívida agrária têm *cláusula de preservação do valor real*.

Imperioso reconhecer que essa modificação foi estabelecida *em resposta* à atuação do Poder Judiciário que, como de praxe, antecipando-se ao legislador e com vista a assegurar ao expropriado a justa indenização prometida no texto constitucional então em vigor, passou a condenar o expropriante à entrega dos Títulos da Dívida Agrária pelo seu *valor de mercado*, isto é, com a dedução do chamado *deságio* sofrido na sua circulação.

A cláusula de preservação do valor real é, em economia, a cláusula de preservação do poder de compra, que atada ao padrão da moeda, reconhecido internacionalmente como sendo o ouro o metal representativo, cabendo, assim, à legislação ordinária que for editada em atenção ao comando constante da parte final dessa disposição do *caput* do referido artigo 184, respeitando tal característica dos Títulos da Dívida Agrária (cláusula ouro), tão-só definir a sua utilização.

As disposições constantes dos §§ 2.º e 3.º do citado art. 184, que, ao nosso ver, devem ser interpretadas em conjunto, também implicam em inovações de vulto, na medida em que determinaram:

§ 2.º — *O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.*

§ 3.º — *Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.*

Vê-se claramente que os legisladores, novamente a um só tempo, derogaram o arbitrário Decreto-Lei n.º 554, de 1969, e determinaram a elaboração de nova lei, com o caráter de complementar ao texto constitucional em que fique assegurado:

a) impedir que seja obstada, por qualquer forma ou modo, a possibilidade de ajuizamento da ação de desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária;

b) sepultar de uma vez por todas a heresia jurídica de não se admitir, na ação de desapropriação, a discussão a respeito de todos os temas que a ela sejam pertinentes, com o devido contraditório, inclusive e especialmente em relação à questão da imunidade à expropriação, obstaculizando assim a possibilidade da criação de impedimentos ou dificuldades à defesa do expropriado e mais, em especial, fulminando, de uma vez por todas, o entendimento errôneo, lamentavelmente consagrado, no sentido de que a ação de desapropriação deve ser sempre julgada procedente, restabelecendo por essa forma a *autonomia e independência* do Poder Judiciário, há tanto tempo mantida violada;

c) transformar a ação de desapropriação, inobstante o contraditório admitido, em procedimento de solução célere.

O § 4.º ao art. 184, de que agora passaremos a nos ocupar, tem como razão determinante uma questão que se pode classificar, ao mesmo tempo, de *legal e moral*, ao encerrar um comando de profundo interesse para a Nação, na medida em que, em atenção ao chamado *Estado de Direito* que a Carta Magna restaura para o País, pretende, de um lado, estabelecer, a nível constitucional, uma exigência relativa ao critério de legalidade dos atos expropriatórios, antes existentes de maneira difusa apenas no regramento dos atos administrativos em geral, onde sempre permaneceu como letra morta, e, por outro lado, impedir que a administração pública promova desapropriações sem respaldo orçamentário, agravando o erário com saques a descoberto, como até agora tem acontecido, para o que determinou:

“O Orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.”

Quanto ao primeiro aspecto apontado — critério de legalidade do ato declaratório do interesse social na desapropriação —, não há como afastar a pecha de ilegalidade se o ato não se comportar ao disponível previsto no orçamento anual.

Quanto ao aspecto moral, no caso o mais importante, é de se dizer que a Constituição Federal está buscando, por essa forma, corrigir uma tradicional, porém inaceitável, distorção do sistema em ordem à passiva atitude, como regra, de o Poder Executivo sacar contra o futuro, inteiramente a descoberto, seja no tocante à realização de desapropriações sob a modalidade *utilidade pública*, seja sob a rubrica *interesse social*.

Tal se dá porque, desde o advento do Decreto-Lei n.º 3.365, de 1941, com base na disposição de seu art. 15, o Poder Executivo realiza desapropriações sem base orçamentária e iniquamente transforma em letra morta a disposição constitucional que determina que a indenização das desapropriações seja prévia, na medida em que, recebendo antecipadamente a posse dos imóveis expropriados, desinteressa-se do andamento da ação de desa-

propriedade, cuja tramitação ocorre de forma lenta em face do notório acúmulo de serviço tributado ao Judiciário sem que o poder público nada tenha feito — de concreto — para enfrentar o problema. Com tal procedimento, a Administração inviabiliza todo o sistema legal, além de tornar inoperante a cláusula de prévia e justa indenização, constitucionalmente assegurada, tendo em vista que lega às administrações posteriores obrigações por desapropriações realizadas e não pagas, gerando assim situações economicamente caóticas, que inviabilizam o próximo governo. Porém, como o fato se repete em cada Administração, alcança-se, afinal, como não podia deixar de ser, a falência do erário público, tudo com o beneplácito do Poder Judiciário. O mesmo se deu no atinente à reforma agrária, por força do *institucional* Decreto-Lei n.º 554, de 1969, que estabeleceu a entrega da posse do imóvel expropriado com o simples ajuizamento da ação expropriatória.

O § 5.º ao art. 184 da Constituição Federal, repetindo literalmente disposição dos diplomas anteriores, estabelece que:

“São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária”;

incorrendo no mesmo defeito que os juristas têm apontado nos textos anteriores, no sentido de dizer-se *isento* quando se quer estabelecer *imunidade tributária*.

A apontada revolução de conceitos atingiu seu ponto mais alto com a disposição do art. 185 que estabeleceu, agora a nível constitucional, quais os imóveis rurais imunes à possibilidade de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, *ad litteram*:

“São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I — a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II — a propriedade produtiva.

Parágrafo único — A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social.”

Há, nessa disposição, três proposições jurídicas absolutamente autônomas e distintas, a saber:

1.ª) são insuscetíveis de desapropriação para reforma agrária as pequenas e médias propriedades rurais, assim definidas em lei, desde que o respectivo proprietário não possua outra;

2.ª) são insuscetíveis de desapropriação para reforma agrária as propriedades rurais produtivas;

3.ª) a lei garantirá tratamento especial à propriedade rural produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social.

Embora essas referidas proposições jurídicas sejam de clareza meridiana, tendo em vista a importância delas e as discussões cujos respectivos alcances gerarão, convém dissecá-las, para metuculoso exame.

A primeira delas — relativa às pequenas e médias propriedades rurais — sujeita a imunidade à ocorrência de dois pressupostos fácticos:

a) que sua extensão seja adequada à provisão que por lei venha a ser estabelecida;

b) que o respectivo proprietário não possua outra propriedade rural.

A única matéria digna de nota diz respeito à propriedade em condomínio, em face da segunda parte do dispositivo — *cujo proprietário não possua outra* — que sujeita a imunidade à verificação de ser o imóvel rural o único do respectivo proprietário. Na propriedade em comum, entretanto, pode ocorrer que alguns ou mesmo todos os condôminos possuam outras propriedades. Nessa hipótese seria a pequena ou média propriedade rural expropriável para reforma agrária? A resposta, em geral, será negativa, salvo se houver outra situação idêntica de comunhão, relativamente a outro imóvel rural. Essa resposta negativa se impõe porque a inexistência de propriedade é a regra e se há de considerar, em casos que tais, a situação condominial como uma personalidade jurídica, de tal forma que somente se admitirá a desapropriação na hipótese de os mesmos condôminos (*rectius*: a mesma personalidade condominial) possuírem outro imóvel rural.

A imunidade à desapropriação estabelecida relativamente à propriedade produtiva é a que está mais intimamente ligada ao conceito — função social da propriedade rural — adotado como causa para a execução da reforma agrária.

É que a primordial *função social* da propriedade rural é exatamente produzir, de modo que, já por essa simples característica — ser produtiva — fica ela imune à possibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária.

Anote-se que o texto legal em causa não delegou à legislação infraconstitucional, por qualquer forma, a possibilidade de dar diferentes graduações ao adjetivo *produtivo*, de modo que, todo e qualquer imóvel rural que seja produtivo, em razão tão-só dessa marcante circunstância fáctica, está imune à desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

Nem se diga, como poderia parecer ao menos avisados, que a disposição constante do parágrafo único do mencionado artigo 185, da vigente Constituição Federal, estaria a admitir essa possibilidade de adverbição

ou gradação ao adjetivo *produtivo*, na medida em que determinou que “A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento de sua função social”, ou que pudesse estar a permitir a sua desapropriação em caso de não atendimento às mesmas normas, em face do disposto nos artigos 184 e 186, normas que cuidam da desapropriação da propriedade que não cumpre a sua função social.

Evidente que não! A propriedade rural produtiva cumpre a sua fundamental função social e já só por isso é inexpropriável para fins de reforma agrária em qualquer circunstância. Poderá, contudo, não estar a sua função social sendo integralmente cumprida, tal como prevê a disposição do artigo 186. Nessa hipótese, continua inexpropriável; perde apenas os favores legais de que fala o referido parágrafo único do artigo 185. Nada além disso!

Vale dizer: a legislação que for baixada em atenção ao comando constante da disposição do parágrafo único do artigo 185 da vigente Constituição Federal, além de fixar normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua *função social*, poderá também estabelecer sanções de toda ordem (fiscais, creditícias, etc.) para a hipótese de não-atendimento às mesmas normas e requisitos, nunca porém, a possibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária, visto que tal está expressamente proibido pelo próprio texto constitucional.

Não há entre as disposições dos artigos 184, 185 e 186, do texto constitucional, nenhuma desarmonia ou conflito, como pareceu a alguns comentaristas de primeira hora, na medida em que a primeira disposição submete à reforma agrária os imóveis rurais que não cumpram a sua função social, e a segunda faça imunes à mesma reforma agrária os imóveis produtivos. Tal se dá exatamente porque todos os imóveis rurais produtivos atendem à primeira e fundamental função social de qualquer propriedade rural: produzir frutos.

A disposição do artigo 186, fechando a delimitação completa do instituto da reforma agrária na parte em que toca à possibilidade de desapropriação dos imóveis rurais, estabeleceu que:

“A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I — aproveitamento racional e adequado;

II — utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III — observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV — exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”;

definindo assim, novamente, agora porém por exclusão, os imóveis rurais expropriáveis para fins de reforma agrária. Anote-se que, quando a disposição acima colacionada, em seu inciso n.º I, se refere a *aproveitamento racional e adequado*, está tratando de utilização e não de produtividade.

Podemos, pois, em conclusão, dar as características do instituto — desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária — nos termos em que definido pela vigente Constituição Federal:

a) o não-cumprimento pela propriedade rural de sua função social é a única causa que possibilita à União Federal realizar a sua desapropriação para fins de reforma agrária;

b) a indenização há de ser sempre justa e prévia;

c) a terra nua será sempre indenizada em Títulos da Dívida Agrária que conterão *cláusula de preservação do valor real*, isto é, conterão a “cláusula ouro”, e as benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro;

d) o procedimento da ação de desapropriação obedecerá ao estabelecido em lei complementar e necessariamente admitirá o contraditório, em rito sumário;

e) as desapropriações realizadas deverão conter-se no orçamento anual;

f) é assegurada a imunidade tributária das transferências domaniais operadas para fins de reforma agrária;

g) são imunes à expropriação, para fins de reforma agrária, a pequena e média propriedade rural, assim definidas em lei, e a propriedade rural produtiva, qualquer que seja a respectiva extensão e nível de produtividade;

h) são, por igual, imunes à expropriação para fins de reforma agrária os imóveis rurais que, inobstante improditivos, cumprem a sua função social pelo atendimento simultâneo, *segundo os critérios e graus de exigência estabelecidos em lei*, dos requisitos enumerados no art. 186 da Constituição Federal.

O clássico CARLOS MAXIMILIANO destaca que “*Não basta conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e o alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico*” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 6.ª ed., Ed. Freitas Bastos, p. 17).

Mais adiante esclarece o inesquecível Mestre que:

“Verificado o fato e todas as circunstâncias respectivas, indaga-se a que tipo jurídico pertence. Nas linhas gerais antolha-se

fácil a classificação; porém, quando se desce às particularidades, à determinação da *espécie*, as dificuldades surgem à medida das semelhanças freqüentes e embaraçadoras. Mais de um preceito parece adaptável à hipótese em apreço; entre as regras que se confundem, ou colidem, ao menos na aparência, de exclusão em exclusão se chegará, com o maior cuidado, à verdadeiramente aplicável, apropriada, preferível às demais” (op. cit., p. 20).

.....

“O legislador assemelha-se ao generalíssimo de um grande exército. Um experimentado chefe militar não ordena as menores operações de tática: abstém-se de prescrever uma conduta para cada eventualidade. Dá instruções amplas: frisa *diretivas* gerais; delinea um plano de larga estratégia; deixa as minúcias de ocasião à iniciativa individual, ou aos subcomandantes. Também o legislador oferece preceitos abstratos; traça os lineamentos exteriores da ordem jurídica, dentro dos quais o intérprete acomoda o caso concreto, isolado, às vezes raro.

O jurista, esclarecido pela Hermenêutica, descobre, em Código, ou em um ato escrito, a frase implícita, mais diretamente aplicável a um fato do que o texto expresso. Multiplica as utilidades de uma obra; afirma o que o legislador decretaria, se previsse o incidente e o quisesse prevenir ou resolver; intervém como auxiliar prestimoso da realização do direito. Granjeia especiais determinações, não por meio de novos dispositivos materializados, e, sim, pela concretização e desdobramento dos preceitos formais. Não perturba a harmonia do conjunto, nem altera as linhas arquitetônicas da obra; desce aos alicerces, e dali arranca tesouros de idéias, latentes até àquele dia, porém vivazes e lúcidos. Explica a matéria, afasta as contradições aparentes, dissipa as obscuridades e faltas de precisão, põe em relevo todo o conteúdo do preceito legal, deduz das disposições isoladas o princípio que lhes forma a base, e desse princípio, as conseqüências que do mesmo decorrem.

Todo ato jurídico, ou lei positiva, consta de duas partes — o sentido íntimo e a expressão visível. Partir desta para descobrir aquele, através dos vocábulos atingir a idéia, fazer passar pela própria consciência a norma concreta, compreender o texto em seu significado e alcance; em uma palavra, subjetivar a regra objetiva: eis a operação mental que o intérprete realiza” (idem, p. 28).

Esses ensinamentos conduzem à inexorável conclusão de que os imóveis rurais produtivos foram colocados pela Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, completamente fora do alcance da reforma agrária, qualquer que seja a respectiva extensão territorial, ficando evidente, outrossim,

em face da nova conformação dada ao instituto jurídico — *reforma agrária* — que restaram parcialmente derogadas as disposições do *Estatuto da Terra* (Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964), em especial aquelas que estabelecem os casos de desapropriação com estribo no sistema anteriormente em vigor e consubstanciadas nas disposições dos arts. 18, 19 e 20, retrocolacionadas.

Assim sendo, qualquer ato declaratório do interesse social na desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária, agora, deverá necessariamente ter por fundamento o não-cumprimento da função social da propriedade rural, tal como prevê a disposição do art. 184 da vigente Constituição Federal, respeitadas, porém, e sempre, as imunidades estabelecidas na disposição do art. 185 e respectivos incisos e a necessária verificação do não-atendimento, nos termos dos critérios e graus de exigência que forem fixados em lei, dos requisitos previstos na disposição do art. 186 da mesma Lei Maior.

É absolutamente ilegal, conseqüentemente, qualquer ato dessa natureza que se fundamente na condição de latifúndio que acaso tivesse a propriedade rural nos termos do sistema derogado, eis, que essa causa para a desapropriação para reforma agrária não tem abrigo e é absolutamente incompatível com o novo sistema adotado para o instituto, o mesmo ocorrendo com todas as demais causas de desapropriação previstas no *Estatuto da Terra* (arts. 18 e 20), exceto a constante da alínea *a* de seu art. 18.

Certo também, que todos os atos declaratórios de interesse social para fins de reforma agrária editados sob o regime anterior e cujas desapropriações por qualquer razão não se tenham concretizado, ficaram, desde o advento da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, revogados.

De todo o exposto resulta evidente que o instituto da desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, tal qual disciplinado na nova Constituição Federal, é o resultado de uma reação aos erros cometidos na execução e aplicação do sistema anterior e não a esse sistema em si. Os agentes públicos agiram estremamente na sua pretensão de realizar a reforma agrária, desvirtuando o sistema legal tal como previsto no *Estatuto da Terra* e a sociedade brasileira reagiu com igual intensidade fazendo com que os legisladores constituintes, a pretexto de proteger o sistema produtivo, se aproximassem da total proibição da desapropriação dos imóveis rurais privados.

Não é possível deixar de mencionar, finalmente, que a responsabilidade maior em relação ao tema em debate — reforma agrária — repousa agora nas mãos do Poder Judiciário, pois a ele cabe, através de seus julgados, impor respeito à Constituição Federal e ditar, de modo concreto, a aplicação dos dispositivos trazidos a debate. Dos julgamentos que o Poder Judiciário proferir, em especial através do Egrégio Supremo Tribunal Federal, resultará, ou não, o respeito ao que a Assembléia Nacional Constituinte ditou através da Carta recentemente promulgada.

O direito agrário na Constituição de 88

OTÁVIO MENDONÇA

No primeiro semestre da Constituição de 88, ainda são escassos os comentários e inexistentes os julgados sobre as alterações introduzidas no direito agrário brasileiro. A maioria do que se vem publicando aborda problemas anteriores, cujo enquadramento jurídico não se modificou graças ao princípio da recepção, pacífico no âmbito constitucional e até expresso para alguns assuntos, como o sistema tributário e a enfiteuse nas Disposições Transitórias da nova Carta (arts. 34 e 59). Este resumo, portanto, não pretende senão relacionar os temas que um debate indispensável deverá, pouco a pouco, esclarecer.

1. *Direitos fundamentais*

1.1 *Art. 5.º, XXVI* — A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

A) Que é pequena propriedade rural? Enquanto outra lei não a redefinir, creio ser a gleba que o Estatuto da Terra caracteriza como pessoalmente explorada pelo agricultor e sua família, absorvendo-lhes toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalhada com ajuda de terceiros. Ou seja, o *módulo rural* (art. 4.º). Sucede que esse é dos mais flexíveis e polêmicos institutos criados pela Lei n.º 4.504/64. Para compatibilizar seu duplo pressuposto — região/exploração — em país de território continental e extrema diversidade foi necessário subdividi-lo em zonas homogêneas, delimitando para cada qual a área imprescindível a determinada atividade (E.T. 5.º). Successivas Instruções do Incra (1/65, 5/73, 14/78) acabaram traçando quatro grandes zonas, segundo seu potencial demográfico, subdivididas em nove categorias conforme seus núcleos urbanos e, em cada categoria, seis tipos de exploração: hortigranjeira, lavoura permanente, lavoura temporária, pecuária, florestal e indefinida. Daí resultou um imenso mosaico de zonas típicas, variando os respectivos módulos de 2 a 120 hectares. Saber, portanto, o

que a Constituição tornou impenhorável exige uma tabela, talvez anexada à lei referida pelo item XXVI do art. 5.º, mas periodicamente revista para corresponder à cambiante realidade nacional.

B) Segunda dificuldade haverá em saber se o débito excedente da execução decorreu, de fato, da atividade produtiva. Embora o crédito rural seja condicionado a planos, é freqüente alegarem os bancos seu desvio, como ainda agora está ocorrendo quanto à anistia da correção monetária nos termos do art. 47, § 3.º, II, das normas transitórias.

C) E os empréstimos futuros? Se o proprietário não puder hipotecar seu imóvel, que garantia oferecerá? Penhor da safra? Alienação fiduciária do veículo ou da maquinária? Eventualmente, fiança de algum amigo? Em todo caso, é óbvia a redução de suas possibilidades, aliás pressentida no próprio dispositivo quando estipula que a lei disporá sobre os meios de financiar o desenvolvimento da pequena propriedade. Como e quando ninguém sabe, mas sem isso o favor será ilusório.

I.2 Art. 7.º — Igualdade de direitos entre trabalhadores urbanos e rurais:

A) A equiparação é justa, porém necessita longo tempo e complexa estrutura para ser cumprida. A massa rural em grande parte não é sindicalizada para o que agora recebeu estímulo expresso no art. 8.º, parágrafo único. A Justiça do Trabalho inexistente na maioria dos municípios e a previdência social muitas vezes não os alcança, além de haver peculiaridades inafastáveis, como os problemas de plantio e colheita e os hábitos de fornecimento de moradia, vestuário, alimentação, instrumentos de trabalho, assistência médica etc., que não podem e não devem ser abolidos antes de substituí-los, com eficácia, pelos regimes prevaletentes no trabalho urbano. Diz o art. 186, III, que, entre os requisitos para cumprir sua função social, deve a propriedade rural observar as disposições que regulam as relações de trabalho. Já o dizia, aliás, o Estatuto da Terra (art. 2.º), porém ambas essas normas permanecerão teóricas, apenas programáticas, enquanto não forem detalhadas, atualizando-se o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n.º 5.889/73), seu sindicalismo (Dec.-Lei n.º 1.166/71) e sua previdência (Leis Complementares n.ºs 11/71 e 16/73), inclusive, quanto a esta, regulando a contribuição dos autônomos e sua aposentadoria aos 60 e 55 anos, conforme os arts. 195, § 8.º, e 202, I, da Constituição.

B) A prescrição dos créditos oriundos do trabalho rural ocorrerá em dois anos após extinto o respectivo contrato (XXIX, b), mas o art. 233 inovou, determinando aos empregadores comprovarem quinzenalmente suas obrigações trabalhistas, o que significa inverter a iniciativa em favor do empregado. Ao invés de este reclamar, é o patrão que deverá obter sua quitação, provocando o pronunciamento judicial sob pena de permanecer indefinidamente intranquilo, experiência inédita, cuja exequibilidade exigirá maior amplitude das Juntas de Conciliação e Julgamento e melhor escrita das empresas rurais.

II. Terras

II.1 Bens da União

A) Cotejando os arts. 20 a 24 da Carta de 88 com o 4.º e 8.º da de 69, vê-se que as mudanças foram mínimas, a despeito da ênfase dada a certos aspectos. O texto anterior incluía genericamente entre os bens da União as terras devolutas indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais. Isso era tão vago que permitiu ao Dec.-Lei n.º 1.164/71 transferir 100 km de cada lado das rodovias federais, mesmo em projeto, para o domínio federal. Agora, o item II do art. 20 especifica: "terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei". É claro que tudo dependerá dessa definição. Se, por exemplo, a *preservação ambiental* for ampliada de tal sorte que toda floresta amazônica deva ser protegida pela União, isso permitirá transferência ainda maior que a feita pelo 1.164, aliás parcialmente revogado pelo Dec.-Lei n.º 2.375/87. Quanto à faixa de fronteira de 150 km, já fora fixada pela Lei n.º 6.634/79. Apenas ganhou gabarito constitucional, o que é bom para dificultar quaisquer variações.

B) Os recursos minerais cujo aproveitamento já dependia da União pelo art. 168 da Carta de 69, agora passaram a ser bens do seu domínio (arts. 20, IX, 176), assegurada participação dos Estados, Municípios e proprietários nos resultados da exploração (arts. 20, § 1.º, e 176). A exclusividade conferida a brasileiros ou empresas de capital nacional (arts. 171, II, e 176, § 1.º), o prazo de 4 anos para transformação das controladas pelo capital estrangeiro e a intransferibilidade das concessões (art. 176, § 3.º) foram e continuam sendo objeto de intensa crítica pelos que entendem faltarem recursos financeiros e técnicos para nacionalizarmos a mineração. Talvez a saída conciliatória esteja na exceção aberta à industrialização interna (D.T. 44) de vez que essa palavra pode ser interpretada restritiva ou ampliativamente, máxime tendo em vista o incentivo assegurado aos reinvestimentos pelo art. 172. Quanto à garimpagem, aparece, pela primeira vez, na Constituição (arts. 21, XXV, e 174, § 3.º), incentivado nela o cooperativismo, modelo, aliás, de há muito adotado no garimpo de Serra Pelada (PA).

II.2 Bens dos Estados

A) Não diferem sensivelmente os arts. 5.º da Carta de 69 e 26 da de 88, este contudo mais explícito. Importante é a diminuição de 3.000 para 2.500 ha. da faculdade de alienar terras públicas a uma só pessoa física ou jurídica, ainda que de forma indireta (familiares ou prepostos), sem prévia autorização do Congresso Nacional, isto é, Câmara e Senado reunidos (49, XVII e 188). Nítido intuito de dificultar tais alienações, menos pela área reduzida que pela submissão não apenas ao Senado (art. 171 da

Carta de 69), mas a todo o Congresso, e pelo obstáculo às interpostas pessoas, de controle difícil mas não impossível. Observe-se a indisponibilidade das terras necessárias à defesa dos ecossistemas naturais (225, 5.º).

B) ECOLOGIA — Pertencendo as glebas devolutas, em princípio, aos Estados, essa preservação do meio ambiente pode competir, em tese, tanto a eles como à União e aos Municípios (23, VI). A legislação e responsabilidade será de todos (24, VI, VII e VIII), porém as vedações, importando em restringir a disponibilidade, recaem principalmente sobre o domínio estadual. Jamais uma Constituição brasileira dedicara capítulo inteiro a tal fim, como faz agora no VI do Título VIII (Ordem Social). O Código Florestal, o de Caça, o de Minas, o de Águas e até a legislação do patrimônio artístico sofrerão profunda influência desses dispositivos. Nada a opor-lhes, senão a complexidade regulamentar. Como proteger o patrimônio genético do país? Que espaços, em cada Estado, devem ser reservados à preservação ambiental? Como controlar o emprego de métodos predatórios? Que restauração será exigível das pesquisas e explorações mineiras? Com que recursos contarão os Estados para objetivos tão amplos e onerosos? Que convênios deverão implementar com os órgãos federais, especialmente DNPM, Instituto do Meio Ambiente, Funai, Inkra e Eletrobrás? O art. 225 é um dos mais belos e criativos da Nova Carta. Poucos, todavia, correm maior perigo de permanecer descumpridos.

C) AMAZÔNIA — Há duas normas constitucionais direcionadas especificamente à Amazônia. A do art. 159, I, c, que manda aplicar 3% do IR e do IPI no desenvolvimento do norte, nordeste e centro-oeste e o 225, § 4.º que considera a Floresta Amazônica patrimônio nacional, assegurando a conservação do seu meio ambiente. Ainda neste ano de 89, seis décimos desse fundo deverão ser aplicados através do BASA (art. 34, § 10, I das Disposições Transitórias) e daí surge um dos mais duros desafios à inteligência dos brasileiros neste final do século XX. Quais os critérios capazes de conciliar o desenvolvimento e a preservação da Amazônia? Dizem os ecologistas que o desmatamento é o caminho certo para a esterilidade. Outra tese, a da poluição atmosférica, aos poucos vai adquirindo repercussão mundial, na medida em que o gás carbônico das queimadas contamina a camada de ozônio envolvente da Terra. E, dizem mais, que os índios remanescentes na Amazônia devem manter intactas suas áreas com as grandes dimensões necessárias ao seu nomadismo congênito. O argumento em contrário é que sem derrubar a mata nenhum progresso será possível, porque ela inibe da mesma forma a agricultura, a pecuária, as rodovias, as hidrelétricas e a mineração. São exemplos recentes desse duelo a oposição ao aproveitamento da energia hidráulica no Xingu pelo prejuízo aos indígenas que ali habitam; os graves conflitos de garimpeiros com os Ianomânis na fronteira da Venezuela; as objeções ao Projeto Calha Norte reputado essencial pelas Forças Armadas para ocupação dos nossos limites setentrionais; o veto à estrada que, ligando Cruzeiro do Sul, no Acre, a Pucallpa, no Peru, permitiria aos produtos brasileiros chegarem ao porto de

Callao, no Pacífico, para serem exportados, com a metade do percurso, ao Extremo Oriente, sobretudo ao Japão. Os pronunciamentos internacionais sucedem-se e geram um clima apaixonado, envolvendo atitudes que variam desde a defesa da soberania até a condenação da Amazônia ao perpétuo subdesenvolvimento, para não perturbar a oxigenação do planeta. Haverá saída para esse dilema? Provavelmente a solução estará no velho meio-termo, ainda que arriscando não satisfazer a ninguém. Deve haver maneira de setorizar a Amazônia e, mesmo dentro das faixas destinadas ao desenvolvimento, promovê-lo com o mínimo de destruição. Transformá-la pelo corte indiscriminado de sua cobertura numa enorme savana improdutiva deve ser tão insensato como mantê-la eternamente impenetrável e infecunda. A ciência moderna daria um triste sinal de impotência e os brasileiros de pouca argúcia, se não descobrissem os caminhos e momentos exatos para esse equilíbrio. Nele reside, decerto, a mais urgente e dramática controvérsia da atual realidade brasileira, e o mais alto objetivo a que se pode propor o direito agrário sul-americano em nossos dias.

III. *Política agrícola e fundiária*

III.1 — *Reforma Agrária*

A) Entre os arts. 161 da velha e 184 e seguintes da nova Carta há diferenças importantes, começando pela própria amplitude dada ao assunto, antes apenas um dispositivo e agora todo um capítulo. Logo no *caput* do art. 184 aparece a função social, quando cumprida, excluindo a desapropriação para fins de reforma agrária. Essa diretriz, pacífica no sistema anterior, ficou mais nítida e tecnicamente melhor colocada.

B) Os títulos da dívida agrária (TDA), ao invés de cláusula de correção monetária, devem ter "preservação do valor real". A mudança não é insignificante, de vez que os índices de correção monetária são tantos e tão mutáveis que nem sempre conseguem manter o *valor real* do título, este agora questionável sempre que aqueles não o traduzirem. Correta foi a colocação do "até" antes do prazo de 20 anos e sua resgatabilidade a partir do segundo. Ambas as normas constavam do Dec.-Lei n.º 2.383/87 e Dec. n.º 95.715/88. Colocando-as, porém, na Constituição, foi-lhes conferida maior estabilidade. Da mesma forma, transferir para a lei ordinária a utilização desses títulos é mais prudente que restringi-los, como se fazia antes, ao pagamento de metade do ITR e do preço das terras públicas. Outros usos são possíveis e já aceitos, como a caução em concorrências e a garantia em financiamentos.

C) Os §§ 2.º e 3.º do art. 184 reclamam lei complementar que discipline o processo desapropriatório. As regras em vigor estão no Decreto-Lei n.º 554/69, várias vezes declarado inconstitucional quando vincula o valor da expropriação ao cadastro tributário. Por outro lado, o art. 6.º desse decreto-lei, estabelecendo que o órgão oficial (Incra), mediante depósito do preço oferecido ou arbitrado, imita-se na posse e promova a transcrição

imobiliária, tem provocado litígios infundáveis, porque daí em diante a única discussão possível será sobre o valor, nos termos dos arts. 20 e 35 do Dec.-Lei n.º 3.365/41, onde estão as regras gerais sobre desapropriações.

D) O art. 185 também reclama urgente implementação. Diz serem inexpropriáveis, para fins de reforma agrária, as pequenas e médias propriedades, bem assim as produtivas, que merecerão tratamento especial e normas fixando os requisitos necessários para cumprirem sua função social. Excetuados o mandato de 5 anos para o presidente da República e o regime parlamentarista, não houve maior atrito na Constituinte que o desencadeado por este artigo. Daí resultou essa redação obscura, que os comentaristas e juízes poderão interpretar com infinitas divergências:

a) Que é pequena e média propriedade rural? Se a pequena é o minifúndio, recaímos na definição do módulo, de cuja variedade falamos acima. Pior, ainda, é definir as *médias*, porque isso apenas parece constar, para fins muito diferentes, nas instruções bancárias e na legislação das microempresas. Servirão de parâmetros para a reforma agrária? É o que a lei deverá dizer.

b) Desde que seu proprietário não possua outra. Mas, há quanto tempo? E somente quando houver domínio direto, ou também o indireto como quer o art. 188, § 1.º? Se não for fixado limite de tempo, qualquer propriedade poderá ser desmembrada tão logo se saiba a extensão das excluídas. E, se não abranger o domínio indireto ou interdependente, nada impedirá os grupos familiares de repartirem suas terras, de forma que nenhuma supere o conceito de média.

c) De tudo, porém, o mais complexo será conceituar as propriedades produtivas? Tecnicamente, aquelas que não pagarem o ITR progressivo, porque estejam dentro dos critérios fixados para medir seus graus de utilização e de eficiência (Lei n.º 6.746/79). Entretanto, tais critérios, estabelecidos para fins tributários e constantemente modificados servirão para os fins constitucionais? A lei deverá dizê-lo. Enquanto não o disser, a nebulosa continua e cada qual adotará o seu próprio critério, o que significa não haver critério algum.

e) O art. 186 não apresenta maior nitidez. Enumera os 4 requisitos da função social. Porém, se a observância das relações trabalhistas, já analisada, é apenas difícil, os outros 3 pressupostos são, pelo menos até agora, verdadeiros enigmas do agrarismo. Que é aproveitamento racional? Coerentemente, não deveria ser outra coisa senão a propriedade produtiva excluída da expropriação pelo art. 185. Utilizada todavia outra nomenclatura, abre-se ensejo a novas discórdias. Que é utilização adequada dos recursos naturais? E preservação do meio ambiente? E bem-estar dos proprietários e trabalhadores? Aos dois primeiros requisitos faltam regras obje-

tivas. E tanto faltam que, inscritos no Estatuto da Terra desde 1964, jamais foram exigidos, nem cumpridos, nem ao menos compreendidos nos 25 anos de sua vigência. Elevados, agora, ao plano constitucional, isso os torna mais enfáticos, porém não menos imprecisos. De todos, o pior é o *bem-estar*, no sentido de não legislável. Aqui entramos em pleno campo subjetivo. Se houver alguma pesquisa, ver-se-á que dois proprietários ou dois trabalhadores podem sentir ou não bem-estar, mesmo desfrutando condições absolutamente idênticas. Bastará um deles ser mais exigente e o outro mais conformado. . .

III.2 — Política Agrícola

a) De bom alvitre são os arts. 187 e 188, traçando princípios de política agrícola e prescrevendo sua compatibilidade com a reforma agrária, palavra mágica que, desde a Conferência de Punta del Leste, foi institucionalizada em toda a América Latina, mas continua incontrolavelmente passional. Os proprietários tendem a considerá-la um perigo, na medida em que os obrigue a produzir, parcelar ou vender, como alternativas para não serem expropriadas. É um adeus definitivo à plenitude da propriedade. Os posseiros, ou melhor, os sem-terra, expressão global que abrange tudo — posseiros, invasores, meeiros, parceiros, arrendatários, parceiros empregados, migrantes, enfim pretendentes à terra de qualquer espécie — lutam para consegui-la na esperança, tantas vezes fugaz, de que apenas alguns hectares melhorarão sua vida. Ambos se iludem. A distribuição das terras não suprime o direito de propriedade. Antes, de certa forma, o resguarda, porque aumenta o número de seus defensores. Mas a terra, em si mesma, é apenas um início de patrimônio. Abandonado a seus próprios e precaríssimos recursos, o beneficiário da reforma produz pouco ou não produz nada e muitas vezes acaba transferindo sua gleba a terceiros e reiniciando os ciclos, tanto do latifúndio como da invasão. Daí o louvor ao art. 187, cujo elenco, se não restar apenas na miragem, é o mais completo jamais colocado como pressuposto de um autêntico progresso rural.

b) Os arts. 189 a 191 falam da concessão de uso, da equiparação entre homens e mulheres da propriedade de estrangeiros e do usucapião *pro labore*.

1) *A concessão de uso* (Dec.-Lei n.º 271/67) será preferível ao domínio pleno, permitindo retomar a terra se desviada de sua finalidade. Mas dificulta o financiamento. De forma que, como para a impenhorabilidade do art. 5.º, XXVI, é necessário prever o crédito fora da rotina bancária sob pena de inviabilizar qualquer desenvolvimento dessas minúsculas glebas.

2) *Inalienabilidade decenal* — Óbvio o propósito de impedir a transferência do lote após o assentamento do posseiro. Dir-se-á que é sempre possível burlar essa proibição, sobretudo no vasto interior, onde os documentos valem pouco e os fatos, palavras, testemunhas e até ameaças fre-

qüentemente os substituem. Nem por isso, foi menos válido a Constituição proibir alienar a terra recebida para morar e produzir.

3) Mandar conceder o título ao homem, à mulher ou a ambos, independente do estado civil, é diretriz realista porque o matrimônio, como a separação judicial e o divórcio, são institutos remotos no campesinato brasileiro. Normais são os concubinatos, sob todas as formas imagináveis, geralmente efêmeros, que o povo, com ingênua displicência, chama de amigação ou companheirismo. Não há chefes de família, porque não há famílias juridicamente organizadas. O que há é o homem e a mulher, juntos ou separados, conquistando, pelo trabalho, o direito ao seu pedaço de terra.

4) A propriedade de estrangeiros está regulada na Lei n.º 5.709/71, com seus regulamentos e alterações, baseada no § 34 do art. 153 da Carta de 69, além de normas especiais para a Faixa de Fronteira (Lei n.º 6.634, de 1979) e devendo alguns itens serem adaptados ao Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815/80). A novidade é dependerem algumas alienações do Congresso Nacional. Apenas para isso nova lei será necessária.

5) O *Usucapião pro labore* (Lei n.º 6.969/81) substituiu, com vantagem, a antiga legitimação de posse ou preferência aquisitiva do art. 171 da Constituição anterior. É pena que esse instituto continue sendo tão pouco utilizado para uma reforma agrária pacífica e incontestável. Se a máquina judiciária funcionasse, nada melhor que o usucapião especial para distinguir posseiros de invasores, com a vantagem adicional de que pouco ou nada custariam as terras usucapidas. Poder-se-ia, talvez, diminuir o prazo. A meu ver bastaria um ano e um dia, como quer o Código Civil para caracterizar a posse velha (art. 508). E os imensos recursos canalizados para as desapropriações poderiam servir ao aparelhamento judiciário e à política agrícola de que fala o art. 187. Mas, sem Justiça agrária, isso é quimera.

III.3 — *Imposto Territorial Rural*

Ainda que não esteja no capítulo da Reforma Agrária e da Política Agrícola, o ITR delas é indissociável. Países há utilizando-o como instrumento principal dessa reforma e no Brasil são insistentes as propostas no mesmo sentido. Alega-se que a tributação é ineficaz contra o latifúndio e infelizmente entre nós isso tem sido verdade. A culpa, todavia, não é do instrumento, mas do músico. O mecanismo do ITD é bom (Lei n.º 6.746, de 1979, Dec. n.º 84.685/80. Instruções do INCRA 19 e 20). E até a circunstância de não pertencer mais aos Municípios a sua totalidade (24, § 1.º da Carta de 69), mas somente a metade (158, II da atual) é justa, considerando caberem à União seu lançamento, cobrança e os ônus integrais, ou quase integrais, da reforma agrária. Sucede que talvez não haja no Brasil tributo mais técnico na concepção e mais defeituoso na cobrança

que o ITR. A complexidade de seu controle e a deficiência dos órgãos arrecadadores resulta em que tudo nele é precário, desde as declarações do contribuinte até os cálculos do INCRA, a emissão das guias e a pontualidade dos pagamentos. Basta ver que se discute em noventa por cento dos processos judiciais relativos a desapropriações por interesse social, se se trata de empresa rural ou latifúndio por exploração. O latifúndio por dimensão é indubitável porque numérico, 600 vezes o módulo rural (art. 4.º, v e 46, § 1.º, b do ET). O latifúndio por exploração, porém, depende dos graus de exploração e eficiência, conforme critérios fixados pelo INCRA, os mesmos que condicionam o cadastro da terra e o lançamento do ITR. Bastaria, portanto, serem estes feitos e atualizados rigorosamente para aquele debate ficar esvaziado. Também as divergências quanto ao preço levaram os tribunais a reputar inconstitucional a base tributária admitida pelo Decreto-Lei n.º 554 por desconfiança na estrutura do imposto que, mal lançado e mal cobrado, também é mal pago, ostentando o maior percentual de inadimplência do fisco brasileiro, a despeito das sucessivas anistias que o têm beneficiado. O ITR, portanto, pode não ser o único meio de promover a reforma agrária, mas certamente constituiria um deles, e não o menos eficaz, se exercido com exatidão em todas as suas fases.

IV. *Justiça agrária*

Art. 126 — Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial com competência exclusiva para questões agrárias.

Parágrafo único — Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.

A) A solução dada ao problema da Justiça Agrária, sem dúvida, não foi a melhor. Os agraristas do Brasil vêm insistindo na urgência de uma justiça própria, nos moldes da trabalhista, ainda que divirjam quanto aos detalhes de sua implantação. Alega-se, em contrário, que os problemas agrários são transitórios, não convindo criar, para resolvê-los, órgãos permanentes. E também, o alto custo dessa magistratura especializada, cujas tarefas podem ser absorvidas pelos órgãos já existentes. Creio que problemas agrários no Brasil haverá sempre, bastando, se ganhassem tribunais próprios, ampliar sua competência, incluindo, total ou parcialmente, a defesa do meio ambiente, a mineração, a pesca, o trabalho e previdência rurais, o crédito agrícola e pecuário, o ITR, os limites estaduais e municipais, a jurisdição quanto aos Códigos de Caça, Pesca, Minas, Águas e Florestas, os registros imobiliários fora das Capitais, os problemas rodoviários do interior e os crimes motivados pelas questões de terra. Não que isso tudo pudesse ser transferido de uma vez. Entretanto, à medida que a Justiça Agrária se estendesse e se afirmasse, poder-se-ia, através dela, aliviar a sobrecarga dos Juízes federais, estaduais e trabalhistas no imenso "interland"

do país que, em larga escala, permanece afastado de qualquer prestação jurisdicional. E quanto a recursos, bastaria cobrar bem o ITR e estabelecer um Regimento de Custas realista, reajustável e eficaz embora gratuito para os necessitados. Além disso, ainda há pouco foi instituído o FUNMIRAD (Dec.-Lei n.º 2.431/88), aumentando de 0,5 para 0,6% a contribuição do FINSOCIAL exatamente para fortalecer o programa da reforma agrária. Por que não incluir o Judiciário nesse orçamento?

B) Admita-se, contudo, que a Justiça Agrária autônoma fosse por enquanto inviável. Dever-se-ia, então, ter concentrado na magistratura federal competência indispensável para que as questões de terra não se diluíssem, como atualmente, entre ela, a estadual e a trabalhista. Isso, embora de maneira tímida, já se começara a fazer com as Leis n.ºs 7.583 e 7.595/88, a primeira criando 68 varas na Justiça Federal, algumas especiais para processos agrários e a segunda explicitando o interesse da União em todos os litígios sobre áreas de interesse social para fins de reforma agrária. Como estas, pelo Plano Nacional e Planos Regionais, englobam a totalidade das terras devolutas, a competência da Justiça Federal já se estendera, de fato, à grande maioria dos feitos fundiários. Agora, com o art. 126 da Constituição, receio que a Lei n.º 7.595 seja declarada inconstitucional. Se assim for, a Constituição retrocede. Mantida a competência da Justiça Federal apenas para as causas em que a União ou suas autarquias forem diretamente interessadas, ou houver a disputa sobre direitos indígenas (109, I e XI); mantida a competência da Justiça do Trabalho para os dissídios do campo, ajuizando-se as reclamações na Junta mais próxima quando não houver no Município do vínculo empregatício (o que na Amazônia significa não raro muitos quilômetros) e cabendo ao foro estadual os demais feitos envolvendo problemas da terra, perdura a diluição da competência entre as três justiças. Em conseqüência, permanecem, e cada dia mais se agravam, as dúvidas, distâncias e demoras que deixam a maior parte do interior brasileiro, pelo menos na Amazônia, praticamente órfã do Poder Judiciário.

C) De qualquer forma, devemos lutar para pôr em prática o art. 126. Antes de tudo, definir *questões agrárias e conflitos fundiários* — aliás, coisas diferentes — e, portanto, marcar os limites de competência desses juízes de entrância especial. Em Estado como o Pará, com 1.250.000 Km², quantos serão, onde sua sede e qual sua jurisdição? De que elementos disporão para cumprir tarefas de tamanha envergadura? Um juiz agrário, além das instalações e pessoal usuais, necessita de transporte, técnicos e até de força para decidir com acerto e rapidez e fazer cumprir suas decisões. Suponho que Tribunal algum até agora os designou. E confesso minha curiosidade em saber como o farão. Auxiliá-los, confiar neles, dar-lhes todo apoio é o máximo que podem fazer quanto, como eu, acreditam ser possível restaurar no Brasil a confiança na Justiça, sem a qual o estado de direito é apenas uma doce ilusão.

Constituinte e reforma agrária: uma pesquisa de opinião

BRANCOLINA FERREIRA (°) e
JOÃO GABRIEL L. C. TEIXEIRA (°°)

Apresentação

Esta pesquisa foi realizada no Departamento de Sociologia da UnB com recursos fornecidos pela Secretaria de Políticas e Articulação Institucional (Sepai) do Ministério da Reforma e do Desenvolvimento Agrário (Mirad), nos meses de maio a dezembro de 1987, visando a subsidiar aquele Ministério nas negociações relativas à tramitação da questão agrária na Assembléia Nacional Constituinte (ANC), quando se buscava a aprovação das medidas legislativas que legitimassem e fomentassem a implementação do Plano Nacional de Reforma Agrária da Nova República (PNRA/NR).

O atraso com que seus resultados são divulgados, deve-se, sobretudo, à não liberação de parte dos recursos alocados pela Sepai para concluir a pesquisa e elaboração dos resultados finais relativos ao projeto de acompanhamento da questão agrária no processo constituinte desenvolvido pelo Departamento de Sociologia.

Conseqüentemente, a finalização desta pesquisa e seu relatório somente tornou-se possível graças aos esforços envidados por seus coordenadores e pelo apoio técnico-administrativo do Departamento.

Desta versão, para reduzir a extensão do texto e facilitar a compreensão do leitor, foi retirada a maior parte das tabelas. Solicitamos aos interessados em consultá-las que entrem em contato conosco no Departamento de Sociologia da UnB.

Esperamos que este trabalho, conforme planejado, ofereça subsídios àqueles que procuram estudar e compreender o atual processo de transição democrática brasileira, suas vicissitudes e progressos, entre os quais

(*) Pesquisadora Associada do Departamento de Sociologia da UnB.

(**) Professor-Adjunto do Departamento de Sociologia da UnB.

o debate da Reforma Agrária (RA) na ANC representa um momento e manifestação que continua causando interesse e estranheza de todos empenhados na construção democrática em nosso País.

A pesquisa

A amostra foi construída, tomando-se como universo de referência o conjunto de constituintes, independentemente de pertencerem ao Senado Federal ou à Câmara dos Deputados. Foram ouvidos 20 (vinte) senadores e 142 (cento e quarenta e dois) deputados federais, que representam cerca de 29% do total de deputados federais e 27,7% de senadores da Assembléia Nacional Constituinte (ANC).

Utilizaram-se para definição da amostra, duas variáveis: pertencimento a cada um dos partidos políticos representados na ANC e a cada uma das macrorregiões, conforme definidas pelo IBGE.

Os dados que se seguem não foram, no seu conjunto, considerados no processo de elaboração da amostra que constituiu esta pesquisa. Contudo, foram coletadas para que se tivesse, mesmo em linhas gerais, informações adicionais sobre os constituintes para que, em processos ulteriores de análise, seja possível correlacionar as características específicas desse conjunto de pessoas com aquelas que refletem o perfil das diversas classes sociais no Brasil.

Parte I — Caracterização dos entrevistados

a) Quanto ao sexo, faixa etária, cor da tez, estado civil e religião

Os entrevistados, refletindo a composição geral da ANC, foram majoritariamente do sexo masculino (93,2%); portanto, as mulheres ouvidas representaram cerca de 6,8% desse total. No âmbito da ANC, as representantes do sexo feminino tiveram uma participação relativa menor, cerca de 4,3% do total. Consideramos, contudo, dada a dispersão geográfica da amostra pesquisada e aos critérios que nortearam sua fixação, que esse fato não prejudica os resultados obtidos. Mesmo pequena, não refletindo a estrutura da população adulta do País, houve um considerável aumento da presença de mulheres no Congresso Nacional.

Quanto à faixa etária, os dados nos mostraram que a ANC, segundo a amostra estudada, possuía um perfil marcadamente jovem: até a idade de 44 anos situam-se mais de 37% dos entrevistados; se ampliarmos este limite para os 54 anos ficam incluídos quase 70% dos entrevistados. Poucos, portanto, pertencem às faixas etárias mais altas: apenas cerca de 7% têm idade compreendida de 65 a 74 anos e em apenas um caso, houve a extrapolação desse limite. Significativo é o peso relativo (quase a terça parte) dos que se situaram na faixa etária de 45 a 54 anos, que, ainda assim, como já visto, é ainda pouco menor do que os situados nas faixas etárias até 44 anos.

As informações sobre a cor da tez dos entrevistados foram obtidas a partir da aferição do entrevistador; não se trata pois de auto-inclusão em quaisquer das categorias possíveis. A presença desse quesito no questionário, bem como de outros que estamos apontando nessa parte do relatório, teve como objetivo levantar informações que pudessem ser confrontadas como o perfil da população brasileira. Nesse sentido, a cor da tez da população brasileira foi tema bastante debatido pelos meios de comunicação quando da apresentação dos dados do último censo, onde a presença da raça negra ficou bem marcada. Assim, a ANC não refletiu a composição da população brasileira, já que a presença de negros e mulatos era muito pequena (3,7%). Se tomarmos, para efeito comparativo, apenas os grupos de raça negra e os de raça amarela, teve-se uma participação equivalente, o que necessariamente constituiria uma representatividade relativa menor para a raça negra, caso este tivesse sido um dos critérios para definição da população a ser pesquisada.

O conjunto pesquisado enquadrou-se, quanto ao estado civil, majoritariamente na condição de "casados" (cerca de 85%). Foram poucos os solteiros (8%), os viúvos (5%) e insignificante a presença de desquitados, divorciados ou amasiados.

Muito destaque se deu ao chamado "Bloco Evangélico", que embora minoritário e composto por pessoas pertencentes a diferentes partidos políticos e com diferentes orientações ideológicas (32 constituintes, ou seja, 5,7% do total), que em comum tinham a defesa de propostas específicas não muito diferentes das postuladas, de modo geral, pela Igreja Católica (anti-divórcio, anti-aborto, defesa da propriedade privada, anti-homossexualismo etc.).

Quanto à religião dos entrevistados, a pesquisa mostrou o seguinte perfil, a partir das autodefinições de cada um: maioria católica (70%), seguindo-se os judeus (8,6%), protestantes (7,4%) e, um grupo que em geral pouco aparece nas pesquisas, de agnósticos (6,8%).

b) Quanto à escolaridade e profissão

Não se pode, infelizmente, afirmar que a escolaridade dos constituintes refletia, mesmo aproximadamente, a estrutura de escolaridade da população brasileira. A grande maioria possuía curso superior completo: quase 84%. Ademais, se a este grupo somarmos aqueles com o curso superior incompleto e os com o curso secundário completo, chega-se a aproximadamente 92%. *Teriam instrução primária completa, apenas 1,2% e primário incompleto cerca de 3%.*

Essa estrutura de escolaridade, é claro, reflete-se nas profissões exercidas (*), com grande destaque às tradicionais profissões de advogados

(*) Para classificação das profissões exercidas foi utilizada a classificação da Receita Federal, para efeito de declaração do Imposto de Renda de Pessoas Físicas.

(36,4%), médicos (11,7%) e engenheiros (11,1%). Poucos se declararam empresários: apenas 3,1% se identificaram como proprietários de estabelecimentos agrícolas ou como proprietários de estabelecimento industrial (também 3,1%). Duas categorias sobre-representadas foram as dos docentes universitários (4,9%) e a dos economistas (7,4%).

Um ponto interessante a destacar foi o perfil de escolaridade que têm os constituintes eleitos pelos partidos de esquerda (PCB, PC do B, PSB, PT e PDT). O senso comum poderia indicar que os mesmos pudessem constituir as categorias com níveis mais baixos de escolaridade pela correlação em geral feita de que representam contingentes populacionais menos escolarizados e ligados a ocupações manuais. No entanto, repetiu-se, em linhas gerais, com esse segmento, o observado para a totalidade dos constituintes que, predominantemente, possuíam escolaridade de nível superior, mesmo quando têm histórico vinculado aos setores populares e à militância sindical. Apenas no PT e no PDT encontramos parlamentares cujas profissões (bancário e metalúrgico) não eram de nível superior, embora fossem sindicalistas.

c) Filiação partidária e UF representada

No cálculo amostral foram consideradas as proporcionalidades das bancadas dos partidos na ANC, segundo a distribuição regional. Contudo, houve sub-representação amostral no caso do PTB e da Região Norte. Isso deveu-se a dificuldades de obter dos representantes desses Estados o consentimento para serem entrevistados.

A tabela 1 mostra como se situavam em termos partidários os constituintes entrevistados (posteriormente alguns deles mudaram de partido):

TABELA 1
Distribuição dos parlamentares entrevistados,
segundo os partidos a que pertenciam

| Partidos | FA | FR(%) |
|----------|-----|-------|
| PMDB | 83 | 51,2 |
| PFL | 37 | 22,9 |
| PDS | 11 | 6,8 |
| PDT | 10 | 6,2 |
| PTB | 4 | 2,5 |
| PT | 8 | 5,0 |
| PCB | 2 | 1,2 |
| PC do B | 2 | 1,2 |
| PL | 1 | 0,6 |
| PDC | 2 | 1,2 |
| PSB | 1 | 0,6 |
| PMB | 1 | 0,6 |
| TOTAL | 162 | 100,0 |

A tabela 2 mostra como se distribuía, pelas unidades da Federação, os 162 constituintes entrevistados. Dado que o critério amostral foi estabelecido para dar conta de um nível de representatividade regional — sem o que os pequenos partidos não poderiam vir a ser parte da amostra — essas informações apenas refletiam como determinados Estados estavam mais presentes que outros, o que pode, à primeira vista, parecer discrepante. Mesmo assim, todas as UFs estavam presentes na amostra. As maiores participações relativas eram as de São Paulo (11,1%), Minas Gerais (9,5%), Rio de Janeiro e Bahia (7,4% cada), Rio Grande do Sul (6,8%) e Pernambuco (6,2%).

TABELA 2

Distribuição dos entrevistados por UF representada

| Estados | FA | FR(%) |
|---------------------|------------|--------------|
| Acre | 4 | 2,5 |
| Alagoas | 5 | 1,9 |
| Amazonas | 2 | 1,2 |
| Amapá | 1 | 0,6 |
| Bahia | 12 | 7,4 |
| Ceará | 6 | 5,7 |
| Distrito Federal | 5 | 5,1 |
| Espírito Santo | 5 | 5,1 |
| Goiás | 8 | 5,0 |
| Maranhão | 5 | 5,1 |
| Minas Gerais | 15 | 9,2 |
| Mato Grosso do Sul | 1 | 0,6 |
| Mato Grosso | 4 | 2,5 |
| Pará | 8 | 4,9 |
| Paraíba | 4 | 2,5 |
| Pernambuco | 10 | 6,2 |
| Piauí | 5 | 5,1 |
| Paraná | 8 | 4,9 |
| Rio de Janeiro | 12 | 7,4 |
| Rio Grande do Norte | 2 | 1,2 |
| Rondônia | 5 | 1,9 |
| Roraima | 2 | 1,2 |
| Rio Grande do Sul | 11 | 6,8 |
| Santa Catarina | 6 | 5,7 |
| Sergipe | 2 | 1,2 |
| São Paulo | 18 | 11,1 |
| TOTAL | 162 | 100,0 |

A tabela 3 resume a amostra de entrevistados por partido e região.

TABELA 3

Amostras de Constituintes entrevistados

| Partidos Região | PMDB | PFL | PDS | PDT | PTB | PT | PL | PDC | PC do B | PCB | PSB | PMB | Total |
|--------------------|------|-----|-----|-----|-----|----|----|-----|------------|-----|-----|-----|-------|
| Norte | 10 | 5 | 2 | 1 | 1 | — | — | — | — | — | 1 | — | 20 |
| Nordeste | 23 | 18 | 4 | — | 1 | — | — | — | 1 | 1 | — | 1 | 49 |
| Centro-Oeste | 10 | 4 | 1 | — | — | — | — | 1 | 1 | 1 | — | — | 18 |
| Sudeste | 25 | 7 | 2 | 6 | 2 | 6 | 1 | 1 | — | — | — | — | 50 |
| Sul | 15 | 3 | 2 | 3 | — | 2 | — | — | — | — | — | — | 25 |
| Total | 83 | 37 | 11 | 10 | 4 | 8 | 1 | 2 | 2 | 2 | 1 | 1 | 162 |

d) Participação na ANC

Dentre os entrevistados, os constituintes que integravam as Comissões da Ordem Econômica e da Sistematização estavam mais presentes na amostra pesquisada. Isso se deve, em primeiro lugar, à ênfase que se atribuiu, no início da pesquisa, em avaliar e acompanhar os posicionamentos relativos à questão agrária, cuja subcomissão integrava a Comissão da Ordem Econômica. No relativo à Sistematização, a grande incidência de entrevistados deveu-se ao fato de que seus integrantes — naquele momento — tinham maior disponibilidade de tempo e eram mais facilmente contatados. Mesmo assim, componentes de todas as Comissões foram ouvidos.

Dado que o objetivo principal da pesquisa era conhecer como os constituintes se situavam em relação à reforma agrária, o maior contingente relativo de entrevistados compunha, originalmente, a subcomissão de Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária (quase 10% do total da amostra). Pretendia-se, com isso, identificar os principais posicionamentos sobre aquelas questões e os tipos de debates e argumentos que fatalmente iriam embasar as divergências e nortear as negociações e votações posteriores.

Parte II — Organização do Estado: preferências e perspectivas

Nesta parte apresentamos os dados que dizem respeito à organização do Estado, relações entre os Poderes constituídos e o autopoicionamento político-ideológico dos parlamentares entrevistados. Relatamos também os resultados de respostas às questões que visavam a avaliar a disposição da ANC quanto à expansão dos canais democráticos de participação popular.

A seguir reportamos algumas correlações dos posicionamentos ideológicos com respostas relativas à questão agrária. Por fim, destacamos as opções dos constituintes com referência ao mandato presidencial em geral e ao mandato específico do Presidente Sarney durante o período de realização das entrevistas (antes que estas questões se tornassem cruciais na atual legislatura).

a) Quanto ao sistema político

Pretendíamos, com essa questão, conhecer as tendências dominantes quanto às possibilidades de a nova Carta constitucional vir a redefinir (ou confirmar) o sistema de organização política do País. Os debates sobre a conveniência (ou não) do estabelecimento do sistema parlamentarista de governo, suas possíveis vantagens e virtudes em comparação ao sistema presidencialista, não se colocavam de forma importante. Somente após a definição do anteprojeto constitucional pela Comissão de Sistematização, que fixou o parlamentarismo como forma de sistema político a ser adotado a partir da sua promulgação definitiva, é que o tema ganhou notoriedade pública, mas, sobretudo, no âmbito da ANC. A essa definição — de caráter permanente — somava-se outra, de caráter conjuntural, qual seja a da

fixação do tempo, não só dos futuros mandatos presidenciais, mas, sobretudo, e do atual presidente do País.

Os dados nos mostraram um ligeiro favoritismo para com o parlamentarismo (38,9%) em confronto com o presidencialismo (32,1%). A essas preferências majoritárias, seguem-se a dos que se manifestaram por uma modalidade mista de sistema de governo, qual seja uma combinação entre as formas clássicas de presidencialismo e parlamentarismo (15,4%). Alguns dos constituintes entrevistados expressaram suas preferências sobre sistemas de governo que, com diferentes características, também combinavam parlamentarismo com presidencialismo e/ou introduziam modificações em cada uma daquelas modalidades (14,2%). Os demais constituintes (6,2%) optaram por não responder à questão. Já conhecido o resultado final da votação pelo plenário da ANC, que consagrou a forma presidencialista de governo, restou pois, na apreciação dos dados colhidos pela pesquisa, apontar não só a relativa prevalência, naquele momento, do sistema parlamentarista, como o fato de que os demais entrevistados que definiram suas preferências nessa matéria sempre excluíam o modelo presidencialista tal como se desenvolveu no Brasil. Além disso os que não quiseram se definir, sejam quais tenham sido as razões, não poderiam, mesmo se resolvessem votar em bloco com os defensores do presidencialismo, ter este ponto de vista como vencedor. A conjuntura política, os "lobbies" e as pressões que atuaram no momento da votação final pelo plenário da ANC conseguiram inverter a preferência detectada cerca de um ano antes.

b) Quanto às características desejáveis do sistema de governo

Majoritariamente os entrevistados manifestaram a intenção de poderem contribuir para a construção e consolidação de um Estado democrático, onde, lado a lado, convivessem as garantias individuais e a justiça social. Por um Estado com as feições liberais clássicas (garantia das liberdades individuais e constituído, através de voto direto, pelos vários setores representativos da sociedade), se posicionaram, exatamente, a terça parte dos constituintes entrevistados (33,3%), que, somados aos que se definiram por um Estado de constituição mais à esquerda (governo fundado na representação política dos partidos políticos e com a participação popular direta em todos os níveis de decisão econômica e política: 36,4%), conformam uma posição incontestavelmente majoritária: cerca de 70% dos entrevistados.

Por um governo forte, seja preservando e fortalecendo seus componentes tradicionais, seja admitindo que aliasse àquela característica o empenho em realizar as reformas sociais necessárias ao bem-estar da população, houve um claro retraimento: apenas 13% dos entrevistados (3,1% e 9,9%, respectivamente). As demais respostas ou foram por demais pulverizadas para merecerem destaque individual (10,5%), ou, simplesmente revelam a omissão dos entrevistados (6,8%).

c) Quanto ao regime de governo

O regime de governo desejável estava claramente definido para a maioria dos constituintes ouvidos pela pesquisa, que manifestaram suas

preferências quer pelo socialismo (56,4%), quer pelo capitalismo (33,3%), ou mesmo pelo comunismo (5,1%). Essas respostas englobavam, pois, 72,8% dos nossos entrevistados e, de modo simplista, poder-se-ia inferir uma preferência mais significativa por um regime socialista e/ou comunista (39,5% dos entrevistados). Contudo, sabe-se pelo resultado das votações que esse posicionamento não era predominante na ANC. É preciso esclarecer, de uma parte, que a formulação dessa questão ao constituinte entrevistado exigia um imediato autoposicionamento. Em termos relativos poucos deixaram de fazê-lo (apenas 8,6%). Parece portanto que, ao nível do discurso, como nos palanques eleitorais, havia a tendência de ser buscada uma "identificação" maior com posições tidas como mais progressistas, ou mais populares, ou mais simpáticas ao eleitorado.

Esse ponto ficou mais claro ao examinarmos as respostas dadas por 18,4% dos entrevistados que, ao definirem pela preferência por um regime de governo, agregaram-lhes qualificativos que, se pudessem de fato servir como modelo institucional, provocariam grandes confusões. São típicas, nesse sentido, as respostas que propugnavam por um regime misto de governo, que combinasse capitalismo e socialismo (sem mencionarem os pesos específicos ou os elementos a serem combinados), ou que fizeram qualificação do socialismo ou do capitalismo com o propósito aparente de mascarar a confusão de cada um a respeito dessa matéria ou seus posicionamentos reais: "capitalismo mitigado", "capitalismo mais humano, ligado aos interesses sociais", "social liberalismo", "associação de alguns meios de produção e um imperativo social e político", "capitalismo com distribuição de renda", "socialismo moderado" etc.

Ao tentarmos ver como esses posicionamentos se comportam quando os dados são estratificados segundo o pertencimento a cada um dos partidos políticos, temos que:

- a opção majoritária dos peemedebistas foi pelo regime socialista (45,4%), enquanto a opção majoritária dos pefelistas foi pelo capitalismo (56,8%);
- pelo comunismo, como esperado, optaram os filiados ao PT (2), PCB (1), PC do B (1) e PMDB (1), o que constitui o grupo de 3,1% do total de amostra, conforme citado acima;
- a manifestação de ambigüidade nessa questão foi mais frequentemente entre os filiados ao PMDB, quer em termos relativos, quer em termos absolutos, o que condiz com o amplo espectro de tendências ideológicas na sua constituição;
- nos partidos apontados em geral como de "direita", embora pouco presentes na amostra, já que também têm participação relativa equivalente na ANC, as opções apontaram quase sempre a preferência pelo regime capitalista, com poucos desvios: PFL (56,8%), PDS (81,8%), PTB (50%), PL (100,0%) e PDC

(50,0%). Dos filiados a estes partidos, optaram pelo socialismo 3 (três) representantes do PFL, 1 (um) do PTB e 1 (um) do PDC, o que nos deve necessariamente remeter à questão sobre o entendimento ou sobre o conteúdo que se dá ao regime socialista de governo.

Mesmo entre os representantes de partidos de esquerda — PT, PC do B, PCB e PSB — não houve unanimidade quanto às preferências, ficando a maioria com socialismo (9 dos entrevistados desses partidos, ou seja, 69,2%), e o grupo restante com o comunismo (4 dos entrevistados, ou 30,8% dos integrantes desses partidos na amostra pesquisada).

Os dados mostraram que o socialismo como opção mais significativa nas regiões Norte (50% dos entrevistados desta região), Sul (40%) e Sudeste (38%). O capitalismo prevalece, enquanto opção para mais de 44% dos parlamentares do Centro-Oeste, 36% do Sudeste e 35% do Nordeste. Dado o peso relativo maior dos entrevistados na região Centro-Oeste, se aos que preferiram o socialismo, acrescentarmos os que preferiram o comunismo, temos um total de 38,9%, cifra de magnitude pouco inferior aos que optaram pelo capitalismo (44,4%). As opções classificadas como "outros", conforme já foi dito, constituíam categoria heterogênea, que caracterizaria melhor um não-posicionamento ou um posicionamento ambíguo.

d) Quanto ao autoposicionamento político e ideológico

Em dois momentos da pesquisa foi solicitado aos entrevistados que se auto-identificassem quanto aos respectivos posicionamentos político e ideológico. Na primeira questão lhes era solicitado que se situassem no espectro dado pelo jargão de uso comum para a identificação de posições ideológicas, as quais são comumente identificadas pelas posições básicas de direita — centro — esquerda. Para complementar esta questão, em outro momento da pesquisa lhes foi perguntado como se situavam ideologicamente (conservador, liberal, progressista, comunista, socialista etc.).

Pela primeira dessas questões fica, mais uma vez, demonstrada a dificuldade dos políticos, sobretudo quando não pertencem a partidos "ideológicos" (*), em situarem-se nas posições de "direita".

Os autoposicionamentos majoritários foram os de "centro" (35,2%), centro-esquerda (23,5%), e esquerda (25,3%). À direita se situaram apenas 3,1% dos entrevistados. Os demais ou se omitiram ou deram respostas tão ambíguas que inviabilizaram suas classificações. O que temos de mais próximo à evolução dos fatos constituintes está na auto-identificação dos constituintes enquanto "esquerda", os quais embora constituindo um grupo significativo, não poderiam (e nem puderam), sem uma política de alianças com os grupos de centro-esquerda e de centro fazer prevalecer no texto constitucional quaisquer de suas propostas.

(*) Aqui referimo-nos aos partidos que claramente fizeram essa opção, qual sejam, o PCB, o PT, o PC do B e o PSB.

Em termos partidários, temos que o partido majoritário na ANC, o PMDB, apresentou uma grande dispersão de respostas, embora se pudesse inferir, dos dados obtidos pela pesquisa, um marcante perfil progressista, a partir dos que se posicionaram ou como centro-esquerda (quase 35%), mais os que se posicionaram como esquerda (quase 27%), o que comporia a maioria absoluta do partido.

Os dados fornecidos pelos integrantes do PFL de um modo geral confirmam o perfil mais conservador do mesmo. Por um lado, é onde se encontrava o maior número de constituintes que se autopositionaram como "direita" e nenhum como "esquerda": a maioria definiu-se como "centro" (62,2%) e poucos como "centro-esquerda" (16,2%). Com resultados relativos semelhantes, poderíamos afirmar que o PDS possuía o mesmo perfil ideológico que o PFL: 63,6% posicionando-se como "centro", 9,1% como centro-esquerda, também 9,1% como direita e nenhum na "esquerda".

Os demais partidos não apresentaram surpresas:

- no PDT a maioria se posicionou como esquerda (70%) e centro-esquerda e nenhum na direita;
- no PT, no PCB e no PC do B todos se situaram na "esquerda";
- no PTB e no PDC todos os que situaram ficaram no "centro";
- o PSB ficou no "centro-esquerda", e o PL não se posicionou com clareza.

Em termos regionais tivemos:

- a prevalência do autopositionamento como "centro" em todas as regiões, exceto na região Sul;
- os de "direita" estão, na maioria, no Nordeste (embora pouco significativos no conjunto pesquisado);
- Na Região Sul estaria, segundo a pesquisa, o contingente mais progressista em termos relativos (64% do total da região);
- em termos absolutos o Sudeste contribuiria com o maior contingente de parlamentares de esquerda (em número de 14).

e) quanto ao mandato do Presidente da República e do Presidente Sarney

Tivemos que a metade dos parlamentares entrevistados já se posicionavam, há um ano atrás, por um mandato de 5 (cinco) anos para os futuros presidentes da República. Contudo, um significativo contingente (quase 40%) admitia que o mandato deveria ser reduzido para 4 anos, seja com o direito de o postulante ser reeleito (21%) ou sem o direito de reeleição (18,5%).

No que se refere ao mandato específico do Presidente José Sarney, tivemos que apenas 32,7% dos entrevistados se posicionavam, naquele

momento, pelo mandato de 5 anos, como veio a acontecer, enquanto que os que preferiam a redução de seu mandato para 4 anos (com ou sem reeleição) constituíram uma maioria de 45,2%, a qual seria bem mais significativa, se não houvesse quase 10% de parlamentares que preferiam a manutenção do atual presidente em 6 anos. De qualquer forma, os dados são indicativos das pressões que seriam necessárias para que o mandato de 5 anos obtivesse a esmagadora maioria do plenário da ANC.

f) Quanto à abertura democrática no sentido da participação popular

As respostas às duas questões sobre a possibilidade de maior participação popular nas decisões da ANC e em iniciativas do legislativo indicaram que os parlamentares se encontravam divididos quanto à possibilidade de se submeter o texto constitucional a referendo popular. De fato, os dados indicaram que mais de 45% dos entrevistados se posicionaram contra essa possibilidade enquanto que os que estavam favoráveis representavam quase 40%. Somados aos que concordavam com essa iniciativa somente em alguns pontos (8%), os parlamentares favoráveis a uma maior democratização do processo constituinte procuravam uma relativa maioria de 48%.

Por outro lado, quando indagados sobre a possibilidade de incorporação da iniciativa legislativa popular, a esmagadora maioria (quase 70%) se pronunciou favoravelmente contra os poucos mais de 20% da amostra que estavam contra essa abertura democrática.

Esses dados demonstraram, mais uma vez, as ambigüidades da ANC quando se tratava de questões ligadas à incorporação de demandas populares efetivas, o que tornava os constituintes mais vulneráveis, enquanto massa de manobras das pressões lobbyistas de toda ordem.

Parte III — Opiniões sobre reforma agrária e outras questões do desenvolvimento agrícola

Realizada a caracterização dos entrevistados e analisadas as suas opiniões sobre a organização do Estado, em termos de preferências e perspectivas, nesta parte passamos ao relato e análise das opiniões dos parlamentares sobre a reforma agrária, assim como acerca de questões pertinentes ao desenvolvimento agrícola nacional, tais como se apresentavam, naquele momento, na ANC.

Primeiramente, serão analisadas as opiniões dos parlamentares acerca do direito de propriedade em geral e no que concerne à propriedade rural especificamente. Em seguida, serão analisados os posicionamentos relativos à reforma agrária propriamente dita; suas formas e objetivos; a alteração da estrutura fundiária brasileira; os possíveis instrumentos dessa alteração, inclusive o conceito de módulo rural.

O terceiro item dirá respeito às relações entre reforma agrária e política agrícola, em termos de precedência e conteúdo. A seguir, lidaremos com as opiniões sobre os mecanismos para realização da Reforma Agrária ou do

ordenamento da estrutura fundiária (indenização, tributação, titulação, financiamento e justiça agrária).

Finalmente, serão tratadas questões relativas aos temas indígenas e ao meio ambiente.

1. *Direito de propriedade*

Em dois momentos os entrevistados foram questionados sobre os respectivos posicionamentos quanto ao "direito de propriedade": no primeiro, perguntou-se genericamente como viam a questão; no segundo, especificou-se a indagação relativamente à propriedade rural. As implicações das respostas foram claras: das posturas dos constituintes poder-se-iam prever os graus de abertura com que a questão agrária e a reforma agrária seriam tratadas no texto constitucional. Em princípio não se esperava grande divergência entre as respostas, mas surpreendeu o fato de a grande maioria dos entrevistados terem subordinado o direito à propriedade (em geral e no campo) ao cumprimento de sua função social.

De fato, quase 75% dos entrevistados condicionavam o direito à propriedade ao cumprimento da função social da mesma. As variações entre as respostas às duas questões foram pouco relevantes. Enquanto cerca de 12% dos entrevistados afirmaram ser favoráveis à garantia absoluta do direito de propriedade em geral, na mesma proporção indicaram a mesma opinião relativamente à propriedade rural, com a ressalva de alguns (7%) de que, neste caso, só seria admissível sua limitação nos casos de interesse público (construção de obras de infra-estrutura econômica e social como barragens, estradas etc.).

A subordinação do direito de propriedade rural ao cumprimento de sua função social foi um dos pontos de maior polêmica nos vários plenários da ANC. Embora tenha ficado registrado que a propriedade deva cumprir sua função social, seu descumprimento não constitui justificativa para desapropriação para fins de reforma agrária.

2. *Posicionamento dos parlamentares sobre questões específicas da reforma agrária*

2.1 *Sobre alteração da estrutura fundiária*

A quase totalidade dos parlamentares entrevistados de todos os partidos (95,2%) concordaram que a atual estrutura fundiária do País deveria ser alterada.

Esse percentual chegou aos 100% dos parlamentares das Regiões Norte e Sul e a patamares mais baixos nas demais regiões, nas quais, contudo, ultrapassou 85% no Centro-Oeste, chegou a 88% no Sudeste e a quase 92% no Nordeste.

Quando comparados com o resultado das votações na ANC a respeito de outros temas relativos a R.A., quando posições que levaram à não alte-

ração da estrutura fundiária venceram, esses altos percentuais pró-alteração revelam apenas o costumeiro mecanismo de defesa daqueles que não querem ser rotulados como anti-R.A. ou reacionários e que, num primeiro momento, aceitam a necessidade da alteração, mas revelam sua posição conservadora quando instados a responderem questões mais específicas relativas ao tema. Ao responderem positivamente, os entrevistados que, na verdade, são contrários a qualquer transformação substancial da estrutura fundiária, se preparam para justificar suas idéias antiprogresso rural nas minudências das questões.

Tal explicação também poderá ser válida para os posicionamentos extremamente favoráveis à alteração da estrutura fundiária, mesmo em partidos que se posicionaram majoritariamente contra a R.A. (PFL e PDS) ou que se mostraram divididos nessa questão (PMDB). Os dados, no entanto, mostraram que nesses partidos, naquele momento, os propósitos reformistas representavam grande maioria: 95,2% no PMDB, quase 92% no PFL e quase 82% no PDS.

2.2 — *Sobre a reforma agrária propriamente dita*

Quando indagados sobre a necessidade de uma reforma agrária no País, os parlamentares de todos os partidos também se posicionaram positivamente. A idéia implícita nesta questão era a de trazer o debate sobre a R.A. para além da pura e exclusiva alteração fundiária, permitindo um novo espaço para manifestação de opiniões conflitantes ou complementares.

De fato em todos os partidos, com exceção do PDS, as manifestações favoráveis à reforma agrária ultrapassaram 94%. Na verdade, apenas dois parlamentares (um do PMDB e outro do PDS) se manifestaram contra. Essa extrema favorabilidade a uma política que mais tarde não chegou a se consubstanciar em preceitos constitucionais deverá ser retomada e comentada quando examinarmos os posicionamentos relativos a questões posteriores em que os entrevistados tiveram que qualificar o tipo de R.A. sobre a qual continuariam favoráveis.

As respostas por outro lado, revelaram que a distribuição regional de respostas favoráveis à R.A. foram consistentemente altas, chegando a 98% no Nordeste e 100% entre os parlamentares do Sul. Mais uma vez, esta "consistência" será retomada em especificações contidas em perguntas posteriores.

2.3 — *Adequação da reforma agrária*

Defrontamos também os posicionamentos dos parlamentares quando indagados sobre a reforma agrária enquanto mecanismo adequado para iniciar transformações de vulto na sociedade brasileira. Foi apresentada uma série de opções e foram admitidas múltiplas respostas. As respostas distribuíram-se consistentemente por 6 (seis) das alternativas oferecidas, registrando-se um percentual mais alto (20%) apenas daqueles que se pronunciaram pela R.A. enquanto opção adequada para promover a justiça social,

ou de outros 18% de respostas que consideraram a R.A. adequada para aumentar a produção de alimentos, redistribuir riquezas (15,6%) e acabar com conflitos/violência (15,4%).

Note-se entretanto que foi registrado um índice alto (28,4%) de não respostas a essa questão.

Isso nos leva a admitir um alto grau de evasivas convenientes ou de ausência de conhecimento específico sobre o que estava sendo discutido, o que demonstrou, mais uma vez, a crucialidade da questão agrária e a volubilidade dos parlamentares sobre questões relevantes do processo constituinte naquele momento.

2.4 — *Modalidades preferenciais de reforma agrária*

Sumariamos também as respostas dos parlamentares no que diz respeito a modalidades preferenciais de reforma agrária. Novamente foram oferecidas várias alternativas, das quais 6 (seis) foram as mais frequentemente escolhidas pelos parlamentares. Dessas, a que obteve maior incidência de escolhas foi a que admitia a R.A. em grandes extensões de terras privadas que estão ociosas (25,6% do total de respostas colhidas). A segunda em preferência foi a R.A. que incluísse a sua realização em terras públicas (quase 22% das respostas) e a terceira admitida a realização da R.A. em grandes extensões de terra inadequadamente exploradas (mais de 21%). Se somadas as primeira e segunda opções de modalidade de R.A. temos um total de quase 47% de respostas favoráveis a expropriação de terras privadas ociosas ou que estejam inadequadamente exploradas. Tal posição favorável, no entanto, como sabemos, não veio a confirmar-se na votação final quando as grandes propriedades privadas improdutivas foram consideradas não passíveis de desapropriação.

Cabe salientar também que nas respostas a essa questão houve um grau ainda mais elevado de evasivas chegando-se a quase 48% de não respostas.

2.5 — *Instrumentos eficazes para mudar a estrutura fundiária*

A desapropriação, seguida da tributação sobre as terras ociosas foram os instrumentos considerados mais eficazes para mudar a estrutura fundiária brasileira. De um total de 315 respostas a uma pergunta que admitia resposta múltipla respectivamente 55,5 e 27,6% das mesmas correspondiam àquelas opções somando um total de mais de 63%. Seguiram-se as que optaram pela colonização (18,4%) e a regularização fundiária (mais de 10%). Digno de nota foram as 5,4% de respostas que optaram pelos mecanismos da perda sumária e confisco, os quais, afinal, não vieram sequer a ser incluídos entre os temas pertinentes nas votações.

Pode-se concluir que, apesar de se ter alcançado novamente um alto índice de não respostas, os parlamentares mostram-se mais progressistas nas entrevistas em relação aos instrumentos de alteração fundiária do que as votações demonstraram nos trabalhos constituintes.

2.6 — *A aplicação do conceito de módulo rural e a limitação da extensão da propriedade*

Os dados demonstraram que os parlamentares se dividiam quanto à possibilidade de utilização do módulo rural enquanto limitador da extensão da propriedade fundiária privada. De fato, se 46,3% dos parlamentares se posicionaram a favor dessa utilização, houve também 31,5% deles que se posicionaram contra. Essa divisão, por sua vez, indicava já no sentido da intensa polarização que a limitação do direito de propriedade rural iria desenvolver posteriormente no âmbito da ANC.

Uma outra questão adicional que indagava a respeito da limitação da extensão da propriedade a 60 módulos mostrou um alto índice de evasão, pois mais de 53% dos parlamentares não se posicionaram sobre a questão. Entretanto, a pesquisa mostra que na ocasião já havia 21,6% de parlamentares favoráveis totalmente à aplicação da medida e mais 8,0% que também se consideravam a favor, conforme a região, perfazendo um total de quase 30% de respostas favoráveis. Apenas 8% dos parlamentares, por outro lado, se pronunciaram abertamente contra a utilização da medida.

3. *Mecanismos da reforma agrária*

a) *Indenização*

O instituto da indenização é defendido por todos os que, de alguma maneira, admitem a necessidade de o Estado poder intervir no direito de propriedade. Contudo, existem variações relativas às formas ou modalidades que a mesma deve assumir. Basicamente são propostos procedimentos diferentes quanto à indenização que deva incidir sobre as terras desapropriadas ou sobre as benfeitorias presentes nas mesmas.

A indenização da terra nua a preços de mercado e em títulos da dívida agrária (TDA's) foi o procedimento que contou com o maior número de adesões (43,8%); seguiu-se o que define que a indenização a ser paga deve ser calculada com base no valor que o proprietário declarou para fins de pagamento do ITR — Imposto Territorial Rural —, e sob a forma de TDA's (23,5%). Esses dois procedimentos, que se diferenciam quanto ao cálculo da indenização devida, têm em comum a proposição de que o pagamento seja feito em TDA's (67,3%).

Um segundo grupo significativo de entrevistados (16,7%) defendeu que o pagamento da indenização de terra desapropriada para fins de reforma agrária deve ser feito em espécie e à vista. Nesse conjunto era majoritário o grupo que defendia a fixação da indenização a preços de mercado (cerca de 3/4 do total), em relação ao que propõe o valor declarado para pagamento do ITR.

Dos entrevistados que deram resposta conclusiva à questão de como gostariam que fosse definida no texto constitucional a indenização das terras

desapropriadas para fins de reforma agrária, teve-se 156 constituintes, sendo que:

a) propõem como base de cálculo da indenização devida:

| | |
|--------------------------------------|-------|
| — o preço de mercado | 67,6% |
| — o valor declarado para o ITR | 32,4% |

b) propõem como forma de pagamento:

| | |
|-----------------------------|-------|
| — TDA's | 80,1% |
| — em espécie, à vista | 19,2% |

A indenização da terra calculada a preços de mercado era defendida pela maioria dos entrevistados filiados ao PMDB na época da pesquisa (57,1%), mas sobretudo pelos do PFL (75%), e do PDS (62,5%). Com um número menor de entrevistados, dados os critérios de amostragem, mas significativo, foram favoráveis a essa mesma opção também os entrevistados do PTB (50%), PCB (50%), PDT (40%), PDC (100%) e PT (12,5%). Definiram-se a favor da indenização da terra calculada a partir do valor do ITR declarado pelos seus proprietários apenas 5,6% do PFL, 25% do PDS, e 27,3% do PMDB. Com participações relativas mais significativas quanto a esse posicionamento observou-se 75% do PT e 50% do PDT, do PCB e do PC do B.

O pagamento da terra desapropriada em TDA's foi o preferido pela maioria dos entrevistados (67,5%), sobretudo para os constituintes do PCB (50%), PDC (100%), PDT (90%), PT (87,5%), PMDB (75,3%), e em menor quantidade pelos do PDS (62,5%) e PFL (58,4%). Posicionaram pelo pagamento à vista das terras desapropriadas os constituintes do PL (100%), PFL (27,8%), PDS (25,0%), PMDB (15,0%) e PDT (10,0%).

Em termos regionais teve-se que os entrevistados que representam a Região Norte se dividiam igualmente entre os que defendiam que a indenização da terra desapropriada devia ser calculada tendo como base os preços de mercado e o valor declarado pelo proprietário para efeito do recolhimento do ITR; a maioria é a favor de que o pagamento seja em TDA's.

No Nordeste, a posição majoritária era a que defendia que a indenização da terra deve ser feita a preços de mercado (59,2%) em TDA's (65,5%). De forma majoritária, na região Centro-Oeste, se colocava o pagamento em TDA's (72,1%) e a preços de mercado, o que se repetia, acompanhando a mesma tendência nas regiões Sul (72% e 60%) e Sudeste (72% e 62%).

Quanto à indenização de benfeitorias existentes nas terras desapropriadas para fins de reforma agrária havia uma maior concentração de opiniões que defendiam que a mesma devia ser feita a preços de mercado e em espécie, à vista (62,4% dos entrevistados).

Existia, em comum, o entendimento de que os dispêndios feitos na terra sob a forma de benfeitorias constituía um patrimônio do proprietário que não pode nem deve ser tocado, a menos que haja, de imediato, um

ressarcimento financeiro adequado. Poucos se posicionaram pelo total pagamento de benfeitorias em TDA's (19,1%), e, mesmo aqui, a maioria defendeu que a base de cálculo fosse os preços de mercado.

Com um número relativo mais significativo de entrevistados que preferiram que a indenização de benfeitorias fosse feita em TDA's, tem-se os do PT (62,5%), PCB (50%), PC do B (50%) e PDT (30%). Ao nível de distribuição regional dos entrevistados não se observam diferenças significativas entre as mesmas.

b) Tributação

A tributação da propriedade rural tem sido apontada como um mecanismo privilegiado para a promoção da reestruturação fundiária no País, sobretudo por representantes das entidades ligadas aos grandes produtores e proprietários rurais (UDR, CNA, OCB e SRB). Uma política tributária que fosse progressiva em relação ao tamanho do imóvel e regressiva em relação à ocupação produtiva, para muitos seria capaz de promover uma estrutura fundiária mais justa e aumentar a produção de produtos agrícolas.

Nas respostas dadas pelos entrevistados teve-se uma maior preferência por uma política tributária para a área rural que isente as propriedades familiares produtivas e/ou os minifúndios (38,5%) e que incida de forma progressiva sobre terras ociosas. Poucos (10,3%) não admitiam quaisquer formas de isenções, ao lado de outros (6,1%) que acreditavam que toda terra produtiva, independente do tamanho, deve ser isenta, e dos que acham que devem ser isentas as empresas rurais até o limite máximo da área do módulo rural fixado para a região (5,2%).

A maioria dos entrevistados admitia, pois, uma política tributária para a área rural que a partir de critérios seletivos, isentasse determinadas propriedades: ou por serem pequenas, ou familiares, ou produtivas. Observava-se, nesse aspecto, uma grande liberalidade em relação à taxaço da propriedade fundiária e, daí, podem-se levantar algumas hipóteses sobre a sociedade brasileira quanto ao peso específico dos interesses dos proprietários rurais na formulação de políticas públicas. De certa forma, o peso das "oligarquias rurais", de seus interesses, se fazem mais presentes nas definições constitucionais do que levam a supor, num exame superficial, os níveis atuais de urbanização da sociedade brasileira.

c) — Titulação

A partir da definição de como deveriam ser tituladas as terras objeto de reforma agrária obteve-se um painel sobre as concepções que dela têm os constituintes.

A maioria dos entrevistados admitia que haja titulações individuais e de grupos associados de beneficiários igualmente (64,8%). Poucos admitiam exclusivamente a titulação individual (13,6%), e são ainda em menor quantidade os que apenas admitiam titulação ou para grupos associados (3,1%), ou cooperativas (2,5%). Somente para poucos a titulação deveria

estar sujeita à comprovação da capacidade do beneficiário, ou seja, a titulação só poderia ser feita após provada a produtividade da terra (2,5% dos entrevistados). Para um número ainda menor de constituintes não deveria haver titulação da terra: a mesma deveria pertencer à nação e ser apenas confiada para uso do agricultor beneficiário da reforma agrária.

Os que eram favoráveis tanto à titulação individual quanto à de grupos associados pertenciam majoritariamente a pequenos partidos: PDC (100%), PC do B (100%), PCB (100%), PDT (80%) e PT (75%). Dos partidos com maior número de representantes no Congresso Nacional, teve-se com este posicionamento, 66,5% dos entrevistados do PMDB, 64,9% do PFL e 36,4% do PDS.

Por outro lado, em todas as regiões os favoráveis à titulação tanto individual quanto de grupos associados foram sempre maioria.

Uma maior variabilidade de respostas foi obtida quanto às formas de titulação preconizadas por cada um dos entrevistados. Embora os entrevistados tenham apontado os beneficiários da titulação, um grande número gostaria de estabelecer limites à mesma, defendendo que o acesso a terras objeto de reforma agrária se dê preferentemente por cessão de uso por tempo determinado, quer se trate de terras públicas (24,2%), de terras desapropriadas (22,7%) ou de terras confiscadas (18,5%). Foram favoráveis à venda da terra, a preços subsidiados, com prazo de carência, 11,5% quando se tratar de terras públicas; 9,2% quando se tratar de terras desapropriadas; e 7,8% quando as terras tiverem sido confiscadas. Alguns ainda responderam que as terras objeto de reforma agrária deveriam ser cedidas, com garantia de posse vitalícia (1,2%).

d) *Fontes de financiamento da reforma agrária*

Para a maioria dos entrevistados os recursos necessários à implementação da reforma agrária deveriam vir de um "Fundo Nacional de Reforma Agrária" constituído por dotação consignada no Orçamento Geral da União, a ser fixada através de um percentual sobre a receita da União (74,1%). Um grupo menor de respostas apontou como fonte de recursos para a implementação da reforma agrária a receita advinda da tributação da propriedade rural, que deveria atender exclusivamente aos custos da reforma agrária (18,1%). Poucos indicaram como fonte possível de recursos a tributação de latifúndios improdutivos (5%), ou os que afirmaram não haver necessidade da criação de um Fundo, pois as terras a serem distribuídas seriam confiscadas (2,4%).

Essas duas últimas respostas indicam graus elevados de incompreensão quanto à reforma agrária e ao papel social da propriedade. A primeira somente propõe a tributação dos latifundiários improdutivos, sem qualificar como a mesma se daria, sem haver uma condenação explícita ao seu caráter não produtivo por definição. A segunda, ao pretender radicalizar o processo de reforma agrária, na certa o inviabilizaria: mesmo se politicamente desejável e possível o confisco de terras, esquecem que os recursos

para a reforma agrária extrapolam em muito o preço ou custo da terra, são necessários investimentos públicos tanto ao nível da parcela a ser apropriada por um beneficiário (individual ou coletivo), quanto ao nível da infraestrutura econômica e social (estradas de acesso, escolas, postos de saúde, armazenagem, racionalização no acesso e uso da água etc.), além de serviços de apoio indispensáveis como as assistências técnica e creditícia.

c) *Justiça agrária*

A criação de uma justiça agrária era vista como necessária pela maioria dos constituintes entrevistados (66,7%). Poucos afirmaram que a mesma não era necessária (21,6%), ou que a descartaram por não acreditarem na Justiça (apenas 2,5%).

Todos os partidos de esquerda (PDT, PT, PCB e PC do B) posicionaram-se integralmente a favor da criação de uma justiça agrária. Em termos relativos esse contingente era bem menor no PDS (18,2%), PTB (50%) e PFL (56,8%). O PMDB, ficou em uma posição intermediária (74,7%).

Dentre os que declararam que a justiça agrária não é necessária ou que não acreditam na justiça, o maior contingente relativo ficou na região Centro-Oeste (27,8%), seguida de perto pela Sudeste (26%), Nordeste (24,5%) e Sul (24%). A região Norte, a mais afetada nos anos recentes por conflitos fundiários ficou com 15%.

Para a maioria dos que achavam ser necessária a criação da justiça agrária, sua atribuição principal seria a de resolver os conflitos agrários (49,3% das respostas). Foram também indicadas como atribuições a serem exercidas por uma justiça agrária no Brasil: julgar as questões relativas à propriedade, posse e uso da terra (5,1%); resolver os problemas de imissão de posse (5,1%); agilizar os processos (5,1%); garantir as desapropriações (5,1%). Apenas 1,4% indicaram como atribuição da justiça agrária tratar especificamente as questões fundiárias ou julgar os crimes cometidos por latifundiários contra posseiros.

f) *Terras indígenas*

Compondo e confundindo-se com a questão agrária brasileira, a das terras indígenas tem suscitado polêmica. De modo geral permeiam a mesma dois posicionamentos básicos, polarizados, de um lado os que defendem a autonomia das nações indígenas e, de outro, os que propõem a integração das mesmas à sociedade brasileira. Como pano de fundo da questão indígena, dando-lhe suporte e concretude, está o destino a ser dado às terras ocupadas e/ou reivindicadas pelas nações indígenas.

A maioria dos constituintes entrevistados (53,1%) era favorável a que a nova Carta garantisse a demarcação das terras atualmente ocupadas pelas nações indígenas; em menor número eram os que, ademais das terras ocupadas, queriam estender a garantia também às terras reivindicadas pelas nações indígenas (28,4%). Em posição oposta, apenas 1,8% se colocavam contra qualquer forma de reserva.

Durante os debates sobre a reforma agrária nas sessões públicas da subcomissão encarregada de discutir e apresentar o primeiro anteprojeto constitucional sobre o tema, não foram poucos os que propugnavam que a reforma agrária deveria prioritariamente (e para alguns, exclusivamente) realizar-se em terras públicas e áreas indígenas. Em certa medida — ainda que de forma tênue — essa opinião perpassa as respostas dadas quanto às garantias constitucionais que deveriam ser fixadas no que diz respeito ao controle das nações indígenas sobre seu território. Verificou-se que pouco menos da metade dos entrevistados (46,9%) opinou que se deveria garantir às nações indígenas a posse permanente e o usufruto das riquezas naturais do solo (inclusive pluviais). Cerca de 50% se posicionaram de forma mais abrangente, agregando aqueles quesitos os recursos naturais de subsolo e “todas as riquezas existentes em seus territórios”. Parcela pequena defendia que o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo por parte das nações indígenas nas terras sob seu domínio deveria ser estabelecido com prazo determinado (6,8% dos entrevistados). Um contingente ainda menor (apenas 1,2%) simplesmente não discutia a questão por considerar que o solo e o subsolo são da União. Contudo, foi bem maior o grupo de parlamentares que se posicionaram favoravelmente à definição de uma legislação que permitisse nas terras ocupadas por nações indígenas atividades extrativas de riquezas não renováveis, desde que realizadas pela União (46,9%).

De modo geral todos foram favoráveis a que, até um determinado grau, fosse permitido o acesso por grupos sociais variados às possíveis riquezas naturais presentes em terras indígenas. Para alguns, a legislação deveria proibir, naquelas terras, atividades extrativas de riquezas não renováveis, exceto cata, fiação e garimpagem, quando exercidas pelas próprias comunidades indígenas (28,4% dos entrevistados). Mais abrangentes, outros defendiam a permissão para o exercício de atividades extrativas não renováveis para empresas privadas e garimpeiros autônomos (cerca de 5% dos entrevistados).

Apesar dessas posturas, dois terços dos parlamentares entrevistados se colocaram a favor do respeito à autonomia e independência dos povos indígenas, do direito de manterem e desenvolverem seus costumes, valores e estilos de vida em seu próprio meio, reservas demarcadas e protegidas pelo governo. Uma minoria (13,6%) colocou-se a favor da integração total dos povos indígenas à vida econômica, social, política e cultural do País, enquanto outros (5,7%) condicionaram o respeito ao direito e autonomia dos povos indígenas: a ser mantido desde que não prejudique o desenvolvimento econômico da região onde estejam localizados.

g) *Meio ambiente*

A preocupação com a preservação e a qualidade do meio ambiente é matéria que vem ocupando crescentemente lugar de destaque nas falas e reivindicações da sociedade civil. Se a degradação do meio ambiente, que nas áreas urbanas decorre sobretudo da poluição industrial, no meio rural é pelo manejo inadequado da terra, quer sob a forma da utilização inadequada de insumos modernos (mecanização, agrotóxicos etc.), quer pela

recorrência a práticas predatórias e inadequadas (queimadas). Nessa medida a questão ambiental insere-se no quadro geral de definição dos padrões de qualidade de vida de toda a população.

A maioria dos entrevistados (mais de 70%) disse ser favorável a mecanismos constitucionais capazes de garantir o meio ambiente contra todas as agressões que o atinjam e que punam, de forma concreta e exemplar, os infratores, particularmente as grandes empresas, quer públicas, quer privadas. Contudo, uma parcela significativa de parlamentares ouvidos (21%) defendia uma legislação de caráter condicional, ou seja, que protegesse o meio ambiente, mas que não colocasse obstáculos ao desenvolvimento de atividades que com freqüência, não podem ser totalmente controladas. Os constituintes que defenderam esta posição pertenciam ao PMDB (20,5%), PFL (24,3%), PDS (27,3%), PDT (10%), PTB (75%) e PL (100%), e com maior presença dos originários das regiões Norte (30%) e Centro-Oeste (27,8%). Seguramente, refletia-se, nessas respostas, menos a preocupação com o controle dos objetos produzidos pela sociedade urbano-industrial e mais a defesa implícita da forma como se vem realizando a ocupação das áreas de fronteira agrícola nas últimas décadas.

Uma outra perspectiva dessas definições — tomada a partir da auto-definição ideológica dos entrevistados — mostra que os constituintes, quer defendessem uma legislação para o meio ambiente que lhe garantisse defesa irrestrita, quer apresentassem uma defesa condicional, se distribuíam, sem grandes diferenças por todos os posicionamentos indicados. Pela defesa irrestrita do meio ambiente estavam a maioria dos parlamentares auto-situados nas diferentes e dispersas posições ideológicas, exceto os “democratas cristãos”.

4. Reforma agrária e política agrícola

As questões relacionadas com as prioridades para uma política agrícola que pudesse ser implementada a partir do estabelecimento das prerrogativas constitucionais pertinentes apresentou em linhas gerais as seguintes tendências:

1) — Tivemos mais de 45% de parlamentares que se posicionaram a favor de uma política agrícola que também contemplasse mudanças na estrutura fundiária do País, sobretudo via reforma agrária. De acordo com este posicionamento, portanto, a reforma agrária se transformaria em sucedâneo da política agrícola, como se tornou explícito no desejo das forças conservadoras que posteriormente se aglutinaram na ANC de forma que não se aprovassem os preceitos constitucionais permitidores de uma alteração fundiária massiva e radical.

2) — Em segundo lugar, registrou-se um percentual de 26,5 de parlamentares que se posicionaram a favor de uma política agrícola subordinada à reforma agrária.

3) — Uma minoria de 6,8% que contemplava modificações na estrutura fundiária, notadamente via regularização fundiária.

As demais respostas ficaram pulverizadas em alternativas às vezes incompatíveis ou até mesmo contraditórias (13% de "outros"), além de registrar-se um alto percentual de não respostas (8,6%).

Na distribuição regional dessas opiniões as mesmas tendências foram mantidas, excetuando-se os casos do Nordeste e Centro-Oeste. No primeiro, a preferência pela primeira alternativa reduziu-se a menos de 59% enquanto na segunda essa preferência ultrapassou 60% dos parlamentares entrevistados, onde pode-se notar uma influência mais forte das posições então defendidas pela UDR.

Apenas na Região Norte é que a tendência que subordinava a política agrícola à realização de uma R.A. efetiva recebeu um número relativamente alto de preferência (55%), seguida pela Região Sul (52%).

Em termos de bancada por partido tivemos que a primeira tendência obteve conseqüentemente a preferência dos partidos maiores (PMDB, PFL e PDS) e a segunda, considerada mais progressista, apareceu com maior freqüência nas opiniões dos partidos de esquerda, como numa antecipação do que viria a acontecer nas votações posteriores. Apenas uma parcela considerável do PMDB (25,4%) preferiu também optar pela terceira tendência.

Finalmente, uma pergunta de resposta múltipla que visava a coletar os pontos que, na opinião dos parlamentares, deveriam estar incluídos na formulação de uma nova política agrícola para o País apresentou um alto grau de pulverização das respostas. Na verdade, apenas quatro alternativas lograram ultrapassar o patamar de 10% do total das respostas: fornecer experiência técnica ao agricultor, fornecer crédito garantido à produção; assegurar armazenamento e transporte e assegurar preços mínimos. Evidentemente, consideramos que esses pontos não se constituem em mecanismos realmente novos na política agrícola divergentes dos já existentes no País, o que demonstra um certo grau de redundância e informação limitada por parte dos parlamentares. Por outro lado, foi também registrado um alto índice de não respostas (quase 50%).

Considerações finais

Quando comparados aos poucos resultados colhidos pela Campanha Nacional pela Reforma Agrária (CNRA) nos trâmites da ANC, os dados revelam a profunda mistificação por que, freqüentemente, as matérias legislativas que dizem respeito à R.A. no Congresso Nacional, onde nunca conseguiram o apoio massivo e inequívoco necessário à sua aprovação e implementação, apesar de todos declararem-se, em princípio, a favor da R.A. ou de alterações na estrutura fundiária do País.

Não obstante, a efetivação de medidas pertinentes fica postergada, nas digressões, ressalvas, condições e estratégias que participam das discussões acaloradas, e onde as posições conservadoras sempre demonstram força e poder de articulação quase impossíveis de se prever ou enfrentar. O debate

se torna mais ainda acalorado quando se colocam questões sobre que terras devem ser atingidas, que tipo de propriedade rural é passível de desapropriação, de modo que uma posição conciliadora e que contemple todos os interesses e, ao mesmo tempo, realize o objetivo a que se propõe se torna, conseqüentemente, inviável. Foi assim na ANC, onde os resultados mostram, antes de tudo, um retrocesso frente ao Estatuto da Terra, com conseqüências danosas para a questão social e democrática no Brasil, em que pesem os ganhos em relação à demarcação das terras indígenas, proteção ao meio ambiente e previdência rural. Essas conquistas, no entanto, se tornam irrelevantes face à impossibilidade de se desapropriar terras improdutivas, bloqueando a eliminação do latifúndio rural.

Ao nível dos partidos fica também evidente que foi a cisão interna do PMDB que permitiu no final dos votos que tal retrocesso acontecesse, ao fornecer grande parcela dos parlamentares que aderiram às posições conservadoras do "Centrão", orquestradas pela UDR.

Estimamos que o vigor da questão agrária atinge tal crucialidade e veemência porque põe em jogo o princípio do direito de propriedade, exercido nas bases que sempre nortearam o desenvolvimento brasileiro, desde a ocupação colonial até a modernização contemporânea, onde o fator novo de relevância foi o grau de organicidade na articulação do discurso, interesses e representantes dos proprietários rurais no Congresso Nacional. Mais uma vez tudo se passou como se e afinal de contas tudo não passasse de uma "questão de posse" e nenhuma demanda, para os que a adotam e professam, é mais sagrada e inalienável que essa.

Outro aspecto a destacar é que a organicidade mencionada passou sobretudo, pela estratégia da reformulação e aperfeiçoamento da política agrícola vigente no País, na qual o patronato rural sempre esteve como agente contemplado e privilegiado, apesar do discurso constantemente impreciso dos parlamentares sobre os componentes e conceitos dessa Política. Verificou-se, assim, o ressurgimento de um novo discurso tecnocrático que conseguiu relegar a R.A., nos moldes da CNRA, à situação de ideologismo e forma de radicalismo inútil e impatriótico.

Por outro lado, as formas de aglutinação e ação dos diversos interesses explicitados pela R.A. na ANC e transparecidos nos dados desta pesquisa oferecem uma radiografia das classes e frações de classes que compõem a sociedade brasileira de hoje. Ou seja a própria pesquisa e acompanhamento da Constituinte realizados permitem visualizar essas mesmas classes e frações "em processo", na atuação política concreta. Afinal, aqui não vale contrapor que constituintes e constituições nunca se caracterizaram pela sua relevância histórica e durabilidade temporal. Aqueles que vivenciaram os anos de autoritarismo ou participaram das demandas consubstanciadas nas reformas de base, propostas antes do golpe de 1964, sabem da importância assumida pela ANC, onde se esperava que pelo menos o Plano Nacional de Reforma Agrária da Nova República fosse reforçado e assumido pela nova democracia brasileira.

O trabalhador rural na nova Constituição: operário ou camponês?

MAURO MÁRCIO OLIVEIRA

Assessor Legislativo do Senado Federal

SUMÁRIO

1. *Introdução.*
2. *Das relações de trabalho agrário.*
3. *Do acesso à propriedade fundiária.*
4. *Conclusões e especulações.*
5. *Bibliografia.*

1. *Introdução*

A opção metodológica da Assembléia Nacional Constituinte em gerar seu próprio projeto de Constituição, a partir de subcomissões e de comissões temáticas, dispensando um prévio esboço global, abriu a possibilidade de se obterem produtos parciais divergentes entre si. A consolidação das posições, de uma parte e outra, ao longo do trabalho constituinte, não impede que se reconheça uma face “progressista” em alguns dispositivos e “conservadora” em outros.

As matérias aprovadas nas Comissões da Ordem Econômica e da Ordem Social compõem um exemplo a respeito, quando se toma em consignaço a questão rural. Enquanto se conseguiu impedir definições favoráveis à ampliação da reforma agrária, na Ordem Econômica, ampliou-se o leque dos direitos e das conquistas sociais para os trabalhadores em geral e para os da agricultura, em particular, na Ordem Social.

A partir desta constataço, recuou-se no tempo, buscando identificar as definições legais — de nível constitucional e infraconstitucional — voltadas à regulamentação do trabalho rural e do acesso à propriedade fundiária. Não se discute aqui a efetiva fruiço dos direitos estabelecidos de forma legal,

mas sim a própria construção da lei, na trajetória da formação sócio-econômica do País, desde o século passado.

No aspecto específico da chamada "questão agrária", qual o balanço final? A tese sustentada neste texto é a de que, em termos constitucionais, se privilegiou uma agricultura baseada nas relações formalmente capitalistas, através do assalariamento, ao invés de apoiar relações subordinadas da produção "sob regime familiar", segundo a linguagem utilizada no texto da Carta. Além disso configurar uma postura em si mesma, as definições constitucionais podem ser tomadas consistentemente como ponto final de uma trajetória legislativa de cujas características não se afastou. Ao lado disso e como reforço, a grande via que a intervenção estatal poderia pavimentar para a expansão de uma certa "agricultura camponesa", através da reforma agrária, foi dificultada, o que tende a colocar tal solução cada vez mais como uma estratégia de natureza regional e limitada, sem condições de questionar as áreas centrais da produção agropecuária nacional na ordem capitalista.

2. *Das relações de trabalho agrário*

O marco inicial da regulamentação do trabalho data de 1830, quando foi editada lei tratando dos contratos por escrito sobre prestação de serviços feitos por brasileiros ou estrangeiros dentro ou fora do império (CATHARINO, 81 e DUARTE, 107), sendo que a primeira lei específica para o trabalho agrário é o Decreto n.º 2.827, de 15-3-1879 (CATHARINO, 81).

Mesmo com a antecipação da lei ao fato que pretende regular (vide exemplo do Decreto n.º 979, de 1903, sobre sindicatos rurais, em CATHARINO, p. 81), há uma relativa concordância entre os especialistas quanto à precariedade na definição e atraso na aplicação do direito trabalhista ao campo brasileiro. A seguir, algumas passagens:

"... o trabalhador agrário ainda é um carente de proteção legal, situação muitíssimo agravada pela notória, intensa e extensa deficiência de fiscalização" (CATHARINO, 86).

"O histórico do trabalhador rural até os últimos sessenta anos é débil, minguaado e, pior que essa condição de pouca densidade, será sem dúvida o desprestígio em que viveu a semi-absoluta inoperância dos dispositivos catalogados em cada decreto ou lei" (DUARTE, 107).

"Vemos com grande apreensão a existência de amparo jurídico para a classe dos trabalhadores, que por muito tempo a desconhecerá e, conhecendo-a, não terá condições de pedir-lhe a efetivação, exceto em uma ou outra região de nosso imenso País" (OLIVEIRA, 46).

“... até 1963 o trabalhador rural foi um semitutelado; tinha alguns direitos, mas poucos, comparados aos direitos e garantias dadas ao trabalhador urbano da época.” “... conquanto tenha o trabalhador do campo, hoje, uma legislação que o ampara, ela é falha e ineficiente” (D'AMBROSIO, 27).

No presente século, destacam-se três momentos da proteção jurídica ao trabalho rural: a CLT, Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n.º 5.452, de 1-5-43); o ETR, Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n.º 4.214, de 2-3-63); e o “Novo Estatuto” (Lei n.º 5.889, de 8-6-73) (OLIVEIRA, 41).

A CLT reuniu a legislação do trabalho, até então dispersa, tendo como preocupação central o trabalhador urbano e, em caráter excepcional, o trabalhador rural. Em termos amplos, é a primeira vez que a lei estende algumas garantias fundamentais da legislação urbana ao trabalhador rural (arts. 7.º, b; 76, 129, parágrafo único; 442 a 456; 457 a 467; 487 a 491; 505 e 506) (CATHARINO, 85; DUARTE, 111; D'AMBROSIO, 16). Antes disso, a Constituição de 1934 (art. 121) havia definido um conjunto de preceitos para “melhorar as condições do trabalhador” em geral, os quais, porém, não encontraram encaminhamento satisfatório.

Do ponto de vista da estrutura social da produção, a extensão de alguns direitos trabalhistas ao campo poderá ser vista menos como ação progressista do Estado brasileiro e mais como tática diversionista à luta dos trabalhadores pela propriedade dos meios de produção, ou seja, ao invés de facilitar o acesso à terra, a lei veio facultar, naquela ocasião, alguns direitos essencialmente vinculados ao trabalhador assalariado (salário, férias, aviso prévio etc.) que, do ponto de vista concreto, não lograram aplicação (*).

Com a modernização do aparelho produtor, com os novos papéis assumidos pelo Estado e com a nova configuração do quadro do capitalismo mundial, mudanças significativas começam a ocorrer no panorama da economia interna. Os seus reflexos sobre o mercado de trabalho rural passam a ser por demais evidentes nos anos 50-60. Migração, desmantelamento das grandes lavouras, mudança nos sistemas de produção e de trabalho e proletarianização são alguns dos indicadores (GNACCARINI). Algumas citações configuram, com precisão, a natureza e a extensão das mudanças:

“... a expansão do modo de produção capitalista no campo, no Brasil, que se inicia com a Grande Depressão e toma forte impulso na segunda metade da década de 50, envolve dois processos sociais dolorosos: 1) a perda, por parte do pequeno proprietá-

(*) Conquanto a extensão de direitos, vista como uniformização de direitos entre várias categorias de trabalhadores, faça parte da dinâmica do desenvolvimento do modo de produção capitalista, aceita-se, com POULANTZAS, um certo grau de autonomia do Estado em estabelecer leis cujos benefícios se dirigem mais a uma fração da classe dominante do que a outras, como é o caso dos proprietários fundiários.

rio agrícola, dos meios de produção que lhe asseguravam o sustento no regime de economia de subsistência e/ou de produção simples de mercadoria; 2) a transformação do homem apenas formalmente livre, mas protegido pela 'servidão patrimonialista', à condição de assalariado temporário, privado dos direitos estabelecidos pela legislação trabalhista" (D'INCAO E MELLO, 7).

"No início da década de 60, assiste-se a uma ruptura neste processo tradicional." Ao ser expulso, a reação do trabalhador não é mais passiva. "Ele se organiza" e surge com "reivindicações próprias." Entre elas, "a reforma agrária radical (...) representa a proposta de um projeto alternativo ao desenvolvimento da agricultura. É esta substituição da propriedade do não-trabalhador pela propriedade do trabalhador que constitui o elemento central da luta do movimento camponês" (SILVA & WANDERLEY, VIII).

"A partir dos anos 60, torna-se visível, no campo brasileiro, o fenômeno do chamado 'trabalho volante'" (GONZALES & BASTOS, 25).

A estas caracterizações podem ser somados os processos de "metamorfose do lavrador", pelo qual ele sai de morador, colono, sitiante e empregado para proletário rural, como nova categoria política (IANNI, 127) e o de "purificação do trabalho assalariado", ou seja, a transformação de colonos, moradores e agregados em assalariados puros (CASTRO, 181).

O segundo momento a ser destacado é o do ETR. Na sua gênese, o ETR provém de um Projeto de Lei enviado à Câmara dos Deputados pelo Presidente Getúlio Vargas sob o número 4.264/54 (OLIVEIRA, 41). Foram quase 10 anos de tramitação no Congresso Nacional (*). A oportunidade de sua aprovação como Lei n.º 4.214/63 estaria ligada à ascensão dos movimentos pelo acesso à propriedade da terra (ação das Ligas Camponesas, no Nordeste e da Ultab (União dos Lavradores e Trabalhadores) fundada ainda em 1954, a qual dispunha, em 1961, de representação em 16 Estados; D'AMBROSIO, 18-19). A novidade conceitual trazida pelo ETR representou fato marcante na história do direito do trabalho rural. Em primeiro lugar, o destinatário dos direitos passou de empregado a trabalhador. Em seguida, amparou-se, pela exclusão, o prestador de serviços eventuais; não se cobrou a subordinação ou a dependência do empregado/trabalhador ao empregador, além de ter aberto a possibilidade de a remuneração ser paga

(*) O Projeto de Lei n.º 4.264/54 recebeu 3 emendas, em 1956 (n.º 13, de AFONSO ARINOS; n.º 15, de NOGUEIRA DA GAMA e FERNANDO FERRARI e n.º 18, de SEGADAS VIANA e FERNANDO FERRARI) e um substitutivo, de agosto de 1956, da Comissão de Legislação Social da Câmara dos Deputados, antes que fosse esquecido até 1960. Em 2-5-60, o Deputado FERNANDO FERRARI apresenta o Projeto n.º 1.837/60, quando, então, voltou novamente à tramitação, para ser aprovado em 1963 (Arquivo Histórico do Senado Federal, arquivo 49, pasta 84, PLC 94/61).

in natura. Do ponto de vista político poder-se-ia entender tal expansão como a tentativa de o Estado responder às pressões populares nos idos de 63. Resposta, entretanto, diversionista, porque ao invés de contemplar a imensa massa de parceiros, meeiros e pequenos arrendatários, com o acesso à propriedade fundiária, a contemplava com direitos do trabalhador assalariado, até aquele momento, escassamente regulamentados pela CLT. Em termos diacrônicos, tal tática poupava os interesses patrimonialistas presentes, adiando a solução do problema do acesso à terra.

Essa impropriedade conceitual causou franca reação doutrinária dos especialistas (CATHARINO, RUSSOMANO-a), aliás, perfeitamente compreensível. Na medida em que o legislador tomou vários casos como se um fosse, a doutrina e os procedimentos técnico-jurídicos acusavam a "anormalidade", demonstrando que método e objeto tornaram-se estranhos um ao outro.

Assim, considerado uma "colcha de retalhos" (CATHARINO, 84), "gravemente defeituoso quanto à técnica legislativa, o regime do Estatuto do Trabalhador Rural criava enormes dificuldades para o intérprete" (OLIVEIRA, 41), vindo a ser substituído pelo "Novo Estatuto", a Lei n.º 5.889/73. A despeito de todas as falhas, o ETR "consubstanciou inegável avanço na defesa dos interesses do homem do campo" (OLIVEIRA, 42).

Da Lei n.º 5.889/73, CHIARELLI in OLIVEIRA (p. 43) e D'AMBROSIO (p. 23) têm o mesmo conceito: "ruralização da CLT" e CLT no campo. Nessa lei, abandona-se o conceito de trabalhador rural do ETR e volta-se ao modelo implantado pela CLT. A mudança, entretanto, não é uma simples volta ao passado de 30 anos atrás. Ao lado do restabelecimento da técnica legislativa neste particular, amplia-se o leque dos beneficiários quando, no art. 17, se declara que "as normas da presente lei são aplicáveis, no que couber, aos trabalhadores rurais não compreendidos na definição do art. 20, que prestem serviços ao empregador rural." Há neste complemento um recuo em relação ao ETR, mas um nítido avanço em relação à CLT, com o que se expande o manto da lei para trabalhadores até então não protegidos, ainda que a expressão "no que couber" constitua, em si, uma restrição. Tomando-a, pelo lado da similitude, pode-se dizer, portanto, que a CLT só chegou ao campo trinta anos após sua promulgação. Em si, tal lei, mesmo não sendo suficiente, oferece condições razoáveis para a defesa dos direitos dos trabalhadores rurais, como dá a entender OLIVEIRA:

"Sob o pálio desse dispositivo legal (art. 17, Lei n.º 5.889/73), poderá a magistratura do trabalho em nosso País realizar memorável obra sancionadora de conflitos e incertezas no campo" (p. 44).

Se, ao lado da legislação do trabalho rural, colocar-se a legislação referente à previdência social (cujo início data de 1955, com a criação do Serviço Social Rural, pela Lei n.º 2.613, passa pela criação do Funrural,

com o ETR, pela instituição do Prorural, via Lei Complementar n.º 11/71 e sua incorporação ao Sinpas, pela Lei n.º 6.439/77), pode-se dizer que o trabalhador rural encontra um conjunto de definições legais capazes de lhe oferecer proteção e segurança (DUARTE, 115), cabendo discutir a eficácia da sua aplicação pelo aparato judiciário correspondente.

Ponto terminal desta avaliação, a Constituição de 88 explicita ao contrário das de 1934 ("a proteção social do trabalhador", art. 121), de 1946 ("melhoria da condição dos trabalhadores", art. 157), de 1967 ("aos trabalhadores", art. 158) e de 1969 ("aos trabalhadores", art. 165); a quem se destinam os direitos ("são os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais... ", art. 7.º e "uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais", art. 194, parágrafo único, II). Mesmo não considerando de per si os novos direitos do trabalhador (redução da jornada de trabalho, férias anuais com um terço a mais de salário, licença-gestante ampliada, licença-paternidade, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, entre outros), a grande conquista dos trabalhadores rurais foi a definitiva e constitucional garantia de igualdade com os trabalhadores urbanos.

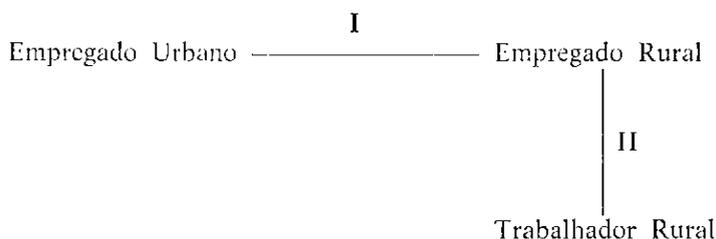
Quanto a outros aspectos que tocam de perto os interesses do agricultor, a extensão do sistema de seguridade aos trabalhadores rurais, assegurada pela Constituição de 88, em seu art. 195, 8.º, também está compreendida na categoria da universalização de direitos e na uniformização e homogeneização de tratamento às várias categorias de agentes envolvidos na produção (parceiros, meeiros, arrendatários e produtores rurais).

Um último aspecto a ser ressaltado na temática do trabalho é o reflexo da multiplicidade das relações de trabalho no campo do Direito.

A crescente dominação exercida pelo modo de produção capitalista sobre as demais formas impõe, progressivamente, um movimento de homogeneização nas relações de produção (lembre-se da "metamorfose", de IANNI e da "purificação", de CASTRO, já mencionadas) e, por via de consequência, nos contratos (a nível do Direito, como parte da superestrutura), entre os agentes que intervêm no processo produtivo, especialmente entre locadores e locatários da força de trabalho.

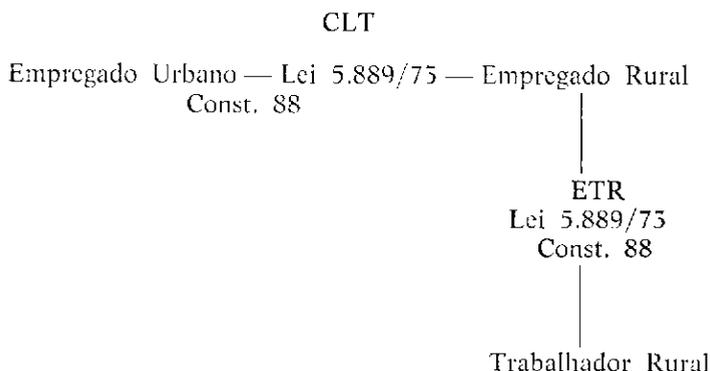
Neste sentido, podem ser detectados dois movimentos complementares de homogeneização (SIMÕES, 62). De um lado, há o vetor da homogeneização entre o empregado rural e o empregado urbano, talvez porque os "métodos atuais de execução dos trabalhos rurais cada vez... menos se distinguem dos aplicados na indústria" (CATHARINO, 80), com o que a lei tende a atribuir-lhes direitos equivalentes, tal como se pode depreender da evolução da legislação respectiva, desde a CLT, de 1943, até a Constituição de 1988. De outro, há uma "inegável expansão" do conceito de empregado para "alcançar trabalhadores não subordinados" (CATHARINO, p. 79). À luz do conceito restrito de "empregado", o Direito estaria regula-

mentando a relação de subordinação típica do assalariamento, enquanto sob o rótulo de “trabalhador” haveria espaço para considerar outras formas de subordinação, inclusive as não formalmente subordinadas, encontráveis na chamada “produção familiar”.



Estes movimentos (I e II) não indicam que a uniformização e a homogeneização venham a se efetivar no interior da produção a partir da cristalização de conceitos na órbita do Direito. Pelo contrário, tal homogeneização do trabalho, na área do Direito, estaria a indicar a preponderância de uma forma de produzir em relação a outra(s), em termos concretos das relações sociais, a qual informa a superestrutura, determinando ali mudanças correspondentes.

Aplicando-se o esquema anterior ao caso brasileiro, ter-se-ia como movimento do tipo I, tipicamente a CLT e do tipo II, o ETR. Já a Lei n.º 5.889/75 e a Constituição de 88 contemplam ambos os tipos de movimento



A força da homogeneização e da equidade, sob o amparo da ação estatal, muitas vezes produziu fenômeno conhecido, no Brasil, como o “avanço” da legislação trabalhista. A este propósito, registrou RUSSOMANO:

“A verdade é que a lei trabalhista, na América Latina, sempre esteve adiante do desenvolvimento econômico” (RUSSOMANO-c, p. 127).

“Esse, sem dúvida, haveria de ser o maior defeito das várias e reiteradas tentativas do legislador para se adentrar na questão rural, caminhar muito à frente da realidade, dispondo, em sua lei, como se estivesse diante de um meio social pronto a considerar receptíveis todas as grandes e profundas renovações jurídicas que, na época, mal despontavam no horizonte do Direito Comparado” (RUSSOMANO-a, p. 10).

A luz do ensinamento marxista de que o Direito registra como lei as relações predominantes no sistema econômico capitalista, poderia ser tido como paradoxal a lei “caminhar à frente da realidade”, invertendo os termos da proposição original. Neste caso, tomando como fulcro da análise o meio rural, parece estar ocorrendo, de forma intensa, a homogeneização e a equalização das condições legais em relação ao meio urbano e não propriamente o “avanço” como ato volitivo dos legisladores. A este respeito, GONZALEZ & BASTOS discutiram a influência do Estatuto do Trabalhador Rural no movimento da proletarização do trabalhador rural, negando a relação causal entre os dois e a noção de anterioridade do primeiro em relação ao segundo. Mesmo negando o nexos causal entre o Estatuto e o aparecimento do bóia-fria — o que está correto — é importante ressaltar a influência que o ETR pôde ter exercido à sua época no movimento tendencial da proletarização rural. Assim, é de se supor que, diante de várias alternativas de organização da produção rural, a incidência organizada do Estatuto — representado, na órbita econômica, pelos custos decorrentes da extensão de direitos ao trabalhador — sobre uma delas, em especial, a do assalariamento (*), acabou por interferir no cálculo capitalista da rentabilidade das diversas explorações, de forma a acelerar uma tendência que é, de qualquer forma, imanente ao modo de produção.

3. *Do acesso à propriedade fundiária*

O processo de colonização do País definiu um padrão de propriedade da terra extremamente concentrador: das sesmarias da Colônia aos latifúndios da República, o caráter excludente se manteve. Ao longo da história brasileira, as pequenas unidades de produção têm-se estabelecido em caráter precário, muitas vezes à margem da lei. Tal estabelecimento tem sido tolerado e até estimulado como forma de se obter um excedente de produtos para o mercado interno e manter um repositório de mão-de-obra para as explorações comerciais (SILVA & WANDERLEY, p. VII). Nas regiões de fronteira, a reprodução dos sítios, minifúndios e roças representou, e ainda

(*) De acordo com RUSSOMANO — b (p. 59), o Estatuto do Trabalhador Rural cuida dos contratos de trabalho (trabalhadores subordinados) e o Estatuto da Terra dos contratos agrários (trabalhadores autônomos), os quais podem, é certo, dissimular os contratos de trabalho.

representa, importante movimento social de incorporação pioneira das terras ao espaço econômico, atuando, ademais, como “atividade intersticial” à grande exploração quando esta aí se instala (VELHO-a).

A grande disponibilidade de terras agrícolas, a despeito da ocupação extensiva, realizada pelos latifúndios, pôde ter cumprido o papel de amortecedor de lutas internas de grandes proporções em torno da propriedade.

A imigração europeia no século passado veio fortalecer um certo “ideal camponês” aqui já existente, qual seja o da ascensão social vinculada à posse da terra. Falando sobre estes imigrantes, assim se expressa MARTINS:

“... a configuração do destino que o camponês teria na sociedade de adoção não caía sob seu domínio, via de regra, na sociedade de origem: por isso que o ato de migrar se desvendará para ele, posteriormente, como momento significativo na preservação do modo de vida camponês” (p. 27).

Embora a objetivação de seu trabalho se desse na produção das grandes unidades de exploração comercial, a nível de sua consciência, o lavrador preservava o ideal da condição camponesa. Este conflito importava em alienação para o lavrador, migrante ou não.

“Alienadamente, o camponês formula e desencadeia a sua oposição à sociedade capitalista. Esta oposição fundada na utopia comunitária é anticapitalista... (MARTINS, p. 28).

É imanente ao “ideal camponês” o acesso à terra. Partindo da situação de um território não ocupado economicamente e, onde, logo em seguida, se instala a forma de produção predominantemente escravagista, as condições para a sobrevivência deste ideal são a ruptura com o escravagismo e a vinculação de posse do trabalhador com a terra. Nestas condições, a intervenção do Estado — excluída as outras alternativas de guerra civil ou revolução — parece ser indispensável. Entretanto, à luz do caráter patrimonialista do processo civilizatório ocorrido no Brasil, refletido na doutrina sobre o direito de propriedade prevalente no século passado, registrada nas Constituições de 1824 (“É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude”: art. 179, item 22) e de 1891 (“O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude...”: art. 72, 17), não era de se esperar que houvesse qualquer ação estatal no sentido de facilitar o acesso dos trabalhadores rurais à terra.

No âmbito da iniciativa particular (e utilizando o espectro das possibilidades estabelecidas na regulamentação do Estatuto da Terra — Decreto

n.º 59.428/66) (*), os trabalhadores, dado suas condições econômicas, dificilmente poderiam ter utilizado a alternativa da compra e venda no mercado fundiário, muito menos a da herança ou legado e a da permuta. Restava-lhes a via arriscada e insegura do apossamento para buscar, dentro da lei, sua legitimação.

A legitimação da posse, regulada pelo Código Civil, de 1916, apresentava duas modalidades mais importantes: a ordinária e a extraordinária (arts. 551 e 550). A exigência de posse contínua era, nesta ordem, de 10 ou 20 anos e de 30 ou 40 anos. Somente após 40 anos, a Lei n.º 2.437/55 veio a reduzir tais prazos para, respectivamente, 10 ou 15 anos e 20 anos.

Antes mesmo que tal reforma viesse a ser implantada, as Constituições de 1934 (art. 125), de 1937 (art. 148) e de 1946 (art. 156, 3.º) reconheceram o direito a uma nova modalidade de usucapião, denominada "pro labore", a qual enfatizava e valorizava o tornar a gleba apossada, produtiva pelo trabalho.

Junto com a definição de uma forma mais acessível pela legitimação da posse, a Constituição de 1934 representou uma inflexão no direito absolutista da propriedade do século passado, ao estatuir que o seu direito não poderia ser exercido "contra o interesse social ou coletivo" (art. 113, item 17). A despeito disto, não houve nenhuma norma para regulamentar a intervenção do Estado de modo a preservar interesses sociais ou coletivos. Os agricultores sem terra continuarão a tentar o domínio da propriedade por seus próprios recursos e de uma forma que estará permanentemente, expondo-os a riscos pela posse precária e não regulamentada.

Na Constituição de 1946 houve a junção do preceito do uso da propriedade, condicionado ao bem-estar social, com o da promoção da "justa distribuição da propriedade" (art. 141, 16 e art. 147). O instrumental, entretanto, só veio a ser explicitado em 1964, pela Emenda Constitucional n.º 10, de 9-10-64, e pela Lei n.º 4.504 (Estatuto da Terra), de 30-11-64.

(*) "Art. 2º — A obtenção dos meios de acesso à propriedade rural resultará de:

I — no caso do Poder Público:

- a) desapropriação por interesse social;
- b) compra e venda;
- c) doação;
- d) arrecadação de bens vagos;
- e) permuta;
- f) incorporação de terras devolutas vagas ou ilegalmente ocupadas.

II — no caso de iniciativa particular:

- a) compra e venda;
- b) doação;
- c) permuta;
- d) herança ou legado;
- e) legitimação de posse."

Ainda que o processo de proletarização do trabalhador do campo esteja no âmago da tendência do aprofundamento do modo de produção capitalista (IANNI, 113), o movimento político deste trabalhador rural, no Brasil, voltava-se, de maneira predominante, para a reforma agrária. Dela SILVA & WANDERLEY disseram tratar-se do “elemento central do movimento camponês” (*). Assim, o “ideal camponês”, nascido e mantido pelos agricultores livres da Colônia e do Império e reforçado pelas levas de migrantes do fim do século passado e do início deste, não havia sucumbido. Ressurge tão logo o permitam as condições políticas para sua manifestação, entre as fraturas da já caduca organização da produção agrícola que se desmorona, lá pelos anos 60 (ALVES, 78; DECLARAÇÃO..., 86 e SCHILLING, 109).

Seja como um proletário rural de fato ou como futuro proletário, a luta pela reforma agrária fazia reviver o “ideal camponês” do lavrador brasileiro. A instituição que mais simbolizou esta luta foi a Liga Camponesa, a qual expressava politicamente “as reivindicações do trabalhador rural incluindo camponês e operário” (IANNI, 124). Mas as Ligas Camponesas praticamente deixaram de existir a partir de 1964. Enquanto isso, o Sindicato rural, seu contemporâneo, surge como resultado combinado das reivindicações do trabalhador rural e da atuação do Estado. A despeito de ter surgido como uma “técnica de formalização do mercado de trabalho no setor agrícola”, os sindicatos estão mais sintonizados com o trabalhador enquanto camponês do que como assalariado. Além do mais, o desenvolvimento das atividades dos Sindicatos Rurais, nestes últimos 25 anos, teve apenas caráter de reação moderada devido à “burocratização da vida política do proletário rural” (IANNI, 124/129).

“A demora do movimento sindical rural, na adequação de sua estrutura às condições específicas do trabalho dos bóias-frias, explica-se pelo fato de a CONTAG (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura) só muito recentemente ter-se voltado para a questão dos bóias-frias”. “Só (...) a partir do 3.º Congresso Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (1976) e

(*) Independente da atual face preponderantemente proletária do trabalho rural, a reforma agrária encontra lugar como instrumento político de superação do sistema capitalista tal como a entendem SILVA & WANDERLEY (p. XII), SCHILLING (p. 109) e DULLEY. Neste sentido, ela pode continuamente ser mantida como bandeira de organizações populares e de frações da sociedade civil, vinculadas ao seu êxito. Isto, entretanto, retira seu caráter de “reforma capitalista” (instrumento de ampliação do mercado interno e de democratização da propriedade), e de “ideal camponês”, já que sua realização corresponde à superação do capitalismo e à eliminação da propriedade privada. Nestes termos, a abordagem aqui empreendida deixa de considerá-la por extravasar os marcos institucionais definidos pela Constituição recém-promulgada.

uma vez iniciada a abertura política, o movimento sindical rural passou a privilegiar, como forma de atuação, o trabalho direto com as bases." (...) "E, pela primeira vez, os bóias-frias começaram a ser contemplados com um tratamento especial" (D'INCAO-b).

Assim, durante mais de 60 anos no atual século, o Estado se eximiu de intervir de modo que os trabalhadores rurais viessem a dispor, legalmente, de domínio territorial, com o que impediu, retardou ou bloqueou a concretização do "ideal camponês". Neste longo período, o próprio Estado editou dois diplomas legais (a CLT, em 1943, e o ETR, em 1963) mais adequados à situação do trabalhador enquanto operário do que enquanto camponês e, neste sentido, podem ser considerados como parte de uma estratégia diversionista.

Quando, finalmente, foram estabelecidas as condições legais-administrativas para a intervenção estatal no mercado de terras, de forma a cumprir o objetivo constitucional da "justa distribuição da propriedade", de 1946, a circunstância política era diversa. Nela, o Estado, dirigido pelos militares, tem a reforma agrária sob controle. Do ponto de vista político, o Estatuto da Terra encontrou ressonância entre fração dos trabalhadores rurais pelas possibilidades abertas. A cooptação assim conseguida foi fundamental para ressaltar as condições de implantação e expansão do sindicalismo rural controlado frente à repressão às Ligas Camponesas. O "preço" do acesso à terra, pela intervenção do Estado, era de não mais poder seguir o curso político-ideológico das ligas mais sim o da "lei".

Refletindo os interesses patrimonialistas, ainda dominantes, a nova Constituição de 1988 não mais do que elevou à categoria constitucional alguns preceitos do Estatuto da Terra, de 1964, com a característica de ter adicionado um complicador para a reforma agrária, quando tornou insuscetíveis de desapropriação, para esta finalidade, as "propriedades produtivas". Restringidas as chances do sucesso pelo lado legislativo, o êxito da reforma agrária, neste particular, ficará por conta da eficiência do Executivo e do Judiciário.

Ao lado disso, a nova Constituição ampliou o conceito de "proteção" à produção familiar — o que poderá vir a ser interpretado como fato compensatório no processo das definições relativas à temática agrária. Assim é que foi inaugurada a garantia da impenhorabilidade da pequena propriedade (art. 5.º, XXVI) e mantida a insuscetibilidade da desapropriação da pequena e média propriedades para fins de reforma agrária (art. 185, I) (*).

(*) Salvo por motivo de necessidade ou utilidade pública estavam isentos de desapropriação, pelo Estatuto da Terra, os imóveis rurais menores ou iguais a três vezes o módulo de propriedade (Lei nº 4.504/64, art. 19, 3º, a).

Esta última, para o atual estágio brasileiro, parece ser inócua, já que uma reforma agrária eventual iria concentrar as desapropriações em latifúndios e não em minifúndios. Consideradas uma e outra, a resultante não se revela animadora para a produção familiar, na medida em que parece tentar a colocação de barreiras à entrada e à saída do reino da pequena propriedade. Estática e imobilista, no seu conjunto, vai contra o caráter dinâmico tão particular de parte da agricultura brasileira.

Outro aspecto da ação do Estado visando ao fortalecimento e à expansão da produção familiar repousa na área tributária. Tal ação, entretanto, não deve ser supervalorizada. Em primeiro lugar, porque não se inovou em relação ao que contemplaram as Constituições anteriores. A de 1934 reduziu à metade os impostos para as propriedades de até 50 hectares; as de 1946 e 1969 isentaram as propriedades de até 20 e 25 hectares, respectivamente, do imposto territorial rural. A de 1988 isenta as "pequenas glebas". Em segundo lugar porque aplica-se apenas aos já detentores de propriedade, não sendo, assim, destinada aos que lutam pelo acesso à terra. Em terceiro, porque, de uma forma ou de outra, a ineficiência no exercício da cobrança do ITR termina por igualar devedores e não devedores.

É evidente que o "ideal camponês" ainda permanece vivo e íntegro para muitas situações, especialmente para aquelas cujo impacto do modo de produção capitalista ainda não se fez sentir de maneira cabal nas relações de produção e também para aquelas em que o modo, ao contrário, as destruiu para recriá-las em novas bases. De maneira genérica, este seria o caso das frentes de expansão, em que predomina uma alta relação terra/mão-de-obra, com pouca integração ao sistema nacional (esquema gráfico de VELHO-b, 40); daquele em que há uma "estabilização relativa do setor camponês subordinado ao desenvolvimento capitalista principal..." (VELHO-a, 170) e nas situações de recriação do campesinato ou da pequena produção (CARVALHO; LOUREIRO; FOWERAKER). À ocorrência de tais situações facilitadoras da manifestação do "ideal camponês" corresponde o amortecimento das mesmas na região econômica predominante do País (*). Aí, pelo contrário, "o operariado rural constitui a mais nova e significativa parcela da atual composição da massa de trabalho social apli-

(*) Na medida em que a grande maioria dos latifúndios esteve e ainda estaria situada nas áreas de fronteira, a reforma agrária acabaria por se tornar um "programa regional", com o que deixa de tornar-se questão central para a expansão do capitalismo, no País. A participação do Nordeste não desfaz o caráter regional da reforma agrária. O conjunto de dados recolhido em ARIIVALDO OLIVEIRA dá conta desse fenômeno: a) no Pará, Maranhão, Bahia, Mato Grosso e Goiás, ocorreram a maioria dos 1.363 conflitos pela terra, durante o biênio 1980/81 (p. 51); b) as regiões norte, nordeste e centro-oeste concentram 83% do número de posseiros do País (p. 63); e, c) 89 dos 104 milhões de hectares de terras agrícolas não cultivadas estão nas regiões norte, nordeste e centro-oeste (p. 85).

cado na agricultura" (CASTRO, 180) (**). Antes que a situação estivesse configurada integralmente nestes termos — o texto de CASTRO é de 1979 — VELHO-a, em 1969, colocava:

"No plano estritamente político, estaria a questão de saber-se que gênero de reivindicações estaria mais próximo da consciência dos nossos rurícolas se a posse da terra ou salarial" (p. 41).

4. *Conclusões e especulações*

Entre o primeiro ato legal que regula o trabalho rural no Brasil (1830) e a edição do Estatuto do Trabalhador Rural (1963), escoaram-se 133 anos. De outra forma, foram necessários 75 anos, após o fim da escravidão, para que os trabalhadores rurais tivessem regularizados seus direitos. Já no caso do acesso à propriedade rural, 114 anos separam a Lei n.º 601, de 1850, do Estatuto da Terra, de 1964.

Enquanto pôde, o interesse oligárquico, inserido na moldura de país primário-exportador, desconheceu as demandas dos trabalhadores rurais, seja pelos seus direitos enquanto tais, seja pelo acesso à terra.

Com a progressiva industrialização do País e o lento deslocar do eixo hegemônico do poder essencialmente rural para uma coalizão com a fração industrial e comercial, o Estado abre uma fresta, de pouca significação, para o trabalhador rural, na CLT, de 1943. Mesmo sendo pequena, tal brecha volta-se para o trabalhador como assalariado, portanto, deslocado do trabalhador enquanto camponês, voltado para a busca da propriedade.

A política do Estado, neste particular, é de natureza diversionista. Não denega de forma direta, pelo contrário, oferece o que não vai concretamente surtir nenhum efeito por absoluta falta de aparelhamento (RIOS, p. 84-85).

Já muito recentemente, no auge das mais amplas demandas populares da sociedade brasileira, edita-se o ETR. Novamente, a mesma política diversionista. À luz da opinião pública urbana, já expressiva pela magnitude das populações citadinas, o Estado aparece politicamente como aliado dos trabalhadores. Entretanto, este mesmo Estado deixa de tocar, mesmo que de leve, no acesso à propriedade, tema tão caro ao "ideal camponês", naquela ocasião tema central das Ligas Camponesas.

Ao lado do resultado primeiro de continuar inquestionado o caráter patrimonialista dos detentores do poder, as extensões de direitos ao trabalhador rural acabaram não sendo em vão. Ganharam densidade específica no seu campo de atuação, de forma a gerar novas postulações e aperfei-

(**) De 10,8 milhões de trabalhadores rurais sem terra ou com pouca terra, em 1984, 6,4 milhões eram assalariados; permanentes (2,1) e temporários (4,3) (MIRAD).

çoamentos. O principal resultado desta política foi o de afetar — como não poderia deixar de ser — o cálculo econômico da organização da produção rural de maneira a reforçar a dinâmica mais saliente do modo capitalista, qual seja a da proletarianização da força de trabalho.

Neste contexto, o regime militar, recém-implantado, promulgou o Estatuto da Terra. Os anos que se seguem mostrarão que a reforma agrária é cada vez mais tratada como uma questão regional, condenada a circunscrever-se aos conflitos das zonas de fronteira e ao próprio nordeste insurgente das Ligas. O sul e o sudeste passam ao largo. Hoje, poder-se-ia dizer que o Estatuto da Terra está para o "ideal camponês" assim como a CLT esteve para o trabalhador rural.

Em termos legais, a Constituição de 1988 torna obra acabada o movimento da equalização e da homogeneização, salientado por SIMÕES. A exemplo das observações feitas neste trabalho e à luz da discussão levantada por GONZAGA & BASTOS, estas definições terão diferentes impactos no cálculo econômico das explorações rurais dado as várias relações de trabalho que se acham presentes no mundo concreto da produção. É de se notar que a obra acabada da Constituição de 1988 é não só a equalização entre trabalhadores urbanos e rurais, mas também entre os trabalhadores avulsos e permanentes (art. 7.º, XXXIV).

De outro lado, a nova Constituição amplia o conceito de "proteção" ao "ideal camponês". Ao lado da fixação das condições de acesso à propriedade rural (usucapião, colonização, legalização, reforma agrária), estabelece dois mecanismos de preservação da propriedade: impenhorabilidade e insusceptibilidade de desapropriação. São medidas de "caráter defensivo", imobilistas e, por isso, contrárias ao sentido dinâmico das transformações. Que tipo de pequenas propriedades ou de produção familiar estarão sendo preservadas? A tríplice simultaneidade do definitivo movimento da equalização dos direitos com as dificuldades impostas ao acesso à propriedade via reforma agrária e as barreiras postas à "desproprietarização" da pequena produção não parece fortalecer esta pequena produção. Se inalteradas tais definições, provavelmente faltarão "chances de oxigenação" desta mesma pequena produção pelas barreiras que se lhe antepõem à saída e à entrada. Não houve, portanto, um tratamento de "fluxo" para a questão, mas muito mais de "estoque", com o caráter de estanqueização.

Na medida em que os sindicatos rurais vierem a dar maior ênfase à questão do trabalhador assalariado — a concordar com D'INCAO-b — o "ideal camponês" cada vez mais será matéria de menor densidade política, porém, capaz de, em momentos políticos específicos, reaver a força e o prestígio que é capaz de assumir. Se isso assim ocorrer, não o será sob o espírito das leis, de cuja evolução aqui se trata.

Tomando a questão agrária por uma de suas manifestações técnicas — a da relação entre "fatores", tal como tratada pela economia neoclás-

sica — pode-se dizer que, cada vez mais, o Brasil assume o perfil daqueles países que apresentam alta relação entre terra e força de trabalho rural. Neste contexto é pouco provável que a produção em regime familiar ocupe lugar de destaque do ponto de vista do montante e do valor da produção. Não há dúvidas de que poderá responder por parcela ponderável do número de imóveis ou estabelecimentos e também da força de trabalho empregada, mas não da produção. Por esse prisma, prevalecerão as médias e grandes produções, ainda que parte dela venha a ser gerada em pequenas áreas territoriais (como podem exemplificar a horticultura, a avicultura, a suinocultura etc.). Certamente, para a grande produção em médias e grandes propriedades, a força de trabalho aí empregada o será em regime de assalariamento. Quando esta produção ocorrer em pequenas e médias propriedades, haverá lugar para acomodar outras relações, ou seja, as condições específicas da região, da cultura ou criação poderão pender a favor da organização familiar ou da organização empresarial.

Ainda tomando como parâmetro a produção, haverá, do lado da participação minoritária, grandes e pequenas propriedades. Em uma e outra, as relações de trabalho deverão estar regidas pelos contratos agrários mais que pelos contratos de trabalho. No primeiro caso, configurando parcerias e meações e, no segundo, trabalho familiar não pago. Caso a regulamentação do dispositivo que trata da insuscetibilidade de desapropriação para a reforma agrária de propriedades com "terras produtivas" seja conseqüente, os grandes imóveis — em especial, os das regiões mais importantes para a produção — tenderão a caminhar, também, para mudar as relações de trabalho regidas pelos contratos agrários para os contratos de trabalho.

A situação desenhada pela "sobrecarga" dos custos variáveis, devida ao favorecimento da condição do trabalhador assalariado, criará as condições necessárias para o êxito de aplicação de uma política tributária consistente para o meio rural, de forma a desestimular a manutenção de grandes extensões, especialmente em áreas valorizadas. Estressada pelo acréscimo dos custos variáveis, a simultânea incidência dos impostos sobre a renda e sobre a propriedade poderá alargar o mercado fundiário. Não se trata, agora, da simples repetição de argumento pretérito da "reforma agrária pela via fiscal". As condições são novas. Mesmo, *et pour cause*, com a vitória da tese sobre as "terras produtivas", de estirpe conservadora, o rigor com a verificação da existência de produção poderá ser melhor aferido, se não pelo Judiciário, pelas declarações do imposto sobre a renda. Uma vez que ponham a produzir as várias terras não exploradas, seus proprietários encontrarão uma até então desconhecida (para eles) racionalidade de custos já moldada pela concessão de direitos trabalhistas. Se a ela se somar o imposto sobre a renda e sobre a propriedade, ter-se-ão as condições concretas da ativação do mercado fundiário privado. Não há nisso nenhuma revolução. Há tão-somente a realização das potencialidades do sistema capitalista. Aos desprovidos, o Estado continuará a ser indispensável para o acesso à terra. Em ambos os casos — ativação do mercado fundiário e

construção do acesso à terra para os desprovidos —, um Estado que esteja um pouco “acima” das classes sociais, no sentido colocado por POULANTZAS, poderá redesenhar uma nova geografia agrária para o País.

Bibliografia

- ALVES, Mário. Dois caminhos da reforma agrária. in *A Questão Agrária no Brasil*. 2ª ed., São Paulo, Brasil Debates, 1980, pp. 65-83.
- CARVALHO, João Carlos Monteiro. Camponeses no Brasil. Petrópolis, Vozes, 1978, 136 págs.
- CASTRO, Ana Célia e outros. Evolução Recente e Situação Atual da Agricultura: *Síntese das Transformações*. Brasília, Binagri, 1979, 270 págs.
- CATHARINO, José M. Trabalhador agrário. in *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, 1977, v. 74, pp. 78-87.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA. Questões agrárias. Estatuto da Terra e decretos regulamentadores. Brasília, 1973. 173 págs. (Coleção Contag, 8).
- D'AMBROSIO, Maria José S. Evolução legislativa do direito do trabalho rural. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 9 (50): 6-29, jul./ago. 1984.
- DECLARAÇÃO do I Congresso Nacional de Lavradores e Trabalhadores Agrícolas sobre o caráter de reforma agrária. In: *A Questão Agrária no Brasil*. 2ª ed., São Paulo, Brasil Debates, 1980, pp. 84-88.
- D'INCAO E MELLO, Maria Conceição (a). O “Bóia-Fria”: Acumulação e Miséria. 5ª ed., Petrópolis, Vozes, 1977. 154 págs.
- D'INCAO, Maria Conceição (b). Bóias-Frias, desafio para o sindicato rural? *Lua Nova*. Brasiliense, São Paulo, 1 (4): 73-78, jan./mar. 1985.
- DUARTE, José Florentino. Trabalhador rural (histórico legislativo). In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, 1977, v. 74, pp. 107-117.
- DULLEY, Richard Domingues. Aspectos políticos da reforma agrária. *Reforma Agrária*. ABRA, 15 (3): 37-43, ago./dez. 1985.
- FLOWERAKER, Joe. *A Luta pela Terra. A Economia Política da Fronteira Pioneira no Brasil de 1930 aos Dias Atuais*. Rio de Janeiro, Zahar, 1982, 315 págs.
- GNACCARINI, José César. Latifúndio e Proletariado. *Formação da Empresa e Relações de Trabalho no Brasil Rural*. São Paulo, Polis, 1980, 185 págs. (Coleção Teoria e História, 7).
- GONZALES, Elbio e BASTOS, Maria Ines. O trabalho volante na agricultura brasileira. In: *Capital e trabalho no campo*. São Paulo, HUCITEC, 1979, pp. 25-48. (Coleção Estudos Brasileiros, 7).
- IANNI, Octávio. *Origens Agrárias do Estado Brasileiro*. São Paulo, Brasiliense, 1984, 255 págs.

- LOUREIRO, Maria Rita G. *Parceria e Capitalismo*. Rio de Janeiro, Zahar, 1977, 135 págs.
- MARTINS, José de Souza. *A Imigração e a Crise do Brasil Agrário*. São Paulo, Pioneira, 1973, 222 págs.
- MIRAD. Proposta para a elaboração do 1º Plano Nacional de Reforma Agrária da Nova República — PNRA. In: LEAL, Laurindo. Coord. *Reforma Agrária na Nova República. Contradições e Alternativas*. São Paulo, Cortez, 1986, pp. 77-120.
- OLIVEIRA, Ariovaldo V. de. *A Geografia das Lutas no Campo*. São Paulo, Contexto, 1988. 101 págs. (Coleção: *Repensando a Geografia*.)
- OLIVEIRA, Ary Brandão de. Perspectivas para a proteção jurídica do trabalho rural. *Revista TRT — 3ª Região*. Belém, 14 (27): 39-46, jul./dez. 1981
- POULANTZAS, Nicos. O problema do Estado capitalista. In: BLACKBURN, Robin. *Org. Ideologia na Ciência Social. Ensaios Críticos sobre a Teoria Social*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982, pp. 219-241 (Coleção Pensamento Crítico, v. 44).
- RIOS, Jr. A. Terras públicas no Brasil. In: *UnB. Terras Públicas no Brasil*. Documento Brasília, Decanato de Extensão, 1973, pp. 81-86 (Encontros da UnB, de 17-19/12/78).
- RUSSOMANO, M. V (a) Comentários ao Estatuto do Trabalhador Rural. Rio de Janeiro, José Konfino, 1966, 2 v.
- (b) Considerações sobre o trabalho rural. In: *Temas Atuais do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pp. 52 a 65.
- (c) Justiça do trabalho e justiça agrária. In: *Temas Polêmicos do Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro, Editora Científica, 1979, pp. 123-141.
- SCHILLING, Paulo. Da estrutura agrária brasileira. In: *A Questão Agrária no Brasil*. 2ª ed. São Paulo, Brasil. Debates, 1980, pp. 89-107.
- SENADO FEDERAL. *Constituições do Brasil (de 1824, 1891, 1934, 1937, 1948 e 1967 e suas alterações)*. 1º volume: textos. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, 593 págs.
- SILVA, José G. da & WANDERLEY, Maria de N. B. Apresentação. In: *A Questão Agrária no Brasil*. 2ª ed. São Paulo, Brasil. Debates, 1980, pp. VII-XII.
- SIMÕES, Carlos. *Direito do Trabalho e Modo de Produção Capitalista*. São Paulo, Símbolo, 1979, 300 págs.
- VELHO, Otávio Guilherme (a). *Frentes de Expansão e Estrutura Agrária. Estudo do processo de penetração numa área da Transamazônica*. Rio de Janeiro, Zahar, 1972, 178 págs.
- (b). *Sociedade e Agricultura*. Rio de Janeiro, Zahar, 1982, pp. 40-47.

O princípio do direito adquirido no direito constitucional

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

SUMÁRIO

Introdução. I — O princípio do direito adquirido. II — A sucessividade das normas fundamentais e a aplicação do princípio do direito adquirido no direito constitucional. III — O princípio do direito adquirido e a Constituição Brasileira. Bibliografia.

Introdução

Há institutos e princípios jurídicos que, conquanto se incluam na teoria geral do direito, receberam atenção quase exclusiva, ou muito especial, na esfera doutrinária do direito privado, passando a ser, por essa influência jusprivativista, aplicadas segundo os parâmetros cultivados por esta rama do direito.

Todavia, o seu emprego naquela seara jurídica distingue-se, substancialmente, do trato que devem receber no campo do direito público, especialmente no direito constitucional.

Dentre estes salienta-se o princípio do direito adquirido, que se pode constituir, nesta seara jurídica, não numa expressão de ordem a garantir direitos, mas uma dicção de inércia a estagnar a dinâmica jurídica das normas fundamentais.

Mister é, pois, que a sua absorção neste domínio tenha tratamento específico, adequado a seus princípios e características, a fim de que não se imobilize o evolver inestancável que marca, singularmente, o processo constitucional.

O direito constitucional — tomado em seu sentido objetivo, vale dizer, como o conjunto de normas fundamentais, que delinea a essência jurídica de uma sociedade política estatal — capta da sociedade a característica do movimento. Como essa, e seguindo-lhe o desempenho permanente, o direito constitucional é ativo e mutante. Deve ser estável, sem ser inerte; deve ser equilíbrio, sem ser ineficaz; deve considerar o passado, sem emperrar o futuro.

Por isso, o princípio do direito adquirido não pode ser absorvido em sua concepção privatista e segundo esta aplicada ao direito constitucional.

O que teria sido de um dos mais célebres atos constitucionais da história brasileira — a Lei Áurea, de 1888 — se se tivesse oposto à sua promulgação o princípio do direito adquirido?

Há, pois, de se tomar aquele princípio num sentido adequado ao direito constitucional democrático, no qual a autenticidade do processo político e da eficácia jurídica fica a depender da possibilidade de se atribuir eficiência e legitimidade às determinações normativas.

I — O princípio do direito adquirido

Não constitui tarefa fácil conhecer-se a essência da expressão “direito adquirido” (1). A matéria tangencia a questão da irretroatividade das leis, que daria eficiência ao objetivo da segurança jurídica. Como a segurança jurídica é prestigiada e realizada diferentemente, conforme a situação fática sobre a qual deva se aplicar a norma jurídica, tem-se difundido, doutrinariamente, que a análise do conceito de “direito adquirido” estaria engastada no exame de cada caso concreto. Então, somente em causas específicas se poderia conhecer da essência do princípio do direito adquirido e, inclusive, detectar-lhe os elementos básicos.

Preocupado em não franquear o emprego indisciplinado deste princípio, cuida o legislador brasileiro, na esteira do exemplo encontrado nos sistemas alienígenas, de fixar alguns pilares do conceito que lhe deve modelar a aplicação.

Assim, o art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a redação dada pela Lei n.º 3.238, de 1.º de agosto de 1957) reza que:

“Art 6.º — A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1.º — Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2.º — Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo

(1) Leciona SAN TIAGO DANTAS: “... quase todos conceituam o direito adquirido de um modo um pouco diverso, isto porque, em primeiro lugar, é difícil, a não ser em alguns exemplos, dizer quando os fatos idôneos para a produção de determinado direito estão todos reunidos, e, em segundo lugar, esta expressão ‘entrados definitivamente no nosso patrimônio’ é das mais sutis que se podem representar, porque a única coisa que entra definitivamente para um patrimônio é algum bem ou valor que se lhe tenha incorporado, ao passo que os direitos, muitas vezes, já representam benefícios e ainda se tem dúvida se estão definitivamente incorporados ao nosso patrimônio no sentido atribuído por GABBA a estas expressões.” (*Programa de Direito Civil*, Rio, Ed. Rio, 1977, t. I, p. 115.)

Identicamente assevera PLANIOL que “Personne n’a jamais pu donner une définition satisfaisante du droit acquis” (*Droit Civil*, Paris, t. I, nº 221).

começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável a arbitrio de outrem.

§ 5.º — Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

O conceito de direito adquirido, pois, oferecido pela lei brasileira, repousa em dado filosófico (2) e subjetivo, tomados pelo legislador como vertente e diretriz de sua criação jurídica. De um lado, o elemento determinante é o da limitação temporal da norma, que não evolue para alterar situações jurídicas pretéritas perfeitas e, de outro, o elemento que define a perfeição e a demonstra é o titular do direito ou alguém que por ele atue.

Ao aplicador da norma, contudo, a questão passa a ser mais complexa e mais grave que os termos singelos encontrados na norma supratranscrita, porquanto se cuida de saber quando a situação de fato ensejadora da aplicação da regra ter-se-ia completado, a fim de saber constituído, ou não, o direito, vale dizer, quando adentrou — se ocorreu tal circunstância — o patrimônio de seu titular.

É que se estabeleceu, na doutrina e na jurisprudência, que a situação jurídica que já se tenha aperfeiçoado sob o império de uma lei não pode ser desconstituída, ou atingida, em seus efeitos típicos, pelo advento de uma nova regra de direito. Urge, pois, saber quando o ciclo de aperfeiçoamento da situação juridicamente cuidada completou-se, excetuando-se, a partir de tal implemento, o tratamento legal superveniente e, principalmente, conhecer-se quais os efeitos típicos que não podem ser atingidos pelo regramento posterior e quais os que podem ser estancados, sem comprometimento ou agressão — ou pela não aplicação — do princípio do direito adquirido.

Célebre é a elaboração de GABBA sobre esta matéria, o qual, fundado na formulação inicial de LASSALE, expõe que “È acquisito ogni diritto, che a è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l'occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell'attuazione di una legge sotto l'impero della quale accade il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato” (3).

Em virtude da incidência do princípio do direito adquirido, o novo e diverso tratamento normativo que se dê a uma matéria prevalece, pois, na perspectiva da doutrina ainda hoje acatada jurisprudencialmente no Brasil sobre o tema, apenas sobre as situações não aperfeiçoadas ao influxo da regra anterior. Entre o momento de incidência de uma norma jurídica e a superveniente sobre o tema podem ocorrer, contudo, circunstâncias que

(2) Cf. DANTAS, San Tiago. — *Op. cit.*, p. 110.

(3) *Retratività delle Leggi*, vol. I, pp. 175 e segs. *apud* LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro*, Rio, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929, vol. I, p. 96.

tenham gerado a denominada "expectativa de direito", que, em verdade, significa inexistência de direito, ou situação de mera possibilidade jurídica. Tratando-as como "meras expectativas", conceitua-as RUGGIERO como "... as esperanças de aquisição de um direito fundadas na norma vigente e ainda não concretizadas em direito por falta de alguns dos elementos objetivos reclamados pela norma..." (4).

Segundo as idéias dominantes sobre o assunto na doutrina, a lei nova, embora tenha feito nascer alguma esperança de vir a se completar segundo a norma anterior, não se aperfeiçoou, não estando, portanto, em condições de serem captados, por aquele que seria o seu titular, os efeitos que dela lhe adviriam.

Logo, ainda conforme a doutrina prevalente sobre o tema, não se cuidaria aqui de pesquisar-se sobre a aplicação, ou não, do princípio em foco à espécie, porque inexistente direito constituído nos termos da norma anterior, mas uma mera — e destruída — possibilidade de que viesse a sê-lo.

O princípio do direito adquirido fundamenta-se na irretroatividade das leis, a qual encontra, como um de seus limites, exatamente a ocorrência daquele.

Tem-se assentado na teoria do direito que, em princípio, a lei não retroage, a dizer, a norma jurídica não atinge a situação completada sob a égide da regra anteriormente vigente.

A irretroatividade das leis embasa-se na busca de segurança jurídica, conforme acima salientado, devendo esta garantia de estabilidade envolver as relações jurídicas de modo a impedir o seu comprometimento que ocorreria se o advento de lei nova atingisse situações precedentemente formadas.

Nesse sentido, preleciona KOHLER, citado por CLÓVIS BEVILAQUA: "toda a nossa cultura exige certa firmeza de relações, sem o que seríamos lançados nos braços da dissolução; todo o nosso impulso, para estabelecer a ordem jurídica e nela viver, repousa na consideração de que as nossas criações jurídicas têm de perdurar" (5).

Esta busca de segurança jurídica traduziu-se na impossibilidade de retroagirem as leis para atingir situações preteritamente constituídas, firmando-se, basicamente, assim, o princípio do direito adquirido.

O legislador, como o intérprete, deve ter critério jurídico definido, com fulcro no qual se apresente solução para o conflito decorrente da sucessividade das normas, não sendo compatível com a desejada estabilidade das relações jurídicas a carência de firmeza dos princípios aplicáveis às situações tratadas pelo direito.

(4) RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 1971, vol. I, p. 163.

(5) BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio, Ed. Francisco Alves, 1976, p. 25. Cf. também DANTAS, San Tiago — *Op. cit.*, p. 110.

Daí a necessidade de se assentar que o fundamento de um direito alegado não pode ter outra vertente que a ordem jurídica vigente, entendendo-se esta como o conjunto de normas jurídicas aplicáveis em determinado momento histórico. A disposição que não mais se dote de vigor jurídico não se compreende na ordem jurídica positiva atual, única com força vinculante obrigatória atual, e, de conseguinte, não constitui supedâneo de qualquer pretensão à aquisição de direitos.

Como, na forma antes mencionada, direitos anteriormente adquiridos podem ter os seus efeitos deflagrados, ou ainda emitidos, sob o pálio da norma anterior na vigência da nova regra, a questão da validade temporal da norma se coloca de modo acintoso e demanda solução suficiente.

As legislações, como o faz a brasileira, em geral preocupam-se em orientar o próprio legislador e o intérprete de leis, de modo a estabelecer limitações à sua atuação normativa e explicativa.

Note-se que o princípio da irretroatividade das leis é acolhido, em alguns ordenamentos, como regra de hermenêutica, não se colocando, taxativa e expressamente, em preceito legal, como ocorre no direito pátrio.

Nesse, a matéria vem regida pela própria Constituição, o que ocorre desde os primeiros momentos do Estado brasileiro.

Assim, o art. 179, da Constituição de 1824, dispunha em seus itens 1.º, 2.º e 3.º:

“Art. 179 — ...

§ 1.º — Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

§ 2.º — Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública.

§ 3.º — A sua disposição não terá efeito retroativo...”.

Em escólios sobre a “garantia de não retroatividade das leis” insculpida no dispositivo em epígrafe assim lavra PIMENTA BUENO: “A lei que, instituindo uma obrigação ou penalidade, fizesse com que ela retrogradasse, e fosse dominar os fatos ocorridos antes de sua promulgação e publicidade legal, aniquilaria toda a idéia de segurança e liberdade. Nenhum homem poderia em dia algum asseverar que deixaria de ser perseguido, pois que qualquer dos atos de sua vida anterior poderia ser erigido em delito.

O sagrado princípio da não retroatividade da lei deve ser respeitado ainda mesmo no caso de interpretação...” (6).

Pelos termos postos no Texto Constitucional do Império, verifica-se que, neste particular, a preocupação — de menos enfatizada pelos herme-

(6) BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio, Min. da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 384.

neutas — era mais com a liberdade que com outros bens objetos de tutela e cuidado jurídicos, porquanto poderia ela ser arbitrariamente cerceada pela elaboração de norma jurídica advinda após a prática de algum ato.

A Constituição de 1891 não tratou da matéria na parte relativa aos direitos individuais, referindo-se ao tema na forma de uma vedação imposta à União e aos Estados:

“Art. 11 — ...

§ 3.º — É vedado aos Estados como à União ... prescrever leis retroativas...”.

Sob a égide dessa Carta, o tema veio a ser objeto de norma infraconstitucional (Lei da Introdução ao Código Civil que, pela vez primeira, minudenciou os termos da irretroatividade, versando sobre o princípio do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada).

A Constituição de 1934 introduziu, em seu art. 113, item 3, o preceito que prevalece até o presente no sistema constitucional brasileiro e pelo qual se adota a seguinte formulação:

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

A Carta de 1937, desimportante no quadro do constitucionalismo brasileiro pela sua inaplicação, não contemplou regra de teor idêntico àquele que, referente ao princípio em foco, se albergava na Lei Magna de 34.

Havia coerência nesta postura do autor do documento, chamado de Constituição, e imposto em 1937: o direito não tinha a finalidade de estruturar a sociedade estatal, nem resguardá-la da eventual vontade do detentor do poder no Estado. Antes, o direito positivou-se no sentido de resguardar a figura do governante da vontade da sociedade, logo a regra da irretroatividade e seus contornos, incluindo-se o princípio do direito adquirido, destoava do quadro político imposto.

A Constituição de 1946 retornou ao figurino constitucional de 1934, retornando o princípio do direito adquirido à sede constitucional.

A regra manteve-se na Carta de 1967 (art. 150, § 3.º), imaginando-se que teria aplicação idêntica à que recebera a norma no sistema precedente.

Bem que com o mesmo fundamento que alicerçava a positivação de igual preceito na Constituição de 46, não teve o dispositivo antes referido aplicabilidade plena no tormentoso período histórico que se seguiu à outorga da Carta de 67.

Em efeito, o advento do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, comprovou a existência de norma eficiente superior àquela contida no documento constitucional, atingindo-se, pelas regras postas naquele ato, situações pretéritas a seu advento, e fixando-se nele, expressamente,

que a sua aplicação se daria “sem as limitações previstas na Constituição...” (arts. 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 10 e 11) (7).

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, repetiu a fórmula principiológica em seu texto (art. 153, § 3.º), vindo a ser, afinal, mais uma vez acolhida a disposição na Constituição de 5 de outubro de 1988 (art. 5.º, XXXVI). Entretanto, o princípio do direito adquirido, conquanto mantido como um dos esteios do sistema constitucional, recebeu tratamento específico e diferenciado quanto à sua incidência sobre situações cuidadas pelos próprios constituintes, vale dizer, sobre matérias incluídas na órbita constitucional positiva e que sucede a tratamento distinto oferecido anteriormente à superveniência do novo texto magno (*).

Nota-se desta breve análise da inclusão do princípio do direito adquirido nos textos constitucionais pátrios, a uma, que o teor do dispositivo não sofreu mudanças essenciais em seus dizeres, conquanto isso não signifique não ter ele se alterado em sua interpretação e aplicação jurisprudencial; e, a duas, que o mandamento traz uma única dicção para o legislador e para o aplicador da norma, o que não quer significar que em qualquer área do sistema jurídico a eficácia do princípio seja idêntica.

No presente estudo, interessa-nos sobremaneira a efetividade do princípio do direito adquirido na seara constitucional, da qual emana, ou não, a orientação principiológica que contingencia a conduta do legislador infraconstitucional e do aplicador da norma jurídica.

II — *A sucessividade das normas fundamentais e a aplicação do princípio do direito adquirido no direito constitucional*

Toda norma que estabelece fundamentos da sociedade estatal é constitucional, vale dizer, estratifica juridicamente um comportamento social ou institucional e sobre ele firma, ou reafirma, estruturas que modelam, ou remodelam, a sociedade estatal.

Toda norma constitucional emana de um poder superior ao poder constituído, seja aquele o poder constituinte originário ou o instituído e ainda que esse seja exercido, por força de definição exposta na Carta Magna, pelos órgãos legislativos ordinários, dotados, naquele momento e excepcionalmente, de vigor constituinte limitado.

(7) O desacato às limitações à retroatividade das leis, uma das quais é o princípio do direito adquirido, é, historicamente, encontrado em regimes políticos anti-democráticos, como ocorreu, *verbi gratia*, em França, durante a ocupação alemã, e na Argentina, durante o regime autoritário imposto na década passada, quando fatos pretéritos foram julgados segundo normas posteriormente editadas e que passaram a tipificá-los como criminosos. Note-se, entretanto, que nestas hipóteses o alvo é a liberdade individual, em qualquer de suas manifestações e não vantagens obtidas através de normas infraconstitucionais e que são sempre modificáveis, consoante se verá abaixo.

(*) Cf. p. 17.

A elaboração e promulgação da norma constitucional têm manifestação e eficácia distintos do regramento jurídico ordinário pela sua fonte e natureza especiais.

Em efeito, a fonte da manifestação constituinte é soberana e, no regime democrático, parâmetro ideal no momento contemporâneo, popular.

A natureza definidora da norma constitucional é a sua fundamentalidade. A norma jurídica magna traz a marca da essencialidade que caracteriza a sua disposição. Esta qualidade de fundamento tem o duplo sentido de ser, de uma parte, a base sobre a qual se alicerça o edifício normativo jurídico, o qual se estrutura, se condiciona e se valida na exata conformidade com esse primeiro pilar do sistema. A norma constitucional é, pois, o centro do qual emana a validade do ordenamento que se lhe segue, somente nele se acolhendo o preceito que seja com ela compatível e coerente. De outra parte, a fundamentalidade da norma constitucional expressa-se na feição soberanamente inovadora e descomprometida com o direito positivo que lhe antecede. É norma fundamental, assim, por definir o momento primário da criação jurídica estatal, sem peias contraditórias no direito anterior, significando o seu surgimento o começo de uma etapa nova no processo constitucional de um povo.

A norma constitucional constrói, de modo inédito, portanto, uma situação jurídica, condicionando, então, originariamente, uma situação social fática subsumida a ela.

Circunstância alguma, anteriormente curada pelo Direito Constitucional Positivo, e posta diversamente pela norma constitucional inaugurada, tem força jurídica para manter-se sob o exclusivo argumento de sua preexistência validada e consolidada antecedentemente, pois não subsiste fato social contrário ao direito, e não subsiste norma de direito sem fundamento atual e autônomo.

Daí por que em alguns momentos a doutrina, inclusive a que apreçoava e divulgava com rigor a vigência do princípio do direito adquirido, chegou a ser taxativa ao ponderar que "les lois constitutionnelles, le lois d'organisation et de compétence judiciaire, les lois qui règlent la capacité des personnes ne donnent aucun droit acquis" (8).

De igual forma, Ihering, célebre iniciador da doutrina do direito adquirido, na titulação oferecida por DUGUIT, esclarece que, em se tratando de leis administrativas ou criminais, "elles nous protègent, mais non dans la forme d'un droit qui appartient en propre" (9).

Observação que merece ser relevada, neste passo, é o da função da norma constitucional, que é a de construir as bases jurídicas da sociedade estatal segundo as tendências, necessidades e interesses ancilares ao povo.

(8) AUBRY et RAU — "Droit Civil" *apud* DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, 1927, t. I, p. 228.

(9) *Idem*, *Ibidem*.

A função serviente à realização das aspirações sociais é permanente, integrando o próprio caráter de fundamentalidade da norma, razão pela qual há de estar nela contida, sempre a possibilidade de adequar-se aos novos rumos, tendências e necessidades surgidos no grupo social.

Daí por que a norma constitucional é relativamente mutável, a dizer, o próprio sistema jurídico adota instrumentos que propiciam a adequação do ordenamento constitucional às novas tendências sócio-políticas através de modificações que se introduzam sem a ruptura ou a necessidade de substituição integral do sistema.

A função da Constituição — delimitadora das bases estatais e definidora dos parâmetros normativos do comportamento político da sociedade — cumpre-se, é certo, segundo padrões diversos e conformes ao estágio de amadurecimento do povo.

Assim, enquanto o atendimento da função da norma constitucional faz-se, em Estados altamente desenvolvidos politicamente, através da captação do momento social e de sua inserção na norma, vale dizer, a norma constitucional reflete a realidade sócio-política, nos Estados de baixo nível de desenvolvimento político a função da norma é de criar novos parâmetros jurídicos que, inclusive, propiciem, pela instituição de novas bases das relações sócio-econômicas, novo direcionamento das idéias e interesses da sociedade.

O cumprimento das funções precípua da norma constitucional exige, pela sua natureza mutante da realidade sócio-política, a efetividade de sua observância, a aplicabilidade plena e imediata de seus ditames.

A força superior da norma constitucional decorre da soberania do titular do Poder Constituinte, no qual se encontra o único elemento validador do ordenamento jurídico. Logo, a partir de sua vigência, a norma constitucional impõe-se, ainda que com eficácia limitada pelos seus próprios termos e condições, mas com tal império que nada que se lhe contraste pode ser resgatado no mundo jurídico, qualquer que seja a sua origem ou conteúdo.

Estas observações conduzem-nos ao problema da alegação de direito adquirido em face da sucessividade das normas constitucionais.

A promulgação de uma norma constitucional tem o duplo efeito de determinar, desde o momento inicial de sua vigência, uma nova ordem e de desfazer a força vinculante e obrigatória da que se lhe antecede, quer dizer, rompe-se uma estrutura jurídica posta e inicia-se um novo tratamento jurídico do tema a partir de então.

Nesta transmutação da norma e do próprio valor que por ela se substancia, exsurge a questão relativa à aplicação, ou não, do princípio do direito adquirido.

É certo que a norma constitucional, como, de resto, toda e qualquer regra entronizada na ordem jurídica, não repristina, a dizer, não retrograda,

não se aplica ao passado, nem deveria atingir situações completadas, efetivadas e consumadas sob a égide da regra anterior. A retroatividade das leis, especialmente quando concerne aos direitos individuais, relevo dado à liberdade, conduz ao arbítrio, à insegurança, ao abuso dos governantes, como luminarmente exprime PONTES DE MIRANDA: "a irretroatividade defende o povo; a retroatividade expõe-no à prepotência" (10).

Isto não significa, contudo, que a positivação de uma norma constitucional esbarre em óbice jurídico contido na preexistência de outra norma como entrave intransponível porquanto tenha esta anteriormente produzido efeitos, que se considerassem indestrutíveis. Entendimento como esse levaria à impossibilidade de se dar eficiência e atendimento à própria função da norma constitucional, que, então, não poderia ser sequer buscada, quando a matéria já tivesse sido objeto, em algum momento histórico anterior, de tratamento normativo.

Este que seria o substrato doutrinário do princípio do direito adquirido — a existência de direito anterior com fulcro no qual determinada situação adentrou o patrimônio de alguém — encontra, no direito constitucional, dois obstáculos insuperáveis: o primeiro é o de que nem todo bem pode adentrar um patrimônio particular, especialmente quando o elemento definidor da vantagem ou benefício do seu titular for decorrente de um bem ou valor primariamente titularizado pelo povo; neste caso, o gozo de uma situação não decorre de um direito primariamente detido pelo particular, mas da harmonia entre os valores da sociedade, resguardados na forma, e o benefício do particular, que, secundariamente, também é protegido pelo sistema jurídico. A segunda barreira impeditiva da aceitação, no âmbito da rama jurídica constitucional, daquela explicação tão singela do acatamento do direito adquirido repousa na circunstância de que o direito adentra o patrimônio do indivíduo segundo uma base legal validada pela norma fundamental. Quando perde vigência a norma fundamental validadora, desconstitucionaliza-se a norma jurídica incompatível ou desconforme àquela, porque este desvio impede a sua recepção na ordem jurídica constituída e sob cujo pálio somente prevalece o que persista coerente com o espírito, conteúdo e forma do novo regramento.

Destarte, o direito constituído sob a égide de valores desacolhidos e de normas desfeitas não subsiste, quando do advento da nova ordem constitucional, senão se a situação jurídica subsumida ao ordenamento anterior tiver produzido os seus efeitos e estes tiverem se consumado ainda na vigência daquela, porquanto, então, se trataria de direito consumado.

Sendo fundamental a norma constitucional, é ela fonte de validade de todas as regras que se lhe seguem em hierarquia, logo, a que com ela descombina não colhe o fulcro legitimador, sem o qual ela não se mantém, tampouco se admitindo que as situações que nela se fundem possam prevalecer.

(10) MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. "Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969", Rio, Forense, 1987, t. V, p. 20.

A partir, pois, da vigência da norma constitucional, cessam os efeitos de qualquer outra norma que se lhe anteceda e que dela se distinga, bem como as situações que nestas se embasem e que ainda não tinham consumado quando do advento da nova regra fundamental.

Contra a eficácia plena e imediata da norma constitucional não se pode alegar direito adquirido, vez que ela é o ato criador de uma nova ordem, não se estancando diante de qualquer situação anteriormente forjada, mesmo aquela que se cunhou e se aperfeiçoou sobre a base constitucional decaída.

Releva observar que ao constituinte originário não é defeso sequer retroagir e desconstituir efeitos de normas antes vigentes, pois a irretroatividade das leis tem como fundamento primário a norma constitucional. O autor desta, contudo, não depara com a vedação, porque a soberania do titular do Poder Constituinte originário firma-se sobre a liberdade de construção do presente sem as peias jurídicas da ordem antecedente. A irretroatividade das leis nasce, no direito positivo, com a norma constitucional que o acolhe e expressa. De idêntica forma, o princípio do direito adquirido — manifestação que matiza, enfatiza e limita a aplicação daquela regra — inspira-se na decisão constituinte soberana que o adota. Não se impõe como um pressuposto do sistema constitucional posto. Por óbvio. O primeiro momento do direito positivo é e da Constituição. Nada se lhe pressupõe legalmente e o direito adquirido não é mais que uma opção legal de um sistema jurídico.

A manutenção de direitos constituídos sob a ordem constitucional substituída decorre do princípio da recepção, não da aplicação do princípio do direito adquirido a este ramo do direito. Por isso, a manutenção de uma situação constituída, quando do advento de uma norma constitucional nova, depende da adequação do seu conteúdo à finalidade e à função buscada pela modificação constitucional, pois a permanência daquela situação ou do direito adquirido tem que valer-se do novo fundamento constitucional, sem o que tudo quanto antes fora juridicamente obtido não se sustenta, não é recebido pela nova ordem. Aliás, não é outra a função da norma constitucional, consoante acima enfatizado, senão desmanchar uma ordem incoerente com as necessidades, interesses e tendências valoradas do grupo social, é dizer, ilegítima, e transformá-la, constituindo diversamente o edifício jurídico. Constituição não reforma, constituição transforma, pois o seu conteúdo guarda a base do alicerce institucional. Por isso mesmo a norma constitucional não se compadece, não se compõe com regra ou situação contrária ou incompatível com o seu espírito, expressão e forma.

A transformação promovida pela norma constitucional é originária, no sentido de promover o momento inicial de uma fase constitucional de um povo, e ilimitada, no sentido de não se condicionar pelas regras jurídicas postas anteriormente ou estagnar-se diante dos efeitos por ela produzidos.

A transformação normativa fundamental atinge exatamente as situações que, positivadas de uma maneira, contrariem os legítimos interesses e tendências do povo. Logo, se o princípio do direito adquirido fosse aplicado ao Direito Constitucional, ele teria o condão de ser supraconstitucional e de ser impediante da natureza fundamental da norma constitucional e não mera opção do sistema e preceito por ele validado e dirigido ao legislador infraconstitucional.

A alegação do direito adquirido, a fazer resguardar situações normativas ou efeitos de normas anteriores a uma nova estrutura constitucional, tornaria falsa a categorização da norma constitucional como momento normativo originário e soberano, como tornaria inócuas as tentativas de se cumprir, efetivamente, a função constitucional de dar nova estrutura e dinâmica à sociedade estatal.

Pudesse o princípio do direito adquirido ter aplicação autônoma na órbita jurídica, mormente no ramo constitucional, e estar-se-ia em face de uma reversão dos valores acolhidos no regime democrático, sob cujo ideal se tem a ótica do Estado contemporâneo. É que a norma constitucional — como, de regra, a norma de direito público — visa a proteção do interesse público imediato, realizando, mediatemente, a proteção do interesse individual, porquanto na efetividade da proteção do interesse público os interesses individuais da maioria do grupo social estarão atendidos.

Contrariamente, o princípio do direito adquirido visa a proteção do interesse individual imediatamente, tentando assegurar a ordem jurídica, ao acolher tal princípio a efetividade do interesse público na esteira do atendimento daquele.

Todavia, a busca de proteção de interesse individual somente pode subsistir e receber garantia jurídica, quando não se impuser, em caráter primário, supremo e incontestável, à segurança jurídica do grupo, vislumbra esta engajadamente, a saber, apurada em cada momento histórico.

O que tem marcado o conceito do princípio do direito adquirido é o elemento subjetivo, conforme antes realçado. Define-se, geralmente, o direito adquirido como aquele que entrou no patrimônio de um *titular*, dele não mais podendo ser retirado.

Ocorre que a norma constitucional traz em sua essência a titularidade do soberano na sociedade, contra a qual não prevalecem valores particulares, interesses singulares ou direitos individualizados: a supremacia é do interesse público, tomado em seu aspecto de legitimador exclusivo da ordem jurídica.

Em verdade, a norma constitucional compromete-se a realizar a revolução política por meio da racionalização do processo jurídico. Como última etapa de uma evolução política em uma sociedade, a norma constitucional aperfeiçoa a mudança estrutural e, construindo a base do Direito Positivo

sob o enfoque legitimador de uma nova ordem, desfaz o que a nível social ou individual subsistia anteriormente e que desconectou-se com as necessidades e aspirações da sociedade. Desconsidera-se, então, o que, vigente anteriormente, divergia das novas diretrizes e ditames sociais, políticos e econômicos e que recebem roupagem jurídica nova e assentada ao modelo histórico da sociedade⁽¹¹⁾.

A aplicação do princípio do direito adquirido pode vir contido e garantido, dentro de determinados critérios, no sistema constitucional, mas jamais antevirá ao ordenamento fundamental, nem servirá para inadmitir ou embaraçar a plena eficácia da norma constitucional quando por ela não puder ser recebida. O princípio do direito adquirido não tem os contornos, sequer o fundamento da teoria da recepção, com fulcro na qual situações anteriormente formadas podem produzir efeitos sob a égide da nova ordem constitucional.

O respaldo jurídico do princípio do direito adquirido, se vier e como vier a se conter no sistema constitucional posto, será encontrado neste mesmo sistema, não como antecedente ou obrigação anterior imposta ao constituinte. Não há explicação jusnaturalista que o absorva ou absolva o seu uso.

Enquanto a irretroatividade das leis serve à garantia dos direitos individuais e sociais, cumprindo a função da norma que se positiva para reger o presente e o futuro, o princípio do direito adquirido tangencia a projeção atual e futura, sob a égide de uma nova ordem jurídica constituída, dos efeitos de um sistema jurídico passado e desconstituído e que emperraria, se aceito, a mudança da sociedade sedimentada segundo o direito novo, fazendo, com tal entrave, subsistirem, em verdade, duas ordens paralelas e, às vezes, contrárias, o que acarretaria a insegurança jurídica e a disfunção do Direito Constitucional.

Coisas distintas são os fatos passados, normados e consumados no tempo passado e os fatos passados, mas cujos efeitos são contínuos, persis-

(11) Ensina Kelsen que: "Con el auxilio de la idea de la prioridad del derecho subjetivo frente al objetivo, créese poder afirmar como proposición jurídica el principio de que el Estado tiene la obligación de proteger no sólo la propiedad, sino, en general, todos los derechos 'bien adquiridos', es decir, adquiridos jurídicamente; que tiene que guardarse, por tanto, de invadir ese dominio, no estando autorizado ni para desconocer ni para mermar dichos derechos. ... en el concepto de los 'derechos bien adquiridos' el centro de gravedad radica únicamente en la idea de una conservación de las clases poseedoras, protegidas por el manto del derecho subjetivo."

En esta tendencia a mantener el poderío económico de una clase poseedora radica el sentido político del dogma (completamente jusnaturalista) de la obligación del Estado de respetar los derechos bien adquiridos. Originariamente, se aplicó a la protección de la burguesía privada de derechos políticos, contra los monarcas absolutos; y así se explica que la teoría haya sido aplicada únicamente a los derechos privados, a los patrimoniales de modo especial, pero no a los derechos políticos, públicos."

tindo sob o efeito da lei nova. A lei nova não invade o passado, como o passado não entrava a lei nova. Como a norma constitucional, e aquelas categorias por ela expressamente fixadas, cuidam de matéria embasadora do novo modelo sócio-estatal no presente, pode ocorrer de ter ela que desfazer situações antecedentemente formadas para possibilitar a realização do presente transformado. Daí por que a ordem da nova lei constitucional pode retroagir, como o podem aquelas que ela especialmente fixe, como ocorre, hoje, no Brasil, com a lei penal. Em efeito, determina a Constituição da República, em seu art. 5.º, item XL: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Nota-se que, na hipótese descrita na regra constitucional, o próprio legislador infra-constitucional, que em princípio se limitará pela irretroatividade das leis, recebe da Constituição uma possibilidade expressa permitidora da retroação.

III — O princípio do direito adquirido e a Constituição Brasileira

A Constituição Brasileira adotou, no art. 5.º, XXXVI, o princípio do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito como balizas intransponíveis de atuação do legislador infraconstitucional.

Repetiu-se, assim, a fórmula acolhida tradicionalmente nos documentos legais pátrios, determinando-se ao legislador o limite negativo a seu comportamento legislativo.

Segundo a lapidar lição de PONTES DE MIRANDA, "as questões de direito intertemporal têm de levar em consideração a existência, a validade e a eficácia das regras jurídicas" (12). Tomando-se estes elementos apontados pelo insigne jurista como base de análise da norma constitucional enfocada, tem-se que o ato jurídico perfeito é conceito do plano da existência; a coisa julgada é conceito do plano da validade (13); e o direito adquirido é conceito do plano da eficácia.

Saliente-se que o preceito contido no art. 5.º, XXXVI, da Constituição da República, é direito fundamental do indivíduo, oponível ao legislador infraconstitucional. Todavia, o advento da ordem constitucional, que obriga, desta forma, o legislador, não configura trava sob cujo jugo se limitasse o próprio constituinte.

Esse, ao elaborar a transformação constitucional, mudando as bases sócio-políticas e econômicas da sociedade estatal brasileira, não se circunscreveu à contextura do passado, no qual direitos tinham sido adquiridos pelos particulares, algumas vezes, porém, além e contra o supremo e legítimo interesse do povo.

(12) MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de — Op. cit., t. V, p. 66.

(13) Na preleção do mestre, a coisa julgada é conceito do plano da eficácia "mas, não do plano de eficácia dos fatos jurídicos que se podem articular na *res deducta*, e sim do plano de eficácia da sentença" (Idem, *ibidem*).

Preferimos considerar, entretanto, a coisa julgada conceito do plano da validade, por ser a sentença manifestação que expõe, na hipótese examinada, a validade de uma norma e o seu efeito num caso específico.

Manteve-se, pois, no texto constitucional vigente, como princípio do sistema jurídico, o respeito legislativo ao direito adquirido, que não pode ser desacatado pelo legislador infraconstitucional, cuidando, porém, o constituinte: a) de resguardar, expressamente, a eficácia de alguns direitos adquiridos sob a égide da ordem constitucional decaída; b) de desconstituir alguns efeitos de situações aperfeiçoadas anteriormente à vigência do novo sistema e, finalmente, c) de permitir que alguns direitos e pretensões, cujos efeitos já tivessem iniciado a ser produzidos sob o pálio da ordem anterior, e desde que não contrariassem os novos valores, princípios e regras acolhidos como sustentadores da ordem positivada, pudessem ser recebidos e, destarte, subsistissem, para tanto devendo-se, contudo, analisar os efeitos concretos de cada situação definida e a possibilidade real de ser a norma embasadora da mesma recebida pelo novo sistema e mantida, então, a sua eficácia sobre aquela situação concreta.

Tem-se como exemplo da primeira hipótese — garantia expressa de direito cujo suporte fático tenha ocorrido na vigência da ordem constitucional substituída pela nova Carta Magna — o mandamento expresso, *verbi gratia*, nos §§ 1.º e 2.º do art. 17 das Disposições Transitórias, nos quais o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médicos e profissionais de saúde que estivessem, na data da promulgação da Lei Maior, sendo exercidos, respectivamente, por aqueles profissionais, na administração pública direta ou indireta, ficou assegurado, porquanto o desempenho se iniciara sob o pálio de ordem jurídica que o permitia e, conquanto o novo sistema não acolha essa acumulação como válida, o suporte fático de incidência da norma constitucional anterior irradiara os seus efeitos continuamente e a eficácia não se acabara com o advento do novo sistema, donde a eleição política do constituinte em permitir o prosseguimento da expansão eficaz da situação antecedentemente constituinte.

Diversamente, estanca a nova Constituição, expressamente, os efeitos de situação anteriormente completada, *verbi gratia*, quando, no *caput* dos arts. 17 e 18 das Disposições Transitórias daquela Lei Maior, determina, no primeiro daqueles dispositivos, a imediata redução dos “vencimentos, remuneração, vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria, que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição. . . não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título” e, no segundo preceito indicado, afirma a extinção dos efeitos jurídicos “de qualquer ato legislativo ou administrativo, lavrado a partir da instalação da Assembléia Nacional Constituinte que tenha por objeto a concessão de estabilidade a servidor admitido sem concurso público, da administração direta ou indireta, inclusive das fundações instituídas e mantidas pelo poder público. . .”.

Note-se que nesta última hipótese a determinação constitucional retroage para alcançar efeitos ilegítimos deflagrados antes da vigência da norma constitucional. Não se há falar aqui, contudo, em arbítrio ou coação, pois

a prepotência e a imoralidade pública que o ditame constitucional buscou sanear continham-se na atuação pretérita e em seus efeitos produzidos à revelia dos interesses da sociedade brasileira.

A inclusão do princípio do direito adquirido no corpo das normas constitucionais não sustenta a alegação de que todas as situações que se antecedem ao advento da nova Constituição não se subsumem às novas diretrizes e preceitos jurídicos, nem têm que ser, necessariamente, respeitados em seu conteúdo, em sua forma e quanto a seu titular, a despeito de contrariarem o novo regramento fundamental da sociedade política brasileira.

Nem seria tão simples a colocação de que as pretensões não podem ser albergadas e garantidas sob a nova ordem constitucional, por não se terem consumados os seus efeitos próprios na vigência do sistema decaído. Se o fato jurídico realizou a integração da pretensão concebida com a norma anterior, e esta puder ser recebida pelo novo sistema constitucional, poderá a situação ser acolhida e respeitada na vigência desta.

Não se admite, contudo, que o acolhimento da alegação do princípio do direito adquirido, contraposto à nova ordem constitucional, sirva de sustentáculo a tal pretensão. Mediante a análise de suporte fático descrito concretamente, do preceito normativo que sobre ele incidiu e da possibilidade de ser ele recebido pelo novo sistema, é que a questão poderá receber tratamento adequado à natureza do direito constitucional.

O princípio do direito adquirido não pode constituir entrave às mudanças da sociedade através dos comandos jurídicos próprios e legítimos, não pode petrificar uma situação fática ou jurídica, fazendo do direito, não um instrumento assegurador da dinâmica social civilizada, mas um engenho de manutenção de situações irresgatáveis e privilegiadoras de pessoas e grupos em detrimento do todo social.

BIBLIOGRAFIA

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio, Ed. Rio, 1977.

DABIN, Jean. *Le Droit Subjectif*. Paris, Delloz, 1952.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio, Ed. Rio, 1971.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie Editeurs, 1927.

KELSEN, Hans. *Teoria General del Estado*. México, Ed. Nacional, 1979.

LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro*. Rio, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. Rio, Forense, 1977.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios de Direito Administrativo*. Rio, Forense, 1977.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 1971.

Origens das Organizações Partidárias e os Partidos Políticos Brasileiros

ORLANDO SOARES

Prof. universitário. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Evolução histórico-partidária.* 3. *Sistema de partidos.* 4. *Partidos políticos de esquerda e de direita.* 5. *Evolução partidária brasileira.* 6. *Influxo da social-democracia.* 7. *Novos rumos, pós-1945.* 8. *O retrocesso pós-1964.* 9. *Conclusão.*

1. *Introdução*

Partido, genericamente, equivale à idéia de algo dividido em partes, fracionado, quebrado.

Sob a ótica da Ciência Política, partido político é a união de muitas pessoas, que têm as mesmas idéias ou seguem os mesmos princípios ou teorias. Em sentido lato, traduz a noção de bando ou facção.

Nesse contexto, a luta entre as facções políticas (sem considerar os entrelaçamentos e conotações, de natureza religiosa, econômica, filosófica e outros) tem-se manifestado em todas as sociedades, desde as civilizações antigas, tanto na Grécia, como em Roma.

Após a lenta evolução das comunidades primitivas, as tribos passaram por diversas transformações, tais como: o desenvolvimento da agricultura, que contribuiu para a fixação do homem à terra (reduzindo assim o nomadismo); o advento da propriedade privada e da escravidão; a queda do direito materno (contagem da filiação, pela linha feminina); o aparecimento de "administradores", para dirigir essa "nova ordem", como precursores dos políticos e do Estado.

Por conseguinte, as tribos foram os núcleos originários das cidades, com a sua *hierarquia política*, constituída numa sociedade dividida em classes: exploradores e explorados, após o advento da propriedade privada e da escravidão.

Na sociedade grega, por exemplo, Platão, um dos seus maiores pensadores, considerava que o fim primordial da administração pública — da *polis* — era tornar os cidadãos melhores e mais felizes, embora sem considerar a própria natureza injusta, iníqua e espoliativa da sociedade da época, dividida em senhores e escravos, exploradores e explorados.

Em sua obra fundamental — *A República* —, Platão idealizava um tipo de cidade em que o governo seria entregue aos sábios, sua defesa confiada à classe dos guerreiros, enquanto uma terceira classe — privada de direitos políticos, os explorados, escravizados — ficaria encarregada da produção.

O fato é que, embora um tanto difusamente, vamos encontrar o embrião dos partidos políticos, desde a mais remota Antigüidade, ligado ao pensamento dos profetas, políticos, filósofos e intelectuais em geral, entendimento esse que corresponde, de certo modo, ao que Jaspers denomina de *historicismo* (*Apud* THEMÍSTOCLES CAVALCANTI. *Cinco Estudos*. FGV, 1955, p. 22).

De sorte que, Daniel, Salomão, Confúcio, Lao Tsé, Platão, Cícero, César, Marco Antônio, Thomas Morus, Maquiavel e outros teriam sido chefes de facções do pensamento político-filosófico, precursores dos dirigentes políticos modernos.

Saliente-se logo que, desde a Antigüidade, ficou evidenciada a natureza da organização social, então existente, baseada no firme entrelaçamento dos fenômenos religioso, político, filosófico, econômico, militar, e outros, constituindo-se assim numa unidade ideológica complexa, destinada a assegurar a ordem estabelecida, sobretudo o sistema de dominação e exploração do homem pelo homem.

Foi, porém, na Grécia e em Roma que melhor se exprimiu esse tipo de organização social interna, com projeções internacionais, baseadas no expansionismo, nas conquistas e na hegemonia mundial, como veremos adiante, em rápidas pinceladas, essenciais à compreensão da problemática em foco.

2. *Evolução histórico-partidária*

Seguindo a linha de raciocínio, acima exposta, podemos concluir que a formação das facções ou partidos políticos evoluiu, historicamente, desde a Antigüidade greco-romana, passando pela Idade Média européia, a Idade Moderna, até a fase atual, na Idade Contemporânea, caracterizada esta pela intensa propagação ideológica, que marca e define as organizações partidárias atuais, nos diferentes países.

Na antiga Grécia, por exemplo, para Aristóteles (384-322 a.C.) alguns indivíduos nascem para mandar e outros para obedecer, concepção filosófica esta que ele acabou incutindo no seu mais famoso discípulo, Ale-

xandre Magno (356-323 a. C.). célebre general, rei e imperador, conquistador de povos e escravizador de homens, cuja obsessão consistiu na idéia de criação de um império universal, nem que para isso fosse necessário passar sobre os cadáveres dos vencidos.

Essa concepção de império universal pode ser sintetizada no chamado helenismo, prefiguração do Império Romano, que se sucedeu, com as suas características peculiares e a imensa influência exercida no mundo antigo, cujos principais aspectos tivemos oportunidade de salientar, em modesto trabalho (*Curso de Direito Internacional Público*, pp. 47 e ss.).

Na Idade Média, destacaram-se três grandes organizações político-culturais sobretudo expansionistas, no seio da sociedade internacional, a saber: o Império Romano do Ocidente, o Império Islâmico ou Islame, e o Império Romano do Oriente, cujas principais marcas e influências destacamos alhures (Ob. e loc. cit.).

O Império Romano do Ocidente evoluiu, transformando-se no Sacro Império Romano-Germânico, quando, no Natal do ano 800, o Papa Leão III coroou Carlos Magno, atribuindo-lhe esse título, pondo-se de joelhos, para render-lhe homenagem, segundo o uso bizantino (JOSEPH BERNHART. *O Vaticano. Potência Mundial*, p. 77).

O Sacro Império Romano-Germânico, também chamado Império Carolíngio, fracionou-se, pelo Tratado de Verdun (843); não obstante, a categoria de imperador continuou sendo disputada, sendo que no ano de 952 Otão, o Grande, tomou esse título, como rei da Alemanha e da Itália.

Seja como for, de acordo com o Tratado de Verdun, os três principais povos dessa fase medieval — germanos, italianos e galo-francos — se separaram, constituindo reinos distintos (FRANCISCO LARROYO. *História Geral da Pedagogia*, p. 243).

Subseqüentemente, no século XII, os germanos se organizaram em torno de duas famílias, a que pertenciam, respectivamente, os duques da Saxônia e Baviera, de um lado, e de outro, os senhores de Hohenstaufen, formando dois partidos políticos, por assim dizer, ou seja: guelfos e gibelinos.

Posteriormente, na Itália, esses termos foram empregados noutro sentido, em torno de disputas pela hegemonia do papado.

Da mesma forma, embora sem a conotação de partido político, propriamente dito, na feição moderna, ocorreu na Inglaterra uma série de batalhas, entre duas casas de senhores feudais — a de Iorque e de Lancaster —, durante os reinados de Henrique VI, Eduardo IV e Ricardo III, a partir de 1455. Essas batalhas caracterizaram-se por uma brutalidade incomum, sendo conhecidas como Guerra das Rosas, devido aos emblemas usados pelas duas casas inglesas: a de Iorque, cuja insígnia era

uma rosa branca, e a de Lancaster, que usava uma rosa vermelha. O principal motivo dessa guerra foi a disputa pelo poder.

Na Idade Moderna, também na Inglaterra, surgiram, durante o reinado de Carlos II (1680), dois partidos políticos perfeitamente definidos, que receberam os nomes de Tory (tories, plural de tory, reunindo os conservadores de corte e adeptos da Igreja Anglicana) e os Whig (whigs, plural de whig, adeptos dos sentimentos nacionais).

Em 1832, esses partidos mudaram de nome, respectivamente, para Conservador e Liberal (GILDO WILLADINO AZEREDO. *Programa Brasileiro de Cultura Básica*, 1973, p. 278).

Na torrente dos acontecimentos, que culminaram com a Guerra de Independência dos Estados Unidos da América, a organização partidária assume novos contornos: a oposição entre os republicanos e os federalistas se originou da rivalidade político-ideológica entre Jefferson e Hamilton, na Convenção de Filadélfia, em 1774, que reuniu os delegados das Colônias descontentes com a Coroa Britânica, assembléia essa que passou para a História com a denominação de Primeiro Congresso Continental (WILLIAM SPENCE ROBERTSON. *História das Américas*, vol. VIII, p. 29).

Jefferson (republicano) defendia a autonomia dos Estados, enquanto Hamilton (federalista) apoiava a idéia de crescimento dos poderes da União.

Em 1800, a oligarquia federalista foi apeada do poder. Thomas Jefferson elegeu-se presidente dos EUA, ocupando o cargo no período 1801-1809 (ob. cit., vol. XII, pp. 23 e ss.).

Ao longo dos anos, surgiram outros partidos efêmeros e locais, nos EUA, tendência essa ainda hoje existente. Nos dias atuais, sustenta-se que os dois grandes partidos estadunidenses — Democrata e Republicano — existem como símbolos nacionais, pois o Congresso está repleto de independentes, ensejando o advento de novos partidos locais.

No Estado de Nova Iorque, por exemplo, já está registrado, e concorrendo às eleições, o Partido do Direito à Vida, no qual se congrega o movimento anti-aborto. Também ali o Partido Liberal participa de campanhas eleitorais (TORQUATO LORENA JARDIM. Aspectos do federalismo norte-americano, in *Rev. de Inf. Legislativa*. Senado Federal, Brasília, n.º 82, 1984, pp. 53 e ss.).

Na França, o nascimento dos partidos, no âmbito da Constituinte de 1789, revela que o fato, a princípio, não se deveu, exclusivamente, ao conagração ideológico, mas a diversos outros fatores, como a aproximação por afinidade geográfica entre os constituintes, devido à proximidade da região, que representavam; a defesa de interesses profissionais; só depois, as afinidades de pensamento constituíram motivo de conagração partidário.

Assim, por exemplo, os deputados bretões alugaram uma sala de café e organizaram entre eles reuniões regulares, transformando-se no “clube bretão”, passando depois a congregar deputados de outras províncias, que partilhavam de seus pontos de vista.

Quando a Assembléia Constituinte foi transferida de Versalhes para Paris, esse clube teve de interromper as suas sessões e procurar outro local para as reuniões: o refeitório de um convento. O nome de “clube bretão” foi esquecido, passando a ser conhecido como o grupo dos Jacobinos, símbolo de opiniões exaltadas e revolucionárias.

Processo análogo ocorreu com o Clube dos Girondinos, de tendências políticas moderadas, chefiado por Jacques-Pierre Brissot (MAURICE DUVERGER. *Os Partidos Políticos*, pp. 19 a 21).

No século passado, Marx e Engels perceberam logo a necessidade e importância de criação de um partido da classe operária, como vanguarda de luta em prol dos ideais socialistas, em escala mundial. Fundaram então a União Alemã de Educação Operária. Aderiram à organização comunitária intitulada Associação dos Justos e a transformaram, dando-lhe o nome de Liga Comunista, cujas atividades, inicialmente, se restringiram à Alemanha, assumindo, entretanto, a partir de 1848, o caráter de movimento internacional, com o lançamento do célebre *Manifesto do Partido Comunista*, naquele mesmo ano, evento esse contra o qual os governos europeus moveram sangrenta repressão, em meio a movimentos revolucionários, em diversos países (PAUL HUGON. *História das Doutrinas Econômicas*, p. 221).

Em 1864, Marx e seus correligionários instalaram a I Internacional, que celebrou em Genebra o seu primeiro congresso (1866), como associação internacional comunista, evento esse que teve repercussões nos Estados Unidos da América, onde ocorreram vigorosas manifestações operárias, em abril daquele ano, em virtude da intensificação da exploração dos trabalhadores, o pioramento das condições em que eles viviam e trabalhavam, eclodindo então violentas greves, em todo o território daquele país.

Os trabalhadores tinham uma reivindicação suprema, na ordem econômica: jornada de 8 horas, pois a maioria dos operários estava submetida a jornadas de 10, 12 e mais horas.

Em Chicago, onde a concentração operária era grande e os operários se encontravam organizados, realizaram estes, a primeiro de maio de 1886, uma grandiosa manifestação, estendendo-se o movimento por todas as principais cidades norte-americanas.

Mas as greves iniciadas em 1.º de maio, em Chicago, transformaram-se num movimento de rua, em confronto com a polícia; o resultado dessa luta foram 6 mortos, mais de meia centena de feridos e inúmeros presos.

Depois disso, houve um comício de protesto, condenando-se as violências praticadas pela polícia, contra o povo. O comício terminava e a multidão começava a dispersar-se, quando a polícia irrompeu, atirando contra a multidão. Os manifestantes revidaram: lançaram uma bomba no meio dos policiais, matando alguns deles.

De tudo isso resultou violenta e cruel represália contra os mais queridos líderes operários, que foram submetidos a processos injustos e discriminatórios, sendo condenados à morte, cuja execução teve lugar a 11 de novembro de 1887.

Em homenagem a esses mártires das lutas operárias, a II Internacional, reunida em 1889, consagrou o 1.º de Maio, como data festiva internacional do proletariado, comemoração essa que perdura até os dias atuais, salvo quanto aos EUA, que não a reconhece.

Na Inglaterra, juntamente com a Revolução Industrial (a partir do século XVIII), desenvolviam-se as grandes cidades e os centros industriais, onde os operários se comprimiam em espaços estreitos, habitando casas miseráveis, em meio ao alcoolismo, prostituição, desemprego, vagabundagem e elevados índices de criminalidade. Isso explica o fato de, no ano de 1805, haver nas prisões daquele país 4.605 pessoas castigadas, pela prática de crimes, número esse que se elevou a 14.737, vinte anos depois:

Em meio a esse ambiente, surgem as idéias de Roberto Owen, considerado "pai do movimento cooperativista", sendo um industrial de tendências progressistas, que aderiu ao socialismo em 1816. Como todo utopista, ele esperava chegar ao comunismo, pregando a cooperação e a educação, fundando as chamadas "comunas owenianas". Nesse sentido, ele contribuiu para a formação das *tradeuniões*, ou organizações operárias. No ano de 1834 fundou-se a Grande União Nacional de Sindicatos, que se propôs transformar a sociedade sobre bases comunistas, por meio de cooperação (H. DUNCHEM e outros. *História do Movimento Operário Internacional*, vol. 2.º, pp. 24, 44 e ss.).

Entrementes, no Brasil, estávamos dando os primeiros passos para a nossa organização partidária, de índole eminentemente elitista, como veremos adiante.

3. Sistema de partidos

Há países que adotam um único partido; noutros, coexistem dois ou mais deles.

A modalidade de coexistência entre partidos corresponde ao "sistema de partidos", do respectivo Estado.

Os sistemas de partidos decorrem de vários fatores, tais como tradições históricas, crenças religiosas, composição étnica, rivalidades nacionais, ideologia de classes.

Na prática política, a direção dos partidos tende a assumir uma forma oligárquica, exercida por uma "classe de chefes", que se constitui numa casta mais ou menos fechada, ou seja, um "círculo interior" de difícil acesso, que pode envolver o aspecto pessoal ou familiar.

O advento do nazi-fascismo, por exemplo, ensejou a concepção de que toda a autoridade política e estatal provém do chefe, do guia ou "conductor" do partido, da sua autoridade, da sua pessoa, de suas qualidades individuais, de sua infalibilidade, o seu caráter e homem providencial: foi sob essas motivações, que se firmaram as lideranças de Mussolini, na Itália, e de Hitler, na Alemanha (MAURICE DUVERGER. Ob. cit., p. 217).

Sob esse impacto, como réplica, os partidos comunistas em geral, especialmente o Partido Comunista da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, acabaram por seguir essa trilha ou modismo, invertendo a sua prática anterior, baseada no centralismo democrático, preconizado por Lênin. Tal mudança ocorreu, sobretudo, ante a ameaça de agressão nazista, e logo em seguida ao desencadeamento da II Guerra Mundial (iniciada em 1.º de setembro de 1939, com a invasão da Polônia, pela Alemanha), exigindo assim firmes lideranças, por parte dos dirigentes comunistas, o que gerou o fenômeno conhecido como "culto da personalidade", que encontrou em Stalin a sua expressão máxima. Após a sua morte, tal prática passou a ser combatida tenazmente, segundo as diretrizes traçadas pelo Congresso do Partido Comunista da URSS, em 1958.

Em função de número de partidos, diz-se que um país é monopartidário, bipartidário, pluripartidário ou multipartidário.

No Brasil, durante o Império, fomos bipartidários, até 1870, quando veio à luz o Manifesto do Partido Republicano, lançando as bases do partido com este nome.

4. *Partidos políticos de esquerda e de direita*

Modernamente, do ponto de vista jurídico, o partido político é classificado como pessoa jurídica de Direito Público Interno, subordinado a um programa próprio e a princípios político específicos, como parte do contexto sócio-econômico existente e da ordem jurídica estatal, a que está subordinado.

Contudo, variam, ideologicamente, as tendências partidárias, convencionando-se classificá-las, tradicionalmente, nos países capitalistas, em três grupos: direita, centro e esquerda.

A atual concepção, acerca dos chamados partidos políticos de direita (ou seja, que defendem idéias e programas conservadores, reacionários) e de esquerda (isto é, com programas socializantes), deriva de um posicionamento político, adotado por ocasião das sessões da Assembléia Nacional francesa, no dia 11 de setembro de 1789, quando os partidários da opinião favorável à idéia de um Poder Executivo forte, quer dizer, com

amplas competências e prerrogativas, se colocaram à direita, em relação ao presidente da Mesa diretora, enquanto aqueles que sustentavam o ponto de vista tendente ao papel determinante do Poder Legislativo, se colocaram à esquerda.

Com o tempo, deu-se a transformação, no sentido da conotação ideológica, hoje conhecida, acerca dos partidos políticos de direita e de esquerda.

As tendências centristas se definem como meio-termo, ou equilíbrio, entre as duas outras, acima definidas.

Seja como for, na qualidade de organizações de natureza política, destinadas a acolher, centralizar e manifestar as forças e o poder político, dentro do Estado, os partidos políticos são intermediários entre o cidadão e o governo. "Independentemente da distribuição formal das funções do Estado, os partidos expressam o fundo ou conteúdo das lutas políticas e sociais entre os grupos" — que coexistem dentro do Estado —, "à procura de um equilíbrio jurídico, na constituição do poder. A luta se manifesta, precisamente, pela ação do que chamamos as forças políticas, que são, afinal, aqueles interesses coordenados em correntes de opinião, atuantes no plano institucional. E o instrumento de coordenação de tais correntes é, exatamente, o partido político" (AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO).

Em geral, a atuação dos partidos políticos burgueses se faz através dos chamados grupos de pressão (*lobby*), que se utilizam de todos os meios e facilidades, proporcionados pelo poder econômico, ou seja, corrupção, fraude, advocacia administrativa, manipulação da opinião pública (por intermédio dos meios de comunicação social, especialmente rádio e televisão, cujas grandes cadeias agem em conexão com as agências de notícias, com raio de ação internacional, a serviço do capitalismo), e outras práticas, além do emprego da violência, em associação com o crime organizado, como lembramos alhures (*Criminologia*, pp. 156 e ss.).

A atuação do *lobby* no Congresso dos EUA e em outros setores daquele país tem sido objeto de vários estudos, ensejando ainda a elaboração de textos legais repressivos, com relação a tais práticas (LEDA BOECHAT RODRIGUES. *Os Grupos de Pressão no Governo Representativo*, in *Separata da Rev. da Fac. de Dir. da Univ. do Ceará*, vol. 14, dez., 1960; OSWALDO TRIGUEIRO. *O Regime dos Estados na União Americana*, pp. 131 e ss.).

Por outro lado, como ocorre nos demais países capitalistas, os partidos políticos brasileiros constituem manifestações oligárquicas, sob a direção, chefia e controle de representantes das classes exploradoras, economicamente fortes e politicamente dominantes, que controlam o aparelho estatal.

De sua parte, os militantes, os membros do segundo escalão, os simpatizantes e o próprio eleitorado, representam meros pontos de apoio das organizações partidárias.

Aqui, como alhures, os chefes aparentes dos partidos se distinguem dos chefes reais, pelo fato de que estes são os autocratas, como titulares do poder econômico, que se encontra em mãos dos capitalistas, banqueiros, industriais e comerciantes de alto coturno, latifundiários.

5. *Evolução partidária brasileira*

Pode-se considerar que a pre-história dos partidos políticos brasileiros começa pouco antes da Independência, ocorrida em 1822; até então, "partido" ou "facção" eram palavras malvistas, abrangendo as sociedades secretas.

João Soares Lisboa, redator do *Correio do Rio de Janeiro*, equiparava "partido" e "cabala", que "se arroga um poder que não tem" (VAMIREH CHACON. *História dos Partidos Brasileiros*, p. 23).

Em janeiro de 1822, o *Correio Braziliense* (órgão mensal, editado em Londres, a partir de 1808, sob a responsabilidade de Hipólito José da Costa Pereira Furtado de Mendonça) referia-se ao primeiro partido brasileiro, de fato: o Partido da Independência; pouco antes, em dezembro de 1821, o órgão de imprensa *A Malagueta* enumerava facções pré-partidárias, agindo no Rio de Janeiro: constitucionais, republicanos e "corcundas", respectivamente, centro, esquerda e direita, da época.

Como observa VAMIREH CHACON, numa sociedade, que levava o patrimonialismo ao extremo do escravismo, sem a existência do elemento "povo", no sentido de maioria livre, a concepção de "liberal" se afigurava esdrúxula, temerária, daí o infortúnio dos pensadores e militantes mais ativos da esquerda liberal, que acabaram desgraçadamente condenados à pena de morte: Cipriano Barata e frei Joaquim do Amor Divino Caneca, sendo que este participou da Confederação do Equador (1824) morrendo fuzilado (1825).

Anteriormente, na seqüência dos movimentos nativistas, ocorrera o esmagamento da revolta liderada por Manuel Beckman (1630-1685), português radicado no Maranhão, que acabou condenado à forca, em Portugal: da mesma forma, a Inconfidência Mineira (1789); a *Conjuração dos Alfaiates* (Bahia, 1789), bem como a *Conspiração de 1801* e *Insurreição de 1817* em Pernambuco, movimentos esses pré-partidários.

Após a Independência, a repressão política se manteve implacável, provocando a *Insurreição de 1824* (Confederação do Equador) e a *Rebelião Praieira* (1848), ambas em Pernambuco, esta última já então sob influência socialista, inspirada nas idéias de Fourier. Aliás, José Inácio de Abreu Lima, filho do lendário padre Roma, defendia idéias socialistas, tendo participado da *Insurreição de 1817*, em Pernambuco, passando depois a combater sob as ordens de Simon Bolívar, nas guerras de libertação que este travou, numa epopéia grandiosa.

Nesse contexto histórico, considera-se a Regência de Feijó (1835) como marco em que se definiram as duas correntes políticas, que inspiraram daí em diante os dois grandes partidos políticos do Império: o Partido Conservador, liderado por Bernardo Pereira de Vasconcelos, e o Partido Liberal, chefiado, dentre outros, por Manuel Alves Branco e Francisco de Paula Sousa e Melo.

Desde 1831, aparecem alguns princípios programáticos do Partido Liberal (do qual Feijó foi um dos fundadores), destacando-se, dentre esses princípios, os seguintes: Monarquia Federativa; extinção do Poder Moderador; supressão do Conselho de Estado; Senado eletivo e temporário.

No mesmo ano, o Partido Conservador anunciava os seus princípios programáticos, destacando-se os seguintes: interpretação do Ato Adicional, restringindo as atribuições das Assembléias Provinciais; resistência à inovações políticas, que não fossem maduramente estudadas; centralização política; rigorosa repressão "contra as aspirações anarquizadoras".

Ideologicamente, pouco diferiam esses partidos; a propósito, nada é mais ilustrativo a esse respeito, do que a expressão cunhada na época, atribuída a Joaquim Nabuco de Araújo, mas que caiu afinal no domínio da opinião pública, assim exprimindo esse fenômeno, ironicamente: "Não há liberal mais conservador do que quando está no poder".

Em 1.º de janeiro de 1849 surge o *Manifesto ao Mundo*, texto subscrito por Manoel Pereira de Moraes, João Inácio Ribeiro Roma e outros, autodenominando-se "Acampamento das forças liberais constituintes ao Norte da Província", proclamando a necessidade de convocação de uma Assembléia Constituinte, como forma de renovação política.

Decorrem, então, duas décadas, para que o Centro Liberal, no seio do Partido Liberal, lançasse um manifesto, "Aos Nossos Cidadãos", em 1869, proclamando, como imperativo nacional, a adoção de diversos princípios fundamentais, dentre os quais se destacam os seguintes: responsabilidade dos ministros, pelos atos do Poder Moderador; a máxima — o rei reina e não governa; descentralização, no verdadeiro sentido do "self-government"; garantias efetivas da liberdade de consciência; independência do Poder Judiciário; reforma do Senado, no sentido da supressão da vitaliciedade, como corretivo da imobilidade e da oligarquia; melhoramento da sorte das classes operárias e indigentes; reforma eleitoral; reforma policial e judiciária; abolição do recrutamento; abolição da guarda nacional (*Apud* VAMIREH CHACON. Ob. cit., pp. 205 e ss.).

Estávamos, então, às vésperas da elaboração da Lei do Ventre Livre (Lei n.º 2.040, de 28-9-1871), que tanta celeuma provocou e acabou se revelando praticamente ineficaz, fraudada sob vários aspectos, sem que representasse qualquer ameaça para os senhores de escravos, ou para a estabilidade sócio-econômica do País, como alguns haviam anunciado, de maneira pessimista (EVARISTO DE MORAES. *A Campanha Abolicionista*, pp. 1 e ss.).

Em 1870, vem à luz o “Manifesto Republicano”, lançando as bases do Partido Republicano, documento esse encabeçado por Joaquim Saldanha Marinho, seguido de diversas personalidades, ex-presidentes de Província, deputados, médicos, engenheiros, jornalistas, comerciantes.

Aquela década de 70 foi decisiva para o desencadeamento da Campanha Abolicionista, que se tornou o epicentro político, a partir de 1880, culminando com o advento da Lei dos Sexagenários (Lei n.º 3.270, de 28-9-1885) e da Lei Áurea (Lei n.º 3.353, de 13-5-1888).

A propósito, para Joaquim Nabuco, o marco decisivo para essa Campanha foi o dia 5 de março de 1879, quando então o médico e deputado bahiano, professor de Medicina em sua Província, Jerônimo Sodré, se pronunciou, naquela Casa do Parlamento, em favor da emancipação imediata e pronta dos escravos, e não gradual, como alguns propunham.

Aliás, por ocasião da discussão do projeto, que se converteu na Lei dos Sexagenários, o então Deputado Perdígão Malheiro demonstrou ter evoluído para o escravismo, temendo a “geral insurreição dos escravos”, caso aprovada dita lei, enquanto o barão da Vila da Barra antevia “a desordem nos nossos estabelecimentos agrícolas”, ou a “anarquia social e a miséria pública”, agoirada por Gama Cerqueira, ou ainda, “os dias lúgubres, com todo seu cortejo de crimes, horrores e cenas escandalosas”, imaginadas, dramaticamente, pelo romancista e Deputado José de Alencar.

Entretanto, ao tomar posse na Câmara dos Deputados, Joaquim Nabuco havia afirmado, em 1880: “A grande questão para a democracia brasileira não é a Monarquia, é a escravidão.” (EVARISTO DE MORAES, Ob. cit., pp. 1 a 14).

Nessa seqüência de acontecimentos, em 1887, por ocasião do afastamento do Imperador da chefia do governo, por motivo de enfermidade e necessidade de tratamento no exterior, assume a chefia daquele a princesa-regente, Isabel, momento esse em que o Partido Republicano Federal lança veemente manifesto, elaborado pelo seu Congresso, reunido na Capital do Império (Município Neutro), no Rio de Janeiro.

Esse manifesto critica o imobilismo e a insensibilidade por parte dos homens que “servem ao princípio monárquico”, e que “hão perdido, com as noções do dever cívico, os nobres estímulos que devem alentar em todas as épocas e em todos os países os leais servidores de uma política regida pelos princípios morais e inspirada pelo amor do bem”.

O mesmo documento enfatiza o ideal da República federativa brasileira, “fundada na base da recíproca autonomia e independência das Províncias e Circunscrições, que no futuro hão de formar os Estados Unidos do Brasil”, baseada no sufrágio universal; liberdade de consciência, dos cultos, da palavra escrita, de reunião, de ensino, de associação; instituição do júri para toda a classe de delitos; abolição dos privilégios pessoais, títulos de nobreza ou condecorações; instituição do Poder Judicial, como delegação direta da soberania nacional, e outros princípios.

Alguns anos antes, ou melhor, em 1876, apareceu no Recife uma publicação, intitulada *Para que um Partido Católico*, formulando uma série de considerações, acerca da evolução do cristianismo, para afinal concluir pela necessidade de fundação de um partido católico, idéia essa que ressurgiu mais tarde, após o advento da impropriamente denominada Revolução de 1930, como veremos adiante.

Com o advento da República, em 1889, transformou-se o Partido Republicano em Partido Republicano Federal, conforme deliberação adotada em sessão realizada na Câmara dos Deputados, na Capital da República, em 30-7-1893, da qual participaram Joaquim Saldanha Marinho, Quintino Bocaiuva, Aristides da Silveira Lobo, Francisco Glicério e outros.

Em 1902, funda-se o Partido Socialista.

Na prática política, o que ocorreu foi o revezamento do primeiro escalão imperial pelo segundo, ou seja, ao invés dos barões e viscondes, passaram a ocupar os altos postos políticos Rui Barbosa, Prudente de Moraes, Campos Sales.

Em alguns casos, houve a substituição do pai visconde pelo filho barão: os dois Rio Branco.

Mesmo os abolicionistas tiveram pouca oportunidade de participação do poder. O monárquico Joaquim Nabuco servia à República, na embaixada, em Washington (VAMIREH CHACON. Ob. cit., pp. 58, 95, 243 e ss.). Aliás, durante a permanência nos EUA, Nabuco teve oportunidade de observar *in loco* numerosos desvios políticos, fraudes eleitorais, corrupção administrativa, o antigo hábito de retaliações dos candidatos a cargos públicos, devassando-se-lhes a vida privada, no mais íntimo de seus detalhes, e outras práticas, sobretudo escandalosas, que causavam grande regozijo ao público (*Minha Formação*, pp. 78 e ss.).

O fato é que os antigos políticos, protagonistas do anterior regime imperial, não tiveram dificuldade em se afirmar sob a República. Haja vista, por exemplo, ainda na época do Império, em 1878, foi convocado o Congresso Agrícola do Sul, ao qual compareceram proprietários de milhares de escravos, ocasião em que os congressistas consideraram a Lei do Ventre Livre "ruinosa aos interesses da lavoura", reclamando ainda nova legislação repressiva dos crimes cometidos pelos escravos, por já não lhes parecer suficiente a nefanda Lei n.º 4, de 10-6-1835, que autorizava os senhores de escravos a aplicar nestes açoites *domésticos* ou *particulares*, como castigo, o que muitas vezes provocava gangrena e morte; pois, nesse Congresso, quem representou o pensamento escravocrático dos fazendeiros de café, do Município paulista de Guaratinguetá, foi o advogado Rodrigues Alves, depois deputado federal, presidente da Província de São Paulo, ministro de Estado e afinal Presidente da República (EVARISTO DE MORAES. Ob. cit., pp. 6 a 8, 209 e ss.).

Na evolução dos acontecimentos, sob a República, Quintino Bocaiúva, Pinheiro Machado e outros correligionários fundaram o Partido Republicano Conservador, em sessão realizada no Senado Federal, em 29-11-910, em consequência de cisão entre os republicanos.

Subseqüentemente, em 1913, surge o Partido Republicano Liberal, inspirado nas idéias sustentadas na plataforma, com a qual, em 15 de janeiro de 1910, o Senador Rui Barbosa definiu a sua candidatura à presidência da República, na eleição daquele ano, assumindo então o compromisso solene, centrado em 18 pontos, expressos numa Carta de Obrigações, sendo porém vencido pelo seu oponente, marechal Hermes Rodrigues da Fonseca.

Em 1917, aparece a Liga Nacionalista, com sede em São Paulo, proclamando-se estranha a lutas partidárias, mas empenhada em manter, na Federação dos Estados, a unidade nacional, assim como a promover a educação cívica do povo, a pugnar pela efetividade do voto, e outras questões.

Entrementes, apareceram, no plano estadual, diversas organizações partidárias. Surgiu, assim, em 1890, o Partido Republicano Histórico do Rio Grande do Sul, sob a liderança de Júlio de Castilhos, e o Partido Operário de São Paulo.

No Rio de Janeiro, Capital Federal, funda-se o Partido Comunista do Brasil, em 1922, sob a liderança de Astrojildo Pereira, tendo sido o seu I Congresso iniciado no Rio de Janeiro (25 e 26 de março daquele ano) e encerrado em Niterói (no dia 27 subseqüente) reunindo em suas fileiras militantes que provinham do anarco-sindicalismo, dentre eles Roberto Morena.

Almejando conseguir expressão nacional, apareceu pela primeira vez o PCB, como concorrente eleitoral, no pleito renovador de 1/3 do Congresso Nacional, no início da presidência Washington Luiz, em 1927, sofrendo, porém, de imediato, violenta repressão política, em face da famigerada Lei Adolfo Gordo, oriunda do projeto de autoria do deputado e empresário paulista, com esse nome, resultando no Decreto n.º 1.641, de 1907, sancionado pelo presidente Afonso Pena, com vistas, sobretudo, a garantir a expulsão de operários estrangeiros, especialmente italianos, militantes no movimento político-sindical, que tanto contribuíram para a conscientização de nossas lideranças sindicais.

Por sua vez, a denominada Lei Celerada, alterando o art. 12 da Lei de Repressão ao Anarquismo (Decreto n.º 4.269, de 17-1-1921), autorizava o governo, tanto a suspender as atividades, por tempo indeterminado, das agremiações, sindicatos, centros ou entidades, "que incidissem na prática de crimes ou atos contrários à ordem, moralidade e segurança públicas, quanto a vedar-lhes a propaganda, impedindo a distribuição de escritos ou suspendendo os órgãos de publicidade que se dedicassem a isso".

Num breve interregno, em que dispôs de liberdade de ação, o Partido Comunista do Brasil buscou a formação duma aliança — Bloco Operário, em 1927 —, através de Carta Aberta, formando uma coalizão com o

Partido Socialista, então sob o influxo dos chamados “liberais jacobinos”: Maurício de Lacerda e Azevedo Lima.

Cria-se, em seguida, o Bloco Operário e Camponês (BOC), em 5-1-1927, prenúncio de política de frente ampla.

Concomitantemente, funda-se o Partido Democrático, em São Paulo (1926), sob a liderança de Waldemar Martins Ferreira, ilustre professor de Direito Comercial, Francisco Morato, Antônio Prado e outros.

De resto, no plano nacional, almejando congregar várias correntes políticas, surge o Partido Democrático Nacional, fundado na Capital Federal, em 21-9-1927, sob a liderança de J. F. de Assis Brasil (seu presidente), Adolfo Bergamini, Francisco Morato, José Adriano Marrey Júnior, J. Batista Luzardo e outros.

Como derradeira manifestação do esforço partidário, na República Velha, aparece a Aliança Liberal, em manifesto lançado em 20-9-1929, criticando a facciosidade do presidente da República — Washington Luiz —, em face da sucessão presidencial.

Entre outras questões, esse manifesto enfatiza os vícios e fraudes existentes no processo eleitoral brasileiro, bem como os gastos inúteis, relativos às contribuições do Brasil, quanto ao Bureau do Trabalho e a Corte de Justiça, de Haia, órgãos da Liga das Nações, visto que, das trinta e poucas Convenções, votadas pela Assembléia de Genebra, no decurso de dez anos, e assinadas pelo Brasil, apenas seis chegaram ao Congresso Nacional, para efeito de ratificação, sendo que nenhuma delas teve andamento, quando poderiam estar contribuindo para a melhoria das condições de vida e de trabalho do operariado nacional (VAMIREH CHACON. Ob. cit., pp. 243 e ss.).

O ideário da Aliança Liberal (congregando as forças políticas, representativas dos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba do Norte) se inspirava no binômio “representação e justiça”, reunindo políticos conservadores, dentre eles Antônio Carlos (Minas Gerais), Getúlio Vargas (Rio Grande do Sul) e João Pessoa (Paraíba do Norte), este como candidato a vice-presidente da República, na chapa de Getúlio Vargas, tendo como oponente a chapa encabeçada por Júlio Prestes, afinal vencedora, nas eleições realizadas em 1.º de março de 1930, denunciadas como fraudulentas, desencadeando a impropriamente chamada Revolução de 1930.

Certo que João Pessoa evoluiu para a idéia de sublevação, tendo inclusive prestado ajuda substancial ao movimento insurrecional, quando, em abril de 1930, seu ilustre tio, Eptácio Pessoa, lhe escreveu solicitando recursos financeiros do Estado, para o movimento armado que se preparava; no mês seguinte, João Pessoa, então presidente da Paraíba do Norte, enviou ao tio mil contos. “De onde teria saído esse dinheiro?”, indaga Oswaldo Trigueiro (*A Paraíba na Primeira República*, p. 140).

Assim se fechou o ciclo da evolução partidária brasileira, na República Velha, ciclo esse caracterizado pelo predomínio político das oligarquias dos Estados de Minas Gerais e de São Paulo, em face do poderio econômico dessas unidades da Federação, que passaram daí em diante a enfrentar a concorrência de outras forças políticas, sobretudo do Rio Grande do Sul.

Seja como for, tais fatos servem para demonstrar que, às vezes, o bairrismo ou regionalismo confundem a verdade histórica, distorcendo a realidade, anuviando os valores do passado, com o exclusivo propósito de exaltação de um episódio momentâneo ou temporário.

É o que ocorre, por exemplo, com a atual supervalorização do papel de uma unidade da Federação — Estado de São Paulo —, no contexto político-econômico nacional, comparando-se, simbolicamente, essa unidade a “uma locomotiva, que movimenta as demais unidades”, como se estas fossem um peso morto.

Em primeiro lugar, o gigantesco desenvolvimento econômico-social do Estado de São Paulo deveu-se a uma série de fatores conjunturais, e, em parte, a favoritismos e conveniências políticas, facilidades de concessão de incentivos, canalização de investimentos e outros, em detrimento das demais regiões do País.

Em segundo, não nos esqueçamos que tal fato corresponde a um ciclo momentâneo, pois até o século passado, por exemplo, as principais alavancas de nossa economia eram as que movimentavam a tradicional lavoura canavieira e a produção açucareira, assim como a extração de ouro, o comércio de escravos, a lavoura cafeeira, atividades essas que se expandiram em outras regiões do País, seja ainda na fase colonial, seja nas Províncias do Império, quer no Nordeste (principalmente as de Pernambuco e Bahia), quer de Minas Gerais, ou do Rio de Janeiro, cujos representantes políticos predominaram na presidência do Conselho de Ministros, enquanto a Província de São Paulo ocupava uma posição inexpressiva, o que confirma a assertiva, segundo a qual a força política está ambada no poder econômico.

Basta verificar os dados históricos e as estatísticas a respeito, para a cabal confirmação do que acima se expôs.

Passemos, agora, a apreciar a evolução político-partidária brasileira, sob o influxo da social-democracia, pós-1930, quando então esse ideário político-sócio-econômico, aqui começou a se expandir.

6. *Influxo da social-democracia*

Do ponto de vista da evolução do constitucionalismo, foram a Constituição mexicana (1917) e a Constituição de Weimar (1919), que abandonaram a concepção da liberal-democracia, para instituírem a social-democracia, tendência essa que se generalizou nas Constituições do pós-I Guerra Mundial (1914-1918).

Em síntese, essas novas tendências constitucionais — com inevitáveis reflexos na organização político-partidária — se caracterizaram pelo fato de não apenas se estruturar a ordem política e civil, como o faziam as Constituições anteriores, mas, também, a ordem econômica e social, matéria essa até então sujeita a vagos preceitos legais e intermináveis discussões acadêmicas, como por exemplo, se o Estado tinha ou não competência para legislar sobre condições de trabalho nas empresas, acidente do trabalho, previdência social, regulamentação das profissões liberais, intervenção no domínio econômico (para efeito de estabelecimento de monopólio estatal de determinadas atividades, por motivo de conveniência pública ou segurança nacional), e outros aspectos.

Contudo, convém lembrar que, ao elaborar o seu notável trabalho, intitulado *Teoria da Constituição*, tomando como paradigma a Constituição de Weimar (1919), CARL SCHMITT sustenta que essa Carta Política é típica do Estado burguês de Direito, como tal estabelecendo um *pacto social*, e assegurando certos direitos, como substância mesma da Constituição, no que se distingue das Constituições de natureza monárquica, até então existentes na Europa, como característica do século XIX (ob. cit., pp. XXI, XXII e 205).

Esse ideário foi aos poucos se repercutindo no Brasil, através de diversas manifestações, quer no plano teórico, quer por meio de iniciativas, consubstanciadas em projetos de lei, apresentados ao Congresso Nacional, pelos espíritos progressistas da época, sem que contassem, no entanto, com amplo respaldo parlamentar, por isso que não se converteram em textos legais, durante a chamada República Velha, quando então o pensamento governamental encarava as reivindicações operárias como “um caso de polícia”, reprimindo-as violentamente.

Em 1917, por exemplo, ao se discutir o Projeto do Código do Trabalho, oferecido por Maurício de Lacerda, acabou prevalecendo o ponto de vista do individualismo jurídico, inspirado na ficção de livre manifestação da vontade das partes contratantes, teoria essa que orientou o nosso Código Civil, como então sustentou Borges de Medeiros, em seu voto vencedor (*Apud* LUIZ WERNECK VIANNA. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*, p. 48).

Em suma, Getúlio Vargas e seus correligionários empunharam a bandeira, cuja simbologia, embora de um modo um tanto vago, representava o ideário da social-democracia, adotada pelo Estado, pós-1930, em sucessivos desdobramentos, sob o impacto de profundas transformações políticas, sociais e econômicas, na esfera internacional, em meio a disputas interimperialistas, que culminaram com o desencadeamento da II Guerra Mundial (1939-1945).

Nesse contexto, nos dias seguintes ao movimento político-militar, ou seja, o golpe de Estado de 1930, impropriamente denominado Revolução de 1930, implantou-se a ditadura, sob o Governo Provisório, chefiado por Getúlio Vargas (Decreto n.º 19.398, de 11-11-1930).

Os chamados “tenentistas” ainda dispunham de algum poder, que foi aos poucos se diluindo, para afinal ser suplantado pelas novas oligarquias, constituídas pelas alianças entre a burguesia e os setores latifundiários mais influentes.

Dissolvido o Congresso Nacional, os partidos políticos existentes entraram em colapso, desaparecendo.

O chefe do Governo Provisório dispunha então de poderes pessoais absolutos.

Não tardaram, porém, as dissensões, em virtude de interesses contrariados, várias contradições e luta pelo poder.

Desta efervescência, resultou a chamada Revolução Constitucionalista, em São Paulo (1932), com características de guerra civil e episódios sangrentos, chegando-se a aventar a hipótese de os revoltosos invocarem a condição de beligerantes, para efeito de proteção internacional.

Em síntese, o movimento visava a reconstitucionalização do País e a reconquista da autonomia estadual, suprimida pós-1930, quando então as diversas unidades da Federação passaram a ser dirigidas por interventores, nomeados pelo Governo Provisório (STANLEY HILTON. *1932 A Guerra Civil Brasileira*, pp. 41 e ss.).

Havia também suspeitas de que Vargas não realizaria as eleições, prometidas para 1933, quando então seria eleita a Assembléia Nacional Constituinte, para a elaboração de uma Carta Política.

Subseqüentemente, pelo Decreto n.º 21.076, de 24-2-1932, promulgado pelo Governo Provisório, foram admitidas duas espécies de partidos, de acordo com o disposto nos arts. 99 e 100, deste diploma legal: “os permanentes, que adquiriam personalidade jurídica nos termos do art. 18 do Código Civil, e os provisórios, que não adquiriam aquela personalidade e se formavam transitoriamente à véspera dos pleitos, apenas para disputá-los”.

Dispunha o mesmo Decreto que: “Também eram equiparados a partidos as associações de classe legitimamente constituídas.”

Proliferaram, então, as organizações partidárias, com legendas tantas vezes bizarras: Partido Progressista (na Paraíba e em Minas Gerais; antes, em Minas, houve o Partido Social Nacionalista); Partido Nacional (Alagoas); Partido Nacionalista (Rio Grande do Norte); Partido Socialista Brasileiro (ressuscitado em São Paulo); Partido Nacional Socialista (Piauí); Partido Popular (Rio Grande do Norte); Partido Popular Radical (Estado do Rio de Janeiro).

Os nomes, porém, que mais apareceram, foram de Partido Liberal e Partido Social.

O Partido Comunista do Brasil esteve ausente ao pleito, devido à ilegalidade de sua existência.

A par disso, mobilizou-se também a Igreja Católica Apostólica Romana, tentando organizar um Partido Cristão (a primeira tentativa desse gênero ocorreu durante o Império, como vimos), não logrando êxito, mas conseguindo criar a Liga Eleitoral Católica (LEC), uma espécie de entidade supra ou superpartidária, congregando católicos, no âmbito nacional.

Na presidência dessa entidade encontrava-se Pandiá Calógeras e na secretaria-geral Alceu Amoroso Lima, ambos indicados pelo cardeal do Rio de Janeiro, Sebastião Leme da Silveira Cintra (VAMIREH CHACON. Ob. cit., pp. 94 e ss.).

Em 1932, ressurgiu o Partido Socialista Brasileiro; de 15 a 25 de novembro desse mesmo ano, reuniram-se no Distrito Federal as mais díspares organizações: Clube 3 de Outubro; Partido Liberal Socialista de São Paulo; Legião 5 de Julho; Legião Paranaense; Ação Integralista Brasileira, e outras.

Afinal, a 3 de maio de 1933, realizou-se a eleição da Assembléia Nacional Constituinte, com a vitória da maioria dos candidatos lançados ou apoiados pela Liga Eleitoral Católica (LEC), a qual logrou os seus objetivos, inserindo no texto constitucional o seu programa mínimo, ou seja: indissolubilidade do casamento; casamento religioso para efeitos civis; ensino religioso facultativo nas escolas públicas; descanso dominical; autorização aos cemitérios religiosos; serviço militar dos eclesiásticos, prestado sob a forma de assistência espiritual ou hospitalar; garantia da ordem social contra a propaganda subversiva e outras questões.

Seja como for, a Constituição de 1934 representa o marco da institucionalização da social-democracia no Brasil, enquanto na Alemanha esse sistema já havia sido golpeado, com a ascensão do nazismo ao poder, em 1933.

De qualquer forma, o governo Vargas adotava medidas tendentes a satisfazer não só alguns dos anseios do operariado, mas principalmente os desejos do Estado, quanto ao enquadramento sindical dos trabalhadores.

Assim, pelo Decreto n.º 19.443, de 23-11-1930, o governo criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, tendo Lindolfo Collor, arquiteto desse órgão, afirmado por ocasião da respectiva inauguração: "É o Ministério do Trabalho, especificamente, o Ministério da Revolução."

Em prosseguimento, criou-se a Justiça do Trabalho, a princípio, incluída no plano meramente administrativo, passando depois a órgão do Poder Judiciário (MOZART VICTOR RUSSOMANO. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, vol. III, 1957, pp. 1000 e ss.).

Nessa mesma linha de procedimento, foram adotadas outras medidas legislativas, paternalistas e autoritárias, a saber: Decreto n.º 10.770, de 19-3-1931, disciplinando a organização dos sindicatos; Decreto n.º 21.186, de 22-3-1932, sobre o horário de trabalho no comércio; Decreto n.º 21.364, de 4-5-1932, sobre o trabalho industrial; Decreto n.º 22.042, de 3-11-1932,

iniciando a regulamentação do trabalho dos menores, e o Decreto n.º 21.417-A, de 17-5-1933, a do trabalho feminino.

Entretanto, a conjuntura internacional se apresentava com perspectivas sombrias, em meio a disputas interimperialistas, enquanto se expandia o nazi-fascismo: primeiramente, com o sucesso de Mussolini, na Itália, após a famigerada Marcha sobre Roma, em 1922, tomando o poder; depois, com a chegada de Hitler à condição de chanceler da Alemanha, em 1933, em seguida ao êxito eleitoral.

Tais acontecimentos se projetaram no Brasil, sob a forma de golpismo, com sucessivas manifestações dessa natureza, que então se seguiram, tanto de direita, quanto de esquerda, malgrado a discordância de alguns líderes comunistas, com relação à utilização do golpe de Estado.

Nessa seqüência de acontecimentos, em outubro de 1932, lança-se o Manifesto Integralista, da Ação Integralista Brasileira, partido político de Plínio Salgado, congregando personalidades como Gustavo Barroso, Francisco Campos, o padre Hélder Câmara, e outros, de tendências nazi-fascistas.

No auge do movimento integralista, suas lideranças promoveram um desfile popular no Rio de Janeiro, contando 4.000 participantes, e outro em São Paulo, com 3.000, em 1934, enquanto o ministro da Guerra aprovava o uniforme dessa corporação paramilitar (HÉLGIO TRINDADE. *Integralismo, o Fascismo Brasileiro na Década de 30*, p. 303).

Por sua vez, também em 1934, a Aliança Nacional Libertadora lança o seu Manifesto à Nação, com um conteúdo nitidamente antiimperialista, pró-reforma agrária, em favor da pequena e média propriedades e reforma tributária. O texto foi subscrito por Herculino Cascardo, Amaury Osório e Roberto Faller Sisson. Logo, porém, se evidenciou a liderança de Luís Carlos Prestes, à frente da entidade.

Nesse clima político, propaga-se a efervescência ideológica, quer em decorrência da discussão dos grandes temas nacionais, quer como reflexo da conjuntura imperialista internacional, fermentando a Guerra Psicológica interna, desencadeada pelos órgãos do Estado, ligados às Forças Armadas, especialmente sob o comando do Exército, como parte da estratégia de formação de crises artificiais, para justificar medidas autoritárias e de supressão das liberdades democráticas, como convinha ao poder econômico, ou seja, às forças imperialistas internacionais e aos seus aliados internos: a classe política conservadora, a burguesia, os banqueiros, os latifundiários.

Parte das lideranças comunistas, impressionada com o avanço ideológico do nazi-fascismo e sua influência no aparelho estatal brasileiro, tenta reagir a qualquer preço, inclusive lançando mão do golpe de Estado. O líder aliancista Luís Carlos Prestes, com resquícios do tenentismo, de que proviera, afirmava então: "A situação é de guerra e cada um precisa ocupar

o seu posto. Cabe à iniciativa das próprias massas organizar a defesa de suas reuniões, garantir a vida de seus chefes e preparar-se ativamente para o momento do assalto. A idéia do assalto amadurece na consciência das grandes massas."

Subseqüentemente, a Aliança divulga o Manifesto de novembro de 1935 desencadeando o que depois se denominou "Intentona Comunista", apurando-se mais tarde, que agentes do Exército se infiltraram no movimento, estimulando o desenlace daquela insurreição comunista.

Ocorreram levantes em quatro quartéis brasileiros, entre os dias 23 e 27 de novembro de 1935: no dia 23, num sábado, para surpresa dos revoltosos, o 21.º Batalhão de Caçadores, em Natal, recebeu ordem de rebelar-se, ali se destacando a atuação do líder comunista, então cabo do Exército, Giocondo Dias, tendo os revoltosos ocupado a sede do governo estadual; no dia 24, o 29.º Batalhão de Caçadores da Vila Militar de Socorro, em Jaboatão, a 18 quilômetros do Recife, contando com a participação de inúmeros capitães e tenentes, além do motim comandado pelo sargento Gregório Bezerra, no Quartel-General da 7.ª Região Militar, no Recife; no dia 26, Prestes enviava o bilhete a Trifino Correia, um dos seus auxiliares imediatos: "Estamos diante da Revolução. Aqui não podemos esperar mais de dois ou três dias."

Tentou-se uma greve de apoio no Rio de Janeiro; aos 27 de novembro, levantaram-se em armas cerca de 2/3 dos 1.600 homens do Terceiro Regimento de Infantaria, na Praia Vermelha (RJ), intitulando-se Terceiro Regimento Popular-Revolucionário.

O fracasso da rebelião foi total, ensejando tenaz e cruel repressão político-militar, com numerosas prisões e torturas, indiscriminadamente. Logo depois, Prestes e sua mulher, Olga, alemã de descendência judia, foram presos, sendo ela entregue a agentes alemães, a pedido da Gestapo. Mais tarde, na Alemanha, ela foi executada numa câmara de gás, após dar à luz uma filha, pois saíra grávida do Brasil.

Numa autocrítica do PCB, afirmou Paulo Cavalcanti: "Se foi erro tático-político grosseiro a direção nacional do PC, particularmente Prestes, omitir-se de participar da revolução de 30, que teve realmente características populares — que poderia ensejar ao Cavaleiro da Esperança, com o seu prestígio, encaminhá-la para outros rumos —, erro maior foi a insurreição de 1935, deflagrada antes que o programa da ANL tivesse atingido as massas, tornando-se força social. Seu epicentro, quaisquer que venham a ser as suas interpretações ou explicações, foram as casernas, os núcleos militares."

Em conseqüência, o PCB mergulhou sob total repressão, além da habitual clandestinidade.

Tal episódio foi maquiavelicamente aproveitado pelas forças conservadoras, ligadas ao capitalismo internacional, que se articularam em torno

de Vargas, com o fito de implantar no País um regime autoritário, de feições nazi-fascistas, como de fato veio a ocorrer.

Com esse escopo, engendrou-se o famigerado "Plano Cohen", ou seja, uma trama manipulada nos laboratórios do Exército, para gerar um clima de alarme e terror oficiais, com imaginárias e freqüentes denúncias, acerca de atentados, ameaças e levantes, atribuídos aos comunistas, cujas lideranças, na verdade, se encontravam imobilizadas, nos cárceres.

Por sua vez, Vicente Ráo, representante do Partido Constitucionalista, no governo Vargas, já havia assinado, como ministro da Justiça, a Lei n.º 38, de 4-4-1935 (Lei de Segurança Nacional) e a Lei n.º 244, de 11-9-1936, criando o Tribunal de Segurança Nacional de triste e nefanda memória.

Por seu turno, o Congresso Nacional desempenhou um lastimável papel, tolerando a prisão de congressistas e colaborando com o Poder Executivo, na adoção de medidas de suspensão das liberdades democráticas. Com a concordância do Legislativo, emenda-se a Constituição pelo Decreto Legislativo n.º 6, de 18-12-1935, para fins de equiparar ao *estado de guerra* as comoções intestinas graves; tal Decreto, prorrogado sucessivamente até 1937, ajudou a preparar o caminho para o advento do Estado Novo, enquanto Vicente Ráo justificava a criação de um aparato estatal de combate específico ao comunismo, dotado de "imunidade... capaz de fazer a vigilância, serviço secreto de descoberta e o combate ao comunismo nas forças armadas e nas civis" (*Apud* LUIZ WERNECK VIANNA. Ob. cit., pp. 201 e 202).

A Assembléia Nacional Constituinte havia encerrado os seus trabalhos em 1934, promulgando a respectiva Constituição em 16 de julho daquele ano, elegendo, indiretamente, presidente da República, Getúlio Vargas, com 175 votos, dentre 248 deputados presentes, diante de um simulacro de contestação, com 59 votos dados ao antigo aliado e novo rival de Vargas, Antônio Borges de Medeiros, e outros votos isolados, de protestos.

O mandato presidencial de Vargas estava previsto para durar de 20 de julho de 1934 à mesma data, em 1938, quando então ocorreria a sucessão presidencial, precedida das respectivas eleições.

Surgem, na oportunidade, dois candidatos: um elitista, o paulista aristocrata, Armando de Sales Oliveira, e outro populista, o sertanejo nordestino (paraibano) José Américo de Almeida, que percorreu o País, pronunciando entusiasmados discursos.

As forças político-econômico-militares dominantes, no entanto, arquitetavam o desencadeamento de um golpe de Estado, com objetivos continuístas, mantendo Vargas na presidência da República, como ditador, nos moldes de um Estado de feições nazi-fascistas.

E assim foi feito, com o advento do Estado Novo (Constituição de 10-11-1937), sobrevivendo a dissolução dos partidos políticos, milícias cívicas

e organizações auxiliares dos partidos políticos, fossem quais fossem os seus fins e denominações (Decreto-Lei n.º 37, de 2-12-1937).

Não foi difícil ao novo regime, através da fala de Vargas — ambicioso de poder pessoal — responsabilizar os partidos políticos, para justificar o golpe de Estado, acusando aqueles pela falta de estrutura e organização, além de se constituírem em “clãs facciosos” e se caracterizarem pela demagogia das lideranças.

Durante esse regime, predominaram os princípios corporativistas, de inspiração nazi-fascistas, mas com peculiaridades tipicamente nacionais, pois houve aqui deliberado propósito de anatematização dos políticos e das organizações partidárias, diferentemente do que ocorreu na Alemanha, que exaltou o seu Partido Nazista, e na Itália, com o Partido Nacional Fascista, como lembramos alhures (*Direito de Comunicação*, pp. 33 e ss.).

Ao liquidar os partidos políticos, buscou o Estado Novo apoiar-se numa estrutura sindical, manipulada e dirigida pelo poder público, de maneira autoritária e paternalista, como forma de controle disciplinar e ideológico do operariado, por meio do Ministério do Trabalho.

Em seu discurso, por ocasião das comemorações de 1.º de maio de 1943, por exemplo, acentuava Vargas a necessidade de fortalecimento das organizações sindicais, “até abranger todos os trabalhadores, de forma que estes, representando a totalidade das profissões, possam influir mais diretamente nas resoluções de caráter econômico, social e político (...), falando por si mesmo junto às instâncias da administração, mais se integra na organização do Estado e se liberta por completo das explorações parasitárias de politíqueiros e demagogos, sempre prontos a prometer o que não podem dar em troca de tudo aquilo a que não têm direito” (*Apud* J. DE SEGADAS VIANNA. *A Organização Sindical Brasileira*, 1943, pp. 104 e ss.).

Oliveira Viana fazia então projeções para o futuro, vislumbrando a derrota do nazi-fascismo e preconizando o papel dos sindicatos no pós-guerra: “Há uma ilusão enorme da parte dos que, pensando nos resultados da guerra, presumem que as instituições sindicais e as instituições corporativas irão desaparecer no mundo novo, que surgirá com a vitória das democracias. Muito ao contrário, estas instituições irão ter uma expansão vitoriosa. (...) Estas instituições sindicais são inelimináveis e, da mesma forma, as instituições corporativas. Para que viessem a desaparecer no mundo futuro, do após-guerra, seria preciso que Roosevelt renunciasse aos seus Códigos Industriais (mais de 500...), os seus *Labors Relations Boards*, com o que está contendo, dentro da justiça social, o grande capitalismo: — O *New Deal* rooseveltiano é uma organização francamente sindical e corporativa” (ob. cit., pp. 260 e 261).

Por vários anos, o Estado Novo se manteve impávido, salvo a escaramuça ocorrida em maio de 1938, quando malogrou uma tentativa integralista de contragolpe, com o assalto do Palácio Guanabara, onde residia Vargas.

Com o tempo, a sorte da II Guerra Mundial se inverteu, passando as nações do Eixo (Alemanha, Itália e Japão) ao recuo, batendo em retirada, dos diversos países que invadiram, inclusive da URSS, cuja resistência ofereceu episódios heróicos, mudando decisivamente os rumos daquele conflito, contribuindo assim para o aniquilamento do nazi-fascismo, o que repercutiu de maneira negativa sobre os regimes políticos similares, como o do Brasil.

Em face dessas mudanças no cenário mundial, já em agosto de 1943, reuniu-se, nos arredores de Resende, no Estado do Rio de Janeiro, a Conferência Nacional da Mantiqueira, convocada pela Comissão Nacional de Organização Provisória (CNOP), criada pelo que restou do PCB, sob a liderança de Maurício Grabois e Amarílio Vasconcelos, com articulações em São Paulo e na Bahia, oportunidade essa em que foi eleito secretário-geral Luís Carlos Prestes, embora preso.

Enquanto o Estado Novo se desmoronava, o PCB ia emergindo da clandestinidade, admitido na conjuntura política nacional.

7. *Novos rumos, pós-1945*

Em 1944, foi permitida a atuação do Movimento Unificado dos Trabalhadores (MUT). Em abril de 1945, ao término da II Guerra Mundial, Prestes e os demais comunistas receberam anistia, em troca de apoio — pelo menos nominal — a certas teses de Vargas, anistia essa extensiva a todos os presos políticos (Dec.-Lei n.º 7.474, de 18-4-1945).

No dia 19-4-1945, Prestes deixa a prisão; a 25-5-1945, o PCB se apresenta publicamente, num comício no Estádio do Vasco da Gama (RJ). A 15 de julho do mesmo ano, aquele líder comunista discursa em comício, no Estádio do Pacaembu (SP), apoiando a orientação de Vargas, no processo de democratização, apresentando-se, ainda, em agosto, no Recife.

A 3 de setembro daquele mesmo ano, o PCB requer o seu registro provisório junto ao Tribunal Superior Eleitoral, e a 26, Plínio Salgado funda o Partido de Representação Popular, de inspiração fascista.

Em dezembro de 1945, nas eleições presidenciais e constituintes, o PCB obteve quase 10% de votos do eleitorado brasileiro: cerca de 600.000 votos para o candidato à presidência da República, Yedo Fiúza, elege um senador, Luís Carlos Prestes, e quatorze deputados federais.

Elege-se presidente da República o general Eurico Gaspar Dutra, ex-ministro da Guerra de Vargas, obtendo 5.251.507 votos, com o apoio daquele, sob a legenda do Partido Social Democrata e do Partido Trabalhista Brasileiro, este criado sob a inspiração do Ministério do Trabalho de Vargas.

No plano internacional, porém, as perspectivas se tornaram sombrias; em março de 1946, o ex-primeiro-ministro conservador inglês, Winston Churchill, criava a expressão “guerra fria”, que se transformou num instru-

mento de retrocesso político, obscurantismo e isolamento entre os blocos dos países capitalistas e socialistas.

A 23 de março de 1946 (antes, portanto, da promulgação da Constituição de 18 de setembro daquele ano), o deputado Barreto Pinto (PTB) e Himalaia Virgulino pedem ao Tribunal Superior Eleitoral a cassação do registro do PCB, sob o argumento de o mesmo usar símbolos internacionais (foice e martelo) e denominar-se "do Brasil", e não "brasileiro". A 26, na Constituinte, Prestes discursa, manifestando-se contra as perspectivas de guerra, que se formava, no plano internacional, e o imperialismo, que ameaçava a paz; este discurso, distorcido pela imprensa direitista, constituiu um dos pretextos para a cassação do registro do PCB.

Em 7-5-1947, o Tribunal Superior Eleitoral vota a cassação do registro do PCB, por três votos (Cândido Mesquita da Cunha Lobo, F. Rocha Lagoa e José Antônio Nogueira) contra dois (Álvaro Ribeiro da Costa e Francisco Sá Filho), voltando o partido à ilegalidade.

No dia 10 daquele mesmo mês e ano, o ministro da Justiça determina o encerramento das atividades do PCB em todo o País, tendo a polícia interdito as suas sedes. A 21 de outubro seguinte, a *Tribuna Popular*, órgão de imprensa dos comunistas, é invadida; sua redação, seu arquivo e gráfica são destruídos e saqueados, sendo feridos vários dos funcionários desse jornal. A 27, o Senado Federal aprova o projeto de cassação dos mandatos dos parlamentares eleitos pelo PCB.

O retrocesso político interno se afinava com o internacional, pois a 15 de agosto daquele mesmo ano, instalava-se no Rio de Janeiro a Conferência Interamericana de Manutenção da Paz e Segurança no Continente, que definiu o alinhamento dos países latino-americanos com a política de "guerra fria", promovida pelos Estados Unidos da América, culminando com a assinatura do famigerado Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR), daquele ano, instrumento esse que ajudou a preparar o caminho para a implantação da Doutrina da Segurança Nacional nesse Subcontinente, propiciando o advento dos regimes militares instalados nos diversos países, a começar pelo Brasil, pós-1964, como lembramos alhures (*Curso de Direito Internacional Público*, pp. 209 e ss.).

Em princípios da década de 50, Vargas retorna à presidência da República, desta vez, conduzido pelo voto popular; seguem-se algumas medidas progressistas, no campo econômico-social, contrariando, porém, os interesses das oligarquias nacionais e os trustes internacionais, o que gerou sucessivas crises institucionais.

O velho presidente lança mão de um gesto dramático, ante a ameaça de sua deposição pelas Forças Armadas: suicida-se (24-8-1954), estremecendo a Nação, a quem deixa uma célebre Carta-Testamento, denunciando a trama dos interesses do País, sobretudo articulada pelos monopólios internacionais, que exploram a nossa economia.

Em meio a escaramuças e crises políticas, sucedem-se os governos de Juscelino Kubitschek e Jânio Quadros, sendo que este renuncia, passando

o vice-presidente, João Goulart, a ocupar a presidência da República (1961), sob o parlamentarismo, pretendendo realizar as chamadas reformas de base (agrária, bancária, universitária, tributária e outras) indispensáveis ao nosso desenvolvimento econômico-social, propósito esse que encontrou as mais ferrenhas resistências obscurantistas, por parte das forças conservadoras internas, mancomunadas com o capitalismo internacional.

Entretentes, encerram-se os processos criminais (1959) movidos contra os líderes comunistas (1948), que se encontravam na clandestinidade, não conseguindo, porém, o PCB obter a sua legalização perante a Justiça Eleitoral.

Em 1963, formou-se a Frente Parlamentar Nacionalista, congregando parlamentares (deputados e senadores) de diversos partidos, que aderiram ao respectivo Termo de Compromisso, datado de 3-2-1963. Sobreveio, no entanto, o golpe de Estado de 1964, após insidioso processo de Guerra Psicológica, ou seja, uma trama político-ideológico-militar, à semelhança do famigerado "Plano Cohen" (1957), com o fito de desestabilização institucional e implantação do regime militar, que se seguiu, nos moldes preconizados pela chamada Doutrina da Segurança Nacional, como salientamos noutro trabalho (*Criminologia*, pp. 148 e ss.).

8. O retrocesso pós-1964

Após o golpe de Estado, consolidado a 1.º de abril de 1964, sobreveio o Ato Institucional n.º 1, de 9-4-1964, que institucionalizou o novo regime, baseado no arbítrio, seguido do Ato Institucional n.º 2, de 27-10-1965, que extinguiu os partidos políticos existentes, criados após 1945, como reflexo das várias tendências — direita, centro e esquerda —, ou seja, União Democrática Socialista, Partido Socialista Brasileiro, Partido Social Democrata, União Democrática Nacional, Partido Trabalhista Brasileiro, Partido de Representação Popular, Partido Democrata Cristão, e outros, criados posteriormente, sendo que o registro do PCB já havia sido cassado, como vimos.

Foram então atingidos 4.682 cidadãos — civis e militares —, suspensos em seus direitos políticos (inclusive cassados numerosos mandatos parlamentares), feito esse que faria inveja ao macarthismo, isto é, a histeria anticomunista, desencadeada pelo senador norte-americano, Joseph Raymond Mac-Carthy (1909-1957), pós-1948, quando presidente do Senate's Government Operations Committee, durante a "guerra fria", numa autêntica "caça às bruxas", à semelhança das perseguições religiosas e científicas, na Idade Média.

Aqui, foram então vítimas de perseguições políticas, pós-1964, a saber: 1.261 militares, 500 legisladores, 300 professores e 50 chefes do Poder Executivo (incluindo o presidente da República, João Goulart, deposto, assim como governadores e prefeitos), dois ex-presidentes da República, muitos profissionais liberais, intelectuais e operários.

Subseqüentemente, surgiram dois partidos políticos, nos moldes traçados pelo regime militar: Aliança Renovadora Nacional (ARENA), reunindo, basicamente, egressos da UDN, do PSD, e outros partidos, simpatizantes do golpe de Estado, e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), unindo discordantes daquele golpe, sobretudo petebistas, e alguns dissidentes dos antigos partidos.

A par disso, organiza-se a resistência democrática — composta de civis, militares, intelectuais, religiosos, operários, estudantes —, formando-se inclusive movimentos guerrilheiros, cruel e furiosamente exterminados, pelos órgãos de repressão das Forças Armadas (*Brasil Nunca Mais*, pp. 21 e ss.).

Em 1973, às vésperas das eleições parlamentares, então realizadas, o Partido Comunista do Brasil lança um manifesto, propondo a formação de uma Frente patriótica contra o fascismo, denunciando da seguinte forma, em resumo, a natureza do regime político-militar brasileiro, que, sem possuir determinadas características do fascismo italiano e alemão do passado, o regime aqui vigorante podia ser definido pelos seguintes traços essenciais: algumas aparências de democracia representativa, inclusive a mudança periódica do ditador militar, empenho, por todos os meios, para afastar o povo, principalmente a classe operária, da vida política; utilização das Forças Armadas como instrumento político-repressivo e suporte direto do regime; ampliação e hipertrofia dos chamados órgãos de segurança, que dominam o aparelho do Estado e a vida do País; aplicação do terror, como principal método de governo; maior controle da estrutura sindical, que já é de inspiração corporativista e vinculada ao Estado, e maior repressão aos sindicatos operários, com o objetivo de reduzi-los a órgãos exclusivamente assistenciais e recreativos; intensa propaganda oficial, orientada no sentido de uma completa mistificação do que ocorre no País; política econômica baseada na intensificação da exploração da classe operária e na crescente espoliação da Nação, em favorecimento dos interesses dos monopólios, os estrangeiros em particular, e de latifúndio; política externa expansionista, vinculada fundamentalmente aos interesses do imperialismo norte-americano e acompanhada de insistente campanha chauvinista, como disfarce.

Desenvolvendo diversas considerações, sustentava o referido manifesto que a tarefa essencial das forças progressistas do País deveria concentrar-se no esforço pela reconquista das liberdades democráticas, a par da luta pela melhoria das condições de vida, contra o arrocho salarial, através de ampla discussão.

Conseguem, então, eleger-se diversos parlamentares progressistas, alguns dos quais tiveram seus mandatos cassados, posteriormente, devido à sua enérgica atuação, denunciando abusos de poder, privilégios de grupo e corrupção governamental.

Do ponto de vista do ordenamento jurídico, disciplinador de nossas organizações partidárias, pós-1964, citam-se, dentre outros diplomas legais, os seguintes: Lei n.º 4.740, de 15-7-1965 (Lei Orgânica dos Partidos Polí-

tigos), Lei n.º 5.682, de 21-7-1971 e Lei n.º 6.767, de 20-12-1979, correspondendo este último texto legal à fase de liberalização do regime militar, substituindo-se então o sistema bipartidário pelo pluralismo, surgindo várias organizações: Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Democrático Trabalhista (PDT), Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Comunista do Brasil (PC do B), Partido Comunista Brasileiro (PCB), Partido Liberal (PL), dentre outras.

9. Conclusão

A visão panorâmica, acima apresentada, acerca das origens e evolução das organizações partidárias brasileiras, constitui um modesto subsídio para a reflexão e compreensão do papel das mesmas, com relação às transformações ocorridas em nossas instituições políticas, até os dias contemporâneos.

Pelo que se expôs, salta aos olhos que a nossa formação histórica, política, militar, religiosa, sócio-econômica e cultural, teve um caráter intrinsecamente autoritário e elitista — a começar com a instituição do regime escravocrata —, como projeção das práticas e concepções dominantes, ou seja, impostas pelas classes exploradoras, economicamente fortes e politicamente dominantes, pois *as idéias dominantes são as da classe dominante*.

Some-se a isso o maquiavelismo das classes dirigentes (empenhadas em *dividir para dominar*), a influência das pressões imperialistas, que se exerceram sobre o Brasil, ao longo dos séculos, desde a época colonial, em decorrência da própria condição do Reino de Portugal, secularmente sujeito ao poder hegemônico das grandes potências européias, sobretudo a Grã-Bretanha, como lembramos alhures (*As Origens do Autoritarismo Brasileiro*, in *Atualidades*, Forense, n.º 31, 1980, pp. 5 e ss.).

Aliás, sob esse aspecto, isto é, do estabelecimento do regime escravocrata no Brasil, nos diferenciamos de outros países latino-americanos, que não importaram africanos, nem basearam a sua economia no braço escravo, como a Argentina, Chile, México, e outros, que dispõem assim de uma formação sócio-político-econômica sem marcas e discriminações autoritárias quanto o nosso País.

Quanto aos Estados Unidos da América do Norte, se bem que sua formação tenha raízes históricas escravocratas — e ali perduram desumanos preconceitos e discriminações raciais, sobretudo contra o negro —, registrou-se naquele país um fato altamente benéfico, qual seja, o enorme fluxo imigratório, principalmente europeu (oriundo do Reino Unido, Irlanda, Alemanha, Itália, Áustria, Hungria e Rússia), corrente humana essa ávida de encontrar terra e cultivá-la, para a prosperidade pessoal e conseqüente progresso nacional.

Ora, isso contribuiu decisivamente para a vitalização dos ideais democráticos do povo estadunidense, distanciando-o de muito, dos países que

permaneceram aferrados ao regime escravocrata, como o Brasil, aumentando a sua população à custa do tráfico negreiro, até meados do século passado, em lugar de adotar uma política de imigração de colonos livres.

Haja vista que, entre 1820 e 1960, entraram nos EUA mais de 41 milhões de imigrantes, em grande parte europeus, além de uns poucos procedentes do Canadá e da Ásia.

Em outras palavras, a sociedade brasileira é, histórica e visceralmente autoritária, em todos os seus aspectos e facetas — de natureza política, familiar, social, econômica, universitária —, embora se tente, dissimuladamente, aparentar e apregoar as nossas pseudotendências democráticas, igualitárias, livres de preconceitos raciais, e assim por diante.

Isto posto, nossa formação político-partidária (abrangendo as sociedades secretas existentes, antes e depois da Independência) revela, como não poderia deixar de ocorrer, as cicatrizes profundas do autoritarismo, da prepotência e violência oficiais; haja vista as sucessivas e arbitrarias dissoluções e desmantelamento de nossas organizações partidárias, sobretudo na fase republicana, até os dias atuais.

Dáí tornar-se praticamente inviável o desenvolvimento e aprimoramento do espírito associativo em nosso País, em matéria política, sem falar na situação análoga, em relação às organizações sindicais, estudantis, e outras, vítimas das mesmas condições adversas e repressivas, por parte das autoridades constituídas.

Nada mais falso e grotesco do que afirmar que não temos vocação para o associativismo, o conagraçamento e a vida gregária, pois tais características são inerentes ao ser humano, em geral, como se sabe.

Que fazer, para mudarmos os rumos, até então seguidos, infaustamente, em matéria político-partidária?

A chave para a solução da problemática em foco será obtida, conjuntamente, com a matriz simbólica, a ser utilizada no equacionamento de outras questões, relacionadas à democratização das instituições, em geral, de nossa sociedade, ou seja: a familiar, condominial, comunitária, esportiva, escolar, religiosa, sindical, empresarial, militar, e assim por diante. Compare-se, por exemplo, o autoritarismo da vida castrense brasileira com a norte-americana.

Quer dizer, é difícil esperar que ocorram o fortalecimento e a democratização, isoladamente, das organizações partidárias brasileiras, sem que as demais instituições já referidas — inclusive a superentidade, o Estado — também evoluam e mudem as suas feições, tradicionalmente autoritárias.

Trata-se, portanto, de um esforço comum, quase uma busca do perfeccionismo, ou seja, a procura incansável, de recuperação do tempo perdido, com as experiências acumuladas, no confronto com o autoritarismo.

Quem viver, verá.

Partidos políticos: aspectos do fenômeno

ALAOR BARBOSA

Advogado e Assessor Legislativo do Senado
Federal

S U M A R I O

a. Reflexões propedêuticas. b. Conceito de partido político. c. Classificação dos partidos políticos. d. Peculiaridade dos países coloniais. e. Evolução histórica dos partidos. f. Rejeição aos partidos políticos. g. Aceitação dos partidos políticos. h. a) Sistema pluripartidário. h. b) Sistema bipartidário. h. c) Sistema de partido único. i. Os partidos políticos e o direito positivo. j. Conceito de partido político no Brasil. l. a) No Brasil Colônia. l. b) No Brasil Império. l. c) Na Primeira República. l. d) Na Segunda República. l. e) Na Terceira República. l. f) Na Quarta República. l. g) Na Sexta República. l. h) Na chamada Nova República.

a. Reflexões propedêuticas

Necessidade ou contingência? um fenômeno natural — e, portanto, uma fatalidade inelutável —, ou produto cultural suscetível de modificar-se e, mesmo, de abolir-se?

O homem padece de uma tendência irreprimível para a divergência e a controvérsia. Parece que essa compulsão provém da sua natureza.

Sim: o homem é um animal essencialmente divergente. (Felizmente, porém, capaz de convergências.)

MOISÉS não registrou no *Gênese*, mas a verdade é que, quando Jeová expulsou Adão — o Homem — e Eva — a Vida — do Éden, não condenou a Humanidade apenas à necessidade de trabalhar para tirar da terra o seu sustento; condenou-a também à discórdia.

Recuperar a concórdia, sinônimo de paz, é o Sonho Magno do Homem. E que é recuperar o reino da concórdia senão viver livre do divisionismo de partidos? Que é partido, senão um efeito do ônus da cizânia, imposto ao Homem como pena de sua precariedade irresolúvel?

O mundo do homem contém inevitável o fenômeno partido. Partidos de toda ordem: políticos, religiosos, literários, econômicos etc. Principalmente partidos políticos.

O Éden, antes do pecado, era o contrário disso: o Éden era uno, indiviso, pacífico, unânime, uníssono, concorde, harmonioso, sem lutas internas. O Éden era um idílio que se prometia eterno.

Um mundo perfeito, devolvido à pureza original lendária do Éden, é um mundo livre de partidos, esse sinônimo e veículo de fratricídio nem sempre incruento: ao contrário, freqüentíssimamente sangüinolento.

Dizer homem é dizer coletividade, pois o homem é um ser social. Dizer coletividade é dizer vida organizada. Vida humana organizada supõe poder por causa da necessidade inafastável de decidir. Toda coletividade humana é obrigada a tomar decisões: decidir é uma imposição do viver. A família toma decisões. O clã toma decisões. A tribo toma decisões. A nação toma decisões. O conjunto confederal de nações toma decisões. Uma sociedade de Estados — como a Organização das Nações Unidas, um exemplo de nossa época — toma decisões.

Decidir coletivamente causa divergências. Os seres humanos, de dois para cima, divergem entre si. Em qualquer tempo, em qualquer lugar, em qualquer regime político. Divergir é inerente ao ser humano.

Ou não?

Há pessoas que, meditando sobre essa questão, têm externado a esperança de que o desenvolvimento do homem poderá lhe proporcionar, algum dia, a graça inefável de alcançar a concórdia menos raramente e com menos dificuldade do que a que tem sofrido até hoje. ANTÔNIO DA SILVA MELLO, um médico brasileiro muito preocupado com a condição humana, e que expressou os resultados de suas reflexões em muitos livros (como *Religião: Prós e Contras, Alimentação, Instinto e Cultura, O Homem*), foi um desses homens esperançosos. No seu livro derradeiro — escrito aos oitenta e cinco anos de idade (parece que sem tempo de lhe aprimorar devidamente a forma literária) *Eu no Universo* ⁽¹⁾, ele escreveu estas palavras, que registram uma verdade possível, ainda não comprovada, e cuja comprovação fundaria, com realismo, uma esperança boa num futuro melhor do homem: "O ser humano é unitário pela sua anatomia e a sua fisiologia, não sendo razoável que, pela sua psicologia, deva viver em eternas oposições e contradições. Somos todos tão iguais pela estrutura e as funções do nosso corpo que se torna verdadeiro absurdo continuarmos dentro de oposições e contradições sistemáticas, que não passam de erros de adaptação, de criações quase inconcebíveis da nossa razão, dando como resultado errôneas sugestões e percepções. É isso, portanto, o que torna primeiramente necessário evitar e corrigir".

(1) MELLO, Antônio da Silva. *Eu no Universo*. 2ª ed., São Paulo, Distribuidora Record, 1972.

Por enquanto, porém, infelizmente, os homens têm nascido condenados à divisão partidária. Nascem condenados a escolher, a tomar decisões, a optar, e a reagir diante das decisões, das escolhas, das opções tomadas. E, na hora de tomar decisões ou de reagir diante delas, os homens jamais são unânimes.

Será que divergir é, ao contrário do que esperam os humanistas generosos e os utopistas edificantes, algo inerente à própria vida, não somente à vida dos seres humanos, mas à vida mesma?

Um filósofo antigo, Heráclito de Éfeso, cognominado o Obscuro, proclamou, dizem, que a luta é a lei suprema da vida. Na *Ética a Nicômaco*, ARISTÓTELES registra este pensamento de Heráclito:

"... o contrário é convergente e dos divergentes nasce a mais bela harmonia, e tudo segundo a discórdia"⁽²⁾.

Em Hipólito, encontra-se um outro fragmento de Heráclito:

"O combate é de todas as coisas pai, de todas rei, a uns ele revelou deuses, a outros, homens; de uns fez escravos, de outros, livres"⁽³⁾.

Em Numênio, pode-se ler este outro fragmento de Heráclito:

"É preciso saber que o combate é o-que-é-com, e justiça (é) discórdia, e que todas (as coisas) vêm a ser segundo discórdia e necessidade"⁽⁴⁾.

Na natureza, a dialética entre contrários — e entre diferentes — produz um resultado: a síntese. Entre os seres humanos, a síntese resulta da vitória de uma opinião sobre as outras opiniões. O problema difícil e árduo que tem tocado aos homens resolver é o de encontrar um método de chegar à síntese de suas opiniões divergentes sem o esmagamento de uns por outros: sem violência. Essa procura é a história da democracia no mundo.

Nem no Céu de Jeová houve unanimidade e paz. Que foi Lúcifer senão o chefe de um tremendo movimento de divergência e dissidência — o mais terrível movimento de divergência e dissidência possível de ser imaginado? Vale a pena ler — e reler — *O Paraíso Perdido*, de Milton. Mas Jeová era, por natureza, incontrastável. Lúcifer foi derrotado e expulso. Jeová não tolerou a manifestação suprema de orgulho de Lúcifer. No Reino anterior ao Homem, Deus se afirmou Deus.

Aqui na Terra, ou em qualquer outro lugar para onde o Homem se traslade, a divergência parece inafastável da vida dos homens. Mesmo no mais perfeito e harmonioso reino de utopia que os homens vierem a ser

(2) "Os Pré-Socráticos", Vol. I da Coleção *Os Pensadores*, Editora Abril, São Paulo, 1973.

(3) "Os Pré-Socráticos", ob. cit.

(4) "Os Pré-Socráticos", ob. cit.

capazes de realizar, haverá divergência. E, portanto, partidos políticos. A essa necessidade dura o homem parece não poder escapar. Não pôde, até agora. Talvez não o poderá nunca.

Infinita é a capacidade dos homens de discordar entre si. Divergimos nas coisas sérias e nas coisas grotescas; nas questões dramáticas e nas questões ridículas; divergimos em tudo e sempre.

Exemplar o caso de Liliput, o primeiro país visitado por Lemuel Gulliver.

Conhecemos todos a estória das viagens feitas, no início do século XVIII, pelo cirurgião — e depois capitão de vários navios — Lemuel Gulliver. Os episódios dessa narrativa se popularizaram em quase todos os países. Mesmo entre crianças, para as quais se escreveram, em muitos idiomas, adaptações do grande livro de Swift. Do relato de Gulliver, consta a história da controvérsia, existente em Liliput, sobre o modo melhor de se quebrarem ovos; e da inimizade, provocada por essa controvérsia, entre Liliput e o país vizinho, Blefuscu. Havia mais de 36 luas que Liliput e Blefuscu se empenhavam em uma guerra. "Uma guerra encarniçadíssima" (explicou Reldresal, secretário principal dos Negócios Privados de Liliput, numa conversa sigilosa com Gulliver), "cujo móvel foi o seguinte: reconhece-se universalmente que a maneira primitiva de quebrar ovos para comê-los consistia em quebrá-los pela ponta mais grossa; mas ao avô de sua majestade, quando menino, numa ocasião em que se dispunha a comer um ovo e quebrá-lo consoante o hábito antigo, sucedeu-lhe cortar um dedo; pelo que o imperador, seu pai, saiu com um edito em que ordenava a todos os seus súditos, sob grandes penalidades, quebrarem os seus ovos pela ponta mais fina. Ressentiu-se por tanta maneira o povo dessa lei, que, referem as nossas histórias, seis rebeliões estalaram por causa disso; nas quais um imperador perdeu a vida, e outro, a coroa. Essas comoções civis foram constantemente fomentadas pelos monarcas de Blefuscu; e, quando sufocadas, iam sempre refugiar-se os desterrados naquele império. Calcula-se que 11.000 pessoas, em diversas ocasiões, preferiram morrer a sujeitar-se a quebrarem seus ovos pela ponta mais fina. Publicaram-se muitas centenas de grossos volumes sobre essa controvérsia; mas os livros dos ponta-grossenses já há muito interditados, e todo o partido é incapaz, por lei, de granjear empregos. No decurso desses tumultos, queixaram-se amudadas vezes os imperadores de Blefuscu, por intermédio dos seus embaixadores, de estarmos provocando um cisma religioso, contrariando uma doutrina fundamental do nosso grande profeta Lustrug, no quinquagésimo quarto capítulo do Blundecral (que é o Alcorão deles). Isso, todavia, é considerado como simples torcedura do texto, pois as palavras são estas: 'Todos os verdadeiros crentes quebrarão os seus ovos pela ponta conveniente'; e, na minha humilde opinião, o decidir qual seja a ponta conveniente é assunto que deve competir à consciência de cada um ou, pelo menos, só o magistrado sumo deve ter poder de resolver. Ora, os exilados ponta-grossenses lograram

tamanho crédito na corte do imperador de Blefuscu, e tanto auxílio e estímulo do seu partido secreto daqui, que se vem travando uma guerra sangüinolenta entre os dois impérios há 36 luas, com vária sorte; tempo esse durante o qual perdemos quarenta navios grandes, e um número muito maior de navios menores, além de 30.000 dos nossos melhores marinheiros e soldados; e calcula-se que os danos sofridos pelo inimigo sejam algo maiores do que os nossos. Não obstante, equipou ele agora uma frota numerosa e está se preparando para acometer-nos; e Sua Majestade Imperial, que deposita grande confiança em vosso valor e energia, ordenou-me que vos fizesse esta exposição dos seus negócios” (5).

Infelizmente o Homem é um ser quase sempre liliputiano. Ridículo nas suas controvérsias mesquinhas, nas suas divisões partidárias grotescas, nas suas guerras estúpidas e injustificáveis. Swift desnudou o Homem.

Mas não basta desnudar o Homem. Não existe alternativa para a necessidade de os humanos entrarmos também nas lutas da nossa espécie, de nos sujarmos e nos macularmos na ridiculez das nossas controvérsias. Temos de aceitar a nossa condição — e participar da vida. Não existe para nenhum indivíduo humano a alternativa de se colocar acima da pequenez humana e dizer: eu me recuso a participar dessas briguinhas grotescas!

Registremos, para crédito da capacidade de auto-aperfeiçoamento do Homem, esta verdade: os homens bem que gostariam que a sua vida, necessariamente coletiva, não precisasse de se dividir em partidos. É antiga essa aspiração. Vemo-la expressa, por exemplo, em um filósofo anterior a Sócrates: Xenófanes de Colofão, que viveu entre 570 e 528 a.C. Entre os fragmentos dos seus poemas, encontra-se este trecho significativo:

“É de louvar-se o homem que, bebendo, revela atos nobres,
como a memória que tem e o desejo de virtude,
sem nada falar de titãs, nem de gigantes,
nem de centauros, ficções criadas pelos antigos,
ou de lutas civis violentas, nas quais nada há de útil” (6).

As formas utópicas de sociedade até hoje concebidas põem uma vida de paz para os homens. Paz, que é? Paz é concórdia. Concórdia é algo que exclui a existência de partidos. É, ao menos, o resultado de uma capacidade de chegarem os partidos — porventura existentes — à concórdia livre e pacífica.

Enquanto não se liberta da sua precariedade essencial, que o faz dividir-se em partidos, o homem tem tido a clarividência de, pela sua parte saudável, procurar meios de amortecer os efeitos devastadores de sua vocação para a discórdia. Um desses meios é a democracia.

(5) SWIFT, Jonathan. *As Viagens de Gulliver*. São Paulo, Editora Abril, 1971.

(6) “Os Pré-Socráticos”, ob. cit.

A democracia apareceu na História como um meio e forma de ordenar o processo de tomada de decisões com respeito mútuo entre os protagonistas desse processo. Os homens sofreram muito no curso de sua evolução e de sua história antes de chegarem a conceber e a começar a pôr em prática métodos de tomar decisões que fossem expressões do consentimento geral, ou do da maioria — e que fossem aceitas por aqueles homens que discordaram delas antes e depois de tomadas.

A referência a utopias remete, de imediato, à mais delas. Karl Marx lutou a vida toda para fundar um partido do proletariado com a missão de realizar uma revolução social abolidora dos antagonismos sociais pela supressão das classes em que se divide a sociedade. Que é esse sonho de Karl Marx senão o da abolição dos partidos políticos? Marx queria e quis um partido que trouxesse, com a desnecessidade social deles, o fim dos partidos. Ilusão de uma alma generosa? Ou um sonho suscetível de virar realidade?

A extinção dos antagonismos no interior da sociedade poderá conduzir, quem sabe?, ao desaparecimento natural dos partidos políticos; mas não à concórdia absoluta. Quando o homem se vir livre dos embates de classes, que ainda o infelicitam, certamente continuará a se dividir em facções ou grupos por causa de outras razões e pretextos de dissensão. O homem tem um espírito essencial de disputa que o faz um ser grotesco e ridículo — sem prejuízo, felizmente, da grandeza e nobreza de que é sempre, mesmo nos piores momentos de sua trajetória, ou sobretudo neles, capaz. Quando — e se — se livrar dos conflitos de classes, o homem prosseguirá se dividindo, como em Liliput, nem que seja, ao menos, por causa da questão sobre por que ponta, a grossa ou a fina, devem ser quebrados os ovos para serem comidos.

b. *Conceito de partido político*

Que é isso, partido político?

Porque existiam somente de fato, e não de direito; porque existiam para a sociologia e a história, mas não para o direito positivo, os partidos políticos não foram, senão já bem tarde na história do direito ocidental, objeto de análise e meditação dos juristas. Não existem, antes deste século, estudos sobre partidos políticos.

E definições, mesmo os principais autores do século XX evitaram fazer. Eis uma afirmação de PAULO BONAVIDES: "Quem, na ânsia de encontrar uma boa definição de partido político, se dispuser a ler, da primeira à última página, as três obras máximas que o século XX já produziu acerca dos partidos políticos — os livros clássicos de OSTROGORSKY (*La Démocratie et l'Organisation des Partis Politiques*), MICHELS (*Les Partis Politiques: Essai sur les Tendances Oligarchiques des Démocraties*) e DUVERGER (*Les Partis Politiques*) — há de concluir a leitura

profundamente decepcionado: terá empregado em vão toda a sua diligência, pois a instituição em apreço é objeto ali de nenhuma definição” (7).

Todo o mundo intui o que é partido político. Certos elementos essenciais do partido político são fáceis de apreender: o elemento *reunião de pessoas*; o elemento *idéias afins*; o elemento *objetivos comuns*. Com esses elementos pode-se ensaiar uma definição de partido político: uma reunião de pessoas ligadas entre si por idéias afins e com objetivos comuns. Essa é uma definição incompleta: falta-lhe o elemento específico, que é o caráter político. Tentemos completá-la: partido político é uma reunião de pessoas ligadas entre si por idéias políticas afins e com objetivos políticos comuns. Também não está completa. Falta-lhe um elemento peculiar ao partido político: a atuação, a ação pedagógica e proselitista, a disputa do poder. Tentemos mais uma vez completar a definição: partido político é uma reunião de pessoas ligadas entre si por idéias políticas afins e que procuram, mediante uma ação proselitista, o poder, a fim de realizar os seus objetivos políticos comuns.

Essa é uma definição mais aproximada da verdade, embora ainda não descritiva de todo o fenômeno ôntico que é o partido político.

Apesar da omissão dos principais pensadores em definir partido político, tem havido propostas de definições. EDMUND BURKE, por exemplo, em 1770, deu esta definição: “um corpo de pessoas unidas para promover, mediante esforço conjunto, o interesse nacional, com base em algum princípio especial, ao redor do qual todos se acham de acordo” (8). Eis a definição de BLUNTSCHLI: partidos políticos são “grupos livres na sociedade, os quais, mediante esforços e idéias básicas de teor político, da mesma natureza ou intimamente aparentados, se acham dentro do Estado, ligados para uma ação comum” (9). Já JELLINECK propôs definição: os partidos políticos, “em sua essência, são grupos que, unidos por convicções comuns, dirigidas a determinados fins estatais, buscam realizar esses fins” (10). MAX WEBER, que estudou os partidos políticos sob o ângulo da sociologia, assim os definiu: “Os partidos, não importam os meios que empreguem para afiliação de sua clientela, são, na essência mais íntima, organizações criadas de maneira voluntária, que partem de uma propaganda livre e que necessariamente se renova, em contraste com todas as entidades firmemente delimitadas por lei ou contrato” (11).

NAWIASKI formulou duas definições; mas somente uma, aquela que se encontra no seu livro *Teoria Geral do Estado*, pode, embora também precária, ser aproveitada: “uniões de grupos populacionais com base em

(7) BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 5ª ed., Rio, Forense, 1983.

(8) Paulo Bonavides, ob. cit.

(9) Paulo Bonavides, ob. cit.

(10) Paulo Bonavides, ob. cit.

(11) Paulo Bonavides, ob. cit.

objetivos comuns" (12). HANS Kelsen, o grande Kelsen, deu esta definição: "os partidos políticos são organizações que congregam homens da mesma opinião para lhes assegurar verdadeira influência na realização dos negócios públicos" (13). HASBACH, um autor do início deste século, formulou uma definição mais próxima da realidade que se observa: "uma reunião de pessoas, com as mesmas convicções e os mesmos propósitos políticos, e que intentam apoderar-se do poder estatal para fins de atendimento a suas reivindicações" (14). Um autor americano, SCHATTSCHNEIDER, sugere uma definição bem ao estilo pragmático e terra-a-terra dos pensadores americanos; partido político "é uma organização para ganhar eleições e obter o controle e direção do pessoal governante" (15). SAINT, também americano, afirma que partido político é "um grupo organizado que busca dominar tanto o pessoal como a política do governo" (16). GOGUEL, um publicista francês, também se aproxima mais da verdade; "é um grupo organizado para participar na vida política, com o objetivo da conquista total ou parcial do poder, a fim de fazer prevalecer as idéias e os interesses de seus membros" (17). Citemos, por último, a definição formulada por GEORGE BURDEAU: "uma associação política organizada para dar forma e eficácia a um poder de fato" (18).

c. *Classificação dos partidos políticos*

Em toda sociedade humana, um dos fenômenos que mais facilmente se notam é a luta entre mudança e conservação: entre ação renovadora e reação conservadora. Essa luta é travada por partidos políticos, formalmente organizados ou não. Ela é que determina, pois, o caráter dos partidos políticos. Uns querem mudar. Outros querem conservar.

De olho nesse fenômeno, que é de todas as sociedades e universal no tempo e no espaço, podem-se classificar os partidos políticos em renovadores e conservadores. O grau de renovacionismo e o do conservantismo variam de partido para partido. Há os renovadores em grau menor, os reformistas, e, em grau maior, os revolucionários. E há os conservadores em grau de reacionarismo cego e inexorável e em grau de tolerância para com as mudanças superficiais ou que apenas retoquem o modelo sócio-político-econômico, sem que se atinjam as estruturas básicas do *establishment*.

A classificação proposta por NAWIASKI parte dessa verificação fundamental; ele divide os partidos em partidos de movimento e partidos de conservação (19). Essa é a divisão eterna dos partidos políticos em todas

(12) Paulo Bonavides, ob. cit.

(13) Paulo Bonavides, ob. cit.

(14) Paulo Bonavides, ob. cit.

(15) Paulo Bonavides, ob. cit.

(16) Paulo Bonavides, ob. cit.

(17) Paulo Bonavides, ob. cit.

(18) Paulo Bonavides, ob. cit.

(19) Paulo Bonavides, ob. cit.

as sociedades. Partidos que defendem a organização social, política e econômica tal como se encontra num dado momento histórico — partidos defensores do *statu quo*; e partidos que querem modificar aquela organização — que querem alterar o *statu quo*.

A dialética entre a conservação e a renovação percorre a história de todas as sociedades humanas. Assume a feição e forma de lutas entre classes sociais ou as de um confronto entre valores novos emergentes e valores vigorantes envelhecidos.

Em nossa época, essa dialética se tornou mais dramática, por ter entrado em cena e atuação um tipo novo de partido político: o revolucionário, filho de uma concepção nova e revolucionária da sociedade humana, da história do homem, do futuro da humanidade: a do materialismo histórico, do comunismo marxista.

d. *Peculiaridade dos países coloniais*

Em países de origem e formação colonial, como o Brasil, acontece uma outra relação dialética importante: entre o país, como projeto de ente nacional e estado independente, e os países estrangeiros que com ele se relacionam de modo hegemônico. Essa relação dialética é protagonizada por partidos que lutam pela emancipação nacional, pela conquista de autonomia nacional (com valores próprios, objetivos próprios, uma visão própria e peculiar do mundo, uma cultura própria etc.) e pelos partidos que procuram manter a situação do *statu quo* — de dependência colonial. Essa luta entre forças servís à colonização e forças que aspiram à independência nacional interfere naquele outro embate, que se fere entre as forças da conservação e da renovação, e dá-lhe um conteúdo singular e mesmo lhe confere movimentos paradoxais. Assim, é freqüente encontrar, em países submetidos à condição de colônia forças internas que atuam numa direção conservadora quanto às relações sociais internas da sociedade, mas em direção renovadora, quanto aos impulsos de emancipação nacional. Internamente conservadoras e até reacionárias; mas externamente nacionalistas. São as forças nacionalistas de direita.

Portanto, a dialética entre conservação e renovação, num país de economia e cultura já desenvolvidas em bases mais ou menos autônomas, é diferente dessa mesma dialética em uma sociedade dependente, como a brasileira, por ocorrer nela, além daquela dialética, essa outra entre a dependência e a independência, entre a situação colonial e o impulso autonomista.

O partido da independência nacional existe e atua no Brasil desde o começo do processo de colonização e desde antes da nossa independência política formal de 1822. É um partido informal ou informe; existe e permeia os demais partidos políticos brasileiros. No final da década de 1950 e início da de 1960, esse partido começou a se estruturar, no âmbito do Congresso Nacional e mesmo fora dele, na chamada Frente Parlamentar

Nacionalista. Essa Frente se compunha de elementos oriundos de quase todos os partidos políticos; e reunia, assim, pessedistas e udenistas, trabalhistas e socialistas, comunistas (então camuflados) e mesmo anticomunistas. Ela se reconstituiu há poucos meses no Congresso Nacional, por iniciativa de alguns dos mesmos líderes que a compunham duas dezenas e meia de anos atrás e que remanesceram das mortes políticas e das mortes biológicas.

Todo partido político tem o seu contrário. Em contraposição ao partido nacionalista (cujo protomártir foi Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, e que teve mártires sucessivos como Frei Caneca e Monteiro Lobato) existiu e atuou, sempre, o partido dos que preconizam um sócio menor, parceiro gerido, seguidor dependente e passivo do estrangeiro. Até duas décadas atrás, os militantes desse partido — também informe e informal —, encontrados em todas as organizações políticas brasileiras, exceto, é óbvio, as de esquerda, eram chamados de *entreguistas*, no jargão político quotidiano dos seus adversários. Essa palavra depreciativa caiu, desde o golpe político-militar de 1964, em desuso. Atualmente é moda ridicularizar aqueles que ainda teimam em empregá-la. Os entreguistas de antigamente são hoje os internacionalistas. Foram eles que, de posse do poder político absoluto que lhes asseguraram os militares a partir de abril de 1964, realizaram, com muita energia e eficiência, uma internacionalização profunda da economia brasileira. Essa internacionalização constitui, hoje em dia, um fato de proporções enormes, de raízes profundíssimas na estrutura social, política e econômica do Brasil. (É correto falar, hoje, na existência, no Brasil, de uma burguesia estrangeira interna; e, correlativamente, na de um proletariado de interesses estrangeiros. Desta última afirmação é prova a posição, de muitos líderes de sindicatos de operários, favorável às empresas multinacionais, por eles consideradas mais bem organizadas e melhor pagadoras do que as empresas de capital nacional.) Parece ser um fenômeno irreversível. E quanto mais se revela irreversível, mais necessário e urgente torna um repensamento completo e radical do nosso projeto de ser nacional; e impõe esta pergunta: É possível, ou viável, ainda, uma nação brasileira?

e. *Evolução histórica dos partidos*

Os homens sempre se dividiram em partidos. Historicamente, sociologicamente e, parece, ontologicamente, o homem é um ser partidista.

Na história do Ocidente, o fenômeno partido político tem seguido uma evolução. Uma evolução não contínua, é claro, pois que acompanha as vicissitudes da história das diversas sociedades ocidentais.

O conceito — e a realidade — *partido político* vem mudando evolucionariamente, desde que apareceu. Como tudo o mais no Ocidente, foi na Grécia que surgiu o partido político. Só que o partido político da Cidade-Estado grega não era o mesmo que o das sociedades ocidentais modernas.

Os autores concordam, em geral, que o partido político tal como o compreendemos hodiernamente apareceu na Inglaterra. Diz AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, autor de um livro a respeito de partidos políticos considerado já clássico: "No que se refere aos partidos políticos, na acepção atual, pode-se afirmar que as suas origens não vão além do último quartel do século XVII" (20). AFONSO ARINOS esclarece: "O problema dos partidos políticos está intimamente ligado à democracia, mas somente ao conceito moderno desta filosofia política e desta forma de governo" (21). E aduz: "Quando, por exemplo, os tradutores da *Constituição de Atenas*, de ARISTÓTELES escrevem "partido popular", por oposição a "partido dos ricos" ou "partido dos pobres", estão, evidentemente, levados pela terminologia política contemporânea, empregando uma linguagem aproximativa ou figurativa" (22). Não se pode negar razão a AFONSO ARINOS, se se atém ao conceito atual de partido político. Em Atenas e em Roma, houve, sim, partidos políticos. Claro que não eram organizações como as dos partidos políticos de nossa época: mas eram partidos, e eram políticos. Tinham uma outra estrutura, uma outra significação, um outro papel: constituíam uma outra realidade. Para AFONSO ARINOS, os partidos políticos de Atenas eram antes "classes sociais" e não partidos políticos (23). Verdade. Na acepção moderna e hodierna da locução, não eram partidos políticos. Em Atenas, por causa da forma direta do exercício da democracia, e por causa da inexistência de votação para a escolha dos governantes e legisladores, todos escolhidos por sorteio, os partidos políticos diferiam dos nossos partidos políticos atuais principalmente em serem grupos representativos de correntes de pensamento e de interesses concretos das diversas classes sociais em conflito permanente — muita vez agudo, muita vez menos agudo.

No sentido atual, o partido político ocidental tem uma origem vinculada à do movimento constitucionalista europeu e americano. Por isso, o fato é que, como quase tudo ou tudo o mais, ele apareceu na Inglaterra, "nação precursora", diz ARINOS, do "constitucionalismo moderno" (24).

Os partidos políticos ingleses se formaram, como tudo o que se forma na Inglaterra, aos poucos. Resultaram de uma evolução — lenta, gradual, progressiva. Para THOMAS ERSKINE MAY, os partidos políticos da Inglaterra se originaram da luta pela defesa dos direitos do Parlamento contra as prerrogativas da Coroa, no reinado de Elizabeth, entre 1558 e 1603 (25). Mas AFONSO ARINOS opina que foi depois: "Geralmente se

(20) FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *História e Teoria do Partido Político no Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro, 1948 (sem indicação da editora).

(21) Afonso Arinos de Melo Franco, ob. cit.

(22) Afonso Arinos de Melo Franco, ob. cit.

(23) Afonso Arinos de Melo Franco, ob. cit.

(24) Afonso Arinos de Melo Franco, ob. cit.

(25) Afonso Arinos de Melo Franco, ob. cit.

costuma fazer coincidirem as primeiras manifestações concretas da vida partidária inglesa com as controvérsias verificadas em torno do chamado "Exclusion Bill", posteriormente a 1680" (26). E prossegue: "Foi a partir dessa época, esclarece Munro, que se firmou a doutrina de aceitação da oposição política, isto é, a doutrina básica da democracia de que os inimigos do Governo não são inimigos do Estado e que um opositorista não é por isto um rebelde" (27).

Essa doutrina tem uma importância capital, decisiva. Todo governo tem a tendência de julgar e declarar inimigo do Estado quem quer que lhe faça oposição. É uma das técnicas, ou astúcias, com que os governos procuram inibir e silenciar os seus adversários. Que os oponentes ao governo não sejam julgados inimigos do regime, eis um requisito fundamental da democracia — uma conquista decisiva da democracia moderna. Sem essa garantia, é impossível haver partidos: é impossível haver democracia.

Na Inglaterra, quando os adversários do governo do rei deixaram de ser considerados inimigos necessários do regime, surgiram os dois partidos políticos principais. "Então", diz AFONSO ARINOS, "aparecem em formações mais definidamente políticas os dois grandes grupos que, por tanto tempo, disputariam o poder: os "tories", representantes dos interesses remanescentes do feudalismo agrário e defensores incondicionais das prerrogativas régias, e os "whigs", expressão de novas forças urbanas capitalistas, que, embora também monarquistas, esposavam os princípios mais liberais sem os quais não poderiam desenvolver os interesses novos que representavam" (28).

O sistema partidário inglês evoluiu lentamente. Os nomes dos dois partidos principais — Partido Conservador e Partido Liberal — só se firmaram no século XIX. "Foi sob o reinado da Rainha Ana (1702-1714)", informa AFONSO ARINOS, "que se afirmou com mais segurança a necessidade de ser partidário o próprio Governo, o princípio de governar a Coroa com o partido que, no Parlamento, representasse maior parcela da opinião" (29).

O caráter evolucionário do sistema de partidos políticos da Inglaterra é ainda mais salientado por AFONSO ARINOS nesta informação: "Pode-se dizer que a velha Inglaterra, exemplo clássico do governo de partidos, só praticou com exatidão o sistema que criara a partir do século XIX, depois do "Reform Bill" de 1832, o qual, no dizer de Anson, fez da Câmara dos Comuns a assembléia representativa da nascente classe média e dos interesses manufatureiros, determinando que os interesses políticos crescentes, criando e assegurando a fidelidade partidária, assegurasse, daí

(26) Afonso Arinos de Melo Franco, ob. cit.

(27) Afonso Arinos de Melo Franco, ob. cit.

(28) Afonso Arinos de Melo Franco, ob. cit.

(29) Afonso Arinos de Melo Franco, ob. cit.

por diante, a coesão das maiorias. Maiorias mais bem disciplinadas, pois exprimiam os interesses sociais também melhormente organizados: os da produção econômica capitalista" (30).

Nos Estados Unidos, o movimento constitucionalista madrugou. E com ele surgiram logo os partidos políticos — apesar da contrariedade de líderes importantíssimos como George Washington. Os partidos políticos apareceram logo no começo da vida independente dos Estados Unidos — e, é claro, fundavam as suas raízes na fase colonial da vida americana. *Grosso modo*, são os mesmos que ainda hoje predominam na alternância do governo. Na Convenção de Filadélfia, de 1787, que redigiu a Constituição Federal, eles se configuraram já com nitidez. O Federalista, antepassado direto do atual Partido Republicano, representava a corrente favorável à centralização do poder na União, e era liderado por Hamilton. O Republicano, antepassado do atual Partido Democrata, lutava, sob a liderança de Thomas Jefferson, pela descentralização do poder, com mais autonomia dos Estados-Membros.

f. *Rejeição aos partidos políticos*

Repitamos: os homens jamais se resignaram à fatalidade de se dividirem em partidos. Eles sempre lamentaram que exista essa fatalidade. Quando surgiram os partidos políticos modernos, na Inglaterra, muitos pensadores reagiram contra eles de forma condenatória. Voltemos à história de Gulliver. Antes de começar a contá-la, ele apresenta uma carta que mandou ao seu editor e primo, Richard Sympson; nessa carta, Gulliver censura a Sympson por lhe haver publicado os escritos, e salienta que dessa publicação nenhum proveito adveio ainda. Dentre os benefícios que Gulliver considerava lícito esperar do conteúdo edificante da sua história, menciona ele este: a extinção dos partidos e facções no seu país, a Inglaterra. Afirma Gulliver, arrependido de ter-se deixado persuadir a publicar o livro das suas aventuras: "... em lugar de ver posto um ponto final a todos os abusos e corruptions, pelo menos nesta pequena ilha, como eu tinha razões para esperar, após mais de seis meses de advertências, ainda não sei de um único efeito que, segundo as minhas intenções, o meu livro tivesse produzido: pedi vos que me comunicásseis por cartas quando os partidos e as facções se tivessem extinguido" (31) etc.

A aversão de Gulliver (que é, evidentemente, a do seu criador, Jonathan Swift) aos partidos políticos e facções corresponde a um modo de sentir e pensar bem característico daquela época. Os partidos políticos começavam a aparecer e se formar na Inglaterra já com características de partidos políticos na sua concepção moderna: destacavam-se dos grupos ou facções em que princípios e fins religiosos se mesclavam com os políticos e com os de outra natureza.

(30) Afonso Arinos de Melo Franco, ob. cit.

(31) *As Viagens de Gulliver*, ed. cit.

Aos espíritos mais generosos era natural que o fenômeno partido político causasse choques e repugnâncias.

George Washington, que chefiou um grande partido político — o da independência do seu país —, rejeitou os partidos políticos com muita veemência e empenho. É muito conhecida a sua mensagem de despedida, o "Farewell Address", do governo dos Estados Unidos, divulgada no dia 19 de setembro de 1796. Vamos transcrever alguns trechos desse discurso, que Washington redigiu com base num esboço elaborado por Madison (um dos pais da Constituição Federal dos Estados Unidos) em 1792. Após enfatizar a necessidade de se preservar e fortalecer a União, com repulsa geral a todo impulso de secessão, Washington afirmou:

"Eu já vos preveni contra os perigos dos partidos quando suas divisões têm um caráter geográfico. Deixai-me prevenir-vos contra os perniciosos efeitos do espírito partidário numa acepção mais geral. Este espírito é, infelizmente, inseparável de nossa natureza; ele se une às mais fortes paixões do coração humano, existe sob formas diferentes em todos os governos; mas é sobretudo nos governos populares que ele causa as maiores destruições e podemos verdadeiramente identificá-lo como inimigo mais feroz."

"A dominação alternada de facções", é ainda George Washington quem fala, "estimula a sede de vingança que acompanha as divergências cívicas. Ela é, em si, um despotismo terrível e ajuda a produzir um despotismo mais permanente. As desordens e transtornos que ela provoca fazem com que os homens procurem a segurança e o repouso num único poder; e, cedo ou tarde, mais hábil ou mais feliz que seus rivais, o chefe de qualquer facção consegue êxito nesse objetivo, para se elevar nas ruínas das liberdades públicas."

"Por onde reina o espírito de partido, os conselhos nacionais estão sempre agitados e administração pública enfraquecida. Ele faz nascer a inimizade, fomenta as desordens e causa revoltas. Dá influências aos estrangeiros e introduz a corrupção em todos os ramos do governo. É assim que a política e a vontade de uma nação submetem-se à vontade de outra nação."

"Diz-se que nos governos livres os partidos são úteis e conservam o espírito da liberdade. Essa proposição pode ser justa até certo ponto. Num governo monárquico, o espírito de partido pode ser tolerado pelo patriotismo. Mas não deve ser assim nos governos populares e puramente eletivos, que, por sua natureza, possuem muito desse espírito. Como seus excessos devem ser receados, é preciso que a opinião pública se esforce para moderá-lo. É um fogo que não pode ser extinto. É preciso velar sempre para que sua chama não consuma" (32).

(32) FERNANDES, Mário Leite. *George Washington*. São Paulo, Ed. Três, 1954.

Todo dia 22 de fevereiro, data do aniversário de George Washington, o seu "Farewell Address" é lido no plenário da Câmara dos Representantes e no Senado dos Estados Unidos, como recordação e conselho aos parlamentares americanos. Isso não tem impedido, porém, até agora, que eles continuem divididos partidariamente.

Além de Swift e George Washington, muito mais gente opinou contra os partidos no século — o XVIII — em que eles apareceram e depois. Até hoje existe uma animadversão forte contra eles. Eis a opinião de um filósofo importante, David Hume, contemporâneo do surgimento dos partidos: "Do mesmo modo que os legisladores e fundadores de Estados devem ser honrados e respeitados pelo gênero humano, os fundadores de partidos políticos e facções devem ser odiados e detestados" (33). Bolingbroke, na mesma época, publicou uma catilinária (intitulada "The Patriot King") contra os partidos; e, dentre outras coisas, afirmou: "A pior de todas as divisões vem a ser com certeza aquela que resulta das divisões partidárias" (34).

HONORÉ DE BALZAC, o romancista genial que retratou a sociedade francesa da primeira metade do século XIX, não deixou por menos: "Os partidos políticos cometem em massa ações infames, que cobririam de opróbrio um homem". Alain, que já é nosso contemporâneo, opinou que o partido é uma "máquina de pensar em comum" (35).

g. Aceitação dos partidos políticos

Se o homem, animal divergente, discorda a respeito de tudo, é evidente que no julgamento dos partidos políticos não poderia haver unanimidade. Os partidos políticos não tardaram a ter os seus defensores. Já no século XVIII, Edmund Burke compreendeu o papel reservado pelo futuro aos partidos políticos dentro da ordem democrática (36). John Adams, nos Estados Unidos, que se manifestara, como George Washington, hostil à existência de partidos políticos, mudou de opinião e disse: "Todos os países sob a luz do sol devem ter partidos; o magno segredo é saber dominá-los" (37).

Bagehot, um comentador muito conhecido (JOAQUIM NABUCO, no livro *Minha Formação*, se refere longamente ao livro dele) da Constituição inglesa, afirmou que a organização partidária "é o princípio vital do governo representativo" (38).

JAMES BRYCE, no livro *Democracias Modernas*, afirmou que, "sem os partidos políticos, não poderia funcionar o governo representativo, nem

(33) Paulo Bonavides, ob. cit.

(34) Paulo Bonavides, ob. cit.

(35) Paulo Bonavides, ob. cit.

(36) Paulo Bonavides, ob. cit.

(37) Paulo Bonavides, ob. cit.

(38) Paulo Bonavides, ob. cit.

a ordem despontar do caos eleitoral". O mesmo BRYCE observou: "O espírito e a força dos partidos são tão necessários ao funcionamento do governo quanto o vapor o é à locomotiva" (39).

h. *Sistemas partidários*

Existem três sistemas de partidos políticos: o multipartidário, o bipartidário e o unipartidário.

O panorama do nosso mundo contemporâneo apresenta exemplos de todos esses sistemas. O sistema multipartidário vige caracteristicamente nos países capitalistas. O unipartidário, nos países socialistas. O bipartidário é antes uma aparência do que uma realidade.

O Brasil, durante os últimos cinquenta anos, variou desde a inexistência legal de partidos (no período do Estado Novo, de 1937 a 1945), mas com uma tentativa, frustrada, de criação de um partido único, a Legião Cívica Brasileira, em 1938, até o sistema bipartidário, vigente entre 1965 e 1979, com a Aliança Renovadora Nacional (Arena), partido do Governo, e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), o partido da oposição legal. De 1946 a 1965, tivemos o sistema pluripartidário, com dezenas de partidos. E atualmente o temos outra vez.

h. a. *Sistema pluripartidário*

O sistema pluri ou multipartidário é considerado o mais consentâneo com a natureza do regime democrático: a pluralidade de partidos permite que todas as correntes políticas existentes dentro da sociedade se organizem, expressem e atuem com liberdade.

Apontam os analistas, porém, alguns inconvenientes na prática pluripartidária. Um deles é a necessidade, que exsurge desse sistema, de coligações entre partidos, a fim de que o governo se constitua forte e eficiente. Coligação é coisa difícil, dada a heterogeneidade dos partidos que a integram. Há o perigo de instabilidade. Outro problema do pluripartidarismo é o incremento do que Max Weber chamou de *patronagem* (40) e que há mais de duas décadas se habituou, no Brasil, a chamar de *fisiologismo*: uma espécie de prática corruptora, mediante a qual os partidos vendem o seu apoio ao governo e o governo compra o apoio dos partidos. A moeda de pagamento do governo são cargos públicos, favores de toda ordem, apadrinhamentos.

Apesar de tudo, parece saudável que se permita organizarem-se em partidos todas as correntes de pensamento e de interesses existentes no interior da sociedade. Por mais inexpressivos que sejam esses partidos. Por mais estapafúrdios que se revelem.

(39) Paulo Bonavides, ob. cit.

(40) Paulo Bonavides, ob. cit.

h. b. Sistema bipartidário

O sistema bipartidário é um sistema só existente na prática de alguns países. Nos países onde o sistema vigente parece ser o bipartidário, na verdade vigora um sistema multipartidário, com a predominância de dois partidos mais vigorosos do que os demais. São os casos da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos. Nesses dois países, o sistema é multipartidário. Até partidos comunistas existem e atuam nele. Mas os partidos principais, que disputam o poder, e nele se alternam, são tradicionalmente dois. Na Inglaterra, até o início deste século, eram o Partido Conservador e o Partido Liberal. Atualmente, o Partido Conservador e o Partido Trabalhista.

No Brasil, tivemos, no Império, o sistema bipartidário, protagonizado pelos partidos Conservador e Liberal. O Partido Republicano começou a aparecer em 1870, ano em que lançou o seu primeiro manifesto, na cidade paulista de Itu.

Em geral, o sistema bipartidário se assenta no princípio do revezamento do poder. A sociedade se habitua a promover esse revezamento. Quando um partido exaure a sua capacidade, numa determinada conjuntura, de oferecer soluções aos problemas nacionais, o outro partido, que se encontrava como que no limbo de uma potencialidade engatilhada, é chamado pelo corpo eleitoral para o fim de tentar responder aos problemas com as suas propostas de soluções. Assim tem sido na Inglaterra há mais de dois séculos. Assim tendo sido nos Estados Unidos há quase dois séculos.

No sistema político em que predominam dois partidos, é exíguo o espaço para crescerem e alcançarem o poder os demais partidos. Mas é evidente que a dinâmica social não exclui a possibilidade de que cresça algum ou alguns. Na Inglaterra o Partido Trabalhista, de pequeno que era ainda no princípio deste século, cresceu e em menos de trinta anos alcançou o Governo e passou a ser, em lugar do Partido Liberal, o partido que se altera no Governo com o Partido Conservador.

Nos Estados Unidos tem-se mantido invicta a impossibilidade prática de um partido pequeno crescer ao ponto de disputar com os Partidos Republicano e Democrata o exercício do governo. Schattschneider afirmou, com razão, que o "sistema bipartidário é a fortaleza de Gibraltar da política americana"⁽¹⁾ e que, nos Estados Unidos, os pequenos partidos não constituem senão "movimentos educacionais". Existem partidos de esquerda, entre os quais o comunista, nos Estados Unidos. Mas eles ainda não conseguiram alcançar significação política eleitoral. São movimentos educacionais, minorias, e nada mais.

Uma das peculiaridades dos sistemas aparentemente bipartidários é que os dois partidos dominantes são ambos favoráveis ao regime político-econômico em que atuam. Eles se complementam mutuamente na tarefa de

(1) Paulo Bonavides, *ob. cit.*

realizar mudanças de mero aperfeiçoamento do regime, impedindo e repelindo propostas ou tentativas de mudanças profundas ou radicais. A atuação de ambos corresponde aos movimentos de sístole e diástole com que evoluem as sociedades. É uma técnica de atuação e uma astúcia política dos sistemas bipartidários o encampar (na medida dos seus interesses) idéias e fins dos pequenos partidos, que, à distância, rondam o poder político. Sob esse aspecto, os dois partidos principais do sistema bipartidário desempenham uma função conservadora, no fundo. Nas sociedades mais estáveis, como a inglesa e a americana, é o que acontece. Realizando parcialmente o programa ou reivindicações dos partidos políticos reformistas, ou mesmo dos revolucionários, os partidos dominantes colocam uma rampa para a ascensão gradual dos grupos e classes sociais portadores de reivindicações, ao invés de lhes opor um muro que lhes vede todo progresso: a imagem é de Monteiro Lobato.

No Segundo Império brasileiro — o caso é muito citado —, o Partido Conservador acostumou-se a atender, colocando-o parcialmente em prática, o programa do partido adversário, o Partido Liberal. Nos Estados Unidos, tem sido o Partido Republicano — teoricamente (e praticamente) conservador e mesmo reacionário — o partido que no governo tem realizado muitas ações liberais.

Que na Inglaterra a oposição política é oficialmente complementar do governo, prova-o o "Minister's of the Crown Act", de 1937, pelo qual a Oposição passou a ser estipendiada pelo Estado e o líder dela recebeu o título oficial de "Líder da Oposição de sua Majestade" (42).

b.c. *Sistema de partido único*

O partido único é uma criação de dois extremos: o comunismo marxista e o fascismo. É um instrumento de dominação ditatorial. No comunismo marxista, ditadura do proletariado, de acordo com a terminologia marxiana. Ditadura das classes dominantes adversas à transformação revolucionária, no fascismo.

O partido único é, portanto, filho e instrumento das ideologias políticas da Revolução e da Contra-Revolução do nosso tempo: dos séculos XIX e XX.

O partido único da Revolução (com erre maiúsculo) não se pretende identificar com a nação, mas apenas com uma parte dela: com os segmentos da nação interessados e empenhados em realizar uma transformação da sociedade no rumo do socialismo, numa primeira etapa, e no do comunismo, na sonhada etapa posterior e final. Os que não comungam esse ideário não participam do partido único: dele serão excluídos.

O partido único que se pretende representante da nação como um todo é o partido único da Contra-Revolução: do fascismo. Este não admite

(42) Paulo Bonavides, *ob. cit.*

a idéia de classes sociais em luta; e quer ser precisamente uma forma de negar e suprimir a luta entre classes sociais. O partido único fascista sobrepõe o todo, os interesses do todo, às partes: a coletividade ao indivíduo e às classes sociais. É totalista, ou totalitarista.

O partido único da Revolução também sobrepõe o todo ao indivíduo, mas com uma diferença: o todo não é a Nação, ou a sociedade inteira, mas a maioria dela, composta das classes dominantes que se tornaram, por efeito da revolução, dominantes.

AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO sustenta uma tese no mínimo instigante: a de que o partido único, o fascista e o comunista, origina-se, como formulação teórica, do livro *Reflexions sur la Violence*, de GEORGES SOREL. É um livro do início deste século. Diz AFONSO ARINOS: "Se desejarmos isolar três motivos essenciais do pensamento político soreliano, chegaremos aos seguintes: destruição do parlamentarismo fundado em partidos, união da classe operária em sindicatos revolucionários desligados dos partidos políticos e adoção da greve geral, ao mesmo tempo como 'mito' político e como processo de ação violenta para a conquista do poder" (43).

SOREL rejeitou os partidos, porque os considerava corrompidos; e sustentou que os sindicatos operários revolucionários é que representavam as correntes revolucionárias. Que fez Mussolini, isto é, o fascismo? Responde AFONSO ARINOS: "O fascismo triunfante, não tendo a intenção de levar a efeito a obra de destruição do capitalismo nem das instituições burguesas, preconizada por GEORGES SOREL, não adotou a tese do sindicalismo revolucionário. Ao contrário, transformou os sindicatos em órgãos políticos de apoio ao Governo" (44).

E prossegue ARINOS: "Também não tendo, fora da concepção de partido, outra forma de atuar politicamente, não pôde levar a cabo a destruição integral dos partidos. Limitou-se a fazer o que lhe convinha, isto é, a destruir todos os partidos com a exceção de um, que era o seu próprio" (45).

E concluiu: "Daí a tese do partido nacional único, dentro da prática fascista, que prevaleceu na Itália e Alemanha e que parece, até certo ponto, uma conseqüência natural da adaptação fascista do pensamento soreliano" (46).

Recorda AFONSO ARINOS que, na Alemanha, foi o Partido Trabalhista Alemão, fundado em janeiro de 1919 com um programa militar fascista, que se transformou no Partido Nacional-Socialista, o partido nazista, o partido de Adolf Hitler (47).

(43) Afonso Arinos de Melo Franco, ob. cit.

(44) Afonso Arinos de Melo Franco, ob. cit.

(45) Afonso Arinos de Melo Franco, ob. cit.

(46) Afonso Arinos de Melo Franco, ob. cit.

(47) Afonso Arinos de Melo Franco, ob. cit.

O partido único da revolução moderna, o comunista, pensa AFONSO ARINOS que Lenine o concebeu também por influência do livro de GEORGES SOREL. Diz ele: "Os marxistas da direita (menchevistas) se apegavam à tradição parlamentar da social-democracia ocidental. Lenine, marxista da esquerda, rompeu com ela abertamente. Nada de evolução pacífica através da coexistência das diversas correntes.

Era preciso distinguir claramente entre o movimento burguês do socialismo europeu e o movimento revolucionário do socialismo soviético. No fascismo, o poder devia escapar do Parlamento para as corporações e para o partido único. No comunismo se dava processo análogo: do Parlamento para os soviets e para o partido único" (48).

Terá razão AFONSO ARINOS, ao supor que a idéia do partido único dirigente da Revolução Comunista foi encontrada por Lenine em GEORGES SOREL? Parece que não. Por maior que haja sido a influência do livro e do pensamento de SOREL sobre o pensamento revolucionário da Europa, precisamente no período em que se desenvolviam os partidos revolucionários na Rússia e na Europa, a verdade é que a idéia de um partido único, vanguarda do proletariado e fator da transformação socialista da sociedade no rumo do comunismo, é inerente ao pensamento marxiano. Como construir o socialismo? Como liquidar e exterminar a burguesia? senão pela mão fortíssima e inexorável de um partido único e unido da forma mais monolítica possível, sem divisões e dissidências enfraquecedoras do partido e do poder e desviadoras da direção para a grande meta final, o oceano largo do comunismo?

Durante toda a sua vida trabalhosa, Karl Marx empenhou-se, com o máximo de suas forças e capacidade, em formar e desenvolver um partido proletário, ou o partido proletário, o partido da revolução comunista. Antes mesmo do Manifesto Comunista, que é de 1848, ele se preocupava com a idéia de criar tal partido. Lutar afincadamente por constituí-lo foi uma das demonstrações dadas por Marx de que teoria e prática devem se complementar reciprocamente, uma iluminando a outra. É o que ele denominou *praxis*. Fiel a essa idéia, Marx toda a vida foi um teórico militante e um militante teórico incansável. Suas idéias, teses e teorias foram engendradas em meio a lutas práticas, sob a motivação e necessidade de encontrar justificações e métodos para a sua ação prática multifária. Em Marx, a teoria é filha da prática, e a prática uma aplicação da teoria.

Assim, Marx sentiu bem cedo a necessidade de um partido do proletariado. Ele a pregou e defendeu desde os primeiros anos de sua atividade de pensador político, econômico e filosófico. Quando aderiu à Liga dos Comunistas, ainda antes de 1848, da qual se tornaria dentro de pouco tempo o dirigente mais importante; quando fundou a Associação Interna-

(48) Afonso Arinos de Melo Franco, ob. cit.

cional dos Trabalhadores, que também iria dirigir por muitos anos; e quando fundou o Partido Socialista Operário alemão. Na Conferência de Londres da Internacional, iniciada em 17 de setembro de 1871, Marx afirmou que a principal tarefa da Conferência era a de “proceder a uma nova organização que corresponda às exigências da situação” (49). Ele colocou, como prioridade dos trabalhos da Conferência, a criação do partido proletário. E apoiou uma proposta de Eduard Vaillant, líder blanquista que participara da Comuna de Paris, de que os operários deviam “coligar as suas forças não menos no terreno político que no terreno econômico” (50). Marx defendeu a idéia de que a classe operária devia dirigir a luta política — da qual a revolução proletária é uma forma superior —, e de que o êxito dessa revolução é impossível sem a organização do proletariado num partido político. Para Marx, os sindicatos não tinham condições de desempenhar o papel de educador político e de guia da classe operária; esse papel cabe ao partido do proletariado. Marx disse: “Nós temos de declarar aos governos: sabemos que vós sois o poder armado, dirigido contra os proletários; marcharemos contra vós com meios pacíficos onde nos seja possível e com as armas sempre que tal for necessário” (51). Engels, que também interveio nos debates para refutar os anarquistas e os *trade-unionistas*, afirmou no seu discurso: “. . . é preciso que o partido operário seja constituído não como a cauda de qualquer partido burguês, mas como partido independente que tem o seu objetivo, a sua política própria” (52).

Decisivo, para espancar toda dúvida a respeito, o documento de uma resolução aprovada por essa Conferência Internacional de setembro de 1871; documento redigido por ninguém menos que Marx e Engels, que dizia: “. . . A classe operária só pode agir como classe contra o poder total das classes possidentes na medida em que ela própria se constituir em partido político particular, em oposição a todas as antigas formações partidárias das classes possidentes” (53).

Note-se: Marx e Engels não falam senão no singular do partido político da classe operária. Era ínsito ao pensamento dos dois que a classe operária, para assumir o poder e promover a revolução socialista na direção do comunismo, não podia se organizar senão num partido único.

Lenine o que fez foi retomar e continuar as idéias de Marx e de Engels quanto à organização de um partido político instrumento de ação revolucionária da classe operária. A unicidade do partido da classe operária

(49) *Karl Marx*, Moscovo. Edições Progresso, 1983.

(50) *Karl Marx*. Ob. cit.

(51) *Karl Marx*. Ob. cit.

(52) *Karl Marx*. Ob. cit.

(53) *Karl Marx*. Ob. cit.

era tão necessária que esse partido tinha de ser dirigido mediante o chamado centralismo democrático, no qual as decisões tomadas pelo partido não podem mais ser questionadas.

i. *Os partidos políticos e o direito positivo*

Os partidos políticos demoraram a ser acolhidos pelo direito positivo. Em toda parte. E não só pelas Constituições, mas também pela legislação ordinária. Eles existiam de fato, não de direito; para a sociologia, não para o direito. HANS KELSEN expressou uma oposição nova dos juristas, posição do constitucionalismo mais recente, ao dizer que deixar de inserir na Constituição normas reconhecedoras dos partidos políticos era "fechar os olhos à realidade" (54).

Já não se fecham mais os olhos à realidade.

Foi o México o primeiro país a colocar na Constituição uma referência a partido político. A Constituição do México é de 1927. Ao tratar do Poder Legislativo, no capítulo III do Título III, a Constituição mexicana se refere a "partido político nacional", para dizer que terá direito, quando alcançar 2,5% da votação total do país, a que sejam eleitos cinco dos seus candidatos e ainda a que seja eleito mais até ao máximo de vinte por cada 0,5% a mais dos votos expressos.

Após a Segunda Guerra Mundial, um grande número de Constituições previu a existência de partidos políticos.

Na Itália, a Constituição de 1947, no seu artigo 49, declara: "Todos os cidadãos têm o direito de se associar livremente a partidos e concorrer democraticamente na vida política nacional."

Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, afirma no artigo 21: (1) "Os partidos colaboram na formação da vontade política do povo. A sua fundação é livre. A sua organização interna deve corresponder aos princípios democráticos. Deverão prestar contas publicamente da procedência dos seus recursos. (2) Os partidos que pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental democrática e livre, ou pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha, são inconstitucionais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre questões de inconstitucionalidade."

Algumas Constituições estaduais da Alemanha seguem o modelo federal, com normas sobre partidos políticos.

(54) Paulo Bonavides, ob. cit.

A Constituição do Uruguai, de 1966, incorporou os partidos políticos ao sistema de governo, a eles se referindo no artigo 77, §§ 4.º e 5.º e, ainda e principalmente, no 11.º, assim redigido: "O Estado velará por assegurar aos partidos políticos a mais ampla liberdade. Sem prejuízo disso, os partidos deverão: a) exercer efetivamente a democracia interna na eleição de suas autoridades; b) dar a máxima publicidade a suas Cartas Orgânicas e Programas de Princípios, de forma tal que o cidadão possa conhecê-los amplamente."

A Constituição da França, de 1958, estatui sobre os partidos políticos no seu art. 4.º: "Os partidos e agrupamentos políticos concorrem para a expressão do sufrágio. São livres a sua formação e o exercício de sua atividade e eles devem respeitar os princípios da soberania nacional e da democracia". Note-se que a Constituição da França, no seu preâmbulo, incorpora-se ao seu texto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 2.º diz: "O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão".

A Constituição de Cuba, de 15 de fevereiro de 1976, no seu artigo 5.º, declara: "O Partido Comunista de Cuba, vanguarda organizada marxista-leninista da classe operária, é a força dirigente superior da sociedade e do Estado, que organiza e orienta os esforços comuns rumo aos altos fins da construção do socialismo e do avanço para a sociedade comunista". O art. 6.º, em seguida, afirma: "A União de Jovens Comunistas, organização da juventude avançada, sob a direção do Partido, trabalha para preparar os seus membros como futuros militantes do mesmo (*mismo*, no original) e contribui para a educação das novas gerações nos ideais do comunismo, mediante a sua incorporação ao estudo e às atividades patrióticas, laborais, militares, científicas e culturais."

A Constituição da Espanha, no art. 6.º, afirma: "Os partidos políticos expressam o pluralismo político, concorrem na formação e manifestação da vontade popular e são instrumento fundamental para a participação política. Sua criação e o exercício de sua atividade são livres dentro do respeito à Constituição e à lei. Sua estrutura interna e funcionamento deverão ser democráticos". No art. 20, § 5.º, consigna-se o seguinte: "A lei regulará a organização e o controle parlamentar dos meios de comunicação social dependentes do Estado ou de qualquer ente público e garantirá o acesso a ditos meios dos grupos sociais e políticos significativos, respeitando o pluralismo da sociedade e das diversas línguas da Espanha."

Em Portugal, a Constituição de 1976, no artigo 10, declara: "1. O povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, direto,

secreto e periódico e das demais formas previstas na Constituição. 2. Os partidos políticos concorrem para a organização e para a expressão da vontade popular, no respeito pelos princípios da independência nacional e da democracia política." Diz o art. 40: "Os partidos políticos e as organizações sindicais e profissionais têm direito a tempos de antena na rádio e na televisão, de acordo com a sua representatividade e segundo critérios a definir pela lei. 2. Os partidos políticos representados na Assembléia da República, e que não façam parte do governo, têm direito, nos termos da lei, a espaço nas publicações jornalísticas pertencentes a entidades públicas ou delas dependentes e a tempos de antena na rádio e na televisão, a ratear de acordo com sua representatividade, de dimensão e duração e em tudo o mais iguais aos concedidos ao Governo, bem como o direito de resposta, nos mesmos órgãos, às declarações políticas do Governo."

A Constituição da União Soviética, de 7 de outubro de 1977, declara, no art. 6.º: "A força dirigente e orientadora da sociedade soviética, o núcleo do seu sistema político e de todas as organizações estatais e sociais é o Partido Comunista da União Soviética. O PCUS existe para o povo e serve o povo.

O Partido Comunista, munido com a doutrina marxista-leninista, determina a perspectiva geral do desenvolvimento da sociedade, a linha da política interna e externa da URSS, dirige a grande atividade criadora do Povo soviético e imprime um caráter planejado e cientificamente fundamentado à sua luta pelo triunfo do comunismo.

Todas as organizações do partido atuam no âmbito da Constituição da URSS."

No Brasil, os partidos políticos, de 1932 em diante, tornaram-se nacionais. Foi o Código Eleitoral de 1932 que instituiu os partidos nacionais, a representação proporcional e a Justiça Eleitoral. A Constituição de 1934, porém, manteve os partidos estaduais, apesar do Código de 1932. E a partidos políticos não se referiu senão no art. 170, n.º 9, nos termos seguintes: "O funcionário que se valer da sua autoridade em favor de partido político, ou exercer pressão partidária sobre os seus subordinados, será punido com a perda do cargo, quando provado o abuso, em processo judiciário". No art. 26, redigido de forma estranha, há uma referência a "correntes de opinião". "Somente à Câmara dos Deputados incumbe eleger a sua Mesa, regular a sua própria polícia, organizar a sua Secretaria com observância do art. 39, n.º 6, e o seu Regimento Interno, no qual se assegurará, quanto possível, em todas as Comissões, a representação proporcional das correntes de opinião nelas definidas".

A Carta de 1937 extinguiu os partidos políticos. O Estado Novo tentou criar um partido único: a Legião Cívica Brasileira, anunciada em 27 de

maio de 1938 por Amaral Peixoto, genro de Getúlio Vargas e interventor federal no Estado do Rio de Janeiro. A tentativa fracassou.

A Constituição de 18 de setembro de 1946 refere-se aos partidos políticos nos seguintes artigos: "Art. 40: A cada uma das Câmaras compete dispor, em regimento interno, sobre sua organização, polícia, criação e provimento de cargos"; § 1.º a infração do disposto neste artigo (art. 48, que regula as incompatibilidades e impedimentos dos deputados e senadores), ou a falta, sem licença, a sessões, por mais de seis meses consecutivos, importa perda do mandato, declarada pela Câmara a que pertença o deputado ou senador, mediante provocação de qualquer dos seus membros ou representação documentada de partido político ou do Procurador-Geral da República; art. 119, III: "a lei regulará a competência dos juizes e tribunais eleitorais. Entre as atribuições da justiça eleitoral, inclui-se: I — o registro e a cassação de registro dos partidos políticos"; art. 119, VII: "o conhecimento de reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos partidos políticos, quanto à sua contabilidade e à apuração da origem dos seus recursos"; art. 141, § 13: "Art. 141— A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 13 — É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem".

j. Conceito de partido político no Brasil

Que é partido político, no Brasil?

De acordo com o Código Eleitoral de 1952, consideravam-se partidos políticos: *a)* os que adquirissem personalidade jurídica, mediante inscrição, no registro a que se referia o art. 18 do Código Civil; *b)* os que, não tendo logrado personalidade jurídica, se apresentassem para igual finalidade, em caráter provisório, com o mínimo de 500 eleitores; *c)* as associações de classe legitimamente constituídas.

A Lei n.º 48, de 4 de maio de 1935, dispôs a respeito dos partidos: *a)* consideravam-se partidos políticos os que tivessem adquirido personalidade jurídica nos termos da lei; *b)* admitir-se-iam como partidos provisórios, para a fase da eleição respectiva, grupos mínimos de 200 eleitores que em cada eleição registrassem candidatos. De acordo com o Decreto-Lei n.º 7.586, de 28 de maio de 1945, art. 109, era partido político toda associação de pelo menos dez mil eleitores de cinco ou mais circunscrições eleitorais, que tivessem adquirido personalidade jurídica nos termos do Código

Civil. O Decreto-Lei n.º 9.258, de 14 de maio de 1946, definiu como partido político "toda associação de, pelo menos, 50.000 eleitores, distribuídos por cinco ou mais circunscrições eleitorais, e a nenhuma podendo pertencer menos de mil, que tiver adquirido personalidade jurídica nos termos do Código Civil".

O Código Eleitoral de 24 de junho de 1952 repetiu as mesmas exigências. Na Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que é a Lei n.º 4.740, de 15 de julho de 1965, no art. 7.º, se dispõe: "O partido político constituir-se-á, originariamente, de pelo menos 3% (três por cento) do eleitorado que votou na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em 11 (onze) ou mais Estados, com o mínimo de 2% (dois por cento) em cada um."

O Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, extinguiu os partidos políticos. O Ato Complementar n.º 4, de 20 de novembro de 1965, criou os partidos sucedâneos dos partidos extintos, dispondo no art. 1.º: "Aos membros efetivos do Congresso Nacional em número não inferior a 120 deputados e 20 senadores caberá a iniciativa de promover a criação, dentro do prazo de 45 dias, de organizações que terão, nos termos do presente ato, atribuições de partidos políticos, enquanto estes não se constituírem."

A Lei Fundamental (ou Carta Constitucional) de 1967 prescreveu:

"Art. 149 — A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:

I — regime representativo e democrático, baseado na pluralidade de partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem;

II — personalidade jurídica, mediante registro dos estatutos;

III — atuação permanente, dentro de programa aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral, e sem vinculação, de qualquer natureza, com a ação de governos, entidades ou partidos estrangeiros;

IV — fiscalização financeira;

V — disciplina partidária;

VI — âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos diretórios locais;

VII — exigências de dez por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em dois terços do Estado, com o mínimo de sete por cento em cada um deles, bem assim dez por cento de deputados, em, pelo menos, um terço dos Estados, e dez por cento dos senadores;

VIII — proibição de coligações partidárias.”

A mesma coisa fez a Carta de 1969, que inseriu um capítulo, “Dos Partidos Políticos”, no Título II “Da Declaração de Direitos”. Assim, o partido político era concebido, nela como um direito individual. Eis o que dispunha a Carta de 1969, antes da Emenda Constitucional n.º 25, de 1985:

“Art. 151 — A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:

I — regime representativo e democrático, baseado na pluralidade de partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem;

II — personalidade jurídica, mediante registro dos estatutos;

III — atuação permanente dentro de programa aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral e sem vinculação de qualquer natureza, com ação de governo, entidades ou partidos estrangeiros;

IV — fiscalização financeira;

V — disciplina partidária;

VI — âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos diretórios locais;

VII — exigência de cinco por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos pelo menos em sete Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles; e

VIII — proibição de coligações partidárias.

O texto da Carta de 1969 sofreu emendas sucessivas. Não vamos rastrear-las. Temos, desde 5 de outubro de 1988, uma nova Constituição — elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte instalada em 1.º de fevereiro de 1987. Eis o que dispõe a nova Constituição:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I — caráter nacional;

II — proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III — prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV — funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1.º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.

§ 2.º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

.....

§ 4.º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

1. *Evolução histórica dos partidos políticos no Brasil*

Evidente que, por força da lei que faz existir partidos políticos onde exista coletividade humana, sempre se formaram partidos políticos no Brasil. É claro que eles não assumiram, em todas as fases da nossa história, um caráter igual ou semelhante ao dos partidos políticos atuais.

1. a. *No Brasil Colônia*

Na fase do Brasil Colônia de Portugal, mormente no período mais próximo da conquista da independência formal em 1822, existiam dois grandes partidos políticos em nosso país: o da independência e o da não-independência. Sendo o homem um animal dissidente, e não constituindo o brasileiro exceção a esse axioma, aqueles dois partidos subdividiam-se em facções. Cada qual com o seu matriz. O partido dos independentistas, por exemplo, tinha ao menos três correntes nítidas: a dos que queriam a independência com república; a dos que defendiam a independência com monarquia; e a dos que pregavam uma semi-independência, com o Brasil

unido a Portugal, embora não na condição de colônia. Uma corrente federalista, defensora de uma autonomia maior para as províncias (que ainda não tinham essa classificação), permeava os grupos preconizadores da independência completa.

1. b. *No Brasil Império*

Durante o Segundo Império, dois partidos políticos alternaram-se no governo: o Conservador e o Liberal. O Conservador, nascido com a Lei de Interpretação, de 1840; o Liberal, junto com o Ato Adicional, de 1834.

As diferenças de composição e de princípios e fins ideológicos, entre os dois partidos, diluíram-se com o andar do tempo. Os Conservadores representavam os interesses da agricultura, dos grandes fazendeiros e dos grandes comerciantes. Os Liberais, os interesses da burguesia urbana, da pequena burguesia, dos profissionais liberais (entre os quais os intelectuais).

Depois que o Império entrou naquele período longo de estabilidade política que sucedeu às agitações das revoluções regionais — Farroupilha, no Rio Grande do Sul, Sabinada, na Bahia, dos Cabanos, no Pará —, vigorou, na política brasileira, aquela verdade de que não havia nada mais parecido com um *saquarema* do que um *luzia* no poder: conservadores e liberais eram farinha do mesmo saco.

Aliás, o manifesto do Partido Conservador foi lançado por um ex-liberal, um grande liberal: Bernardo Pereira de Vasconcelos, a quem Joaquim Nabuco chamou de “gigante intelectual” e Armitage, “o Mirabeau brasileiro”. Ficaram famosas — e ainda hoje parecem ressoar — estas palavras de Bernardo Pereira de Vasconcelos ao passar de liberal a conservador: “Fui liberal; então a liberdade era nova no país, estava nas aspirações de todos, mas não nas leis, não nas idéias práticas; o poder era tudo: fui liberal. Hoje, porém, é diverso o aspecto da sociedade; os princípios democráticos tudo ganharam e muito comprometeram; a sociedade, que então corria risco pelo poder, corre agora risco pela desorganização e pela anarquia. Como então quis, quero hoje servi-la, quero salvá-la; e por isso sou regressista. Não sou trãsfuga, não abandono a causa que defendi, no dia do seu perigo, de sua fraqueza; deixo-a no dia que tão seguro é o seu triunfo que até o excesso a compromete. Quem sabe se, como hoje defendo o país contra a desorganização, depois de o haver defendido contra o despotismo e as comissões militares, não terei algum dia de dar outra vez a minha voz ao apoio e à defesa da liberdade? Os perigos da sociedade variam; o vento das tempestades nem sempre é o mesmo: como há de o político, cego e imutável, servir o seu país?” (55)

(55) FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno* RJ, José Konfino Editor, 1955.

Mais ou menos da Maioridade, em 1840, até surgir o Partido Republicano, em 1870, uma situação de marasmo perdura estável no Brasil. Apenas um fator novo toma corpo, gradativamente: o movimento abolicionista, que constitui um partido informe a permear os outros partidos. O abolicionismo era uma causa transitória: o partido acabou no dia 13 de maio de 1888.

1. c. *Na Primeira República*

Um ano e meio após a Abolição, veio a República. A primeira Constituição republicana fez realidade uma aspiração antiga: a federação, com autonomia ampla para as províncias tornadas Estados.

Os partidos políticos se estadualizaram. Cada Estado-Membro se fechou em si, presa das suas respectivas famílias ou oligarquias dominantes. O Brasil entrou no período café-com-leite: da parceria e revezamento de São Paulo e Minas Gerais na presidência da República.

O país era monocultor: o café era a fonte da prosperidade nacional. Mas um esforço já se começava a fazer no rumo da industrialização, que a suspensão das importações, durante a Primeira Guerra Mundial, acelerou.

Muita gente pregava a necessidade de partidos nacionais. Os chefes políticos da Primeira República não os queriam. A dominação pelo Partido Republicano Paulista — o PRP — e pelo Partido Republicano Mineiro — o PRM — satisfazia às classes dominantes do país.

Porém, um dos fundadores da República, Rui Barbosa, conferiu dimensão nacional à sua campanha civilista, em 1910. Nove anos depois, o mesmo líder de estatura pequena, mas imenso na sua envergadura intelectual, falou pela primeira vez em socialismo e lançou a semente da democracia cristã no Brasil: duas concepções políticas incompatíveis com o provincialismo.

1. d. *Na Segunda República*

Aconteceu a Revolução de 1930, que não foi bem revolução, porque não mudou o país senão na superfície política. Ela foi uma resposta incompleta a anseios nacionais profundos. A dialética entre a mudança e a conservação não conseguiu uma síntese pacífica: rebentou a insurreição armada. Outubro de 1930 foi a supuração de um processo que vinha acumulando sintomas desde 1918; desde 1910; desde a proclamação da República; desde... Os protagonistas do processo não tiveram nenhuma ou tiveram muito pouca consciência do que faziam. Muitos dos tenentes de 1922 e dos comandantes da Coluna Prestes, que ajudaram a alçar Getúlio Vargas ao comando da "revolução" vitoriosa, bem poderiam ser considerados como patronos ideológicos do futuro udenismo organizado sob forma de partido político a partir de 1945. Eram quase todos udenistas

“avant la lettre”, pois combatiam apenas os vícios e males mais superficiais e perceptíveis da política brasileira. Os males estruturais eles não enxergavam.

Um dos pontos do programa do movimento revolucionário de 1930 era o voto secreto: uma reivindicação antiga, proposta até por escritores como Monteiro Lobato, um dos intérpretes da consciência da Nação naquele período.

Em 1952, o novo Código Eleitoral instituiu também a Justiça Eleitoral, também uma reivindicação de forças progressistas, e que se transferiu, depressa, em favor positivo de saúde eleitoral e política para o país.

O mesmo Código Eleitoral de 1952 trouxe um outro avanço importante: a representação proporcional. Infelizmente não acolhida pela Constituição de 1934. Mas repristinada, digamos assim, pela Constituição de 1946. A representação proporcional, recorda AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, havia sido pregada por Assis Brasil, ainda nos primeiros anos da República. Em 1929, João Cabral retomou-lhe as idéias, pregando, em livro, o voto secreto, a justiça eleitoral e a representação proporcional.

1. e. *Na Terceira República*

A Terceira República durou pouco mais de três anos: corresponde ao período de vigência da fugaz Constituição de 1934. Esta não acolheu a possibilidade de partidos políticos de âmbito nacional. Mas confirmou o sistema de representação proporcional e a Justiça Eleitoral.

Antes que se realizasse a eleição do Presidente da República, marcada para janeiro de 1958, Getúlio Vargas, com o apoio de setores predominantes das Forças Armadas, implantou a ditadura que se denominou Estado Novo: em 10 de novembro de 1957. Os oito anos seguintes foram de supressão das liberdades políticas.

1. f. *Na Quarta República*

O fim do Estado Novo trouxe a possibilização legal dos partidos de âmbito nacional.

Em 29 de outubro de 1945 Getúlio Vargas foi deposto: terminava o Estado Novo. No dia 2 de dezembro realizaram-se eleições gerais: para Presidente da República, para deputados federais e senadores. Os deputados federais e senadores reuniram-se em Assembléia Nacional Constituinte, a partir de fevereiro de 1946. A Constituição promulgada por essa Assembléia, no dia 19 de setembro de 1946, consagrou o sistema pluripartidário.

Os deputados e senadores da Assembléia Constituinte de 1946 foram eleitos por partidos políticos de âmbito nacional. Entre eles, pela primeira vez legal, o Partido Comunista do Brasil.

Os principais partidos políticos do regime de 1946 foram o Partido Social Democrático — PSD; a União Democrática Nacional — UDN; o Partido Trabalhista Brasileiro — PTB; o Partido Comunista do Brasil — PCB; e o Partido Republicano — PR. Houve outros, sem expressão eleitoral, como o Partido Trabalhista Nacional — PTN; o Partido de Representação Popular (integralista, de Plínio Salgado) — PRP; em 1960, foi fundado, pelo deputado gaúcho Fernando Ferrari, dissidente do Partido Trabalhista Brasileiro, um partido de existência efêmera: o Movimento Trabalhista Renovador — MTR.

O Partido Social Democrático, PSD, era o partido da elite política e dirigente formada e desenvolvida pelo Estado Novo — pela ditadura de Getúlio Vargas, ditadura a um tempo capitalista, burguesa, e estatizante. O PSD representava os interesses dos fazendeiros, dos industriais, dos banqueiros, de profissionais liberais, de doutrinadores do liberalismo (político e econômico), de uma espécie de políticos caracteristicamente pragmáticos e praticantes da técnica da conciliação como meio e forma de solução de conflitos políticos. Aberto à intervenção do Estado na economia, algo reformista, anticomunista mas não de todo hostil a uma convivência com os comunistas e esquerdistas em geral. Um partido maleável, muito mais atento aos fins do que a princípios, e conduzido por homens experientes e habilidosos, mestres da tática de preservação do poder. Max Weber o classificaria de partido de patronagem — não ideológico. Mas a verdade é que o PSD era um partido ideológico: de uma ideologia burguesa armada de astúcia. O PSD foi o partido de homens como Tancredo Neves, Juscelino Kubitschek de Oliveira, Gustavo Capanema, Amaral Peixoto, Pedro Ludovico Teixeira: homens providos da experiência da Revolução de 1930, que ajudaram a fazer, e do poder do Estado Novo, que permitiram instalar-se, que contribuíram para perdurar, e com o qual se solidarizaram abertamente, até como servidores fiéis (Gustavo Capanema, Juscelino Kubitschek e Pedro Ludovico Teixeira). Ideologicamente, eram políticos impregnados de um nacionalismo impreciso, de uma certa permeabilidade a reformas sociais não profundas, de um populismo vago, astuto e interesseiro, de uma crença na capacidade de desenvolvimento e de auto-renovação do capitalismo. O PSD criou e desenvolveu um tipo de comportamento político denominado *pessedismo*, palavra com que se designava muita coisa vaga: uma combinação de habilidade e permeabilidade políticas, de nacionalismo superficial e retórico, de pragmatismo administrativo e de um certo cinismo, reconceituado pelos próprios *pessedistas* como pragmatismo, ou realismo, eleitoral. O *pessedismo* sobrevive ainda hoje. Tal como o *udenismo*. Parece que o que morreu, das três forças políticas maiores do regime da Constituição de 1946, foi o trabalhismo.

O PSD venceu a eleição presidencial de 1945, com o general Eurico Gaspar Dutra; ajudou vencer a eleição de 1950, traindo o seu próprio candidato, Cristiano Machado, e votando no candidato do PTB, Getúlio Vargas; e, em 1955, novamente triunfou, com a aliança do PTB, elegendo presidente o ex-governador de Minas Gerais, Juscelino Kubitschek de Oliveira. De 1946 a 1961, portanto, o PSD esteve no governo da União.

A aliança do PSD com o PTB, diz-se que premeditada por Getúlio Vargas, principal responsável pela fundação de ambos, governou o Brasil de 1946 a 1961. Há quem pensa que essa aliança assegurou uma estabilidade, ainda que relativa, positiva à vida institucional do Brasil. Ao quebrar-se a aliança, em 1963-1964, após a derrota para a UDN (mas principalmente para o fenômeno individual Jânio Quadros), e com a inclinação do PTB para assumir sozinho o governo federal, as instituições ruíram. Aconteceu o golpe político-militar de abril de 1964.

A União Democrática Nacional, UDN, foi caracterizada por AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, um dos seus fundadores, como a "legítima herdeira da tradição liberal da reforma dos costumes políticos e administrativos", tradição formada, diz ele, pela campanha civilista de Rui Barbosa, pelo movimento da Reação Republicana e pelo da Aliança Liberal.

A UDN apareceu pouco antes do fim do Estado Novo, como uma reação franca e direta contra ele. Ela foi já um sintoma de que o Estado Novo agonizava. "Nasceu ao tempo da ilegalidade dos partidos", lembra AFONSO ARINOS, "a princípio como um ponto de reunião de todos os que pretendiam lutar contra a ditadura". Surgiu como uma união, uma união democrática, uma união democrática nacional: uma conglomeração de partidos, ou de correntes políticas e ideológicas. O nome foi escolhido por AFONSO ARINOS — um intelectual liberal-burguês, filho de família mineira tradicional, provedora de homens públicos ao país, e Caio Prado Júnior — um sociólogo, economista, historiador e pensador marxista, embora empresário e filho, também c'ê, de uma família tradicional da aristocracia de São Paulo.

Foi uma união precária, transitória, efêmera, a UDN original. Dela se afastaram, logo que acabou a precisão de clandestinidade, os comunistas e os socialistas, os quais constituíram logo os seus próprios partidos. Com a saída dos comunistas e dos socialistas, diz AFONSO ARINOS, a UDN adquiriu "uma fisionomia própria" — a de um partido liberal burguês. Nela permaneceram próceres com uma feição política marcada e marcante: um Prado Kelly, um Milton Campos, um Eduardo Gomes, um Gabriel Passos, um Afonso Arinos de Melo Franco, um Pedro Aleixo, um Carlos Lacerda, um João Agripino, um Bilac Pinto.

Qual a fisionomia da UDN depurada dos comunistas e socialistas? AFONSO ARINOS, escrevendo ainda em 1948, depõe: "Seus ideais mora-

lizadores, sua confiança no progresso democrático, sua preocupação com as liberdades individuais fazem dela o padrão do liberalismo burguês. A figura principal do partido, o brigadeiro Eduardo Gomes, representa bem o espírito liberal, como definimos. Eduardo Gomes é o Prestes da burguesia como o Capitão vermelho é o brigadeiro do proletariado.”

Partido da burguesia, eis o que era, pois, a UDN, na definição do seu ideólogo principal, AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO.

Mas mesmo depurada dos elementos de esquerda a UDN não teve, nunca, unidade. Logo se caracterizaram dentro dela duas alas: uma, nacionalista; outra, internacionalista (entreguista, como se dizia antes de 1964). Nacionalistas foram um Gabriel Passos, de Minas Gerais, e um João Agripino, da Paraíba. Entreguista, um Carlos Lacerda, jornalista que, eleito vereador no antigo Distrito Federal, em 1945, depois de uma militância confusa no Partido Comunista, pouco a pouco alcançou uma ascendência intelectual quase predominante dentro da UDN e lhe infundiu uma orientação ideológica muito forte, de conteúdo moralista, católico, e anticomunista; de um anticomunismo odioso, destrutivo maniqueísta, muito próprio do período de “guerra fria” entre Estados Unidos e União Soviética, no final da década de 1940 e durante toda a década de 1950 e até meados de 1960. A atuação e influência de Carlos Lacerda conduziu a UDN a uma conduta contraditória com os princípios liberais do seu programa. Assim aconteceu em 1950, quando Lacerda deflagrou e sustentou uma campanha, no seu jornal, para que se não empossasse o candidato eleito à presidência da República no pleito de outubro daquele ano, Getúlio Vargas, com base no argumento de que ele não alcançara a maioria absoluta dos votos. Quatro anos e meio depois, o mesmo Lacerda sustentou uma campanha feroz para impedir que o governador de Minas Gerais, Juscelino Kubitschek de Oliveira, se candidatasse, pela coligação PSD — PTB, à presidência da República. E quando Juscelino foi eleito, Lacerda esteve comprometido com a tentativa de golpe feita por Café Filho e Carlos Luz para impedir a posse de Juscelino — tentativa abortada pela ação pronta e decisiva do Ministro da Guerra, general Henrique Duffles Teixeira Lott. Em todas as suas campanhas e ações golpistas, Carlos Lacerda acabou envolvendo, ora mais, ora menos, o seu partido. Com isso, a UDN perdeu a sua substância político-moral e a fisionomia liberal-democrática. Perdeu-a tanto, que se tornou o principal partido de incentivo — e depois de sustentação — da facção militar que depôs o presidente João Goulart e, com o Ato Institucional depois numerado como 1, sepultou, em 9 de abril de 1964, e para sempre, a Constituição de 1946.

Apesar de tudo e contraditoriamente, a UDN contribuiu, no Congresso Nacional, de modo decisivo, para uma conquista importantíssima da corrente nacionalista: a lei instituidora do monopólio estatal do petróleo, aprovada em 1953, durante o governo de Getúlio Vargas.

A UDN trilhou o caminho eleitoral — preterindo, dessa vez, o apelo aos quartéis — no pleito presidencial de 1960, ao vislumbrar a possibilidade de vitória na candidatura de Jânio Quadros. A opção se revelou certa, sob o aspecto do oportunismo (na acepção correta desta palavra, que é a do senso de oportunidade): Jânio foi eleito com 48% dos votos. Mas durou pouco a ilusão de vitória da UDN: Jânio Quadros, muito personalista e autoritário, entrou a conflitar com o principal partido que o ajudara a ganhar a eleição. Particularmente com Carlos Lacerda, eleito, ao mesmo tempo que ele, governador do recém-criado Estado da Guanabara. Jânio se afastou muito depressa da linha política da UDN, sobretudo na sua política externa, paradoxalmente engendrada e executada por um ude-nista histórico, Afonso Arinos de Melo Franco. Na véspera da renúncia de Jânio, em 25 de agosto de 1961, a UDN se encontrava na iminência de romper oficialmente com ele. Dois encontros de seus dirigentes regionais, os primeiros de uma série programada, sedimentaram a decisão da UDN de denunciar publicamente o seu apoio a Jânio. Que, por sua vez, de forma confusa, começava a buscar apoio (de que precisava no Congresso Nacional) em partidos até adversários, especialmente no PTB (que, também paradoxalmente, o elegera, em 1958, deputado federal pelo Paraná).

A UDN, principalmente pela ação do governador da Guanabara, Carlos Lacerda, apoiou a tentativa frustrada dos ministros militares de negar posse ao vice-presidente João Goulart. A contragosto, aceitou a solução conciliatória da emenda que instituiu o sistema parlamentarista de governo, com João Goulart na presidência da República.

A conspiração para derrubar João Goulart começou logo após a sua posse na presidência da República. A UDN participou dessa conspiração. A ação depositária — isto é, o golpe político-militar — contra João Goulart foi deflagrada no dia 31 de março de 1964 por um dos próceres da UDN: Magalhães Pinto, governador de Minas Gerais. E foi sustentada, com muita energia e belicosidade, pelo governador da Guanabara — Carlos Lacerda.

A UDN inteira embarcou na aventura do golpe político-militar de abril de 1964 — com a exceção, talvez única, do governador de Sergipe, Seixas Dória. Este foi preso e punido de muitos modos — como a perda dos direitos políticos por dez anos.

Mas a UDN, embora o tentasse, não conseguiu ser o partido dirigente do processo político que se autodenominou (por astúcia maquiavélica de Francisco Campos, aquela inteligência brilhante sempre disponível para servir a ditaduras) *Revolução*. Forneceu quadros ao governo, até mesmo vestais como Milton Campos, temporariamente distraído de velar por sua biografia. Mas acabou desaparecendo, no vértice de uma crise política, em

outubro de 1965, por efeito do Ato Institucional n.º 2. Ela desapareceu juntamente com os demais partidos, para darem lugar a um sistema bipartidário que vigoraria por quatorze anos.

Desaparecia a organização partidária formal — a sigla. Mas permaneceu a essência: o udenismo, tão fácil de identificar, sempre, nas idéias e no comportamento de muitos políticos que se distribuem principalmente entre o PMDB, o PDS e o PFL. O udenismo pode ser definido como uma visão do mundo: uma visão do mundo moralista, formalista, bacharelesca e abstrata: divorciada da experiência prática. Milton Campos foi bem um exemplar de conduta udenista: imagem de pureza e honestidade, mas uma pureza e uma honestidade de quem se abstinha de agir, com receio ou medo de se sujar, de se comprometer; mas que, tendo de agir, agiu em contradição com os seus próprios princípios (servindo à ditadura militar). Isso certamente por causa de uma outra característica udenista: a fidelidade aos valores capitalistas até ao ponto de, para preservá-los, ser capaz de sacrificar todos os demais valores.

O Partido Trabalhista Brasileiro, PTB, foi criado por Getúlio Vargas para lhe servir de instrumento de penetração e controle político entre as classes assalariadas. Com isso, Getúlio atendia ao seu próprio projeto político pessoal e aos interesses de classe a que, em verdade, pertencia e era fiel: a burguesia. A missão e papel do PTB eram os de neutralizar a penetração e influência da ideologia política do comunismo entre as classes assalariadas.

O PTB cresceu muito, e bem depressa, durante os dezoito anos que durou a Constituição de 1946. Quando aconteceu o golpe político-militar de 1964, já era um partido fortemente representativo: tinha o maior número de deputados federais, controlava alguns governos estaduais, tinha o seu principal dirigente na Presidência da República, e se preparava para, em 1965, lançar candidato próprio à presidência. O crescimento do PTB foi um dos muitos fatores do golpe político-militar de 1964: uma causa ainda não devidamente estudada.

O terremoto político de abril de 1964 interrompeu o desenvolvimento dessa força política saudável, o trabalhismo, que crescia celeremente. O PTB foi cortado cerce no momento em que começava a avançar numa fase de autodepuração político-ideológica. Os elementos de clientelismo, de fisiologismo, de peleguismo (palavra com que se designava a liderança operária inautêntica que servia antes ao Governo do que aos interesses dos operários), começavam a ser esvurmados em benefício de uma estrutura partidária honesta e ideologicamente definida. O trabalhismo já tinha os seus teorizadores e ideólogos, doutrinares políticos respeitados, como Alberto Pasqualini, Temperani Pereira, Guerreiro Ramos e outros. Os pro-

blemas apontados por AFONSO ARINOS, em 1948, para o crescimento do PTB, já iam sendo superados: a falta de domínio do mecanismo sindical; o declínio da popularidade de Getúlio Vargas; a ausência de um quadro de dirigentes intelectuais com "orientação clara, segura e homogênea". Poucos anos haviam passado desde a sua fundação, e o PTB já controlava uma grande parte dos sindicatos, progressivamente sem os vícios do chamado *peleguismo*, disputando com os comunistas e muitas vezes suplantando-os; Getúlio, eleito em 1950 Presidente da República e principalmente depois do seu suicídio em 1954, tornara-se uma bandeira emocional, e um tanto ideológica, pederosa, nas mãos dos trabalhistas; quadros intelectuais importantes, como Santiago Dantas, Temperani Pereira, Guerreiro Ramos, Roland Corbisier e Paulo Alberto Monteiro de Barros, enriqueceram intelectualmente o partido e lhe deram penetração na classe média intelectualizada, antes impermeável ao trabalhismo e quase totalmente dividida entre os comunistas e socialistas, de um lado, e os liberais conservadores e reacionários de direita, de outro lado. O depuramento ideológico do PTB se processava com rapidez. Mas sobreveio a chacina política de abril — e dos meses seguintes — de 1964. O trabalhismo foi extinto pelo sistema político burocrático-militar que imperou no Brasil de 1964 a 1985. Enquanto ideologia política, o trabalhismo está destruído e sem manifestar sinais de revivescência.

Mais de uma dezena de partidos existiam no regime constitucional de 1946 — na Quinta República. O Partido Comunista do Brasil foi reposto na ilegalidade em 1947, por causa de um incidente parlamentar aproveitado como pretexto: indagado por Juracy Magalhães, no Senado, sobre de que lado ficaria em caso de guerra entre o Brasil e a União Soviética, o líder comunista Luís Carlos Prestes não soube responder: proferiu um discurso longo para justificar o seu apoio à União Soviética no conflito com o imperialismo... O registro do PCB na Justiça Eleitoral foi cancelado, e os mandatos dos deputados e dos senadores comunistas cassados...

Clandestino, o PCB continuou a atuar, mas camuflado, dissimulado, por meio de elementos infiltrados nesse e naquele partido. O golpe político-militar de 1964 atingiu-o num momento em que atuava quase às claras, pronto para retornar à legalidade. Sobreviveram mais vinte e um anos, longuíssimos, sofridíssimos, de clandestinidade, durante os quais, sobretudo até 1976, a repressão oficial não lhe poupou aflições e perseguições. Desde 1985, em virtude de emenda constitucional proposta pelo governo da Aliança Democrática, responsável pela eleição de Tancredo Neves e José Sarney à presidência e vice-presidência da República, o PCB — assim como os demais partidos antes ilegais — vem, recolocado em situação legal, atuando à luz do dia, com representantes na Câmara dos Deputados.

O Partido Socialista Brasileiro, PSB, começou com alguma força, em 1945, mas logo se tornou um partido de terceiro ou quarto grau, na constelação dos partidos políticos brasileiros. Caracterizou-se como um partido de classe média, de intelectuais e artistas, um partido de gente decente mas de pouco voto, uma espécie de UDN de esquerda. Extinto com os demais partidos, em 1965, reorganizou-se há três anos. Tem alguns deputados federais e um senador. E representa a mesma fisionomia que teve entre 1945 e 1965: um partido decente, mas sem vocação para o poder.

O Partido Democrata Cristão, PDC, ia se desenvolvendo firmemente, embora devagar, até ser extinto em 1965. O seu desenvolvimento correspondia, internamente, no Brasil, ao da democracia-cristã da Itália, da França e do Chile. Em seus quadros, havia políticos eleitoralmente ascendentes, como Franco Montoro e Paulo de Tarso. Quando o PDC acabou, Montoro ajudou a fundar o Movimento Democrático Brasileiro, MDB, no qual permaneceu até hoje. O PDC pré-1964 representava uma extensão, no âmbito e no plano da política oficial, da ação desenvolvida por organizações católicas, do catolicismo dos padres operários, dos dominicanos revolucionários, da JUC (Juventude Universitária Católica), JOC (Juventude Operária Católica) e JEC (Juventude Estudantil Católica). Essas entidades foram concebidas e formadas para atuar entre a juventude, com uma função de neutralizar a influência e atuação dos comunistas. Com o tempo, elas se impregnaram, com intensidade, de um sentimento profundo das injustiças sociais e da necessidade (e conveniência) de as resolver, ou, ao menos, de as amenizar.

O Partido Libertador, PL, era o partido de Raul Pilla: um partido devotado à causa da instituição do sistema de governo parlamentarista no Brasil. A sua pouca influência se concentrava quase que somente no Rio Grande do Sul, terra de Raul Pilla, um político que continuava e sustentava a tradição parlamentarista dos principais pensadores políticos do Rio Grande do Sul.

1. g. *Na Sexta República*

Os partidos políticos do regime constitucional de 1946 foram extintos em 1965, em outubro, pelo Ato Institucional n.º 2. Em lugar deles, foram criados dois partidos: a Aliança Renovadora Nacional — ARENA — e o Movimento Democrático Brasileiro — MDB. Ingressou então o Brasil numa fase anômala de bipartidarismo. A ARENA era o partido do Governo: do sistema militar-burocrático. O MDB, o da Oposição consentida (mas nem sempre).

Com essa polarização, os políticos escapos às suspensões de direitos políticos e cassações de mandatos, ou que não preferiram o silêncio, se reagruparam nos dois únicos partidos existentes. Na ARENA se mistura-

ram políticos oriundos de todos os partidos extintos, até mesmo dos partidos adversários do sistema agora dominante. No MDB se abrigaram políticos comprometidos, antes de 1964, com as posições do nacionalismo, do socialismo, da democracia-cristã reformista, do liberalismo pessedista, do trabalhismo.

No início, o MDB foi uma organização partidária fraca. Mas ele cresceu rápido. Em 1974, obteve uma vitória grande, ao eleger dezesseis senadores. O significado desse acontecimento era evidente: a sociedade manifestava, veementemente, a sua vontade de romper as inibições do regime de ditadura vigente, e recuperar a liberdade política. A elite da sociedade brasileira, integrada pela classe dos intelectuais, de uma grande parte do clero católico, de numerosos empresários, de muitos políticos com antigos compromissos liberais, e de outros muitos políticos emergentes e também liberais, assumiu a direção do processo de mudança. Mudança de quê para quê? Mudança no sentido da restauração e já então do desenvolvimento e aperfeiçoamento de métodos democráticos de governação e decisão.

Para essa mudança se encaminhar, concorriam outros fatores, que não cabe aqui analisar. Mencionemos apenas o fator da conjuntura política internacional, em que a política externa do Governo dos Estados Unidos, para ser coerente com a sua luta (do presidente Jimmy Carter) contra o desrespeito aos direitos humanos em todos países, teve de condenar a ditadura no Brasil. E um outro fator: a exaustão econômica do regime brasileiro, em parte conseqüente, também, dos problemas existentes na economia ocidental, provocados pela elevação crítica e abrupta dos preços do petróleo.

O regime político brasileiro viu-se obrigado a liberalizar-se. E o fez sob a coordenação segura da estratégia militar representada ativamente no poder. Os estrategistas da liberalização deram-lhe o nome, primeiro, de "distensão, lenta, gradual e segura"; e, depois, de "abertura política".

Afinal, o Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, que imperava por sobre a Carta Constitucional de 1969, foi ab-rogado, naquilo em que conflitasse com a Carta (continuando, portanto, em vigor até à promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988 — coisa de que todo mundo fez questão de não se aperceber e que ninguém, num pacto geral de silêncio omissivo, nunca mencionou). Permitiu-se a formação de novos partidos, exceto o comunista. Concedeu-se anistia quase geral e quase irrestrita, bastante ampla para permitir o retorno ao Brasil das centenas de pessoas que se encontravam exiladas.

Com a reformulação do quadro dos partidos, a ARENA virou PDS — Partido Democrático Social. O MDB mudou de nome; passou a cha-

mar-se PMDB — Partido do Movimento Democrático Brasileiro. O PDS continuou a ser o partido de sustentação do sistema militar-tecnocrático. O PMDB prosseguiu sendo uma legenda detrás da qual se abrigavam as correntes, numerosas e diversas entre si, que se opunham ao sistema político ainda dominante, mas, todos sentiam, em processo de desintegração.

Entre os novos partidos formados após a extinção da ARENA e do MDB, havia já os atuais Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), e o Partido Democrático Trabalhista (PDT).

1. h. *Na assim chamada Nova República*

O sistema militar-tecnocrático ocupante do poder se desintegrava com rapidez. Em 1984, formou-se uma aliança entre os partidos de oposição a esse sistema e uma parte dissidente do partido do governo federal, o PDS: a Aliança Democrática. Essa “frente única” derrotou, no Colégio Eleitoral, a candidatura adversária, e elegeu Tancredo Neves e José Sarney presidente e vice-presidente da República. Tancredo, porém, não chegou a tomar posse do cargo: faleceu de maneira trágica, que traumatizou a Nação. Sarney assumiu o cargo.

No ímpeto inicial do governo da Aliança Democrática, fizeram-se algumas alterações na Carta vigente, mediante emendas propostas pelo presidente da República ao Congresso Nacional. Uma delas convocou a Assembléia Nacional Constituinte para 1.º de fevereiro de 1987. Uma outra permitiu a formação livre de partidos políticos, e, com isso, deixou vir à legalidade partidos que foram ilegais por mais de trinta anos. Uma outra restabeleceu a eleição direta para presidente da República.

Todas essas mudanças se encontram superadas pelo advento da nova Constituição.

O quadro dos principais partidos políticos nacionais passou a ser este: Partido do Movimento Democrático Brasileiro — PMDB; Partido Democrático Social — PDS; Partido da Frente Liberal — PFL; Partido dos Trabalhadores — PT; Partido Democrático Trabalhista — PDT; Partido Trabalhista Brasileiro — PTB; Partido Comunista Brasileiro — PCB; Partido Comunista do Brasil — PC do B; Partido Liberal — PL; Partido Socialista Brasileiro — PSB; Partido da Social-Democracia Brasileira — PSDB.

Existem outros partidos, além desses. A maioria são siglas com representatividade política e eleitoral escassa. Talvez tenham razão as pessoas que julgam esse quadro dos partidos mais efêmero do que costumam sê-lo os quadros de partidos no Brasil. A evolução histórica poderá determinar mudanças, com fusões, extinções e surgimento de outros partidos.

Meios de comunicação de massa e eleições(*) (um experimento brasileiro)

R. A. AMARAL VIEIRA (**)

CÉSAR GUIMARÃES (***)

“Un coup de dés jamais n'abolira le hasard”
MALLARMÉ

O Brasil viverá, brevemente, duas experiências da maior importância em sua história: i) a realização, em novembro próximo, das eleições presidenciais em pleito direto e universal⁽¹⁾; e ii) o fato de essas eleições se desenvolverem sob o esperado e inédito império dos meios de comunicação de massa, a televisão em primeiro plano. Constituirão elas dois fenômenos atípicos na sociedade brasileira. O fato substitutivo que determina a atipici-

(*) Este trabalho foi originariamente escrito para a revista **TELOS** (Madrid), edição a circular.

(**) Professor do Departamento de Comunicação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Pesquisador, Ensaísta, Autor de diversos livros de Política & Comunicação Co-Editor de Comunicação & Política.

(***) Professor do Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro (IUPERJ) e do Departamento de História da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Pesquisador, Ensaísta, Co-Editor de Comunicação & Política, Ex-Diretor do IUPERJ.

(1) Nos termos da nova Constituição, as eleições presidenciais brasileiras realizar-se-ão em dois turnos, se nenhuma dos candidatos obtiver maioria absoluta dos votos no primeiro escrutínio (15 de novembro); nessa hipótese, um segundo turno será realizado trinta dias após aquele e desse apenas concorrerão os dois candidatos mais votados.

dade desse pleito é sua realização mesma. No Brasil, as eleições presidenciais, nada obstante os 100 anos de sua história republicana, não conseguiram consolidar-se como evento consagrado pela vida política, conhecida sua crônica instabilidade institucional. Elas são eventuais e esparsas. De fato, a última eleição para a qual a república brasileira convocou seu colégio eleitoral travou-se em 1960. Evidentemente que, passados 29 anos, o país é outro. Isso quer dizer que essas eleições não dispõem de outra instância local com a qual possam ser comparadas. A segunda atipicidade decorre da participação e, influência, dos meios de comunicação de massa, os eletrônicos em especial, em país no qual a televisão desempenha papel que, pelo seu poder de influência e inserção social, talvez também se possa dizer que é igualmente atípico, com isso querendo significar que desconhecemos outro modelo que lhe possa servir de referência.

Em 1960, quando o País elegeu pela última vez um Presidente da República, votaram pouco menos de 12 milhões de pessoas, um quinto da população. No esperado pleito de 15 de novembro próximo, votarão 80 milhões de brasileiros, quase 60% da população, e, pela primeira vez em qualquer pleito, dele participarão jovens menores de 18 e maiores de 16 anos, e os analfabetos, este contingente estimado em 26% da população de dez ou mais anos (Censo de 1980).

O Brasil passou por radical transformação social. Dados dos censos de 1960 e de 1980, o último disponível, indicam a magnitude das mudanças. A população urbana que em 1960 era apenas 30% da população total, corresponderia, 20 anos depois, a cerca de 67%. No mesmo período, a população economicamente ativa cresceu 93%, mas a do setor secundário cresceu 263% e a do terciário 167% (2). O país tornou-se urbano e industrial, muito mais sensível, portanto, aos estímulos da televisão que atua agora em condições de maior homogeneidade cultural e de muito maior sensibilidade às profundas diferenças e contradições que caracterizam a estrutura social brasileira.

Em 1960, a televisão ainda não substituíra o rádio e, num País predominantemente rural, alcançava tão-só suas oito principais cidades (3).

Agora, 94% dos brasileiros assistem regularmente à televisão (4), que atinge não apenas as aglomerações urbanas onde habita a grande maioria de sua população, mas, também, as áreas rurais, inclusive a Amazônia,

(2) Cf. SANTOS, Wanderley Guilherme. *Crime e castigo. Partidos e Gerais na Política Brasileira*. São Paulo, Vértice/IUPERJ, 1987.

(3) A saber: São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre, Salvador, Recife, Fortaleza. Curitiba.

(4) Cf. VEJA, 29 de março de 1989, página 37.

servido o País por requintado sistema de satélites internacionais e domésticos rastreados, e subsistemas de tropodifusão e microondas.

Os meios eletrônicos já participam do processo político-eleitoral brasileiro, sendo responsáveis, nas eleições regionais realizadas, pela alteração do formato das campanhas. Os contatos face a face, as grandes peregrinações por um País de 8.5 milhões de km², os grandes comícios populares foram parcial mas significativamente substituídos. A imagem do líder político chega ao eleitorado por intermédio de redes nacionais e, de forma não menos importante, pelas repetidoras locais e regionais, enquanto os tradicionais comícios passaram a ser produzidos como SHOWMÍCIOS, animados por artistas de destaque, e montados de maneira a serem reproduzidos eletronicamente.

Por disposição legal, os partidos dispõem de acesso gratuito ao rádio e à televisão, mediante dois programas anuais, cada um com uma hora de duração. Além disso, podem participar deste GUIA ELEITORAL, que toma duas horas por dia nos sessenta dias anteriores às eleições, cada partido dispondo de tempo proporcional ao tamanho de sua bancada na Câmara dos Deputados. Dado o grande número de partidos⁽⁵⁾ e a diversidade de tamanho de suas respectivas bancadas, não são menores as desproporções de participação de cada partido, em contexto legal no qual a eleição presente é condicionada pelos resultados da eleição anterior.

A Constituição Federal, aprovada em 1988, está por ser regulamentada em muitos de seus dispositivos, e dois desses são a vida partidária e as próximas eleições. Quanto a essas o Congresso regulamentou o acesso dos partidos e dos candidatos nos horários gratuitos de rádio e de televisão. Esta participação variará de trinta segundos diários a 16 e 22 minutos, tempo dos partidos com maior representação no Congresso.

Assim, em 1989, como em 1988, como em 1986, como em 1985, os principais partidos de centro (PMDB) e direita (PFL) terão o controle absoluto do horário gratuito nos meios de comunicação (rádio e televisão) nos 60 dias que antecedem o primeiro turno das eleições presidenciais.

Não há, pois, dúvida, como o atesta o interesse dos políticos, que os meios eletrônicos terão destacado papel no processo eleitoral. Dentre eles, por sua já aludida difusão e por razões que ainda discutiremos, sobrepõe a televisão. O que nos remete à tradicional controvérsia que domina

(5) O quadro partidário brasileiro está assim conformado: 20 partidos com registro provisório e 10 com registro definitivo. Desses todos, 16 têm representação no Congresso Nacional.

os analistas dos efeitos desse meio. Seria a televisão mero reforço de tendências políticas já resolvidas na esfera da maior competência persuasiva das relações interpessoais, dos contatos primários e das múltiplas formas de participação política? Ou, ao contrário, o espaço eleitoral seria o espaço da televisão que propiciaria um inédito acesso político dos candidatos presidenciais ao eleitorado, sem as mediações tradicionais?

A controvérsia é antiga, até por que as recentes eleições, locais e regionais fornecem, como em outros contextos, argumentos e evidências para ambos os lados. É o que demonstra breve estudo de alguns casos.

Nas eleições nacionais de 1974, para o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, o regime autoritário (1964-1985), que se considerava suficientemente forte, propiciou, pela vez primeira, o acesso à televisão dos dois partidos que permitia existir: ARENA — Aliança Renovadora Nacional, do Governo, e MDB — Movimento Democrático Brasileiro, da oposição. Aquele possuía ampla maioria em ambas as casas do Congresso e o controle de todos os governos e assembleias estaduais. O eleitorado oposicionista preferira, nas eleições anteriores (1970), ao partido da oposição, a expressão do seu protesto mediante o voto nulo ou em branco, que, em seu conjunto, somaram cerca de 55% do sufrágio total. Em consequência, o partido da oposição literalmente encontrou dificuldades até em preencher sua lista de candidatos, inclusive nas eleições majoritárias para o Senado. Foi assim no antigo Estado do Rio de Janeiro (de que ainda não fazia parte a cidade do Rio de Janeiro), onde o favorito para a eleição da cadeira do Senado em disputa era o então presidente desta casa do Congresso, o Senador Paulo Torres, velho político local, militar reformado de vastas conexões com a ditadura e detentor de bases eleitorais rurais onde o caciquismo tradicional lhe garantia a segurança de um pleito tranquilo. O MDB que por muito tempo não conseguira um candidato para a disputa, acabou, às vésperas do pleito, por apelar ao concurso de um técnico que se afastara da política eleitoral há mais de dez anos, o engenheiro Roberto Saturnino Braga. Era o momento de emprestar sua quota de sacrifício ao partido, enfrentando um candidato anunciadamente eleito.

Saturnino não pôde fazer campanha nos moldes convencionais. Não dispunha de meios financeiros e o clima de generalizado e justificado temor político não lhe permitia mobilizar a militância partidária. Restou-lhe, por assim dizer, a televisão, e pouquíssimo tempo de campanha, ganha numas poucas aparições.

O “efeito Saturnino” serviu de evidência forte para os defensores da elaborada formulação do papel manipulador da opinião pública pela televisão. Nesse caso, corrija-se a observação anterior: a Saturnino não restara a televisão; bastara-lhe ela.

Ocorre, porém, que efeito similar, embora de magnitude distinta, fora observado nos principais Estados da Federação, nas mesmas eleições. O eleitorado oposicionista teria passado a manifestar-se pelo voto partidário, e não mais pelo simples voto de protesto, tendência que, por sinal, se consagraria nos pleitos subseqüentes. O que, nas mãos de outros analistas, serviu para desqualificar o “efeito Saturnino” a favor da referência explicativa às mudanças de comportamento do eleitorado.

O que estamos chamando de “efeito Saturnino”, todavia, haverá de ter conquistado adeptos dentro do governo autoritário, tanto que este cuidou de alterar as regras do jogo para as eleições imediatas, de 1978, tirando do horário eleitoral o discurso livre dos candidatos, substituído pela simples aparição de uma imagem congelada seguida de informações burocráticas sobre o candidato e suas promessas. Isso, porém, não impediu o movimento ascendente do voto no partido da oposição, iniciado em 1974, ampliado em 1978 e mais ainda em 1982.

Independentemente das aporias engendradas por essa tradicional e apressada bipolarização teórica, o fato é que os Partidos, práticos, incorporaram ao seu dia-a-dia eleitoral e programático o uso adequado daquele meio, para eles recém-descoberto.

As eleições de 1982 — as primeiras para governador de Estado em 20 anos — marcam a adoção dos grandes debates entre candidatos, na televisão.

Naquele ano já o país vivia em sistema multipartidário — embora proibidos ainda os partidos comunistas — e sob o impacto da anistia parcial (1979) concedida aos perseguidos pelos governos militares. Por essa razão pôde ser candidato ao governo do novo Estado do Rio de Janeiro (já agora incluindo a cidade do Rio de Janeiro) o Sr. Leonel Brizola, que lograra organizar o seu Partido Democrático Trabalhista, PDT. Era um novo e pequeno partido que se opunha ao governo federal e ao governo do Estado, controlado pelo partido que sucedera ao MDB, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro, PMDB. As primeiras prévias assinalavam não mais que 4% das preferências para Brizola, configurando a disputa entre outros dois candidatos: a da candidata de filiação cristã que se preparava para obter o apoio do governo federal, e que então liderava largamente as pesquisas, e o do candidato do PMDB, a quem se atribuía favoritismo em virtude do já demonstrado poderio da máquina política local.

Aos debates na televisão são atribuídos a alteração das prévias subseqüentes e o resultado final.

Relembrando o "efeito Saturnino", Brizola, se tinha baixo acesso aos recursos político-partidários tradicionais, demonstrou extraordinário domínio da televisão, particularmente nos debates, numerosos nessa eleição. As sondagens passam a registrar não apenas seus avanços, mas a iminente derrota dos dois favoritos. Personagem controvertida, com baixa aceitação nos círculos militares, o "fenômeno" Brizola despertou preocupações (e teorizações) e levou o governo federal a investir em outra alternativa eleitoral, o jovem e bem articulado ex-oposicionista, Wellington Moreira Franco, que também partia de um baixo patamar nas pesquisas eleitorais (o 4.º e último lugar). Finda a campanha e travada a eleição, os resultados deram apertada margem a Brizola contra Moreira Franco. E não resta a menor dúvida, finalmente há consenso entre os analistas, que foram os debates finais na televisão que levaram à substituição da dupla inicial de antagonistas pela polarização entre os dois últimos referidos. A reputação aí conquistada de ás da televisão criou em torno de Brizola a áurea de debatedor imbatível, seu principal trunfo para as eleições presidenciais de 1989, nas quais é candidato.

O agora "efeito Brizola" deixou em dificuldades aqueles que buscaram explicar sua vitória como simples resultante de tradicional tendência do eleitorado do Estado do Rio de Janeiro, de polarizar-se entre esquerda e direita, como em todas as eleições anteriores. Mas, de certo, esse argumento deve ser considerado como o foi para construir o "efeito Saturnino". É verdade que o "efeito Brizola" conquistou adeptos no sistema brasileiro de televisão que passou a cuidar melhor, nas eleições seguintes, da organização dos debates com vistas, talvez, a dificultar o trânsito de candidatos de seu desagrado, como era o caso, naquele então, do líder do PDT. Mas também é verdade que as sucessivas aparições de Brizola, já como governador, durante os quatro anos de seu mandato, não lograram fazê-lo eleger seu sucessor, que, na polarização tradicional, coube à direita eleger. Por sinal foi o Sr. Moreira Franco, também de elogiado desempenho televisivo.

Uma vez mais, todavia, é preciso pôr de manifesto que não estamos em face de determinações unívocas. Se os debates passaram a ter importância decisiva, isso não quer dizer que não se possa passar sem eles. Em São Paulo, nas eleições municipais de 1985, o ex-presidente Jânio Quadros, candidato à Prefeitura da maior cidade do País, recusou-se a comparecer a todos os debates, excentricidade política a que associou sua hostilidade à imprensa e a denúncia dos institutos verificadores de opinião, por ele acusados de manipuladores. Deixava todo o espaço do debate para o candidato do até então imbatível PMDB, o Sen. Fernando Henrique Cardoso, um dos expoentes da intelectualidade brasileira e político de excelente presença na televisão.

Ausente dos debates, o velho presidente soube fazer-se presente na mídia eletrônica, gerando noticiário sobre sua própria excentricidade. Em resumo, fazendo-se notícia. O favoritismo do senador ilustre durou tão-só até a abertura das urnas. Jânio Quadros ganhou as eleições, pelo voto da periferia paulistana.

De uma forma ou de outra, a televisão, no Brasil, passou a ser elemento crucial das decisões partidárias, influenciando não só na estratégia da campanha, mas, até na escolha de candidatos. O domínio do "novo" meio tornou-se um dos fatores de seleção de candidaturas, com freqüência às custas da experiência política, quando não da representatividade. Ao mesmo tempo, e em face disto, os partidos, diferenciados em suas estruturas, tamanho, recursos e programas, passaram a ter, também eles, relação e uso diferenciado com o meio.

Assim é que um partido recém-legalizado, o Partido Comunista do Brasil, PC do B, empregou, nas eleições parlamentares de 1986, estratégia que se revelaria apropriada às suas pequenas dimensões e expectativas. Ao invés de apresentar ampla e completa lista de candidatos aos cargos de deputados federais e estaduais, como era de seu direito, aquele partido, cujo comando é extremamente centralizado, limitou-se a apresentar um candidato a cada um desses cargos. Com isso, já que dispunha de pouquíssimo tempo no Guia Eleitoral, evitou a dispersão de exposição por elevado número de candidatos, o que lhe possibilitou concentrar, não só seus votos próprios, mas todo o tempo disponível da televisão nos dois candidatos, que, disputando vagas proporcionais, tiveram assim tratamento como se candidatos majoritários fossem. Esse pequeno partido atuou por coligação com o PMDB, e os resultados não poderiam ser melhores. O candidato Edmilson Valentim, operário, negro, articulado e comunista ortodoxo, teve excelente votação, elegendo-se com facilidade. Jandira Fegalli, médica, de excelente presença no vídeo, não menos articulada e ortodoxa, não só se elegeu como foi a mais votada da coligação partidária de que participou. Seu Partido, além do mais, transmitiu, sem concessões, sua mensagem programática.

Outros partidos pequenos e ideológicos, que não adotaram essa estratégia, preferindo apresentar o mesmo número de candidatos dos grandes partidos, nada obstante disporer de tempo extremamente inferior ao daqueles, viram baldadas suas pretensões de eleger sequer um candidato. De certa maneira foi como se não atinassem para o papel da televisão, preferindo a agregação de votos obtidos tradicionalmente por muitos candidatos, à agregação de tempo em poucos candidatos, que a televisão, nas circunstâncias, requeria. É o caso do outro partido comunista, o PCB, em São Paulo e no Rio de Janeiro, e do Partido Socialista Brasileiro, PSB, no Rio de Janeiro.

Resta saber se essa estratégia pode ser reproduzida depois de conhecidos seus efeitos. É improvável que outros partidos, grandes ou não, se disponham a formar coligações iguais àquela, pois apenas estariam contribuindo, numa eleição proporcional, para aumentar os votos de um candidato único em lista múltipla. Além do mais, a estratégia exige, do beneficiário, extrema centralização decisória em seu interior, o que é cada vez mais raro em partidos mesmo ideológicos de esquerda.

Se é inquestionável o poder dos meios de comunicação de massa, se é induscutível a capacidade manipuladora da televisão, intervindo mesmo no fato⁽⁶⁾, não nos parece menos inquestionável que esse poder, longe de ser absoluto, está condicionado pela própria realidade na qual intenta intervir.

Como já referido, o chamado GUIA ELEITORAL, horário gratuito de rádio e de televisão de que dispõem os partidos nas eleições, é partilhado de sorte a sempre privilegiar o partido de maior bancada na Câmara dos Deputados. Assim sendo, o PMDB dispunha da maior parcela de tempo quando da campanha das eleições parlamentares e de governadores de Estados travadas em 1985 e, conseqüência de seu desempenho nelas, passou a dispor, de maior tempo ainda, nas eleições municipais de 1988 (mais de 30 minutos em programa de uma hora), proporção, aliás, mantida, pela nova legislação que regula as eleições presidenciais de 1989, como vimos.

Naquelas eleições de 1986, o PMDB logrou eleger quase todos os governadores de Estado, e a maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Nas eleições de 1988, foi derrotado em praticamente todas as capitais de Estado e em inumeráveis importantes cidades do interior do País. De um para outro pleito, o tempo disponível pelo PMDB na televisão apenas cresceu, enquanto outras relações de poder, intra e extra-governamentais, se conservaram inalteradas. Diferente foi a realidade das relações do PMDB com seu eleitorado.

As eleições de 1986 foram travadas sob o signo do Plano Cruzado, programa de estabilização monetária elaborado por técnicos do PMDB e conduzido pelo Ministro da Fazenda ligado àquele partido. Esse plano envolvia congelamento de preços e pequenos mas importantes ganhos reais de salário além de acenos de moratória da dívida externa. Conquistou inédita popularidade refletida em índices de aprovação do governo, de praticamente 100%. Não por acaso. Nos meses de seu sucesso, poucos mas o necessário para envolver o processo eleitoral, as camadas mais pobres da população

(6) Cf. AMARAL VIEIRA, R. A., "A contradição pública versus privado e a construção da realidade pelos meios de comunicação de massa", in *Comunicação & Política* 2 (1-2), 53-62, mar./jan., 1984.

tiveram acesso a uma pauta de consumo nunca dantes alcançada e desde então apenas reduzida. A televisão foi ampla e largamente mobilizada na divulgação do Plano, consultados e cooptados previamente os dirigentes máximos das principais redes. Não faltaram à campanha características de mobilização popular na medida em que o público foi concitado a cooperar com o governo ativamente na fiscalização dos preços. Ocioso observar o relacionamento nada tênue entre essa mobilização e a campanha eleitoral que se travava. Um mês após as eleições, ganhas pelo PMDB, mas fracassado o Plano Cruzado, não foi difícil a unanimidade dos analistas: com a mesma intensidade da mobilização popular anterior, estabeleceu-se, em efeito bumerangue, um clima de insatisfação, revolta, desesperança e repúdio ao governo, todos indicados pelas pesquisas de opinião. O governo frustrou as expectativas elevadas que criara, e a população, fraudada na sua manifestação eleitoral, cobrou-lhe a fatura nas eleições de 1988. Nem lhe era difícil, pois nesse então a inflação chegara a mil por cento, os salários reais reduziram-se e os indicadores de recessão tornaram-se mais visíveis.

A outros analistas, o tempo disponível pelo PMDB nas eleições de 1986 foi uma imensa vantagem comparativa: o de 1988, um excesso de exposição. Como é sabido, não basta ter tempo, é preciso um bom produto.

Por isso ou por aquilo, o PMDB, perdido na dificuldade de compreender as caminhadas desconcertantes de seu eleitorado, incapaz de concertar suas divergências internas que a crise somente aguçou, deixou de realizar desde então os dois programas anuais de televisão a que tem direito, para espanto dos demais partidos, grandes e pequenos, que por eles tanto lutam e se esmeram.

No ano das eleições presidenciais de 1989, o Brasil possui 235 canais de televisão, distribuídos mediante um sistema integrado por quatro redes nacionais de televisão (7), com geração de som e imagens a partir de suas sedes (Rio de Janeiro e São Paulo), insignificante a produção local. Uma dessas redes detém cerca de 75% da audiência média (8). É o Sistema Globo de Televisão. É fácil apresentá-lo.

(7) Rede Globo de Televisão, Rede Bandeirantes, Rede Manchete, Sistema Brasileiro de Televisão -- SBT. A essas quatro redes soma-se o sistema de redes públicas (tevéis educativas ou universitárias e a RADIOBRÁS que opera a Tevé Nacional, de Brasília, estatal e comercial) e alguns poucos canais independentes.

(8) A audiência média está assim distribuída: Rede Globo (75%), SBT (17%), Rede Bandeirantes (6%) e Rede Manchete (4%). A rede pública se conforma com modestos (2%) o mais é distribuído com os canais independentes.

Trata-se da quarta rede mundial, controlando um mínimo de 43 canais. Seu principal noticiário noturno, o JORNAL NACIONAL atinge uma das maiores audiências do mundo: mais de 50 milhões de telespectadores. Sobre, simultaneamente, 3.050 dos 4 mil municípios brasileiros com aparelhos de televisão, o equivalente a um universo potencial de 80 milhões de telespectadores (Dados de 1982). Produz cerca de 90% de sua programação diária, é o terceiro exportador mundial e já explora canais no exterior. Suas telenovelas, carro-chefe das exportações, são vistas em dezenas de países (9). No Brasil, atinge audiências recordes. ROQUE SANTEIRO, por exemplo, alcançou 80% dos aparelhos ligados correspondentes em outubro de 1985 a 60 milhões de telespectadores. Em dezembro-janeiro de 1986 atingiria os 100%.

A simples menção dessas audiências nos remete a uma outra especificidade do "caso" brasileiro: a presença atípica da televisão no seu cotidiano. A elevada exposição a esse meio contrasta com o baixo nível de informação e as taxas acentuadamente baixas de escolarização de que o índice de analfabetismo é não mais que um indicador parcial. No Brasil poucos lêem, e os que lêem, lêem pouco. Com os milhões de telespectadores da Rede Globo contrastam, por exemplo, os leitores de O GLOBO, o jornal da rede. Uma das maiores tiragens do país, não ultrapassa os 250 mil exemplares diários.

Trata-se, assim — a sociedade brasileira — de refinado modelo de agrafismo, caracterizado pela iliteração, sobre a qual se superpõe uma cultura moderno-mecânica fundada na imagem e no som, na transmissão rápida dependente da capacidade de percepção imediata, nem sempre possíveis, uma e outra, se o telespectador carece de informações para processá-las, como aliás é o caso. De um ponto de vista, urbana, analfabeta e extremamente pobre, temos no Brasil uma sociedade de massas na qual a destruição das solidariedades tradicionais não tem o contra-peso da melhoria das condições culturais. A sociedade de massas é, por definição, uma ordem de indivíduos isolados; no Brasil, ela o é de indivíduos isolados, incultos, que adquirem informações já processadas, donde, de necessidade —, acriticamente, por intermédio de um meio privadamente explorado de forma oligopolista. ROQUE SANTEIRO, por exemplo, não foi apenas uma telenovela, mas um compêndio de mensagens políticas, culturais, de consumo, a matéria das conversas do dia seguinte. A televisão brasileira, assim, mais do que em qualquer outro país, exerce, com eficiência inigualável, o papel formador de opinião.

(9) Ver, a propósito, LASAGNI, Cristina. RICHERI, Giuseppe. *L'alto Mondo Quotidiano*. Torino, Eri Edizioni Rai, 1986.

Sobre tantas atipicidades, essa televisão tem mais uma, a ausência de neutralidade ou isenção, da qual, a falta de contraditório em seus noticiários é apenas um aspecto. A televisão brasileira tem partido, o conservadorismo.

Por tantas razões parece justificada a importância que é dada à Rede Globo de Televisão por todas as análises da vida brasileira, importância crescente cuja demonstração evidencia o significado daquele horário gratuito de que dispõem os partidos brasileiros e que os candidatos usufruem nos 60 dias do período eleitoral. É esse o momento único da reprodução aproximada do grande painel político da sociedade, o momento em que, respeitadas as distorções de tempo e exposição já referidas, os partidos políticos, ausentes do noticiário, ou neles presentes de forma distorcida, têm presença no vídeo, única sob o seu controle.

Nas eleições, fora o noticiário e o horário eleitoral, partilhado de forma desigual, restam os debates, esses sob o controle dos interesses das redes, seja atendendo à lógica da audiência, seja atendendo à lógica de sua intervenção política que pode ser, até, a não realização de debates.

E por tudo o que foi demonstrado até aqui, o debate mesmo a valer é o que a Rede Globo promove. Ou não realiza.

Assim, nas já referidas eleições municipais de 1988, na campanha pela prefeitura da cidade do Rio de Janeiro, a Rede Globo de Televisão, visto que tinha insegurança quanto ao candidato de sua preferência, programou o primeiro de uma série de debates, que deveriam liquidar com as candidaturas de seu desagrado, para o horário tardio de uma madrugada de domingo para segunda-feira. Como temido, seu candidato IN PETTO foi-se muito mal nos debates, perdendo exatamente para aqueles que menos a Rede gostaria de ver no governo. No dia imediato, em longas análises, o jornal da Rede, o matutino O Globo, desqualificaria seu próprio programa, num esforço para anular a repercussão dos índices de desaprovação alcançados pelo seu candidato. Por razões óbvias, outros debates não se seguiram a esse "desastre" (10).

(10) Para outras análises das relações da Rede Globo com a política brasileira recente, Cf. LIMA, Venício A. "The state, television and political power in Brazil", apud *Critical Studies in Massa Communication*, 108-128; ver também GUIMARAES, César e AMARAL VIEIRA, R. A. "A televisão brasileira na transição (um caso de conversão rápida à nova ordem)" *Comunicação e Política*; esse artigo pode ser encontrado, em sua versão inglesa, "Brazilian television: a rapid conversion to the new order" in FOX, Elizabeth (ed), *Media and Politics in Latin America*. London, Sage Publications, 1989.

O resto fica por conta do noticiário, dos programas especificamente políticos e da programação geral, na qual se incluem experimentos políticos como a já referida telenovela ROQUE SANTEIRO e a atual o SALVADOR DA PÁTRIA, como aquela, um sucesso de audiência da Rede Globo. A coincidência de temas ficcionais-políticos com anos eleitorais nada tem de ocasional e faz parte do esforço da Rede de intervir na construção da realidade. Não se trata, pois, tão-só, de ter preferências por determinadas candidaturas, mas de definir um campo legítimo das questões de natureza política. Nisto a televisão atua de acordo com a melhor teoria, pois, se é controverso o seu poder de definir preferências CONCRETAS, muito menos o é sua capacidade de indicar as preferências POSSÍVEIS. Cumpre-lhe, pelo menos, fixar a moldura dentro de cujo espaço se circunscreverá a escolha muito pouco livre.

Dito isso, parece-nos possível retomar aquela discussão que tem encantado os melhores de nossos teóricos preocupados em identificar o papel dos meios de comunicação, de especial a televisão, na construção da realidade. A experiência brasileira tem contribuído fartamente para favorecer a tese de que a televisão é um aparelho monolítico capaz de interpelar inapelavelmente os seus sujeitos. A história da Rede Globo de Televisão, sua construção PARI PASSU com a consolidação do regime militar (1964/1984), dava a essa tese foros de demonstrada, e justifica o curso largo que teve na literatura brasileira e na pesquisa universitária — o que, por si só, está a requerer um outro trabalho. Nada obstante a sanção histórica, essa leitura parece conformada pela observação da sociedade tão-só do ponto de vista do meio. O Brasil após governos militares tem-se vingado disso. Em pelo menos um caso impôs à televisão o noticiário de campanha de rua pela redemocratização que ela inicialmente recusara transmitir. É o caso da campanha pelas eleições diretas para Presidente da República, em 1984, analisada noutra oportunidade⁽¹⁾. Mais importante ainda, o fortalecimento e atuação dos movimentos social e sindical e os resultados das eleições recentes apontam para uma diferenciação crescente e uma consciência política que as condições culturais do país não puderam obstaculizar. A preocupação conservadora com uma possível vitória de um candidato de esquerda nas eleições de 1989 é crescente e, nessas condições, fundada.

Isso por certo influirá no comportamento dos meios de comunicação de massa, de especial da televisão e da Rede Globo, na tentativa de decidir a favor de seu partido — o conservadorismo — o pleito de 15 de novembro.

(1) Guimarães, César, Amaral Vieira, R. A. Idem, Idem.

O Ministério Público e sua posição constitucional

JOSÉ EMANUEL BURLF FILHO

Procurador de Justiça do Ministério Público
do Estado de São Paulo.

I — O Estado e o poder

O poder como fenômeno sócio-cultural pode ser definido como uma "energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins" (José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Revistas dos Tribunais, p. 71, 1985).

Não há Estado sem poder político ou estatal. Este é emanação da soberania e por isso superior a todos os demais poderes sociais. Na verdade, estes são reconhecidos pelo poder estatal, que os normatiza, rege e domina.

Como reconhece e proclama a doutrina, o poder estatal é *UNO*. A chamada "tripartição dos poderes" decorre de construção que objetivou e objetiva tão-só banir o absolutismo por parte daquele que porventura exercesse as funções decorrentes e inerentes ao poder estatal. De fato, se tais "funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se *concentração dos poderes*" (José Afonso da Silva, ob. cit., p. 75).

Observando as funções básicas, os estudiosos, em regra, sempre apontaram três: a produtora de normas gerais, abstratas e impessoais (legislativa); a de administrar, executando o disposto na norma geral e desenvolvendo a atividade estatal (executiva); e a terceira, destinada a dirimir conflitos de interesses (jurisdição).

Dai a repartição do poder em: Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

A sistematização final da repartição do poder, feita por MONTESQUIEU, tendo por finalidade evitar, como visto, a concentração de poder

res, desaguava na criação de órgãos *independentes*, uns dos outros, para o exercício daquelas funções legislativa, jurisdicional e executiva.

O mérito da doutrina, como aponta MICHEL TEMER, reside no “sistema de *independência* entre os órgãos do poder e de inter-relacionamento de suas atividades” (*Elementos de Direito Constitucional*, ed. Revista dos Tribunais, p. 128, 1984).

A independência do órgão é requisito essencial. Por isso, JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao tratar da “independência orgânica” dos órgãos de cada Poder, ensina que: “Além da especialização funcional, é necessário que cada órgão *seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação*” (ob. cit., p. 73).

De que maneira a Constituição revela essa independência?

A resposta é dada com perfeição por MICHEL TEMER (ob. cit., pp. 130/133), cujas lições serão transcritas ou adaptadas a seguir, à luz da nova ordem constitucional.

“Em primeiro lugar pela circunstância de cada Poder haurir suas competências no Texto Constitucional.”

Porém, a Constituição estabelece mais objetivando tal independência.

Assim, no Legislativo, “os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos” (art. 53, da C.F.).

“A razão desse dispositivo é garantir à atuação independente do Legislativo”.

Ainda no Legislativo, os parlamentares têm as proibições esculpidas no art. 54, I e II, da C.F., impostas “para a independência da Instituição”.

E, “para impedir a ingerência do Executivo, a Constituição confere ao Legislativo a competência para dispor sobre sua organização”, funcionamento, criação e provimento de cargos e fixação de seus respectivos vencimentos, “observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias” (cf. art. 51, IV, da C.F.).

Outras normas constitucionais buscam assegurar a independência do Legislativo: *a*) a que diz serem crime de responsabilidade “os atos do Presidente da República que atentem contra... o livre exercício do Poder Legislativo” (art. 85, II); e *b*) a que determina a entrega “dos recursos correspondentes” às suas “dotações orçamentárias” até “o dia 20 de cada mês” (art. 168).

“Idéias idênticas se aplicam ao Judiciário”.

Com efeito, ainda segundo MICHEL TEMER, as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, bem como as

vedações (art. 95, parágrafo único), têm em mira “conferir-lhe independência”.

Ademais, como no caso do Legislativo, a Constituição Federal prevê para o Judiciário: *a*) a iniciativa legislativa (arts. 61 e 96, II); *b*) o crime de responsabilidade contra o livre exercício do Judiciário (art. 85, II); *c*) a “autonomia administrativa”, inclusive com a previsão de que os “tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias (art. 99 e seu § 1.º); *d*) o provimento de seus cargos (art. 96, I, *c* e *e*); *e*) propor ao Legislativo a criação e a extinção de seus cargos e a fixação dos respectivos vencimentos (art. 96, II, *b*); e *f*) a entrega “dos recursos correspondentes” às suas “dotações orçamentárias”, até o “dia 20 de cada mês” (art. 168).

Quase todas essas normas, tanto no tocante às funções do Legislativo quanto às do Judiciário, objetivam afastar a ingerência do Executivo e assegurar a independência de seus órgãos.

O que se pretende é que numa atividade de cooperação, as funções executiva, legislativa e jurisdicional sejam reciprocamente independentes.

“O Executivo, por sua vez tem sua independência revelada pelas competências privativas que lhe são atribuídas e, ainda, porque a Constituição lhe confere, independentemente de autorização do Legislativo ou do Judiciário, a direção superior da administração pública, conferindo ao seu Chefe (Presidente da República) o comando supremo do braço civil e do braço militar” (ob. cit., p. 133).

Vale dizer, ao lado da independência, a Constituição Federal confere ao Executivo o poder hierárquico sobre toda a administração pública a ele veiculada. Dai a lição de HELY LOPES MEIRELLES: “Não se podem compreender as atividades do Executivo sem a existência da hierarquia entre os órgãos e agentes que os exercem” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 13.ª Ed. Atualizada, p. 85).

II — A posição constitucional do Ministério Público

O exame das diversas normas constitucionais que tratam do Ministério Público revela, limpamente, que a Constituição Federal não o alçou à categoria do Poder, mesmo porque não era o caso, mas, indubitavelmente, disse e bradou que ele no e para o exercício de suas funções é órgão necessariamente independente. Por outras palavras, disse que o Ministério Público deve ter, como os três Poderes, funções independentes, sem a ingerência de qualquer um deles e sem posicioná-lo especificamente em nenhum dos Poderes Públicos.

Para a confirmação dessa assertiva, mister ter em mente que, como fez com o Legislativo e o Judiciário, inclusive, em relação ao Executivo, a

nova ordem constitucional prevê para o Ministério Público: a) as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 128, I); b) as vedações para seus membros (art. 128, II); c) a iniciativa legislativa (art. 61 e 127, § 2.º); d) o crime de responsabilidade contra “o livre exercício... do Ministério Público” (art. 85, II); e) a sua “autonomia funcional e administrativa”, inclusive com a previsão de que a ele cabe propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os”, e ao propor a criação de cargos deverá propor, como é óbvio, a fixação dos respectivos vencimentos (art. 127, § 2.º); f) a elaboração de “sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias” (art. 127, § 3.º); g) a entrega “dos recursos correspondentes” às suas “dotações orçamentárias” até o “dia 20 de cada mês” (art. 168).

Nessa linha e tendo em consideração as normas acima citadas, pode-se afirmar que o Ministério Público não é órgão do Executivo. De fato, se tem independência funcional, não está submetido à hierarquia indispensável às atividades desse Poder, como fala HELY LOPES MEIRELLES na passagem já citada. Tanto é assim que o Chefe do Executivo (e, portanto, todos os seus subordinados) não pode atentar contra o “livre exercício do Ministério Público”, sob pena de incidir em crime de responsabilidade (art. 85, II). Tanto é assim que ele detém autonomia administrativa, autogoverno, e, portanto, não sujeito ao autogoverno do Executivo e à sua “direção superior” prevista no art. 84, II.

Poder-se-ia dizer, neste passo, que a situação não é bem assim porque ao Chefe do Executivo cabe nomear o Procurador-Geral da República, na União, ou o Procurador-Geral de Justiça, nos Estados e no Distrito Federal. A objeção seria descabida, uma vez que a ele também cabe nomear os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, sem que isso quebre a independência da função jurisdicional.

Ademais, se a ele cabe nomear, com aprovação do Senado Federal, o Procurador-Geral da República, por outro lado, não pode exonerá-lo livremente antes do término do mandato de dois anos previsto no art. 128, § 1.º, uma vez que só poderá fazê-lo previamente autorizado pelo Senado Federal (art. 128, § 3.º), e nos Estados e Distrito Federal nem mesmo essa competência tem o Chefe do Executivo, pois o Procurador-Geral de Justiça só poderá ser destituído, antes do término do mandato, “por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo” (art. 128, § 4.º).

Como se vê, a nomeação do Procurador-Geral pelo Executivo, ao lado da autorização para à sua destituição ou a própria destituição pelo Legislativo, nada mais representa daquilo já existente entre as funções independentes do Legislativo, do Judiciário e do Executivo: a fórmula de “freios e contrapesos”, de todos conhecida.

Ademais, se ao Ministério Público cabe, como função institucional, “exercer o controle externo da atividade policial” (art. 129, VII), à evi-

dência, não pode pertencer ao Poder Executivo na medida em que a atividade policial está inserida dentre as atividades desse Poder. Se ele — o Ministério Público — fosse do Executivo, esse controle não seria *externo*, mas *interno*, isto é, de um órgão sobre outro órgão do *mesmo* Poder.

Nem se diga que o Constituinte não conhecia o significado das expressões "controle externo" e "controle interno", pois, o exame dos artigos 31, 71 e 74, revela, sem sombra de dúvida, que, na Constituição Federal, controle interno é o exercido dentro do mesmo Poder e o externo é o desenvolvido por um Poder sobre outro.

Bem por isso e para cortar de vez o elo que ligava o Ministério Público do Poder Executivo, a Constituição diz que lhe é "vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas" (art. 129, § 2.º).

Firmando e demonstrando que o Ministério Público não é órgão constitucional do Executivo, cabe indagar: então, pertence ele a algum dos outros Poderes?

A resposta, é negativa.

Ao Judiciário é manifesto que não, mesmo porque não foi o Ministério Público tratado como tal no Capítulo do Poder Judiciário.

No Legislativo também não, sem embargo de, pelas funções que lhe foram confiadas (art. 129), ser este o Poder no qual o Ministério Público encontraria melhor posicionamento.

Sei que afirmar que um órgão constitucional não se enquadra em nenhum dos três Poderes é afirmação que causa alguma espécie. Mas deve-se convir, se a Constituição assim quis e determinou, não cabe a nós e ao legislador infraconstitucional querer ou dispor de forma diversa. Cabe-nos, isto sim, interpretar e legislar observando o que determinou e quis a Lei Maior.

Na realidade, só não enquadrando a nova função constitucional independente — criada ao lado das exercidas pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, função essa que se pode denominar de defensora da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), isto é, função de defesa da sociedade — em qualquer dos três Poderes é que se pode assegurar a sua independência.

Confirmando o enquadramento do Ministério Público acima exposto, convém notar que a própria Constituição Federal atribuiu-lhe parcela da soberania e, portanto, fração de poder estatal uno, não confiado, como função institucional, a nenhum dos três Poderes Públicos. Refiro-me à função institucional de "promover privativamente, a ação penal pública" (art. 129, I).

Da mesma forma quando a Constituição Federal diz que é função institucional do Ministério Público “zelar pelo efetivo respeito dos *Poderes Públicos* . . . aos direitos” por ela assegurados, “promovendo as medidas necessárias à sua garantia” (art. 129, II), ela, claramente, proclama que o Ministério Público não é órgão de nenhum dos três Poderes Públicos, porém órgão do Estado e da Sociedade encarregado, dentre outras funções, de fazer com que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no exercício de suas funções, respeitem os direitos que ela assegurou. Esta função também representa parcela da soberania do Estado; parcela do poder estatal uno.

Tudo porque “exatamente a explicação do Ministério Público em todas as sociedades modernas é: o órgão institucional do Estado, que não fala em nome do Governo, que nada tem a ver com o Governo. É uma magistratura de pé, dotada de irredutibilidade, da inamobilidade e da irredutibilidade de vencimentos, para dispor de condições objetivas de independência, na perseguição do interesse público primário. É aquilo que a lei orgânica do Ministério Público brasileiro hoje chama de “defesa dos interesses e direitos indisponíveis da sociedade”. Não do Estado, mas da sociedade. E a Constituição é um conjunto de normas que trata do Estado, mas trata da sociedade. Dá direitos à sociedade, existe para a sociedade. Foi feita pela sociedade a lei constitucional. E a sociedade tem direitos, tem interesses e consagra princípios e valores que estão acima do interesse da Administração que eventualmente hoje estão em mãos de fulano, beltrano, do partido tal ou da corrente qual. São eventuais, transitórios, passageiros, contingentes, em confronto com a grandeza do interesse público primário, fixado na Constituição e nas leis que — desdobrando a Constituição — fixam, delimitam, dão-lhe conteúdo, sentido e alcance” (cf. GERALDO ATALIBA — *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, n.º 54, Edição Especial — “Seminário sobre Tribunais de Contas e a Constituinte”. p. 96).

III — Conclusão

Ante o exposto, pode-se concluir que o Ministério Público faz parte do Poder Estatal, que, como se viu, é *UNO*, sem, contudo, integrar ou ligar-se a qualquer um dos três Poderes Públicos, dada a posição adotada pela Constituição de 1988, que o alçou, de vez e em última instância, como função independente, ao lado das outras — legislativa, executiva e jurisdicional — também independentes. A Carta Magna assim quis e determinou, por vislumbrar, como já o faziam diversos publicistas, que o Ministério Público exerce a defesa “não de Estado, mas de sociedade” (GERALDO ATALIBA, ob. citada, p. 96). Quer dizer, o Ministério Público exerce função independente que não pode, não deve e não está inserida em quaisquer das funções essenciais e relevantes, exercitadas pelo Judiciário, Legislativo e Executivo.

Diretrizes para as Cartas Municipais

SELMA MARIA DE ATHAYDE

Advogada. Assessor Técnico-Legislativo da
Câmara Municipal de Ipatinga — MG. Con-
sultoria Técnica a Municípios. Mestrado em
Direito Administrativo (UFMG)

SUMÁRIO

I — Introdução — Panorama da autonomia municipal na Constituição de 1988; II — Histórico da Organização Municipal Brasileira; III — A Câmara Municipal como Poder Constituinte; IV — Principais diretrizes para as Cartas Municipais; V — Inovações a serem introduzidas no texto das Cartas Municipais; VI — Conclusão.

I — Introdução

Panorama da autonomia municipal na Constituição de 1988

Por "autonomia municipal entende-se a capacidade assegurada ao Município (pessoa pública) de se constituir e de *viver segundo suas próprias regras*, de certa gama de interesses da comunidade, ditos *peculiares*".

Cada vez mais se afirma necessária a autonomia municipal, principalmente dentro da nova concepção de Município moderno, à semelhança do (Welfare State) do Estado de bem-estar.

Terá o Município de se aparelhar melhor para que possa atender às suas finalidades, às expectativas das comunidades locais.

A multiplicidade de interesses da população situada no espaço delimitado de seu território está a exigir sua transformação em Município Provedor, vale dizer, em ente capaz de satisfazer toda essa gama de interesses e de necessidades coletivas.

O governo municipal em face disso terá de se modernizar e de acompanhar a evolução social, tornando-se mais participativo.

O governo participativo será mais forte, mais democrático e mais suscetível de atender aos anseios e às necessidades da coletividade administrada.

Tarefa difícil, quando se sabe da extensa complexidade dos problemas que afetam os 4.260 Municípios deste País, quando grande parte deles vive em condições de extrema penúria, pela falta de recursos financeiros, humanos e de toda ordem.

Isso sem contar com as inúmeras ingerências e violações à sua autonomia, da realização de convênios para execução de serviços que não são de sua competência, legalizados por esse meio.

A autonomia municipal se exercitará no espaço que os ordenamentos constitucionais deixarem ao Município.

A ação dos agentes políticos, do administrador público, as pressões sofridas em decorrência da maior proximidade entre administrador e administrado, em síntese, as exigências das comunidades locais requerem maior independência do Município para a satisfação desses interesses comuns.

O próprio sistema de instituição e de organização dos Municípios não favorece à realização das medidas de interesse local, pois o que se vinha observando até hoje era o Estado-Membro editando uma lei orgânica única para todos os Municípios, com total desrespeito às peculiaridades locais, vale dizer, aos interesses predominantemente municipais.

A exemplo disso, os 723 Municípios mineiros eram até então regidos por uma *única lei de organização* outorgada pelo Estado, sem a mínima preocupação com as peculiaridades locais.

Por essa razão, considera-se mais coerente com o princípio da autonomia municipal o sistema de Cartas Próprias, até então mantido e utilizado pelo Estado do Rio Grande do Sul, por meio da delegação de poderes aos próprios Municípios.

Felizmente, hoje, o Sistema de Cartas Próprias vem endereçado a todos os Municípios brasileiros, por força da Constituição vigente, que consagra o *princípio da auto-organização municipal*, por meio de leis votadas pelas Câmaras dos Municípios.

Se antes o Estado do Rio Grande do Sul, numa grande lucidez, conferiu este direito aos seus Municípios, atualmente esse sistema passou a constituir dever-poder de cada um dos Municípios do território nacional.

Outra conquista do Município foi o seu reconhecimento como parte integrante do Sistema Federativo Brasileiro *ex vi* do texto constitucional, a despeito de se afirmar que, paralelamente às conquistas, sofreu o Município uma lamentável e real *capitis diminutio* em sua autonomia.

Não se pode negar *a priori* que continua na Constituição em vigor uma inerível hipertrofia de poderes da União e ainda, notadamente, uma ampliação de poderes dos Estados-Membros em detrimento dos Municípios.

Pelo atual sistema de competências vigente no texto constitucional, a União detém as competências exclusiva e concorrente. Ela edita as normas gerais. O Estado-Membro tem a competência concorrente com a União, o poder de editar as normas suplementares, na falta da lei federal.

Aos Municípios resta, apenas, o sistema de competência comum com a União e os Estados, além de pequenos lampejos de sua competência privativa de outrora.

Exclui-se o poder de legislar do Município, sobre algumas matérias de interesse local, como urbanismo; de legislar sobre seu patrimônio histórico, artístico, cultural, turístico e paisagístico, embora deva proteger este patrimônio, segundo a Constituição. Pelo sistema de competência comum, adotou-se o princípio de hierarquia das leis, segundo o qual a primazia para legislar é da União; em segundo lugar vem o Estado-Membro, que poderá suprir a lei federal naquilo que a União deixou de exercer sua competência; por último, o Município.

Aboliu-se na Constituição atual o Capítulo da Autonomia Municipal, negando-se ao Município aquela competência anterior que afastava as demais esferas governamentais, quando se tratava de matéria pertinente ao seu peculiar interesse, ou seja, quando o interesse era predominantemente local.

Mesmo em se tratando de assuntos de interesse local, o Município só poderá legislar de forma restrita, limitada, após se certificar que na competência comum terá de observar se não existe legislação federal ou estadual sobre a matéria e que não lhe é permitido suplementar a legislação federal ou estadual, em casos de competência comum e privativa da União e do Estado.

Caso contrário, incorrerá no vício de inconstitucionalidade, o que acarretará a nulidade da lei municipal, cujos efeitos não poderão, sequer, ser convalidados.

A supressão do controvertido termo "peculiar interesse" significa uma derrota para o Município, quanto à predominância de legislar sobre assuntos de interesse local.

Evidencia-se, com nitidez, um lamentável corte na esfera de autonomia municipal, diante do texto da atual Carta Magna, embora capítulos de grande valor tenham sido inseridos, como o capítulo "Da Administração Pública", que constitui grande avanço do Direito Público e, especificamente, do Direito Administrativo, um de seus ramos.

Queremos advertir sobre o maior perigo do vício de inconstitucionalidade das leis municipais, dentro do atual sistema de competências da Constituição vigente.

Daí o despertar de nosso interesse pelo tema, que exprime seu objetivo: "Diretrizes para as Cartas Municipais". O vocábulo "diretrizes" expressa o "iter", ou melhor, o caminho a percorrer, as normas de procedimento a serem observadas pelo constituinte municipal, o Vereador, para o bom desempenho de sua relevante função.

O termo "Cartas Municipais" significa Constituição dos Municípios. Envolve força maior de expressão, por representar para o Município, no âmbito de seu território, o mesmo valor de uma Constituição, outorgada pela Câmara de Vereadores, que representa o povo, a Assembléia Municipal Constituinte.

Com essa denominação, pretendemos também diferenciar o vocábulo da terminologia usualmente empregada pelos legisladores estaduais, nas chamadas Leis Orgânicas ou Leis Complementares de Organização Municipal, que constituíam diplomas legais únicos, de imposição estatal, inteiramente desvinculados da realidade local.

Na verdade, as Cartas Municipais a serem votadas pelas Câmaras têm, para cada Município, sentido semelhante ao de uma Carta constitucional propriamente dita, porque deverão conter normas gerais de organização, de estrutura e de funcionamento de governo municipal.

Deverão ser elaboradas dentro do contexto local, para que possa o município atingir suas finalidades próprias.

II — *Histórico da Organização Municipal Brasileira*

O primeiro Município, com governo eleito em terras da América, foi organizado com a instituição da Casa da Câmara de São Vicente.

Essa organização local não se moldou nas Ordenações vigentes à época em Portugal, mas, sim, nos princípios da "grei", vale dizer, da sociedade, anterior à Era Manoelina e nas Câmaras das cidades flamengas, onde foi recrutada a elite da expedição de Martim Afonso de Souza.

Isto não significava oposição às Ordenações do Reino que os pioneiros desconheciam, pois em 1572, segundo o historiador Affonso Taunay, na obra *História da Cidade de São Paulo*, ainda não se tinha conhecimento das Ordenações Manoelinas de 1513 na Câmara de São Paulo.

Todavia ressalte-se desde aquela época, na concepção dos colonizadores, a *necessidade de um governo local organizado*, e, por isso, consoante o padrão mais avançado até então concebido, segundo as normas da sociedade local.

Esse aspecto foi reconhecido por "el rei" D. João III ao recomendar aos donatários das capitanias que fundassem cidades organizadas a partir do modelo afonsino. Vem daí a legenda *cellula mater*, que São Vicente orgulhosamente ostenta em seu brasão.

Nem o Regimento de 1548, dado a Tomé de Souza, dispôs de forma diferente, tanto que, até à independência, a organização das Câmaras em nada diferenciou, nem a Corte nisso interferiu, quanto mais para exigir fidelidade às Ordenações, ainda porque muitas Câmaras irrogavam até soberania ou se faziam representar nas Cortes.

Quando ocorreu a independência, o país, que se libertara, já estava organizado em Câmaras, com poderes delimitados, fronteiras conhecidas e funções executivas, legislativas e judiciárias, o que significava dizer *municipalmente organizado*.

Essas Câmaras e só elas foram consultadas como *referendum* à nossa primeira Constituição.

A Carta outorgada de 1824 reconheceu explicitamente o governo municipal eleito, sua capacidade econômica e sua organização.

Contudo, a lei de 1.º de outubro de 1828, ao regular a organização do poder local, frontalmente violou a Constituição e a verdade histórica. Entendeu-se que os municípios haviam perdido o poder de auto-organização.

O ato adicional de 1834, ao procurar conferir competências às assembleias provinciais, poder criado pela luta liberal para justificar-lhe as funções, transferiu-lhes muitas das atribuições, em matéria municipal, que eram pertinentes à Assembleia Geral que, historicamente, eram inerentes às Câmaras.

A lei reguladora de 1840 atenuou o problema sem, entretanto, eliminá-lo.

Os republicanos tinham compromisso com o poder local — não foram felizes, no entanto, ao transpô-lo para a Constituição de 1891.

Firmou-se o debate da Constituinte em torno do tema, seguindo-se o modelo da Federação americana, e, ainda, preso à técnica constitucional, clássico de países cuja estrutura organizacional diferia da nossa.

Toda discussão girava em torno do Projeto Rui Barbosa e das Emendas Lauro Sodré e Meira de Vasconcelos, sendo estas pela auto-organização municipal; a outra reduzia o texto apenas a preservação de autonomia municipal; foi a que venceu, contra o projeto do governo, que consignava o meio termo.

Meira de Vasconcelos, ao instruir sua emenda, dizia: "Entendo que teríamos sofismado a patriótica aspiração de poder municipal, se não déssemos aos Municípios o direito de se organizarem" (MEIRA DE VASCONCELOS em *Anais do Congresso Constituinte*, vol. II, p. 199).

Operou-se, segundo Mayr Godoy, com a Constituição de 1891, no federalismo por desagregação, uma centralização imperfeita, que mais tarde Kelsen iria demonstrar, nos casos, como o nosso, em que o poder central prescreve ao Estado Federado limitações em relação às Unidades Menores.

Se os Estados tinham que se organizar sob o regime municipal, respeitando a autonomia dos Municípios, não se lhes havia dado competência para organizar os Municípios, já que isto era decorrente do princípio da autonomia.

Prevaleceu, no entanto, a competência dos Estados para organização dos Municípios. Mesmo assim, alguns Estados, como o Rio Grande do Sul e Goiás, nas suas Constituições asseguraram aos Municípios a auto-organização. Outros nada dispuseram, enquanto a maioria passou a outorgar uma lei de organização única aos Municípios.

Na primeira fase republicana, a auto-organização municipal não foi o ponto alto das reivindicações municipalistas que se concentraram no direito à eleição do governo local, sem sustentação dos Estados na conferência das eleições locais.

Desse movimento resultou importante contribuição jurisprudencial, que acabou por fazer inserir a *autonomia municipal como princípio cardinal do regime* na Reforma Constitucional de 1928.

A importância da Constituição de 1934 em relação à organização municipal não teve apenas caráter histórico.

Apesar da curta vigência, não deixou dúvidas que, dentro da idéia central da auto-organização, havíamos evoluído, notadamente pela influência do direito constitucional alemão, onde a autonomia municipal sempre foi vista como assecuratória, também, do direito de organizar-se a si mesmo. (OTTO CONNENWEIN, *Derecho Municipal Aleman*).

Durante o Estado Novo as Câmaras Municipais, assim como as Assembleias e o Congresso, estiveram em recesso; portanto, inexistia poder legislativo a legislar sobre organização municipal.

Com a Constituição de 1946 ficou definitivamente esclarecido que a intervenção do Estado no Município só se daria em casos de impontualidade no pagamento de seus débitos, para regularização de suas finanças.

Era de se argumentar, em consequência deste princípio da não intervenção estatal nos Municípios, que a imposição de uma lei orgânica aos Municípios não passava de uma forma de intervenção proibida, na medida em que essa norma violava a autonomia consagrada como princípio constitucional.

Apesar disso, à exceção do Rio Grande do Sul, os demais Estados impingiram aos Municípios normas organizacionais, muitas delas fulminadas

de inconstitucionalidade declarada pela Suprema Corte, embora parcialmente.

A partir de 1964, com os atos institucionais, a União passou a legislar em matéria organizacional dos Municípios com intensidade, como fez também, em relação aos Estados. Esses atos iriam ter influência direta na Constituição de 1967 e nas emendas a partir de 1969.

Duas leis de importância foram promulgadas ainda sob a égide da já mutilada Constituição de 1964: a Lei n.º 4.520/64 e a Lei n.º 5.172/64.

Pela primeira se ordenou, a nível nacional, as normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal; e, pela segunda, igualmente se instituiu normas gerais de direito tributário aplicável à União, aos Estados e Municípios.

Nesse campo de competência legislativa da União, os Municípios ficaram a salvo de incursões intervencionistas daqueles Estados, que sempre avançaram no branco deixado pelo legislador federal, sob a alegação de possuírem competência supletiva.

Ainda antes da vigência da Constituição de 1967, quando esta já se encontrava promulgada, eram baixados dois decretos-leis que até hoje exercem grande influência prática na vida dos municípios: os Decretos-Leis n.ºs 200 e 201, de 1964. O Decreto-Lei n.º 200 foi revogado parcialmente pelo Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986.

O Decreto-Lei n.º 200, que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa, diretamente alcançou os Municípios relativamente às licitações, por força da Lei n.º 5.456, e, indiretamente, criou o modelo de modernidade administrativa que se foi introduzindo a nível local, principalmente quanto à área de planejamento e à descentralização.

O outro, o Decreto-Lei n.º 201, regulou a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, revogando a legislação federal anterior (Lei n.º 211), ambos de duvidosa constitucionalidade, face à consagrada autonomia municipal. Firmou-se a competência da União na matéria, por via de decretos-leis, excluindo, de vez, a impertinência do legislador estadual.

Ao nível da Constituição do Brasil, vigente de 15 de março de 1967 a 17 de outubro de 1969, com a introdução no texto de disposições normatizadas em atos institucionais, as alterações principais se deram, expressamente, na restrição aos Estados para criarem municípios e, implicitamente, na organização local.

O artigo 14 remeteu à lei complementar a forma de criação de Municípios, retirando dos Estados a liberdade de criarem, ao seu talante, novos Municípios.

A Lei Complementar n.º 1 foi inovadora porque concedeu às populações dos distritos o direito de pleitearem às assembleias legislativas serem consultadas pela Justiça Eleitoral, mediante plebiscito, satisfeitas as exigências da lei complementar, sobre a criação ou não do novo Município.

Como se vê, essa norma, ainda vigente em termos práticos, retirou do Estado, especificamente do Executivo, o poder de decidir politicamente sobre a conveniência de se criar ou não novos Municípios.

Disponha ainda o art. 15 da Carta Constitucional de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969, que "a criação de Municípios, bem como sua divisão em distritos", dependeria de lei estadual.

Determinava ainda o art. 15 citado:

"A organização municipal poderá variar, tendo em vista as peculiaridades locais."

Não remeteu ao legislador estadual essa organização, como fez, expressamente, relativamente à criação dos Municípios.

Decorrentemente, aplica-se o princípio de que a competência implícita do Município afasta a igual competência dos Estados, uma vez que seus poderes, pelo § 1.º do art. 13 da Constituição citada, eram aqueles não conferidos à União ou aos Municípios.

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 1/69 e outras disposições constitucionais, leis complementares e legislação ordinária referente à matéria organizacional do Município, pode-se dizer que os Estados, ao impingirem aos Municípios uma lei orgânica, nada mais podiam fazer afora a fixação proporcional do número de Vereadores e a compilação do já disposto pela União, mesmo assim com quebra do princípio constitucional da autonomia municipal e, ainda, violando dispositivo expresso da Constituição, já referido, pelo fato da não observância pelo Estado das peculiaridades locais.

Hoje sobre a matéria não mais pairam dúvidas, em face do texto da Constituição vigente a partir de 5 de outubro de 1988, que conferiu aos Municípios o dever-poder da auto-organização.

Segundo a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 29, "o Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição do respectivo Estado.

Por outro lado, o art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias concede a cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, o prazo de um ano, a contar da promulgação da Constituição Federal, para elaborar a Constituição do Estado, obedecidos os princípios da Lei Maior.

O parágrafo único do mencionado artigo determina que, promulgada a Constituição do Estado, a Câmara Municipal, *no prazo de seis meses*, vote a *Lei Orgânica respectiva*, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual.

Portanto, até que se promulgue a Constituição do Estado, não há falar em votação das novas Cartas Municipais, que estão subordinadas aos princípios daquele diploma constitucional.

O tempo de vigência das atuais Leis Orgânicas outorgadas pelos Estados está no fim, restando pouco para que os Municípios brasileiros tenham, como assim se espera, leis de organização que se preocupem especialmente, com o seu próprio *modus vivendi*, isto é, com as peculiaridades locais.

Muito sabiamente, assim como a Organização Municipal Brasileira se iniciou com instituição da Câmara de São Vicente, de forma independente com relação à Ordenação do Reino, também hoje se devolveu às Câmaras Municipais o seu prestígio, ao votarem as Cartas Constitucionais.

III — A Câmara Municipal como poder constituinte

Na terminologia jurídica é o vocábulo *constituente*, derivado do latim, *constituens*, aplicado para indicar tudo o que se constitui ou a pessoa que constitui.

Denomina-se constituinte o Congresso ou Assembléia que está investida de poderes para instituir ou estabelecer uma Constituição.

É a Constituição que traça normas de organização do Estado e dos Poderes Públicos, disciplina suas competências e estabelece, dentre outros, os rumos do Estado Moderno.

É o Poder Constituinte superior ao próprio Estado, já que é o Poder responsável pela sua organização.

Segundo o grande mestre SEABRA FAGUNDES, o Poder Constituinte “é a manifestação mais alta da vontade coletiva, que cria o Estado (ou o reconstrói), por meio da Constituição, lei básica em que lhe determina a estrutura geral, institui a autoridade, delimitando a organização dos poderes públicos e define os direitos fundamentais do indivíduo.

A Constituição é, assim, a expressão primária e fundamental da vontade coletiva, organizando-se juridicamente no Estado, que com ela principia a existir e segundo ela demanda os seus fins”.

Tendo por base esta doutrina, pode-se dizer que foi a Câmara Municipal investida, por força do disposto no art. 29 da atual Constituição, de *Poder Constituinte*, quando lhe foi conferido o direito de votar, isto é, de constituir a Organização do Município, de se manifestar, de aprovar, de emendar a Lei Orgânica Municipal, a que preferimos chamar de *Carta Municipal*.

Se “poder” significa capacidade de a Câmara opinar, discutir, votar e emendar o projeto de Lei Orgânica e “Constituinte”, na acepção da palavra, é aplicado para indicar a pessoa ou o órgão que se constitui para realizar determinada tarefa; se constituinte diz respeito à Constituição e se a Constituição tem por fim precipuo a organização do Estado, pode-se afirmar sem sombra de dúvidas, analogicamente, que a Câmara, ao votar a Lei Fundamental de Organização Municipal, atua, na verdade, como Poder Constituinte. Ela irá dispor sobre a organização do Município, recebendo do legislador constituinte, que detém o poder máximo, capacidade de votar a Lei Maior do Município.

Desempenha o Vereador, no exercício desta função, no âmbito municipal, o mesmo papel que, nas devidas proporções, os membros do Congresso Nacional e da Assembléia Legislativa, investidos do Poder Constituinte, realizam quando votam a Lei Básica do país ou do Estado, aquela que organiza e lhe determina as competências.

IV — *Principais Diretrizes para as Cartas Municipais*

a) Obediência aos princípios constitucionais

Os Municípios na Constituição brasileira de 98, apesar de todas as expectativas em torno de grandes alterações e melhorias financeiras, ainda permanecem em situação de penúria.

É que sempre foram e continuam sendo tratados pelo legislador constituinte de modo idêntico, apesar da disparidade entre os mesmos. Sabe-se que estes se classificam em urbanos, rurais, dormitórios, turísticos, industriais, agrícolas e outros.

Todos têm a sua especificidade.

No entanto, no texto constitucional há uma nivelção entre eles. Perdeu-se a oportunidade de se lhes dar um tratamento desigual, principalmente a nível tributário, para se lhes fazer justiça, pois a verdadeira igualdade consiste em tratar de forma desigual seres ou entes desiguais entre si, na medida em que estes se desigualam.

Não se pode, contudo, negar os avanços no que diz respeito à repartição das rendas tributárias, embora esta se faça com os mesmos índices para todos os Municípios sem qualquer distinção.

Esse tratamento unívoco contribui para que ainda mais se acelerem as disparidades.

Esta visão resumida dos Municípios no texto da Constituição é necessária, para que possamos nos situar dentro da realidade constitucional, a fim de traçarmos as principais diretrizes para as Cartas Municipais.

A primeira diretriz será, sem dúvida, o respeito às *Normas Centrais*, vale dizer, aos *princípios da Constituição da República e do Estado*, tendo por base o próprio art. 29 de nossa Carta Magna, que preceitua:

“Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os *princípios* estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado” e os demais preceitos expressos no mencionado artigo.

Assim sendo, todo o capítulo IV intitulado *Dos Municípios*, a partir do art. 29 até o art. 31, seus parágrafos e incisos, terá de ser estritamente observado.

Quanto ao art. 30, que cuida das matérias de competência dos Municípios, a relação não é exaustiva, podendo haver outras matérias, desde que não estejam inseridas na competência da União ou dos Estados.

O parágrafo único do art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina o prazo de seis meses, após a promulgação da Constituição do Estado, para que a Câmara Municipal vote a Lei Orgânica, *respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual*.

Achamos por bem dispor em grupos esses princípios, para maior facilidade em traçarmos as diretrizes básicas para as Cartas Municipais.

Princípios constitucionais

Primeiro Grupo

Trata-se dos *Princípios Constitucionais propriamente ditos*, ou clássicos, expressamente consignados no texto da Constituição.

A exemplo, no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, está: “Todos são iguais perante a lei”. É o princípio da isonomia, que deve ser observado como norma de conduta da Administração Pública, relativamente a todos, indistintamente.

As Cartas Municipais deverão assegurar igualdade de tratamento aos munícipes, quer como participantes de processos licitatórios, quer como servidores públicos e em todas as situações.

O art. 5.º institui uma *sede pletórica de direitos e deveres individuais e coletivos*, que precisa ser considerada em razão de sua importância e por estar contida no Direito das Nações civilizadas de todo o mundo.

Princípios da Administração Pública

O Capítulo VII — *Da Administração Pública* — deve merecer atenção especial, especificamente no que tange aos princípios de *legalidade, impes-*

solidade, moralidade e publicidade, que devem nortear todos os atos da Administração Pública.

Princípios que constituem vedações

Ao se organizar, não pode o legislador se esquecer Das Limitações do Poder de Tributar (art. 50), das Imunidades e outros, além do art. 152, que veda ao Município, assim como aos Estados e Distrito Federal, estabelecer diferença tributária entre bens e serviços de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

Também os princípios relativos à *Seguridade Social* (arts. 194, 195, incisos e parágrafos), *Assistência à Saúde* (art. 199), *Previdência Social* (art. 201, incisos e parágrafos), *Assistência Social* (art. 203 e incisos), *Ensino* (art. 206 e incisos), *Família* (art. 226 e parágrafos), além de outros, devem ser obedecidos.

Segundo Grupo

O segundo grupo traça os princípios circunstanciais que têm seus objetivos expressos por meio de normas que visam alcançar certa finalidade, somente em face de determinadas circunstâncias previstas no texto constitucional.

Neste grupo está o princípio de *Não Intervenção do Estado nos Municípios*. A intervenção só irá se efetivar diante dos casos expressamente consignados, de conformidade com o disposto no art. 35 da Constituição.

De nada adiantará a Carta Municipal dispor de forma diversa da prevista no dispositivo constitucional citado, seja para ampliar ou para diminuir os casos de intervenção estatal. Terá, simplesmente, de respeitá-los, sob pena de incorrer no vício da inconstitucionalidade.

Terceiro Grupo

No terceiro grupo, enfocaremos os princípios reguladores de competência, cujas normas regulam o *sistema de competência comum e privativa*.

O art. 23 da Constituição trata de *Competência Comum* entre as três esferas de Governo.

Os arts. 29, 30 e 31 dispõem sobre competência privativa, porém limitada pelos princípios e normas da Constituição Federal e Estadual, que regulam a matéria.

O art. 156 trata da competência privativa do Município quanto à instituição dos impostos que lhe foram atribuídos pela Constituição.

A nosso ver, é este último artigo citado mais uma norma preordenada a ser simplesmente obedecida do que uma competência privativa do Município, já que este em nada poderá modificar a matéria nem mesmo sob pre-

texto de ampliar suas receitas, não podendo legislar sobre tributos de sua competência, mas tão-somente instituí-los nos moldes constitucionais e arrecadá-los.

No mesmo sentido, as normas do art. 158, que dispõem sobre a Repartição das Receitas Tributárias.

Quarto Grupo

No quarto grupo, colocamos as chamadas *Normas de Preordenação*, que visam ordenar, antes, o comportamento do legislador quanto à matéria, tais como:

1 — art. 29: estabelece o procedimento do constituinte municipal (Vereador) na votação das Cartas Municipais;

2 — art. 31: determina como será exercida a fiscalização do Município;

3 — art. 37, I a XXI e seus parágrafos: traçam regras a serem observadas pela Administração Pública, nos três níveis de governo;

4 — arts. 39, 40 e 41: estabelecem preceitos relativos aos servidores públicos civis, que terão de ser também respeitados pela União, pelos Estados e Municípios;

5 — o art. 75 dispõe sobre a aplicação das normas relativas à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas do Estado e do Distrito Federal, bem como aos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Este é, pois, o conjunto de normas preordenadas ou princípios centrais. Estão delineados no texto da Constituição, devendo ser acatados pela Constituição dos Estados e pelas Cartas Municipais.

b) O problema das competências

Preferimos considerar os sistemas de competências como um problema à parte, já que este deverá ser perfeitamente entendido pelo constituinte municipal, a fim de que possam ser eliminadas dúvidas quanto ao ordenamento constitucional.

Tendo por fundamento as lições do mesmo DALMO DE ABREU DALLARI em *O Estado Federal* “o problema das competências pode ser considerado o ponto central da organização federativa. É indispensável, antes de tudo, que a distribuição das competências entre a União e os Estados seja feita na própria Constituição, para não haver o risco de que a perda ou a redução excessiva das autonomias rompa o equilíbrio federativo ou mesmo anule a federação, criando um Estado que, na realidade, seja unitário pela centralização do poder. É importante acentuar que no Estado Federal o que

se tem é uma descentralização política e não apenas administrativa, isto é, existem múltiplos centros de decisão, cada um tendo exclusividade em relação a determinados assuntos, o que é muito mais do que a simples descentralização da execução.

Os seguintes pontos são fundamentais quando se trata do problema das competências:

1.º — É indispensável que não se estabeleça a supremacia da União ou das unidades federadas, devendo-se procurar uma *distribuição de competências equilibradas* (grifos nossos) *que assegure a autonomia de cada centro de poder, sem prejudicar a eficiência de qualquer um deles. Nem as unidades federadas devem ser subordinadas à União, nem esta deve ser sujeita àquelas.*

2.º — Como regra, à União são atribuídas competências para as matérias de interesse geral, que importam a todo o conjunto federativo, ficando com as unidades federadas os *assuntos de interesse preponderantemente local ou que se supõe serão tratados com mais propriedade e eficiência se entregues ao poder local* (grifos nossos).

3.º — É conveniente que se faça a enumeração das competências na própria Constituição, para reduzir a possibilidade de conflito ou de dúvida, mas deve ser desde logo estabelecido a quem pertence a competência residual ou remanescente, isto é, quem tem o poder e a obrigação de cuidar dos assuntos não contidos na enumeração.

Deve-se recorrer à Constituição para se saber de quem é a competência e a qual dos entes federativos ela pertence.

Não se pode perder de vista que a distribuição de competências significa uma atribuição de poderes e, ao mesmo tempo, de encargos, pois *quem recebe a competência para determinado assunto é que deve legislar sobre ele* (grifos nossos) e adotar as providências de que ele necessite no âmbito da administração pública, inclusive a criação e a manutenção de serviços. *Maior número de competências pode significar mais poder político, mas significa também maiores encargos, mais responsabilidade*".

Dentro do atual sistema de competência da Constituição, a União foi a mais beneficiada.

Ficou com a competência privativa para legislar sobre determinados assuntos (os expressos no art. 22), além de toda a extensa gama de competências, de que trata o art. 21, e da competência comum (art. 23).

Quando não possui competência privativa ou concorrente, a União dispõe de competência comum com os Estados e Municípios, prevalecendo suas normas sobre as dos Estados e as destes sobre as dos Municípios.

Aos Estados coube a competência residual, ou seja, o direito de legislar supletivamente, quando a matéria não for de competência exclusiva da União.

Quando inexistir lei federal sobre normas gerais, no âmbito da legislação concorrente, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena, para atender às suas peculiaridades.

Entretanto, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

De acordo com a doutrina exposta, quem recebe a competência para determinado assunto é que deve legislar sobre ele.

No entanto, não foram esses ensinamentos alvo de respeito pelo legislador constituinte.

A exemplo, o texto constitucional declara que é *competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios* proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos. Entretanto, *foi excluída a competência do Município para legislar sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.*

Deverá também o Município proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência. *No entanto, não poderá legislar sobre educação, cultura, ensino e desporto.* Outros contra-sensos foram cometidos nesse sentido.

O que não se pode negar, e voltamos a insistir, é a lamentável perda sofrida pelos Municípios no tocante à competência para legislar sobre assuntos de seu *peculiar interesse*, com plena autonomia.

Aboliu-se o respeito do legislador federal e estadual diante da competência municipal, em se tratando de assuntos locais, se estes, apesar de locais, pertencerem às esferas de competência da União e dos Estados.

Em se tratando de poderes comuns, a supremacia das leis federal e estadual é indiscutível.

Não mais têm os Municípios poderes enumerados e, ainda, os que defluem destes, de maneira implícita ou explícita, como na Constituição anterior.

Certo é que mais uma vez saiu a União fortalecida, vindo, a seguir, os Estados-Membros e, por último, os Municípios.

c) Vícios a serem evitados

Deverão ser extirpados das Cartas Municipais todos os vícios que fazem parte das Leis Orgânicas atuais, vale dizer, da totalidade ou, senão, da quase totalidade das leis impostas pelos Estados aos Municípios brasileiros.

Primeiramente, deve-se evitar *a mania de cópia do legislador brasileiro*, pois, assim, serão repetidos os mesmos vícios das Leis Orgânicas Estaduais,

além de não terem aqueles diplomas legais qualquer preocupação com a realidade local, com as peculiaridades de cada um.

Nunca se esquecer de que há Municípios urbanos e rurais, pobres e ricos, industriais e agrícolas. Cada qual com a sua lei, de acordo com o seu *modus vivendi*, os seus interesses próprios, as suas condições econômico-financeiras e sociais.

Outro cuidado, será o de não inserir matérias totalmente alheias ao conteúdo das Cartas Municipais.

Não se deve explicitar assuntos que, por descerem a minúcias, talvez sejam melhor colocados em outro diploma legal, tais como o Regimento Interno de uma Câmara Municipal, ou constituírem objeto de um Código de Polícia Administrativa, de um Código de Obras, de um Plano Diretor do Município, de um Código Tributário ou mesmo de uma Lei de Pessoal ou de Organização Administrativa de um órgão.

Nas Cartas Municipais deve-se traçar as linhas gerais de organização, de estrutura e de funcionamento do governo municipal, sem se ater a detalhes, que serão objeto de diplomas legais específicos.

Deve-se ainda extirpar do texto o chamado *falso didatismo*, ou seja, sob pretexto de ensinar, incluir no texto das Cartas Municipais tudo o que interesse ou possa interessar aos Municípios, inclusive textos completos da Constituição, das Leis Federais e Estaduais, de cumprimento obrigatório.

Deste modo, a lei, que poderia ter um número bastante inferior de artigos, passa a ter o triplo, sem necessidade, criando situações complexas e dificultando a simplicidade que deve ter o texto legal.

Devem também ser evitados os *vícios de competência*, que são cometidos ao se transcrever matéria de lei federal ou estadual. Corre-se o risco de que, com a transcrição, além de se incorrer no vício de competência, a legislação municipal se desatualize celeremente, em face das constantes mutações desses preceitos, obrigando-se o cumprimento de regras já revogadas.

O problema se agrava ainda mais quando se copia apenas parte do sistema, ignorando-se o conteúdo do todo.

A exemplo, de que adiantará copiar nas Cartas Municipais parte da Lei Federal de Orçamento ou parte do Código Tributário Nacional, se se deve obedecer a toda legislação?

Não devem as Cartas Municipais conter uma miscelânea generalizada de normas, inclusive que não têm aplicação prática no Município, em razão das peculiaridades locais.

Devem, pois, ser, na medida do possível, sucintas e voltadas para os assuntos de interesse local, contendo regras gerais de organização do governo municipal e dos serviços públicos locais, respeitados os princípios já enumerados da Constituição Federal e do Estado.

V — Inovações a serem introduzidas no texto das Cartas Municipais

a) Governo participativo

Por *governo municipal* entende-se não só o Poder Executivo, que tem como chefe o Prefeito, como também a Câmara Municipal, órgão do Poder Legislativo.

O conceito de *governo* é mais amplo do que o de Administração Pública, envolvendo, a nível municipal, os dois Poderes Públicos (Executivo e Legislativo), razão pela qual preferimos usar o primeiro.

Não se tem muito o que inovar em termos de Administração Pública.

Entretanto, ao organizar o Governo do Município, poderão as Cartas Municipais ter como princípio inovador a instituição de um *Governo mais participativo*, vale dizer, constituído à base de Conselhos Comunitários, formados de membros das diversas classes e categorias sociais, de representantes das associações de bairros e dos vários segmentos da sociedade local, que irão funcionar, paralelamente, junto da Administração Pública e da Câmara Municipal, buscando alcançar, unicamente, o mesmo fim: o bem comum, o interesse público. Esses Conselhos não representam violação às bases do regime democrático indireto de representação política, pois irão funcionar ao lado do Prefeito e dos Vereadores, participar do processo administrativo, sem, contudo, substituí-los. Também deverão agir de forma a não violar o princípio de independência entre os Poderes Públicos, no caso, Executivo (Prefeito), de um lado, e Legislativo (Câmara Municipal), de outro.

Várias formas de se obter um Governo participativo, por meio da atuação efetiva de representantes da comunidade, poderão ser inseridas nas Cartas Municipais.

A própria Constituição prevê a *participação do povo no governo*, quando no processo legislativo federal inclui em seu texto a iniciativa popular, que pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído, pelo menos, por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento do eleitorado de cada um deles.

No mesmo sentido, poderão as Câmaras Municipais admitir a iniciativa de projetos de lei, desde que assinados por, no mínimo, *um por cento do eleitorado municipal*, distribuído, inclusive, pelos distritos, cuja participação torna-se necessária com um percentual mínimo de eleitores de cada um deles, quando se tratar de matéria de interesse também dos mencionados distritos.

A participação consiste em tomar parte ativa nas decisões governamentais e não apenas de alguma maneira, no processo que leva à respectiva

resolução. Consiste em governar, em intervir no Governo de forma real e decisiva.

A participação política permite às comunidades utilizar o conhecimento de suas necessidades para resolver os assuntos que a elas interessam. Afirma com razão que DR. JOSÉ CONSUEGRA: "Ninguém pode, por mais bem intencionado que seja, manifestar melhor do que as próprias pessoas, o que convém às regiões periféricas onde vivem".

Durante séculos negou-se aos mais necessitados a participação que merecem, alegando sua escassa instrução e incapacidade para compreender sua própria situação. O primeiro argumento leva as autoridades centrais e os que têm um "saber conhecido" a determinarem quais as necessidades reais daquela parte da população. Ninguém é mais consciente do que o outro; o que acontece é que *pessoas diferentes são conscientes de coisas diferentes*.

O avanço que se registra na participação política, embora seja considerável em nossa democracia restrita, é nada mais do que um incentivo para outras conquistas, como o direito de ser nomeado para cargos na administração pública com base no mérito, de intervir na formação da opinião pública, bem como a participação na orientação política geral da sociedade.

Na Colômbia, hoje, fica cada vez mais evidente a exigência da participação das pessoas e entidades no governo, nas empresas, na Igreja, nas Forças Armadas, na economia e nos meios de informação. A participação dos colombianos na política por meio de voto direto, até 1985, limitava-se à eleição do Presidente da República, dos deputados federais e estaduais e dos vereadores.

Em 1986, pelo Ato Legislativo n.º 1, foi estendida à eleição dos prefeitos — pelo voto dos cidadãos — e à conduta popular para decidir sobre assuntos de interesse dos habitantes do respectivo Município. A Lei n.º 11 permitiu a eleição, pelo voto direto dos cidadãos das zonas urbanas (comunas) e dos distritos rurais (corregimientos), de pelo menos um terço dos membros que formam as juntas administrativas locais e a eleição de delegados para as juntas ou conselhos administrativos das entidades descentralizadas, por parte das entidades cívicas e das ligas de usuários, na proporção de um terço.

A decisão dos cidadãos para eleger, pelo voto direto, os dirigentes para os novos postos mencionados é um avanço considerável na participação política, que permite às comunidades utilizar o conhecimento de suas necessidades para resolver os assuntos que a elas interessam.

Consideramos de grande vantagem a consulta prévia à população interessada, como acontece na Colômbia, sobre determinados assuntos, tais como *o uso do solo urbano, as definições quanto à política de transporte*

coletivo e de outros serviços públicos considerados essenciais à coletividade.

Em termos de participação administrativa, poderá o prefeito, previamente autorizado pela Câmara, *firmar convênios com as associações comunitárias para melhoria das obras públicas, as associações recreativas para melhoria do lazer, as sociedades de defesa civil e de usuários, domiciliares no Município e que sejam pessoas jurídicas, sem fins lucrativos, a fim de participarem do exercício das funções e da prestação dos serviços referentes ao Município.*

A participação das entidades cívicas na administração local por meio de contrato — o que se chama de participação comunitária — pode ser benéfica para ambas as partes, especialmente para os Municípios. Na verdade, ao fazer um contrato, o Município diminui sua ação direta, ao mesmo tempo que aumenta sua eficácia, quando, por exemplo, as *associações comunitárias fazem a manutenção das estradas vicinais e reparos em escolas, e as sociedades, para melhoria das obras públicas, fazem a manutenção e melhoria de parques e a arborização urbana, sempre que essas entidades atuem com eficácia.*

As entidades cívicas beneficiam-se com a participação por contrato sempre que essas atividades estejam ligadas aos seus próprios objetivos, porque podem cumprir mais facilmente o propósito para o qual foram criadas.

Esse é o sistema que vem sendo adotado pelo Governo colombiano, que poderá perfeitamente ser adaptado à nossa realidade, assim como o sistema francês de governo.

Dentro do Governo participativo, poderão ser instituídas outras formas de participação comunitária como: *a) vistoria de problemas urbanos por um representante das associações de bairros; b) a instituição de campanhas de conscientização do povo para manutenção da cidade limpa; c) o uso de palestras para a tomada de consciência popular, de medidas higiênicas e sanitárias; d) o envolvimento dos proprietários rurais em tarefas educacionais; e) a participação da comunidade no planejamento urbano, no sistema de transporte coletivo; f) o sistema de mutirão para construção e melhoria de escolas, de hospital rural etc. g) líderes comunitários conservando praças da cidade; h) a instituição de um mutirão verde para plantio de árvores etc.*

A participação é um movimento histórico para a descentralização governamental, o ideal de realização do governo democrático, a representação popular, a distribuição de rendas e a supervisão comunitária.

b) Criação da Ouvidoria do Povo

Muito combatida e criticada por uns, embora arduamente defendida por outros, os constituintes do Estado de Minas Gerais depararam com a criação da Ouvidoria do Povo, no anteprojeto da Constituição mineira.

Inovação maior não poderia acontecer. Tiveram os constituintes um certo receio, pois tudo o que inova geralmente assusta.

A clássica figura do Ouvidor Mor existiu no Brasil na época colonial, com grande sucesso, e nos Estados europeus e outras Nações desenvolvidas é tradicional a figura do "Ombudsman", instituto de experiência já vitoriosamente comprovada.

O "Ombudsman", com o nome de direito mais adequado a cada país, é instrumento eficaz para a boa e correta aplicação das leis. Ele se encaixa na doutrina norte-americana dos pesos e contrapesos, indispensáveis no regime democrático, onde cada poder exerce controle sobre os outros, de modo que haja harmonia entre eles.

No Brasil, a denominação do instituto equivalente seria a "Ouvidoria do Povo", com a figura do Ouvidor.

Na terminologia do Direito antigo, Ouvidor era a denominação atribuída ao juiz que os donatários punham em suas terras, denominação que existiu mesmo após a extinção das capitanias.

As Ouvidorias, que exprimiam o cargo e ofício do Ouvidor, foram extintas pela lei de 19 de julho de 1790 e substituídas pelas corregedorias.

Ouvidoria vem de "ouvir", e o povo precisa ser ouvido para que haja participação mais direta deste no processo democrático.

A experiência histórica indica a necessidade de introduzir nas Cartas Políticas Municipais formas jurídico-constitucionais verdadeiramente democratizantes do exercício do poder político.

É estranho que um poder dito democrático resista à fiscalização de outro poder igualmente democrático.

Na hipótese do "Ombudsman", o que é bom para tantos países desenvolvidos, haveria possibilidade de dar certo no Brasil, desde que adaptado o instituto à realidade brasileira.

Poderia, por exemplo, ser adotado o sistema de "Ouvidoria do Povo", no âmbito municipal, órgão com a função de auxiliar a Câmara e as suas comissões no exercício do *controle dos atos da administração pública em geral*. A Ouvidoria poderia ser composta de representantes da comunidade e dirigida pelo Ouvidor-Geral, cujos requisitos e atribuições seriam estabelecidos em lei.

Inicialmente, não seria um órgão autônomo, mas sim um órgão público, dentro da estrutura da Câmara Municipal, para auxiliá-la no exercício de suas funções. O Ouvidor-Geral teria sua nomeação feita pela Câmara dentre pessoas que preenchem as condições estabelecidas por lei, para exercício

da função por tempo determinado, que poderia ser o de duração do mandato do Vereador.

Dentre as atribuições da Ouvidoria do Povo estaria a de apurar as reclamações contra os serviços públicos, bem como os atos ou omissões do poder público, com ofensa aos princípios a que se sujeita a Administração Pública, especialmente o da moralidade administrativa.

A Ouvidoria teria plenos poderes de requisitar dos órgãos da administração documentos, dados, informações ou certidões pertinentes ao objeto de suas atividades, *sob pena de responsabilidade* por parte das autoridades em caso de não atendimento.

Sairia, com isso, o Poder Legislativo bastante fortalecido e teria o Executivo maior respaldo popular em face desta organização, que em nada substitui o papel desempenhado pelo Poder Legislativo, mas apenas o auxilia, de forma eficiente e democrática.

Obtém-se, assim, com mais facilidade e maior rapidez a consecução dos objetivos de interesse público.

Os munícipes iriam se beneficiar muito, e o governo municipal estaria realizando suas funções com maior segurança porque teria ao seu lado o "povo ouvido" por órgão capaz de exercer somente esta tarefa, com vistas à realização do bem comum.

c) Instituição de medidas para que os serviços públicos não sejam interrompidos

A importância dos serviços públicos, conforme os ensinamentos de DUGUIT, é tão grande para a Administração Pública que o constituinte municipal deve dar-lhe aspecto preponderante na organização, visando o bem-estar da coletividade.

É o administrador público responsável pela eficiência e continuidade dos serviços públicos: transporte coletivo, água e esgoto, energia elétrica, educação, saúde e outros.

Serviços há que são considerados essenciais à coletividade, que deles não pode prescindir.

O conceito de serviços essenciais é para nós bastante subjetivo, dependendo de cada circunstância, embora alguns, pelas suas características marcantes de essencialidade, possam ser facilmente detectados, porque estão diretamente relacionados à vida do ser humano. A exemplo, o serviço de abastecimento de água.

A Constituição brasileira atual assegura o direito de greve para o servidor público, inclusive. Caberá à lei definir os serviços ou atividades essenciais e dispor sobre o atendimento às necessidades inadiáveis da comuni-

dade. Esta já os definiu. Não podem ser, de modo algum, paralisados ou interrompidos.

Portanto, serviço essencial à coletividade será aquele que o ordenamento jurídico assim o definir como tal.

Caberá, pois, ao *direito positivo* dizer quais são os serviços essenciais e as formas de se atender às necessidades coletivas.

Para garantir a continuidade dos serviços públicos, devem os governantes intervir com o monopólio da força que eles detêm. Daí o reconhecimento do *jus imperii* do Estado, daquilo que a doutrina francesa chama *puissance publique* e que leva, inclusive, à alteração unilateral dos contratos de concessão feitos pelo poder público.

Não se pode deixar ao alvedrio do administrador público a tomada de decisões que dizem respeito à garantia da prestação desses serviços.

Trata-se de direito do usuário e de dever do poder público a sua prestação em caráter contínuo.

Por isso devem as medidas estar previstas em lei, de modo a não se permitir a sua interrupção.

As Cartas Municipais definirão os serviços a serem realizados mediante *concessão, permissão ou autorização* e os que serão prestados pela *própria Administração Pública* ou por *seus órgãos*, por meio de *entidades autárquicas e paraestatais* que integram a administração indireta.

Será conveniente o uso de sanções aplicadas aos responsáveis pela execução dos serviços públicos, em casos da não continuidade dos mesmos, além da retomada destes pelo poder público. Para isso, deverá o município se aparelhar como prestador de serviços, seja de forma direta ou indireta.

Também se poderá cogitar nas Cartas Municipais da municipalização dos serviços públicos, entendendo-se por esta um segundo sentido dado por Mário Masagão, que significa a atribuição aos Municípios, com caráter de monopólio, de serviços que comumente são executados por particulares.

A municipalização poderá ocorrer se houver interesse público e se a realidade local assim o permitir.

"*Certos Interesses*", afirma o Prof. PAULO NEVES DE CARVALHO, "por sua direta e próxima vinculação ao indivíduo e ao grupo, devem efetivamente ser confiados à *Entidade Municipal*".

VI — Conclusão

Não se pode ter a pretensão de traçar diretrizes para as Cartas Municipais, estabelecendo as suas linhas mestras, sem antes se fazer toda uma

regressão ao passado histórico, que deu origem à Organização Municipal brasileira.

Segundo o processo evolutivo, partimos para o Sistema de Cartas Próprias mantido pelo Estado do Rio Grande do Sul, para uma breve análise das Leis Orgânicas Municipais impingidas pelos Estados aos Municípios e dos vícios desses diplomas legais, que deverão ser evitados pelos constituintes municipais.

Procurou-se, ainda, mostrar o novo panorama dos Municípios brasileiros na atual Constituição, seus avanços e derrocadas de alguns institutos, principalmente o da autonomia municipal, apesar do direito concedido às Câmaras de votarem as Cartas Municipais.

Foi necessário também a explicação do sistema de competência no novo texto constitucional para que se possa compreendê-lo, separando-se o que cabe ao Município legislar segundo os critérios de competência comum; o que lhe resta sobre determinados assuntos, que, mesmo de interesse local, foram colocados no campo da competência residual do Estado.

Os grandes avanços alcançados também mereceram destaque, considerando que a elucidação geral do texto da Constituição, na parte que diretamente interessa aos Municípios, é indispensável, já que as Cartas Municipais terão de observar os princípios da Constituição Federal (normas centrais) e da Constituição do Estado.

Quanto ao conteúdo das Cartas Municipais, em resumo, este se refere às normas gerais de estrutura, de funcionamento e de organização política do governo local, compreendendo o Poder Executivo (Prefeito) e o Poder Legislativo (Câmara Municipal), além da importância a ser dada aos serviços públicos.

No tocante às inovações a serem introduzidas nas Cartas Municipais, destacam-se as formas para realização de um *Governo participativo*: vale dizer, da participação ativa da comunidade local por meio dos Conselhos e outros.

Embora esses Conselhos já existam na organização das modernas administrações públicas, a forma preconizada, isto é, o funcionamento desses nos moldes do estatuído na França, ligados diretamente ao Poder Executivo (Prefeito) e ao Legislativo (Câmaras Municipais), bem como a adoção de medidas que regulem a iniciativa de projetos de lei por uma parcela de eleitores da cidade e do distrito, têm algo de inovador.

A oportunidade que se tem hoje de realização de um Governo eminentemente participativo e de torná-lo realidade, introduzindo-o nas Cartas Municipais, ou seja, na própria Lei de Organização de Município, apresenta-se como um avanço dentro do processo municipalista e democrático.

“Não se pode esquecer de que a organização comunitária vincula-se, diretamente, à proteção dos interesses coletivos.” (Professor PAULO NEVES DE CARVALHO em *Autonomia Municipal* (XIII Encontro Nacional de Procuradores Municipais — Maceió-AL).

“E esta entrega, dos negócios municipais”, salienta JOÃO BARBALHO, “sem exceção, aos próprios Municípios, é não somente lógica num regime federal representativo como é benéfica e de salutareos efeitos”.

BIBLIOGRAFIA

- LAUBADÈRE, M. A. de — *Cours de Droit Constitutionnel* — Paris.
- DUGUIT, Léon — *Tratté de Droit Constitutionnel* — Tome Deuxieme — Paris, 1928.
- JAMERSON, Samuel Haig — *Administração Municipal* — Serviço de Publicações da Fundação Getúlio Vargas — Rio de Janeiro — 1965.
- OLIVEIRA, Yves de — *Curso de Direito Municipal* — 2ª ed., São Paulo — 1958.
- JÚNIOR, José Cretella — *Direito Administrativo Municipal* — Rio de Janeiro — 1981.
- GODOY, Mayr — Artigo publicado na *Revista da Procuradoria Geral de Municípios de Porto Alegre* — 1983.
- SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco — *Manual dos Municípios* — São Paulo — 1975.
- IBAM — *Revista de Administração Municipal* — Junho/Setembro — Rio de Janeiro — 1986.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de — Artigo publicado na *Revista de Direito Público* — São Paulo — vol. 15 — 1971.
- MUKAY, Toshio — *O Regime Jurídico Municipal e as Regiões Metropolitanas* — São Paulo — 1976.
- MELLO, Diogo Lordello de — *O Papel do Vereador e a Câmara Municipal* — IBAM — Rio de Janeiro — 1981.
- Revista de Direito Público* — São Paulo — Vol. 12 — 1970 — 16 — 1971 e 19 — 1972.
- FAGUNDES, Miguel Seabra — *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*.
- MEIRELLES, Hely Lopes — *Direito Municipal Brasileiro* — 3ª ed. — São Paulo — 1977.
- DALLARI, Dalmo de Abreu — *O Estado Federal* — São Paulo — 1986. Fundação Dom Cabral — II Fórum Jurídico.
- A Constituição Brasileira* — 1988 — Editora Forense Universitária — 1988.

A suspensão da liminar no mandado de segurança

ARISTÓTELES ATHENIENSE

Advogado e professor da PUC-MG

SUMÁRIO

1. *Condições para o deferimento da liminar*; 2. *Revogação, cassação e perempção*; 3. *Cabimento de agravo ou de um segundo mandado de segurança*; 4. *Legitimidade discutível*; 5. *Competência para o exame do pedido*; 6. *Os motivos fundamentais da suspensão*; 7. *Conceituação abrangente de "ordem pública"*; 8. *Ofensa ao princípio do contraditório*; 9. *Do recurso cabível*; 10. *Formulação do pedido na fase recursal*; 11. *A caducidade da liminar e seu reconhecimento*; 12. *Ação de reparação (art. 37, § 6º, da C.F.)*; 13. *Conclusão*

1. *Condições para o deferimento da liminar*

1.1. A liminar no mandado de segurança (art. 7.º, II, da Lei n.º 1.533/51) não está condicionada à irreparabilidade do dano, e, sim, à relevância do pedido e ao fato de a parte poder ser frustrada em sua pretensão, pela falta de aptidão da sentença, que não produzirá os efeitos pleiteados à época em que for proferida.

Daí o entendimento adotado tanto na doutrina, como na jurisprudência, de que a liminar no *mandamus* depende do pedido e se constitui em direito do impetrante, quando ocorrentes os dois indispensáveis pressupostos

(SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA — “Mandado de Segurança: apontamentos” — RTJE — vol. 46 — separata — RTJ 112/140 — Pleno — Rel. Min. ALFREDO BUZARD).

Embora a lei do mandado de segurança (art. 13) abrigue a possibilidade de suspensão da execução da sentença, após a decisão concessiva do *writ*, foi no art. 4.º da Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, que o legislador tornou extensiva aquela providência à liminar, fazendo-o mediante condições:

“Quando, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (vetado) *suspender*, em despacho fundamentado, a *execução da liminar* e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 dias, contados da publicação do ato.”

2. *Revogação, cassação e perempção*

2.1. A liminar tomada como a garantia do direito *in natura*, nos atos comissivos, tem por finalidade paralisar a eficácia do ato impugnado, enquanto que nos atos omissivos importa na antecipação da ordem final.

Se bem que os Tribunais abonem a *revogação de liminar* pelo magistrado que processa o mandado de segurança (TJSP — AI 43.259-1 — RT 598/104), há autores que consideram o termo *revogação* como impróprio, pelo fato de, no direito administrativo, a revogação induzir um juízo de conveniência e de oportunidade, incompatível com a liquidez e certeza, pertinentes ao mandado de segurança.

Como a liminar não deve ficar ao talante do Juiz, estando sujeita a requisitos, cogitar da *revogação de uma liminar* importaria em liberar o julgador dessas condições definidas em lei, o que não condiz com a sua natureza.

Já a cassação, tanto poderá resultar do fato de o Juiz ter-se equivocado, ou levado a erro, pelo requerente da segurança, ao outorgar a liminar, como, em face das informações recebidas, ou, mesmo, se com o passar do tempo, se convencer de que não havia motivo plausível para que ela continuasse a subsistir.

Quanto à perempção (ou caducidade) da liminar, esta pode ocorrer, não só quando fluir o prazo de sua duração (art. 1.º, *b*), como se o impenetrante criar obstáculo ao andamento normal do processo, deixando de

promover no prazo legal as diligências que deveria adotar, inclusive abandonando a causa por mais de vinte dias.

Propomo-nos, neste estudo, a examinar as circunstâncias em que a suspensão da liminar possa ocorrer.

5. *Cabimento de agravo ou de um segundo mandado de segurança*

5.1. É razoável a dúvida que ainda perdura na doutrina se, concedida a liminar, a decisão respectiva seria agravável, devido ao seu caráter interlocutório.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi recusado o emprego do agravo contra o despacho do juiz de primeiro grau, que deferiu a liminar, admitindo-o, apenas, como agravo regimental no caso de indeferimento liminar do próprio *mandamus*, em processo originário no Tribunal (A.I. 20.119/1 — Rel. Des. OLIVEIRA LEITE — *Dj*, 28-6-88).

Cumpre, ainda, indagar se, à falta de efeito suspensivo do agravo, seria aceitável um novo mandado de segurança, tendo por objetivo infundir tal efeito àquele recurso, contra o *deferimento in limine* da segurança.

Em verdade, mesmo que isto não constitua uma extravagância, o Supremo Tribunal Federal, aplicando a Lei n.º 4.348/64 e o art. 297 de seu Regimento Interno, afastou essa hipótese, em sessão plenária, no julgamento da Recl. 176 — SP (*RTJ* 114/448, Rel. Min. MOREIRA ALVES):

“RECLAMAÇÃO. SUSPENSÃO DE LIMINAR CONCEDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA.

O meio processual próprio para a suspensão de liminar concedida em mandado de segurança é o requerimento dirigido ao Presidente do Tribunal a que cabe o recurso contra a decisão dele.

Esse procedimento *não pode ser substituído* por mandado de segurança, que visa a cassação de liminar obtida em outro mandado de segurança, e que o *litisconsorte passivo da autoridade coatora impetra perante órgão judiciário do mesmo Tribunal* que não será competente para conhecer do recurso contra a decisão na primeira segurança.”

O relator, em seu voto, destacou que “essa suspensão só é possível na hipótese excepcional admitida em nossa legislação: se requerida por pessoa jurídica de direito público ou pelo Procurador-Geral ao Presidente do Tribunal a que couber recurso contra a decisão final no mandado de

segurança, e se houver grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

4. *Legitimidade discutível*

4.1. Esse entendimento restritivo, entretanto, não chega a ser pacífico.

Conforme sustentou o Min. ANTONIO NEDER, quando exercia a presidência daquela Corte (S. Sg. n.º 114 — SP — RTJ n.º 92/939),

“o direito de pedir a suspensão da segurança deve ser concedido não só ao Procurador-Geral da República e à pessoa jurídica de direito público interessada, *senão também às pessoas e às entidades privadas que tenham de suportar os efeitos da medida*. A todos aqueles que figurarem na ação de segurança e que forem alcançados pela sentença concessiva do *writ*, deve conferir-se o direito de pedir a suspensão da medida.”

Então, ainda que a Lei n.º 4.348/64 confira esse direito apenas a “pessoa jurídica de direito público”, identificada no art. 14 do C. Civil; embora o art. 297 do RISTF extenda o seu uso ao Procurador-Geral; a vingar aquela compreensão, também as *entidades privadas* poderão requerer a suspensão, conforme lecionou HELY LOPES MEIRELLES, ao interpretar o art. 4.º da Lei n.º 4.348/64, segundo a LICC (art. 5.º):

“A redação desse dispositivo é evidentemente defeituosa porque não só a *entidade pública*, como também o *órgão* interessado têm legitimidade para pleitear a suspensão da liminar, como ainda as *personas e órgãos de direito privado* passíveis da segurança e que suportarem os efeitos da liminar podem pedir a sua cassação. A lei há que ser interpretada racionalmente para a consecução dos fins a que se destina” (“Mandado de Segurança e Ação Popular” — RT, 9.ª ed. ampliada — 1983 — p. 53).

Ora, se o direito à suspensão da liminar pode ser exercido por “*personas ou entidades privadas que tenham de suportar os efeitos da medida*”, segundo a interpretação liberal do eminente Min. ANTONIO NEDER, será o caso, também, de aceitar que o litisconsorte necessário (art. 47, C. Pr. Civil) postule a suspensão da liminar, pelas conseqüências que esta lhe poderá trazer.

Nessa ordem de idéias, inobstante o Sumo Pretório haja negado ao litisconsorte o manejo do mandado de segurança contra a concessão da liminar (Recl. n.º 176-SP — RTJ 114/448), tal não significa que lhe vede requerer a sustação enfocada (S. Seg. 114-SP — RTJ 92/939).

5. Competência para o exame do pedido

5.1. Esta foi e continua sendo assegurada, exclusivamente, ao "Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso" (art. 4.º).

Em 1971, um deputado estadual mineiro, encontrando-se no exercício do mandato, impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente da Assembléia Legislativa que, atendendo ao resultado de uma revisão determinada pelo TRE, na zona eleitoral em que fora votado, destituiu-o do mandato, relegando-o à condição de nono suplente.

Obtida a liminar, a autoridade coatora, que representava um dos poderes do Estado, requereu ao Presidente do Tribunal de Justiça estadual a suspensão da liminar, secundado pelo litisconsorte, interessado na revogação daquele ato e que deveria assumir o lugar do impetrante, no legislativo estadual.

Este pedido, conquanto fundamentado no art. 4.º da Lei n.º 4.348/64, era dirigido ao Presidente do *mesmo* Tribunal, onde a ação mandamental fora processada.

Em face da suspensão concedida, o requerente do *mandamus* formulou reclamação junto ao STF, que foi *julgada procedente*, à unanimidade, sendo *anulado o despacho do Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça*. Entendeu a mais Alta Corte que a competência para apreciar a suspensão era do Presidente do Tribunal "ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso", e não daquele onde se dera a impetração (Recl. n.º 28-MG — Rel. Min. ELOY DA ROCHA — RTJ 65/300).

Nem o argumento usado pela autoridade coatora de que a Emenda Constitucional n.º 1 (17-10-69) havia suprimido o recurso ordinário das decisões denegatórias de mandado de segurança foi suficiente para validar o despacho impugnado.

Isto se explica pelo simples fato de que o Tribunal de Justiça *não era o órgão competente para o julgamento do recurso do writ*, cuja liminar fora concedida por um de seus eminentes Desembargadores.

6. Os motivos fundamentais da suspensão

6.1. Importa saber em que condições terá lugar a suspensão da liminar.

A Lei n.º 4.348, de 1964, editada sob a influência do movimento revolucionário daquele ano, procurou justificar a medida "para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas" (art. 4.º).

Mas, o seu responsável, como que não acreditando na eficácia dessa providência, confiada aos Presidentes dos Tribunais, procurou ser ainda mais explícito, dispondo que não seria concedida a liminar de mandados de segurança, impetrados visando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens, e que a sua execução somente seria admitida em face da *res judicata* (art. 5.º e parágrafo único).

O casuísmo empregado se explicava em face das centenas de liminares concedidas em favor de funcionários públicos e autárquicos, além da impossibilidade de reposição de diferenças salariais e outras vantagens, caso a liminar viesse a ser cassada, mais tarde, fosse na sentença ou mesmo em grau de recurso.

Não ocorreu ao legislador que o Código de Processo Civil de então, como aconteceu na atualidade (art. 804), dispunha que o beneficiário de uma medida cautelar poderia ser convocado a prestar caução, caso a decisão final lhe fosse adversa.

A bem da verdade, aquela restrição nada tinha de inédita, sabido que já em 1956 a Lei n.º 2.778 proibira a concessão de liminar em se tratando de importação de mercadorias estrangeiras, em razão dos conhecidos abusos cometidos, em prejuízo do erário público.

7. *Conceituação abrangente de "ordem pública"*

7.1. O conceito de ordem pública não deve ser confundido com o de segurança pública, que pudesse ser afetada por movimentos classistas, especialmente as reivindicações salariais.

No juízo de ordem pública está compreendido, também, a *ordem administrativa em geral*, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da administração, pelas autoridades constituídas (TFR — Suspe. Seg. n.º 4.405-SP, Min. JOSÉ NERI DA SILVEIRA — DOU, 7-12-79, p. 9.221).

A lesão de ordem pública não deve ser procurada, apenas, no ato que ensejou a ação de segurança. Pode estar caracterizada, igualmente, *no despacho que concedeu a liminar*.

O juiz, na condição de intérprete da lei, está sujeito à sua obediência, não podendo arvorar-se em legislador. Se, no entanto, atreve-se a assumir essa posição, inconciliável com a sua missão social, a sua conduta constitui uma violação da ordem pública, capaz de justificar a suspensão da liminar outorgada.

Em parecer encontrado na *Revista de Direito Administrativo* (129/289), o antigo Consultor Jurídico do DASP, Clenício da Silva Duarte, demonstrou precisamente quando isto acontece, chamando a atenção para o fato de que:

“Nenhum atentado a ordem pública assume a gravidade do que o que se caracteriza pelo desrespeito à lei por um membro do Poder Judiciário, pela sua condição constitucional de intérprete dela, não ao sabor das suas conveniências e concepções pessoais, mas segundo os princípios que informam a ordem jurídica positiva a que é submetido. O juiz não está acima da lei, visto que é seu mero intérprete, o que significa que deve desenganada obediência aos seus comandos, cuja revogação é obra do legislador e não da jurisprudência.”

Na *Enciclopédia Forense*, de FORTUNATO LAZZARO (Valiardi — Milão 1960), sob o verbete *Ordine Pubblico*, encontramos o mesmo conceito:

“Vi é, in ogni società, un ordine conforme all'interesse ai tutti gli uomini raccolti in consorzio: “ordine pubblico” sta ad indicare l'insieme dei principi fondamentali dall'osservanza dei quali dipende il buon andamento della vita sociale e che costituiscono i cardini di ogni ordinamento giuridico” (p. 417).

8. *Ofensa ao princípio do contraditório*

8.1. Tendo a Lei n.º 4.348/64 determinado que a suspensão da liminar se fizesse mediante “despacho fundamentado”, parece impraticável que isto possa ocorrer por parte do Presidente do Tribunal, sem que antes ouça a parte contrária.

A experiência tem mostrado que, na maioria dos casos, os pedidos de suspensão de liminar são concedidos sem razões concretas de interesse público, que estejam a motivar a solicitação.

Como não estão sujeitos ao crivo do contraditório, importam num atentado ao devido processo legal.

Em verdade, tanto a suspensão como a revogação da liminar estão previstas no art. 2.º da citada Lei n.º 4.348/64, ainda que, invocado o art. 807 do C. Pr. Civil, contrariem a idéia do devido processo legal, em que está inserido o princípio do contraditório, colocando em risco o direito da parte, que obteve através da liminar a antecipação dos efeitos buscados pela sentença (SÉRGIO FERRAZ, *Mandado de Segurança*, Fabris Editor, 1986, p. 16).

Vale lembrar, neste ponto, que o Regimento Interno do STF não está em sintonia com a Lei n.º 4.348/64.

Assim, enquanto aquele admite que, formulado o pedido de suspensão da liminar, por parte das pessoas indicadas no *caput* de seu art. 297, "o Presidente *pode ouvir o impetrante*, em cinco dias"; já o art. 4.º da Lei n.º 4.348 não cuida dessa manifestação, não sem que o Presidente do Tribunal tenha a obrigação de determinar a oitiva da parte contrária.

Em se tratando de suspensão de liminar, formulada junto ao Supremo Tribunal Federal, haverá a possibilidade, deixada ao arbítrio de seu Presidente (e não a obrigação), de mandar ouvir o impetrante da segurança, a respeito da suspensão da execução da liminar ou da sentença concessiva do *mandamus*.

No entanto, caso o pedido de sustação ocorra em outra Corte, que não o Supremo Tribunal Federal, inexistirá semelhante oportunidade, sem que o impetrante tenha meios de refutar os argumentos utilizados pelo requerente da suspensão, enfrentando os motivos que servem de supedâneo à pretensão.

9. Do recurso cabível

9.1. Tanto a Lei n.º 4.348/64, como o RISTF, indicam o agravo como sendo o recurso hábil no combate à decisão presidencial que deferiu a liminar.

A experiência tem demonstrado que dificilmente a decisão proferida é reformada, ainda que no Tribunal de Justiça de Minas Gerais isto já tenha acontecido (ARSL n.º 26 — 23-12-87 — rel. Des. RÉGULO PEIXOTO). acolhendo a preliminar de ilegitimidade de parte, em razão da suspensão ter sido requerida por uma sociedade comercial.

Comumente, concedida a suspensão, já com o peso da autoridade da manifestação do Presidente do Tribunal, ainda que o impetrante conte com um agravo para o Pleno, este limita-se a confirmar aquilo que o Presidente já anunciou, sem que ao agravante seja dado sequer o ensejo de produzir sustentação oral na sessão de julgamento.

Ainda, quanto a esse recurso, convém anotar que, *ex vi* do art. 297, § 2.º, do RISTF, e da Súmula 506, que interpretaram a Lei n.º 4.348/64, o agravo somente será possível "... do despacho do Presidente que deferir a suspensão da liminar, em mandado de segurança, e não do que o denega".

Conforme lembrou CELSO BARBI, apesar de a Súmula só se referir ao presidente do Pretório Excelso, a regra nela consolidada é aplicável aos presidentes dos demais tribunais (*Do Mandado de Segurança*, Forense, 1976, p. 294).

É oportuno sublinhar a divergência existente entre o que está na Lei n.º 4.348/64 e o RISTF, no que diz respeito ao prazo recursal.

Assim, enquanto que a lei prescreve o uso de um agravo, sem efeito suspensivo, "no prazo de 10 dias, contados da publicação do ato", já o RISTF prevê, apenas, o emprego do agravo regimental que, por força do art. 317 daquele Estatuto, deverá ser interposto no *quinquídio*.

Em consequência: o agravo da decisão que susta a liminar será interposto no Supremo Tribunal Federal, em *cinco dias* e, nos demais Tribunais, em *dez*, a não ser que os Regimentos Internos das outras Cortes reduzam esse prazo a cinco, como fez o Magno Pretório.

10. *Formulação do pedido na fase recursal*

10.1. Questão não menos significativa, para quem se dedica ao exame deste tema, está em saber se a suspensão da liminar pode ocorrer *após a sentença*.

Conforme o verbete da Súmula 405, do STF, denegado o mandado de segurança, ou no julgamento do recurso dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.

Mas, se concedida a segurança, com a manutenção da liminar, mesmo assim, diante do que estabelece o art. 4.º da Lei n.º 4.348/64, "... poderá pedir ao Presidente do Tribunal, que tomará conhecimento da causa, em grau de recurso, que suspenda os efeitos da liminar, desde que circunstâncias, que foram julgadas relevantes, que a lei elenca, contraindiquem a aplicação do mandamento jurisdicional" (SÉRGIO FERRAZ, *ob. cit.*, p. 15).

HELY LOPES MEIRELLES (*ob. cit.*, p. 55) ilustra essa possibilidade apontando uma decisão do Tribunal de Justiça paulista, em mandado de segurança impetrado por um Prefeito contra o Presidente da Câmara Municipal que lhe havia cassado o mandato. E, na sentença denegatória, o Juiz de primeiro grau revogou a liminar.

O pedido de restabelecimento da liminar foi aviado, estando o mandado de segurança em grau de recurso. E através dele foi sustado o afastamento do Prefeito, até que a apelação viesse a ser julgada. A decisão presidencial foi oposto agravo regimental (M. S. 995-O — 3-6-1981), com o Plenário do TJSP, por maioria de votos, mantida a decisão agravada.

11. *A caducidade da liminar e seu reconhecimento*

11.1. A perda da eficácia da liminar, quando ultrapassado o prazo de noventa dias, contados da respectiva concessão, admitida a sua prorrogação em mais trinta dias, tal como previsto no art. 1.º, *b*, da Lei n.º 4.348/64, não é providência digna de encômios.

Como bem acentuou SÉRGIO FERRAZ (ob. cit., p. 17), se uma liminar se exaure necessariamente com a sentença que é proferida no mandado de segurança, constituindo-se no termo final de sua vida, limitá-la a um determinado prazo, "... é de flagrante e aberrante inconstitucionalidade, porque, na verdade, o que a liminar tem que assegurar é a salvaguarda do direito que é discutido, enquanto persistir a ameaça de que esse direito, em razão do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, não possa aguardar pelo provimento jurisdicional definitivo, senão com grave risco de que este seja frustrado, quando afinal concedido".

Igualmente censurável vem a ser a prorrogação dessa valia em mais *trinta dias*, "... quando provavelmente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação".

É o caso de se indagar: a quem competirá essa prova? Ao *impetrante*, beneficiado pela liminar, por força do art. 333, I, do C. Pr. Civil? À *autoridade coatora* ou ao litisconsorte, interessados na perda da eficiência da liminar? Ou ao próprio *juiz*, que justificaria o atraso da sentença pelo volume de serviços que tem a seu cargo?

Como bem observou a professora e magistrada LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "... o que não tem cabida alguma é se supor que, se o juiz tem excesso de serviço e não pode sentenciar no feito, a liminar pereça, a liminar simplesmente se extinga, ocorrendo a caducidade. Isto é a maior afronta ao texto constitucional. Então, se o Estado não faz a prestação jurisdicional, o jurisdicionado é quem sofre?" (*Curso de Mandado de Segurança*, RT, 1986, p. 108).

Dissertando a esse respeito, ponderou CELSO BARBI que a limitação só deverá prevalecer quando a demora for provocada pelo *impetrante*, vindo a se constituir numa flagrante injustiça quando a demora decorrer da morosidade dos cartórios ou mesmo do excesso de trabalho forense.

Requerendo-se a prorrogação, que a lei faz depender do acúmulo de processos pendentes de julgamento, mostrou o acatado publicista, com absoluta procedência:

"Se o pedido de prorrogação é, como nos parece, dirigido ao próprio juiz da causa, quando se tratar de julgamento singular, essa *prova* é desnecessária, porque ninguém melhor de que o juiz saberá se há ou não impossibilidade de julgamento da causa por excesso de serviço.

Tratando-se, porém, de mandado de segurança requerido a tribunais, o julgamento nem sempre depende do relator, mas de uma série de providências da Secretaria do órgão, tais como re-

messa de cópias aos vogais. publicação de peças em órgãos oficiais. inclusão em pauta, número excessivo de processos nesta, enfim, circunstâncias que não são de conhecimento imediato do relator, de forma que o interessado deve obter documentos na Secretaria do tribunal, comprovando esses fatos, para então, com base neles, requerer a prorrogação de validade da liminar" (ob. cit., p. 212).

Ainda que a fluência do prazo de 120 dias possa levar à *caducidade da liminar*, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a só constatação do vencimento desse mesmo prazo implicará, também, na *suspensão da liminar*, desde que a sua concessão não assegura ao juiz o direito de procrastinar o julgamento do mérito (SSg, n.º 140, rel. Min. CORDEIRO GUERRA — RTJ 111/465).

12. Ação de reparação (art. 37, § 6.º, da CF)

12.1. Deixamos para a parte final deste trabalho saber se o tratamento que o Código dispensa às medidas cautelares teria aplicação, igualmente, no mandado de segurança.

Por força do art. 811, I, do C. Pr. Civil, as medidas cautelares deferidas *inaudita altera parte* correm por conta de quem as requereu, que deverá responder por perdas e danos para com aquele que sofreu as suas conseqüências, caso a sentença final lhe seja adversa.

Escrevendo a esse respeito, mostrou SÉRGIO FERRAZ que, se, no mandado de segurança, a liminar é concedida ou denegada com abuso, propiciando prejuízo à parte, a responsabilidade por esse dano não é de ser reclamada do magistrado por invocação análoga do art. 811, do C. Pr. Civil (ob. cit., p. 19).

O lesado estará autorizado a promover, se desejar, a *responsabilidade do Estado ou do Agente do Estado*, ou se preferir, de ambos, solidariamente. A regra do art. 107 da Emenda Constitucional n.º 1, não foi construída em benefício da Administração Pública, mas em favor do administrado. (*)

Na seqüência de seu raciocínio, lembrou que o Tribunal Federal de Recursos obriga o administrado a promover a responsabilidade do Poder Público, ao passo que este poderá, posteriormente, buscar a recomposição reflexa no Agente.

(*) V. § 6º do art. 37 da Constituição vigente.

Ainda quanto à responsabilidade do Juiz, pela denegação da liminar, convém aqui reproduzir esse excerto do trabalho apresentado pela Juíza Federal LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, no *Curso sobre Mandado de Segurança*, que a Associação dos Juizes Federais realizou em São Paulo, no final de 1984, em copatrocínio com o Instituto dos Advogados do Brasil e a Associação dos Advogados de São Paulo:

“Hoje em dia, até a jurisprudência não duvida que funcionário público seja mesmo alguém do Legislativo ou do Judiciário, o legislador ou mesmo o juiz. Portanto, o Estado responde pelos atos com que seus funcionários provoquem danos ao administrado. E responde de que forma? *Objetivamente*. Portanto, basta ser atralado o dano efetivamente realizado ao causador do dano; para mim, a *responsabilidade*, então, do juiz é *inequívoca se*, presentes os pressupostos, *deixar o juiz de conceder a medida da liminar a que tem direito a jurisdicionado por imposição do texto constitucional*” (ob. cit., p. 113).

Assim, embora a ilustre magistrada se refira, apenas, aos casos de *denegação da segurança*, a ser vitorioso o seu ponto de vista, como a Constituição em vigor manteve a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público pelos danos que seus agentes causarem a terceiros (art. 37, § 6.º), essa responsabilidade existirá, também, nos casos de *deferimento pressuroso e injustificado* de liminares em mandados de segurança.

Quando o art. 3.º da Lei n.º 4.348/64 impôs às autoridades administrativas a obrigação de remeter ao Ministério ou ao órgão a que se acham subordinadas e ao Procurador-Geral da República, ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município, cópia autenticada e outros elementos necessários à suspensão da liminar, com isto, visou, também, evitar que, no futuro, prosperassem ações reparatorias contra o Estado, em decorrência de liminares apressadas e generosamente concedidas.

13. Conclusão

13.1. Do estudo que aqui finalizamos, chega-se à conclusão de que a suspensão da liminar nos mandados de segurança, inobstante a mácula de inconstitucionalidade que possa comprometê-la, na forma como foi instituída na Lei n.º 4.348/64, importando num atentado ao devido processo legal, tem, por outro lado, as suas vantagens, como procuramos aqui demonstrar, repisando o que seria mais expressivo e útil àqueles que, no exercício da atividade judiciária, venham a se defrontar com as situações consideradas neste trabalho.

O uso dos computadores no exercício da profissão jurídica: responsabilidade pelo uso ilegal dos computadores

ALEXANDRE RODRIGUES ATHENIENSE
Advogado

A) Uso de computadores no exercício da profissão jurídica

A partir da década passada, surgiam as primeiras notícias do uso de computadores na área jurídica. Com o tempo, essas experiências demonstraram que os benefícios esperados — um sistema mais rápido e mais produtividade para o escritório — só seriam atingidos através de uma conjugação de esforços que contassem com uma visão global da organização do estabelecimento que se pretendesse automatizar.

Na atualidade, tornou-se comum verificar um elevado grau de insegurança, por parte dos que desejam investir em computadores, devido às

Trabalho apresentado e laureado com o prêmio "Edwin D. Ford" no Congresso da Federação Interamericana de Advogados em Cartagena, Colômbia, 1989.

dificuldades que apresentam, sobretudo em razão da constante evolução dos sistemas e equipamentos e do custo dessas soluções no atendimento às necessidades de informação. Por isso, um cuidadoso planejamento na implantação de novas soluções é essencial para o seu sucesso.

Primeiramente, convém registrar que a aplicação dos computadores na área jurídica está prevista tanto para a administração da justiça como nas tarefas legislativas, na análise de jurisprudência e sistemas contábeis.

A utilização dos computadores na área jurídica, mais particularmente em nosso continente, apresenta um contraste expressivo,

Nos Estados Unidos e Canadá seus usuários atingiram, na área jurídica, um estágio mais avançado com o computador se prestando a negociações e preparação de depoimentos para julgamentos, ou, mesmo, sendo utilizado através de sistemas multi-usuários no mesmo escritório, ou, ainda, recebendo ou transmitindo documentos por via de terminais. É o que acontece a ABA/NET da American Bar Association, isto sem se falar no enorme número de *softwares* e suportes técnicos específicos, havendo um mercado de computadores que se moderniza atualmente.

Nestas sociedades, o uso do computador já é fato consumado, pois, na verdade, a única coisa que não se modificará será a contínua evolução de máquinas e programas cujo futuro será mais promissor àqueles advogados ou escritórios que forem capazes de se adaptar à "tecnologia jurídica", em seu dia-a-dia.

Por outro lado, a grande maioria dos países latino-americanos vive uma realidade bastante diferente, muito longe ainda de poder contar, ainda que nas próximas gerações com o emprego satisfatório de computadores na área jurídica.

Assim, devido à reserva de mercado, falta de recursos e suportes técnicos, a América Latina caminha em passos moderados na evolução tecnológica dos computadores, sem que isto signifique um completo desconhecimento desta prática.

Um país como o Brasil, ao optar por uma reserva de mercado, que impede a entrada de microcomputadores através de empresas multinacionais, fez com que se estagnasse praticamente o avanço tecnológico nesta área. Apesar das empresas nacionais do setor virem encontrando uma série de resistências para produzirem os seus "clones", ou similares nacionais, o mercado do *software* tem-se modernizado bastante, oferecendo diferentes opções de utilização dos mesmos na área jurídica, como veremos mais adiante.

A saída encontrada consistiu no aprimoramento de serviços relacionados à telemática, com a utilização de terminais acessando banco de dados, a exemplo de consulta à legislação (Prodasen), aos registros de marcas e patentes (Aruanda — INPI), ao Serviço de Proteção ao Crédito e, mais recentemente aos processos judiciais em curso nas Capitais e nos Tribunais superiores que funcionam em Brasília — DF.

A *telemática* é assim chamada pelo fato de se tratar do emprego da informática através do telefone conectado ao computador por via de *modem*. A experiência razoável, com rapidez no acesso às informações. Para a implantação destes serviços é indispensável a aquisição ou aluguel de terminais, o que favorece aos advogados que não têm computador. Aqueles que já o possuem poderão utilizá-lo ligado a um *modem*. Além disso, o acesso é medido pelos impulsos cobrados posteriormente via conta telefônica, o que facilitará o controle de gastos para futuro repasse aos clientes da utilização em proveito dos mesmos.

Desde que os computadores não substituem o homem, em suas atividades criativas, evidentemente que não poderão legislar, julgar, criar costumes, dar pareceres, nem tampouco interpretar ou integrar as normas jurídicas. Prestam-se, no entanto, para agilizar a distribuição da justiça, para que ela possa assegurar a dignidade suprema da pessoa humana.

“Softwares” para advogados

Desde 1985, tem havido um aumento no número de *softwares* pessoais para o uso na área jurídica. Enquanto crescem em número, estes programas têm, na maioria das vezes, deixado a desejar quanto ao fato de se poder tirar dos computadores tudo aquilo que for possível. Em certos casos, estes programas começam a executar tarefas além daquelas de interesse imediato do advogado, que despende uma elevada soma na sua aquisição, pelo fato de não haver realizado previamente um estudo mais cauteloso antes da compra do *hardware*. Como disse Jay Foonberg, no congresso da Associação Interamericana de Advogados, realizado em Acapulco em 1985: “desafortunadamente, para os advogados não há relação entre preço e qualidade”. Um *software* que custa oitocentos dólares não é necessariamente de menor qualidade que um de mil e seiscentos dólares, tampouco isto significa que seja duas vezes melhor do que um que custe quatrocentos dólares. Para poder ajudar aos advogados no sentido de adquirir programas a Associação de Advogados Americanos, através da Seção de Economia Legal, criou um conselho chamado LTAC que revisa e aprova programas.

Hoje, pudéssemos listar dentre os vários *softwares* na área jurídica existentes, diríamos que um escritório de advocacia poderia informatizar

certas rotinas como: listas de identificação de clientes e assuntos, registros de tempo, preparação de faturas, envio de faturas, diários e informações contábeis, processamento de texto, controle de agenda forense, sistemas de controle e andamento de processos, controle de biblioteca, sistemas de recuperação de texto por palavras-chave, além dos acessos a bancos de dados via terminais.

“Softwares” aplicativos — editor de textos

O passo inicial que normalmente os advogados dão ao ingressar na informática consiste na utilização do computador como processador de textos. Com o uso deste *software*, o advogado organiza, edita, corrige a ortografia automaticamente e distribui textos, atuando com o máximo de eficiência para um ponto crítico em qualquer escritório que é a comunicação escrita com boa apresentação. A boa apresentação dos textos editados foi recentemente aperfeiçoada com o advento das impressoras a laser que chegam a imprimir hoje até 15 páginas por minuto em folhas timbradas do escritório, com uma rapidez e apresentação digna de uma editora de livros.

Os processadores de texto têm sido modernizados utilizando-se de vários recursos como o *Automatic Redlining*, ou seja, negritando automaticamente partes do texto que forem mais importantes ou mesmo contando com um dicionário de palavras que possibilita a correção ortográfica ao terminar um texto. Hoje o advogado utiliza os processadores na elaboração de contratos, procurações, atas, cartas, *follow up* de contratos, *drafting*, escrituras, certidões, petições e até mesmo *habeas corpus*. Para o futuro estima-se que o advogado possuirá um *software* que redigirá acordos, testamentos e documentos de planos de seguro, simplesmente por digitação de respostas a questões indagadas pela máquina. Logicamente, após o texto ser editado pelo cérebro eletrônico, o advogado fará a revisão necessária.

Sistemas de recuperação de texto por palavra-chave

Ao nosso entender, por experiência em nosso escritório, dentre estes *softwares* já citados um que possui especial atenção é o sistema de recuperação de textos por palavra-chave. Através dele será possível a cada escritório criar seu próprio banco de dados, através de catalogação dos trabalhos que vão sendo elaborados. Isto se tornará mais vantajoso à medida que certas rotinas forem criadas, visando tornar a pesquisa jurídica de forma

cíclica, ou seja, uma vez pesquisado, o texto jurídico (doutrina, jurisprudência, legislação) deverá ser editado, salientando-se palavras-chave como nome do juiz, artigos legais citados, nome do cliente, e onde estará arquivado o trabalho físico. Se pensarmos que todos aqueles serviços legais prestados pelo escritório estarão armazenados, de forma que poderemos acessá-los ao lembrar-nos de uma palavra-chave, concluiremos que haverá uma diminuição enorme de tempo de pesquisa, de um assunto já anteriormente revisado.

Os "softwares administrativos"

Os *softwares* administrativos à disposição do advogado são na maioria das vezes responsáveis pela elaboração de folhas de pagamentos, planilhas para efeito fiscal, contabilidade do escritório e cobrança de clientes.

Tais *softwares*, para serem implantados, requerem antes de mais nada que já exista um sistema de controle destas rotinas em perfeito funcionamento, com a devida documentação já implantada, possibilitando a instalação de um *software* que venha substituir este controle de forma mais aperfeiçoada.

Ilusório seria o caso em que o advogado seja apresentado a um destes *softwares*, ficando deslumbrado com a perfeição com que contabiliza dados e valores e emite cartas e relatórios, sem que ao menos possua em seu escritório uma estrutura eficiente capaz de adaptar-se plenamente à nova realidade.

A nível de Brasil, hoje já é possível para o advogado contar com programas de fluxo de caixa, que o orientem quanto ao que vem sendo contabilizado mensalmente, facilitando enormemente quando dos pagamentos dos encargos fiscais.

Além disso, o rateio de despesas entre os sócios do escritório, tarefa muitas vezes de demorada duração, pode ser agilizada, com a utilização de planilhas de cálculo. A este assunto merece destaque a obra de JAY FOONBERG, editada em espanhol pela *American Bar Association, Planificación para Computadoras*, que enumera várias aplicações na utilização de planilhas, para uso da contabilidade em um escritório de advocacia.

Outra aplicação igualmente eficiente, mesmo apresentando dificuldades na sua adaptação, em face das particularidades de cada escritório, é o sistema que controla despesas de clientes. Na maioria das vezes, estes sistemas são difíceis de serem encontrados facilmente em pacotes, ou seja, um

modelo que se adapte a todos os casos. A sua utilização mais vantajosa está no comando das despesas dos clientes, bem como no controle de cobrança de honorários. Assim, quando estes se tornam devidos, à proporção que a causa evolui, o computador avisa ao advogado, passando em seguida a emitir carta de cobrança, tendo em vista pagamentos já efetuados. Para os clientes mais negligentes haverá uma nova cobrança, após um determinado lapso de tempo.

Videotexto

Outra opção dirigida aos advogados é o acompanhamento dos processos via videotexto. Este acompanhamento, outrora realizado por fichas, resultantes de idas constantes ao fórum, já em algumas capitais brasileiras tornou-se coisa do passado. Em Belo Horizonte, por exemplo, o advogado já coordena o acompanhamento dos processos através de um terminal de videotexto, em seu escritório. Este, uma vez ligado à Central de Informações no fórum, estará apto a fornecer ao advogado, *on line*, informações sobre qualquer processo, ativo ou baixado, em poucos segundos. A pesquisa poderá ser feita inclusive pelo nome das partes. Recentemente, este serviço foi aprimorado, em razão de críticas dos próprios advogados, fazendo com que o advogado, ao digitar o seu número de inscrição na Ordem dos Advogados local, fique sabendo do estado dos processos em que atue, no mesmo dia, do que neles for decidido, informando-se até 48 horas antes da sua publicação no *Diário Oficial*.

Ora, se com o advento deste sistema, o advogado já poderia sistematizar melhor as suas idas ao fórum, evitando as desgastantes buscas junto aos cartórios, presentemente, em razão desse processo informativo, com a antecedência de dois dias, ele já saberá o que fazer, antes mesmo de passar a fluir o prazo legal de que disponha para essas providências.

No Brasil, esta alternativa no campo da telemática vem se expandindo consideravelmente. Atualmente, os tribunais superiores, com sede na Capital Federal, colocam à disposição de qualquer advogado o trâmite de seus processos.

Ainda em relação aos terminais, o advogado que atua na área de registros de marcas e patentes possui à sua disposição um banco de dados, fornecido pelo Instituto Nacional da Produção Industrial, contendo todos os registros já existentes.

Com o implemento dos terminais de videotexto, este instrumento poderá ser de maior eficácia na área jurídica, uma vez que o seu custo

é baixo em relação a um microcomputador, e o seu uso poderá ser repassado como despesa ao cliente.

Na França, onde o videotexto tem tido um aumento de penetração, desde sua implantação, superior a qualquer outro meio de comunicação, o advogado já conta com bancos de dados sobre Doutrinas e Jurisprudência para pesquisa.

“Software” — controle de processos e agenda

O acompanhamento, acessado pelos terminais, do andamento dos processos, requer, na maioria das vezes, que o advogado utilize um *software* que possa armazenar estes dados e conjugá-los posteriormente com relatórios de fim de mês para os clientes e a sua agenda forense.

A medida que se digitam os andamentos de um processo ou um feito qualquer em favor dos clientes, estes, na maioria das vezes, exigem do advogado uma atuação futura, mas que não deve tardar.

É comum o advogado se esquecer de algum processo que esteja parado, há algum tempo, sem que haja motivo para isso. Este *software* equaciona o problema ao emitir relatório dos casos que estão sem andamentos há “x” dias. Muitas vezes, uma simples diligência ou petição atravessada em juízo aciona a continuidade de um caso que parecia ter-se tornado insolúvel.

A agenda jurídica permite ao advogado contar, em seu relatório semanal, não somente com as audiências designadas, como também os dias de que dispõe para entrega de defesa, devolução dos autos, pagamento de custas, trânsito em julgado. Presta-se, também, para saber se as diligências já pagas foram cumpridas ou não.

Outro serviço proporcionado por este *software* vem a ser o de informar aos clientes quanto ao andamento de seus casos à medida que haja um fato novo. Eles serão avisados, pelo correio, do acontecido, da mesma forma que ficam cientes da movimentação de suas contas bancárias, pelos extratos recebidos. Logicamente, este serviço só compensaria caso o custo fosse repassado ou abatido do *quantum* adiantado pelo cliente para atender às despesas processuais. Até o momento, não se tem notícia do cliente que, passando a receber estes informes em casa, ou em sua empresa, esteja telefonando constantemente ao escritório para pedir informações sobre o processo. Este serviço, além de outras vantagens, demonstra que o advogado está vigilante quanto aos processos que patrocina.

B) *O abuso no uso dos computadores*

Manter o computador sob controle manual.

Há muito tempo figuram nos registros da administração pública e nos escritórios e departamentos pessoais de economia "Referências sobre a pessoa" do cidadão e do tomador do trabalho. Hoje em dia, no entanto, a manipulação eletrônica de dados oferece um amplo leque de possibilidades de armazenar dados a respeito de cada indivíduo, de trocar ou permutar estes dados entre os bancos de diversas instituições e de aglutiná-los num quadro coerente e global que abrange por completo a personalidade, fazendo com que, do ponto de vista técnico, o "homem de vidro" deixe de ser uma utopia.

A rede de dados que se vai formando sobre a personalidade do cidadão, por exemplo, compreende escolas, hospitais, autoridades financeiras, instituto de previdência social, instituições de crédito ou mesmo lojas que trabalham com sistemas de encomenda. Na verdade o paradoxo que se traça entre a faculdade do acesso a estes dados pelo mero aperto de um botão, fazendo com que os direitos do cidadão sofram restrições insuportáveis à sua privacidade, entra em choque com a necessidade que têm o Estado e a economia atual de disporem de dados sobre a personalidade do cidadão a fim de poderem prestar a este mesmo cidadão a assistência que se espera seja prestada por um Estado social.

Contudo, não é fácil delimitar com exatidão a esfera pessoal contra interesses justificados em obter informações. Na verdade, o que se espera nesse emaranhado de direitos e obrigações da sociedade informatizada é que o cidadão assuma um alto grau de responsabilidade pessoal. A proteção da sua esfera de privacidade depende predominantemente de sua própria iniciativa.

Passaremos, a seguir, a expor alguns exemplos de proteção contra o abuso dos computadores, no que se refere à proteção dos dados do cidadão:

1.º) Um advogado que se utiliza do terminal para se inteirar do andamento de processos em que atua foi informado erroneamente quanto ao prazo de que dispunha para oferecer a defesa de seu cliente, que, devido a esta inexatidão, foi condenado.

Qual seria a providência a tomar, em tais circunstâncias?

Provavelmente o cliente irá denunciar o advogado perante a sua organização de classe, por negligência no desempenho de sua atividade profissional, além de pleitear a reparação correspondente à sua presumível omissão.

Se isto acontecer, o advogado poderá ingressar, também, com uma ação de responsabilidade civil contra o órgão que administra ou explora

o terminal, em decorrência da sua conduta culposa (art. 159 do Código Civil Brasileiro).

2.º) Se um advogado consultasse a um Banco de Dados de Jurisprudência (como o Lexis) e obtivesse uma informação falsa quanto ao resultado de um julgamento, cuja veracidade foi contestada pela parte contrária, daí resultando a perda da demanda, como deveria proceder?

Por igual, estará em condições de postular uma reparação civil, não estando afastada a hipótese de uma ação penal, em razão da falsificação constatada (art. 298 do Código Penal Brasileiro), contra aquele que assim procedeu.

3.º) Se um advogado, que contar em seu escritório com um sistema de controle de cobrança de clientes, resolver ingressar em juízo com a cobrança de honorários que já lhe haviam sido pagos, a que estaria sujeito?

A uma ação de repetição de indébito (art. 1.551 do Código Civil Brasileiro), ficando obrigado a pagar ao devedor o dobro do que lhe tenha exigido.

4.º) Se um sistema de proteção ao crédito acusar a existência de um débito, em nome de uma pessoa que já o tenha liquidado e, com isso, dificultando o seu crédito bancário, qual a medida a ser tomada pelo prejudicado?

Fazer uso de uma ação reparatória civil (art. 159 do Código Civil Brasileiro), não estando afastada, ainda, a possibilidade de uma queixa-crime em consequência da inverdade contida na informação transmitida a terceiros.

Estas hipóteses servem para demonstrar que, inobstante a grande ajuda prestada pelos computadores na era em que vivemos, podem, no entanto, ocasionar prejuízos de monta, pelos quais obviamente não responderão e, sim, aqueles que deles se servem, nos mais diferentes setores da atividade humana.

BIBLIOGRAFIA

ALPA, Guido. Il diritto dei computers. *Informática e Diritto*. Firenze 11 (1): 53-61. gen./apr. 1985.

ASHTON, Peter Walter. A lei alemã sobre a proteção dos dados. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. Porto Alegre, 11 (29): 11-22, 1981.

CHALTON, Simon. *Computers and Word Processors in a Solicitor's office*. Guildford, 17-28, 1985.

FOONBERG, Jay G. *El Uso de Computadoras en un Bufete Legal*. Discurso para la Asociación Interamericana de Abogados, Acapulco, 1-5, 1985.

FOONBERG, Jay G. *El Uso de Computadoras en un Bufete Legal*. Discurso Bar Association, 11-3, 1986.

JACOBS, Gordon. Legal technology: present and future trends. *Legal Economics*. American Bar Association — Section of Economics of Law Practice, Chicago, 29-37, nov./dec. 1987.

KLEMENS, Jon. There's a pc on my desk. *Aba Journal*. Chicago, American Bar Association, 26, october 1988.

Propostas à Federação Interamericana de Abogados

XXVII Conferência, Cartagena, Colômbia, 1989

1) O uso dos computadores na área jurídica deverá ser incrementado, guardadas as naturais diferenças existentes entre os países que se utilizam deste recurso, sem que o seu emprego importe na eliminação da criatividade individual.

2) As associações que congregam os profissionais do direito deverão orientá-los quando da implantação dos computadores, em suas atividades, de modo a torná-los adequados ao cumprimento de seus objetivos.

3) Para que isto ocorra de forma satisfatória, recomenda-se o intercâmbio entre essas entidades, com a troca de experiências obtidas, propiciando aos países que se iniciem neste setor o conhecimento de experimentos obtidos, por aqueles que se encontram num estágio mais avançado.

4) O emprego dos computadores, nas atividades legais, deve ocorrer sem que o cidadão sofra restrições em sua privacidade. Sempre que isto acontecer, constitui dever do Estado conceder ao prejudicado proteção civil, correspondente à lesão sofrida, além de outras sanções de ordem penal que a violação cometida possa ensejar.

Síntese das conclusões

O uso dos computadores, na área jurídica, deve ser estimulado através do intercâmbio entre as associações que congregam os profissionais do direito, resguardado o direito à privacidade dos cidadãos, através de procedimentos civis e penais, evitando, com isto, o emprego abusivo da informática.

Vigencia de los tratados de Montevideo de 1889 y 1940 a la luz de las CIDIP I, II y III (*)

Profesor RUBEN B. SANTOS BELANDRO
Asociación de escribanos del Uruguay

I — *Etapa de los grandes códigos o sistemas de Derecho Internacional Privado*

Introducción

1. A 100 años de la creación de los Tratados de Montevideo de 1889, estamos presenciando un nuevo fenómeno en materia de codificación internacional de las normas de Derecho Internacional Privado. En efecto, no cesa de aumentar en períodos que van de los cuatro a los cinco años el número de Convenciones regionales realizadas al amparo de las Conferencias Internacionales de Derecho Internacional Privado auspiciadas por la OEA. Esta situación es producto de un nuevo viraje en materia de método para encarar la regulación de las cuestiones que atañen al Derecho Internacional Privado en la región.

2. Como es sabido, existen tres grandes monumentos legislativos supranacionales en el área constituidos por: los Tratados de Montevideo de 1889, los homónimos de 1940 y el Código Bustamante de 1928. Esta situación de claro interés por codificar la regulación de las normas que atañen a las relaciones jurídicas extranacionales de carácter privado que

(*) Jornadas argentino-uruguayas de Derecho Internacional Privado, 5 a 7 de octubre de 1988. Commemoración de los 100 años de los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional Privado de 1888-1988.

existía desde antiguo⁽¹⁾, en lugar de promover una unificación de las reglas de Derecho Internacional Privado en América Latina, motivó una profunda escisión provocada en gran parte por la elección de determinados puntos de conexión en materia de estatuto personal. La ley domiciliaria acompañada de soluciones territorialistas en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940⁽²⁾ y el art. 7 del Código Bustamante⁽³⁾, el cual si bien no se inclina decididamente a favor del principio de la nacionalidad, impide una solución uniforme al conceder al Estado ratificante la libertad de adherirse al principio de la nacionalidad o al del domicilio. Este fue el máximo compromiso que pudieron asumir los Estados latinoamericanos en torno a una regulación común del estatuto personal.

3. Ello provocó una permanencia de situaciones que cristalizaron las posiciones de los Estados, y a pesar de varios intentos del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (CIJ) y del Comité Jurídico Interamericano (CJI)⁽⁴⁾ en la búsqueda de criterios comunes en torno a los tres cuerpos normativos y al Restatement of the laws of conflict of laws norteamericano, lo cierto es que debieron transcurrir 47 años⁽⁵⁾ hasta que se pudiera destrancar la situación creada en relación con este problema.

4. La solución hallada fue la de rechazar un nuevo intento de Código omnicompreensivo que abarcara todas las materias que conforman el campo de nuestra especialidad al estilo de los anteriores⁽⁶⁾, lo que nuevamente

(1) Simón Bolívar influido por las ideas de Miranda convocó en 1826 a un Congreso anfictiónico en Panamá que entre otros cometidos tenía la tarea de codificar las normas de Derecho Internacional Público, cometido considerado urgente debido al carácter de países independientes recientes. Este proceso sería seguido por la codificación de las normas de Derecho Internacional Privado.

(2) Ley del domicilio para la capacidad, art. 1, para las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges y a falta de convención respetando la *lex situs*, arts. 12, 41 a 43, *lex situs* para los bienes de los menores art. 15, para los bienes muebles o inmuebles, art. 26 y para las sucesiones, art. 44. La *lex loci celebrationis* para el matrimonio en fondo y forma, art. 11, filiación legítima y legitimación, arts. 11 a 16. Ley del domicilio conyugal y de celebración para el matrimonio, ley del ejercicio para la patria potestad y filiación ilegítima, arts. 14 a 18. *Lex loci executionis* para los contratos, art. 32.

(3) Art. 7. Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad, o las que haya adoptado o adopte en adelante su legislación interior.

(4) Resolución VII de la 1ª reunión del CIJ celebrada en Río de Janeiro en 1950. Resolución XII — Posibilidad de revisión del CB o Código de DIP, 2ª reunión en Buenos Aires 1953. Dos dictámenes del CJI con la colaboración del Prof. Joaquín Calcedo Castilla. OEA Doc. oficiales OEA/Ser. I/VI. 2 CIJ — 13 y OEA/Ser. I/VI. 2.CIJ — 13(A). Estudio presentado en Río de Janeiro en X/1953. CIJ 21 UP. Sria de la OEA, Washington — DC marzo 1954.

(5) Si se cuenta desde 1928, año de aprobación del CB, teniendo en cuenta que los Tratados de Montevideo de 1940 son una confirmación de los Tratados de Montevideo de 1889.

(6) OEA. Documentos. Ed. 1973.

provocaría situaciones de enfrentamiento, sino que por el contrario se debía proceder a una codificación gradual y progresiva por categorías determinadas o aún para determinados aspectos de ciertas categorías o de ciertos aspectos de la norma de conflicto.

5. La década de 1970 y la que hoy vivimos, marca el fin de la codificación omnicompreensiva y la pulverización de la regulación de las relaciones jurídicas privadas extranacionales en una constelación de Convenciones particulares. Como un acto reflejo, el profesional de derecho frente a un caso jusprivatista internacional podría pensar que el Uruguay por el solo hecho de ratificar estas nuevas Convenciones, quedaría desvinculado de los Tratados anteriormente ratificados respecto de las materias específicas de que tratan. La realidad, sin embargo, no resulta tan sencilla como pudiera parecer, y podríamos aventurarnos a sostener que en un gran número de Convenciones de la CIDIP, sucede todo lo contrario.

6. La prof. Vilella hace referencia a la descodificación del Derecho Internacional Privado latinoamericano⁽⁷⁾. El vocablo puede aludir a la intención de rechazar Códigos omnicompreensivos como también a la voluntad de desistematizar. Como es sabido, los grandes Códigos nacionales aparecidos a fines del s. XVIII y a principios del s. XIX⁽⁸⁾ tenían por cometido principal reglamentar toda una rama de derecho interno como medio de unificar el derecho y derogar las costumbres regionales. Esos complejos normativos tenían el doble carácter de ser Códigos omnicompreensivos y a la vez sistemas nacionales de derecho. Trasladando el punto en análisis, ¿la descodificación que estamos presenciando en materia de Derecho Internacional Privado conducirá a una desistematización de dichas normas? ¿O a pesar del rechazo de tal tipo de Códigos, puede producirse la formulación de nuevas normas como un sistema?

7. El surgimiento constante de nuevas Convenciones, presenta además la posibilidad de los conflictos de Convenciones cada vez con mayor fuerza. Antes de 1975, la situación no aparecía como sumamente preocupante. La escasez de normas supranacionales y el alineamiento de los Estados ratificantes, tras de uno u otro de los grandes Acuerdos supranacionales existentes en ese momento, no provocaban ningún tipo de conflicto.

La relación entre los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 se encontraba solucionada, dado que los Tratados de Derecho Civil Internacional (art. 66), de Derecho Comercial Terrestre Internacional (art. 55) y el de Navegación Comercial Internacional (art. 45) expresaban que:

“Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado entrará en vigor desde ese acto, entre los Estados que hubie-

(7) VILLELLA, Anna María. “L’unification du droit international privé en Amérique Latine.” *Rev. Crit.*, 1984, p. 245.

(8) Código Civil Bávaro de Maximiliano de 1756, Código Prusiano de 1794, y el Código Civil Francés o Código de Napoleón de 1804.

ren llenado dicha formalidad, por tiempo indefinido, quedando, por tanto, sin efecto el firmado en Montevideo el doce de febrero del año mil ochocientos ochenta y nueve.”

Nada establecían los Tratados de Derecho Procesal Internacional y de Derecho Penal Internacional, donde se habría aplicado pacíficamente el principio “lex posterior derogat priori”.

8. Tampoco podría haber conflicto de Convenciones entre los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante, pues sólo dos Estados: Bolivia y Perú, habían ratificado los Tratados de 1889 y el Código Bustamante, y ambos se preocuparon por establecer la primacía de los primeros sobre el segundo. Bolivia lo manifestó al momento de ratificar el Código Bustamante donde el art. 1.º del instrumento de ratificación dice:

“Apruébase el Código de Derecho Internacional Privado: “Bustamante”, firmado en la Sexta Conferencia Internacional reunida en la Habana en 1928, con las reservas formuladas por la Delegación boliviana, respecto a los artículos que se hallen en desacuerdo con la legislación del país y *los Tratados Internacionales suscritos por Bolivia*” (ley del 20 de enero de 1932) (9).

La posición de Perú surgió de una decisión de la Corte Suprema de Perú en el “Caso González”, del 7 de diciembre de 1935 (10).

II — Etapa de codificación gradual y progresiva *Posibilidad de conflictos de Convenciones*

9. Este estado de ataraxia, esta etapa de falta de conflicto de Convenciones se vio sin embargo concluida con el surgimiento de las 18 Convenciones de la CIDIP I, II y III, dado que ninguna de ellas contiene una cláusula derogatoria de los monumentos o sistemas supranacionales anteriores (11). Como consecuencia de esta codificación gradual estamos presenciando un proceso inflacionario de las normas de Derecho Internacional Privado antes nunca visto, que a diferencia de la inflación económica, no es un privilegio reservado a los países americanos, dado que se encuentra en todas partes del mundo como un fenómeno de la civilización moderna. Además algunas Convenciones de la CIDIP alientan la celebra-

(9) Énfasis agregado por nosotros.

(10) Ver el caso en Calderón Manuel García “Derecho Internacional Privado”. Lima. 1969, p. 23 y ss.

(11) Sólo existe una cláusula derogatoria, pero es entre CIDIPs. Nos referimos al art. 14 de la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de cheques con referencia a la homónima de 1975 que dice así: “A medida que los Estados partes en la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de cheques suscrita el 30 de enero de 1975 en la ciudad de Panamá, República de Panamá, ratifiquen la presente Convención o se adhieran a ella, cesarán para dichos Estados partes los efectos de la mencionada Convención de Panamá”

ción de Tratados bilaterales. La bilateralización de los Tratados multilaterales, como se ha denominado a este fenómeno, acrecienta la incoordinación (12).

10. En el campo del Derecho Internacional Privado este exceso de normas — esta codificación por etapas que se presenta sin solución de continuidad — pueden provocar dos tipos de situaciones:

Por un lado, que el profesional de derecho ignore la existencia de las normas nuevas y en una situación de *ris inertiae* continúe aplicando las más antiguas porque le son las más familiares. Cuando el desconocimiento se plantea a nivel jurisdiccional, el problema se vuelve mucho más preocupante. En nuestro país tenemos el caso publicado en La Justicia Uruguaya No. 10.771 en el que frente a un juicio iniciado el 17/XI/1982, teniendo una cláusula arbitral que preveía un arbitraje bajo la ley inglesa, se desecha la validez de todo tipo de acuerdo arbitral basándose e nel hecho de que nuestro país mantiene un sistema de conexiones preceptivas tanto en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 como en las normas nacionales de Derecho Internacional Privado contenidas en la ley 10.084 (Apéndice del Código Civil). Esta declaración implicaba un claro desconocimiento del derecho positivo vigente, puesto que el Uruguay había ya ratificado la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional el 25/IV/1977 y la Convención de Nueva York había sido publicada el 24/XII/1981 en el *Diario Oficial*, un año antes de la iniciación del juicio. Ambas Convenciones reconocen, indudablemente, la validez de tales acuerdos.

11. Por otro lado, puede acontecer que los variados Tratados internacionales no ajusten adecuadamente sus textos, lo que plantea inmediatamente un conflicto de Convenciones (12a). Podemos citar dos Convenciones de la CIDIP que, aún conteniendo una cláusula de compatibilidad, su convivencia no resulta satisfactoria. El art. 1.º de la convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de 1979 establece que:

“Las normas de la presente Convención se aplicarán en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá en enero de 1975.”

Pues bien, la Convención de Panamá de 1975 no tiene normas sobre los documentos a presentar junto con el pedido de *exequatur* de un laudo arbitral extranjero, por lo que el vencedor en un juicio arbitral tendría que recurrir a la precitada Convención de 1979 que impone en su art. 2.

(12) Convención sobre exhortos 1975, art. 14 (que se llevó a la práctica con Chile y Argentina) y Convención sobre medidas cautelares 1979, art. 17.

(12a) DUTOIT BERNARD y MAJOROS FERENC. “Le laeis des comités de Convention en droit privé et leurs solutions possibles”. *Rev. Crit.* 1984, p. 365.

literal g, que se acompañe prueba de que el laudo tenga el carácter de ejecutoriado o en su caso fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fue dictado. Esta exigencia contraría el espíritu de la Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 que dispone únicamente que el laudo sea obligatorio entre las partes para que pueda tener eficacia extraterritorial.

12. Los Estados intervinientes en las CIDIP adoptaron sin embargo una solución para salir de los conflictos de Convenciones, constituida por las llamadas cláusulas de compatibilidad multilaterales.

Once Convenciones de la CIDIP presentan una cláusula de compatibilidad, y 7 de ellas de carácter general o como las denominamos nosotros: multilaterales, y que se encuentran redactadas de la siguiente forma:

“Esta Convención no restringirá las disposiciones de Convenciones que en materia de hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia” (13).

13. Estas cláusulas — tanto las generales como las específicas (14) — se denominan cláusulas de compatibilidad permisivos porque permiten, *give way*, ceden el paso, a otras Convenciones. Sus disposiciones no prevalecen frente a las normas de otros Tratados. Son indudablemente imperativas, en cuanto obligan al juez a tenerlas en cuenta sólo en vía subsidiaria o como complemento de Tratados que regularen el mismo objeto. Como veremos mas adelante (15), estas cláusulas tienen prevalencia frente a cualquier otra regla de conflicto de Convenciones, y están basadas en la autonomía de la voluntad de los Estados. Y en tal carácter son recogidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1978 (16) en su art. 30.2.

(13) Cláusulas de compatibilidad generales o multilaterales: Normas Generales, art. 1, Poderes, art. 10, Exhortos y Cartas Rogatorias, art. 15, Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 14, Medidas cautelares, art. 18, Competencia en la Esfera Internacional, art. 8, Prueba e Información del Derecho Extranjero, art. 8, Sin embargo la de poderes agrega a la compatibilidad general “el Protocolo sobre uniformidad del Régimen legal de los Poderes o Protocolo de Washington de 1940”, y la de competencia en la Esfera Internacional “no restringe las disposiciones más amplias...”.

(14) Cláusulas de compatibilidad específicas o bilaterales: la de Cheques 1975 respecto de la de Letras de Cambio 1975 (art. 19), la de Eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros 1979, con la de Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (art. 1), el Protocolo Adicional sobre exhortos 1979 con la Convención sobre exhortos 1975 (arts. 1 y 8), el Protocolo Adicional sobre recepción de pruebas en el extranjero 1984 con la Convención sobre recepción de pruebas en el extranjero 1975 (arts. 17 y 18).

(15) Ver par. 23 y ss.

(16) Ley 15.195 publicada en el Registro Nacional de Leyes, Decretos, etc. de 1981, p. 1414.

14. Como se ha expresado existen dois tipos de cláusulas permisivas: las multilaterales y las bilaterales. Las primeras estarían constituidas por la reproducida precedentemente: ceden el paso a cualquier Convención con el mismo objeto.

Las segundas estarían constituidas por ej. por la prenombrada cláusula contenida en el art. 1o. *in fine* de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979, la cual "cede el paso" a la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 "en todo lo no previsto". Igual circunstancia acaece con el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero de 1984 que "se interpretarán de manera que se complementen".

15. Estas cláusulas son multilaterales o bilaterales en cuanto a su vinculación con otros textos supranacionales, pero en cuanto a su funcionamiento son siempre unilaterales. Su subsidiariedad impone siempre dar preeminencia al texto ajeno y no al propio.

16. Ahora bien, analizando su contenido ellas nunca se presentan completamente iguales, sino que su variedad es muy grande en cuanto a su redacción y alcances.

Las cláusulas de compatibilidad generales, como hemos visto, imponen dar preeminencia tanto a las normas convencionales pasadas como a las futuras. La paternidad de estas cláusulas corresponde a las delegaciones del Río de la Plata. Podemos citar al respecto las palabras del Relator de la Comisión II referente al Proyecto de Convención Interamericana sobre exhortos y Cartas Rogatorias, Dr. Edison González Lapeyre, quien afirmaba que el art. 15 del citado Proyecto

"se trata de una norma introducida en el Grupo de Trabajo a iniciativa de los países vinculados a los Tratados de Montevideo" (17).

17. El delegado de Uruguay Dr. González Lapeyre manifestaba en seno de la Comisión I al estudiarse el Proyecto sobre letras de cambio que

"La inclusión de este artículo está referida a que el Uruguay desea *que quede perfectamente establecido* en esta Convención que ella de ningún modo puede restringir el alcance de las Convenciones de Montevideo de 1889 y de 1940, y que solamente en atención al espíritu de conciliación de las distintas tendencias, declinó su propósito de incluir una fórmula similar a la del art. 30 del Tratado de Derecho Comercial de 1959-40, pero *ese hecho*

(17) OEA/SerK/XXI. 1. CIDIP 35 Corr. 125 enero 1975, p. 310.

de ninguna manera puede tener carácter derogatorio de dicha norma" (18).

El delegado de Argentina Dr. Naveiro de la Serna acompaña la afirmación de la delegación uruguaya manifestando que

"Como bien lo ha señalado el delegado del Uruguay, sería sumamente interesante una disposición similar a la del art. 10 del proyecto de Convención sobre Derecho Procesal que establezca que la Convención no restringe las disposiciones que en materia de letras de cambio, pagarés y cheques hayan sido suscritas en forma bilateral o multilateral por los Estados ratificantes. Esto permitirá a los Estados que han ratificado el Tratado de Montevideo mantener esa norma" (19).

El delegado de Brasil solicitó una explicación de esta norma, y correspondió al delegado de Uruguay aclarar que:

"... una disposición similar se aprobó en el proyecto de Convención en materia de cartas rogatorias, art. 15, y responde a la preocupación no solo de su delegación sino que la República Dominicana había efectuado similar planteamiento, respecto a amparar a los Estados frente a la existencia de otras Convenciones Internacionales. Señala que el Uruguay conjuntamente con los demás países vinculados por el Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1939-1940 y de acuerdo con este artículo, el Tratado de Montevideo sigue manteniendo su vigencia en aquellas disposiciones que no se pudieran recoger en esta Convención. Se trata de una norma de garantía para aquellos Estados que tienen Convenciones más amplias que las que se aprueban en este momento" (20).

Por último el Relator en la Convención sobre exhortos ya citada manifestó que el

"el art. 15 tiene por finalidad el evitar que las disposiciones de esta Convención puedan en alguna medida restringir las que en la materia, hayan sido suscritas o que se suscriban en el futuro por las Partes o las prácticas más favorables que las mismas pudieran observar al respecto" (21).

(18) Acta resumida de la 4ª sesión de la Comisión I. del 20/I/1975. OEA/SerK/XXI/1. CIDIP/31. Corr. 1.21 enero 1975. p. 53. El énfasis agregado es nuestro, así como el de las citas subsecuentes.

(19) *Ibid.* p. 64.

(20) Acta resumida de la 8ª sesión de la Comisión II del 24/I/1975. OEA/SerK/XXI/1, CIDIP/45. Corr. 1, 28 enero 1975, p. 159.

(21) Ver cita nº 17.

18. Las cláusulas de compatibilidad deben redactarse según las intenciones de los Estados contratantes. Puede establecerse la preeminencia del Tratado anterior y/o de los posteriores, aunque en realidad en este último caso el conflicto de Convenciones será resuelto por el Tratado posterior. O en forma más restringida, puede referirse a los Tratados más favorables o a los más específicos. En el caso de las cláusulas de compatibilidad generales establecidas en la CIDIP, éstas hacen referencia a los Tratados anteriores o posteriores ("que hubieren sido suscritas o se suscribieren en futuro...") y de Tratados tanto bilaterales como multilaterales ("en forma bilateral o multilateral...") suscritas por los Estados Partes, y no necesariamente restringidos al área americana.

Por último, la cláusula establece "o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia". La implantación de la conjunción disyuntiva "o" hace pensar que deberá recurrirse en primer lugar al derecho positivo existente o a devenir y sólo en el caso de no existir o ser incompleto deberá recurrirse no a cualquier práctica aceptada, sino "a las prácticas más favorables" (22). En consecuencia el orden de prelación sería el siguiente: 1o. Tratados anteriores o posteriores, 2o. Prácticas más favorables y 3o. Convenciones de las CIDIPs con cláusula de compatibilidad general.

19. ¿Las dos remisiones efectuadas en las cláusulas de compatibilidad — Tratados y prácticas más favorables — tienen semejanzas? Con esta pregunta queremos indagar lo siguiente: las cláusulas de compatibilidad *sub examine* se refieren expresamente a las prácticas "más favorables"; los Tratados que prevalecen frente a las CIDIPs que contienen estas cláusulas, se encontrarían también admitidos como norma principal en el único caso de que contengan el criterio de la *lex favorabilior*?

Nos encontramos en la duda de suscribir una afirmación de tal naturaleza. Las palabras del delegado de Uruguay reproducidas supra, establecían que "que quede perfectamente establecido en esta Convención que ella de ningún modo *puede restringir* el alcance de las Convenciones de Montevideo de 1889 y de 1940..."; "*de ninguna manera puede tener carácter derogatorio de dicha norma...*". "El Tratado de Montevideo *sigue manteniendo su vigencia en aquellas disposiciones que no se pueden recoger en esta Convención*. Se trata de una norma de garantía para aquellos Estados que tienen Convenciones bilaterales o multilaterales *más amplias* de las que se aprueban en este momento." Y en otro pasaje "se trata de *evitar que las disposiciones de esta Convención puedan en alguna medida restringir* las que en la materia hayan sido suscritas o que se suscribieren en el futuro por las Partes".

20. La referencia a normas más amplias puede entenderse a normas más generales o a normas más completas en su regulación de la categoría

(22) El carácter de "más favorable" sólo puede ser determinado en cada caso concreto.

de que se trate. En el primero caso, la cláusula aparecería como superabundante, ya que habría que admitir la prevalencia de la Convención de la CIDIP más específica, siempre que no subvierta el principio general contenido en un Tratado anterior o posterior. Se aceptaría si se trata de un desarrollo de un principio general.

En el segundo caso, si la regulación del Tratado anterior o posterior es más completa, las expresiones del delegado de Uruguay dan la impresión de que no resultarían derogadas por la existencia de una norma más favorable en la CIDIP. Estas cláusulas de garantía, como las denomina dicho delegado, estarían colocadas para impedir la derogación de los Tratados de Montevideo por una norma de la CIDIP, *salvo en la medida en que fueren recogidas por ésta* (23). "El Tratado de Montevideo sigue manteniendo su vigencia en aquellas disposiciones que no se pudieron recoger en esta Convención" (24).

21. Esta constatación permite llegar a una conclusión sorprendente: la tarea durante muchísimos años en el seno de la OEA fue la de tratar de aunar esfuerzos para *lograr un texto uniforme y común a toda América* (latina y sajona). Como tal obra ciclópea era imposible de realizar por las grandes diferencias de los sistemas jurídicos existentes, se optó por una codificación gradual, fragmentaria y progresiva. El lector de las resoluciones de la OEA podría seguir pensando que aún cuando se consideró imposible la redacción de un Código omnicompreensivo, la idea de una reglamentación fragmentaria de las normas de Derecho Internacional Privado, no excluía el "*elan*" de una nueva sistemática común que suplantara para cada categoría las normas supranacionales anteriores, de forma de recoger el progreso que ha experimentado el derecho en estos últimos 48 años.

22. Sin embargo, aún cuando las resoluciones de la OEA puedan consignar ese deseo, las normas aprobadas en 7 Convenciones indican algo muy distinto: al no derogar los Tratados anteriores aunque fueran más exigentes — con la única excepción de estuvieran recogidas sus normas en las de las propias CIDIP — nos permite afirmar que los tres grandes sistemas jurídicos de Derecho Internacional Privado supranacional (Tratados de Montevideo de 1889, de 1940 y Código Bustamante), permanecen vigentes. Y que estas 7 Convenciones estudiadas funcionarán como un sistema complementario, subsidiario, como un sub-sistema en suma, de los monumentos anteriores. Los elementos que contiene una cláusula de compatibilidad, buscan en definitiva asegurar la máxima eficacia de los Tratados anteriores, propender el más alto grado de realización de sus objetivos.

23. Puede suceder que entren en conflicto dos Convenciones conteniendo esta cláusula de compatibilidad permisiva. ¿En ese caso, cuál debe

(23) La observación tendría que hacerse extensiva al Código Bustamante en igual situación.

(24) Ver cita n° 20.

prevalecer frente a la otra? No podemos utilizar el criterio de la *lex posterior* puesto que éste ha sido excluído a texto expreso. En consecuencia, debemos utilizar los otros dos grandes criterios manejados en caso de conflicto de Convenciones: el de la materia especial o el de la norma más favorable, sin poder dar una solución de carácter general, ya que la opción por uno u otro dependerá de cada caso concreto.

El criterio de la máxima eficacia o de la *lex favorabilior* — principio general que encubre el de la *lex validitatis* y el del favor o *favor negotii* en el ámbito comercial — busca establecer el más alto grado de los objetivos de las Convenciones. No está establecido a texto expreso como solución de conflicto de Convenciones. La Convención sobre Adopción Internacional lo adopta, pero solo como una solución para los conflictos entre la propia Convención y las leyes aplicables⁽²⁵⁾.

MAJOROS⁽²⁶⁾ expresa que este principio se aplica preferentemente en materias dotadas de un alto grado de tecnicidad, o en el derecho de familia o en el derecho mercantil y se funda en ideas humanitarias y de protección al más débil.

El criterio de la materia especial⁽²⁷⁾ se aplicará a los casos de regulación de la responsabilidad delictual o cuasi delictual. En estos casos existe una complejidad de intereses divergentes y de situaciones que hacen necesario regulaciones convencionales equilibradas donde no es posible encontrar al menos directamente los intereses protegidos por la reglamentación. Si bien se aplica a una diversidad y complejidad de temas, es mucho más simples y más técnico. Cuanto más precisa sea la norma, mayor jerarquía tendrá.

III — Convenciones de la CIDIP sin cláusula de compatibilidad

24. ¿Qué situación se nos presenta frente a las Convenciones que carecen de una cláusula de compatibilidad?

Estas serían 9: la de letras de Cambio, Arbitraje, Cheques 1975, Domicilio, Sociedades Comerciales, Personas jurídicas, Adopción, Cheques 1979, y Eficacia Extraterritorial de Sentencias⁽²⁸⁾. Excluimos expresamente

(25) "Art. 19. Los términos de la presente Convención y las leyes aplicables según ella se interpretarían armónicamente y en favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado."

(26) MAJOROS FERENC, "Les Conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique". I, p. 253. En materia procesal se aplicaría a las legalizaciones, notificaciones, obtención de pruebas etc. En materia de derecho de familia: en alimentos, menores, unión conyugal, adopción, intercambio de información etc. En materia de derecho mercantil: reconocimiento de sociedades etc.

(27) Ibid. p. 343.

(28) En la enumeración incluimos las que contienen cláusulas de compatibilidad bilaterales, porque su situación es la misma frente a los Tratados anteriores.

de esta enumeración los Protocolos Adicionales que por su naturaleza funcionan únicamente para los que ratifiquen las Convenciones sobre Exhortos y Recepción de Pruebas.

25. ¿Cuál sería la sede de la materia? ¿Cuál es la norma que nos solucionará un posible conflicto de Convenciones entre los Tratados que no tengan una cláusula de compatibilidad, o que teniéndola su redacción sea tan confusa que la torne inaplicable?

Dentro del ámbito interamericano no encontramos una solución positiva de índole supranacional. El art. 9 de la Convención sobre Normas Generales de 1979 tiene una respuesta para el caso de desarmonía o de conflicto entre diversas leyes aplicables a una misma relación jurídica e intenta examinar la finalidad perseguida por las leyes. Con ello se busca sin duda — más que plegarse a la corriente angloamericana de los intereses o finalidades estatales defendida por CURRIE⁽²⁹⁾, que es una teoría que nació fuera y para combatir el sistema de conflicto — lograr soluciones sanas pero dentro del sistema conflictivo⁽³⁰⁾. Buscando en definitiva, una adaptación de las normas sustantivas en base a la idea de justicia o equidad, formulada por ALDRICUS hace ya muchos siglos⁽³¹⁾. Pero esta norma no nos da una respuesta al conflicto de Convenciones.

26. La norma que es sede de la materia estaría constituida por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1978. En ella, el artículo 30 plantea el principio de la *lex posterior* como subsidiario de una regulación expresa por los Estados Partes acerca de Tratados en conflicto. Esta primacía de la libertad de los Estados en la materia, se explica porque está basada en la autonomía de la voluntad de los Estados soberanos. En consecuencia, se abandona la regulación conflictual entre Tratados a la voluntad de los codificadores. Si hay una cláusula de compatibilidad, ésta prevalece frente al criterio de la *lex posterior*. Ergo: a falta de cláusula de compatibilidad juega la regla *lex posterior*.

El art. 30 al respecto expresa que:

"2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado

(29) CURRIE BRAINERD. "Selected Essays on the conflict of laws". Durham North Carolina Duke University Press, 1963.

(30) MIAJA DE LA MUELA ADOLFO. "Soluciones "sanas" a los conflictos de leyes: "favor negotii" y respecto de los derechos adquiridos". REDI, p. 17.

(31) ALDRICUS sostenía en el s. XII que el juez debía dar preferencia entre las leyes en conflicto a la más poderosa y la más útil o elegir la que parezca la mejor: "respondeo eam quae potior et utilior videtur, debet enim indicare, secundum quod melius et visum fuerit. Secundum Aldricum". Cf. Gutzwiller Max. "Le développement historique du droit international privé". *Recueil*, 1929, IV, 28, p. 301.

incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.

“3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior” (32) (32a).

De acuerdo a lo expuesto resta concluir que en aquellas Convenciones que carecen de una cláusula de compatibilidad como la reseñada supra, se aplicará el principio *lex posterior derogat priori*, quedando subsistentes únicamente aquellas normas del Tratado anterior que sean compatibles con el Tratado posterior.

IV — *Las Convenciones sin cláusula de compatibilidad llegan a conformar un sistema autónomo?*

27. Al comienzo de nuestro análisis habíamos formulado una interrogante a la cual no le dimos respuesta (33): ¿Este proceso de descodificación puede llevar a la formulación de un sistema común a todos los países del hemisferio? ¿Y puede llegar a ser un sistema autónomo de cualquier otro preexistente?

Para dar una respuesta no deberíamos apegarnos a una concepción clásica del concepto de sistema, sino más bien utilizar para nuestro estudio la idea de un sistema abierto, que sin perder ninguna de las ventajas que proporciona la ordenación sistemática, sea capaz de acoger en su seno nuevas normas y de modificarse continuamente. Rechazamos, en consecuencia, una concepción puramente formal del mismo (34).

Pueden, en consecuencia, esas 9 Convenciones que no tienen una cláusula de compatibilidad dejar de ser una mezcla de categorías y

(32) Ver el resto del artículo y el art. 59 que es el desarrollo del principio de la *lex posterior*.

(32a) Ver De la GUARDIA Ernesto. “Significado de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, observancia, aplicación, interpretación y enmienda de los Tratados”. 4º Curso de Derecho Internacional. Río, 1977, pp. 193 y ss.

(33) Ver par. 6.

(34) Actualmente se han dado todas las definiciones y enfoques posibles del término sistema, lo que provoca la duda de que se esté hablando de lo mismo. Ver COMBACAU JEAN. “Le droit international: bric-à-brac ou système?” p. 85. GRZEGORCZYK CHRISOPHE. “Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit”, p. 281 y SEVE RENÉ. “Introduction”, p. 1, en “Le Système Juridique”. APHD, 1986, T. 31.

llegar a conformar un sistema interamericano autónomo? Por cierto, no por sí mismas. Sus contenidos son muy heterogéneos para que pueda hilvanarse una cierta unidad, base de todo sistema.

28. Pero, aquellas 7 Convenciones con cláusulas de compatibilidad podrían contribuir a la conformación de un todo sistemático. Así como se las puede considerar a las mismas como un estrato de normas o subsistema del Código de Bustamante y de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, también pueden serlo de cualquier otro grupo de Convenciones.

29. A nuestro modo de ver, para que pueda constituirse un nuevo sistema autónomo a nivel regional, se necesitarían tres requisitos: en primer lugar, que se recogan los principios generales de la materia, piedra angular que proporciona unidad a todo Derecho Internacional Privado. Esa tarea ya ha sido cumplida con la aprobación de la Convención Interamericana sobre normas generales de 1979.

En segundo lugar, que se intente la creación de una Convención específica que resuelva los conflictos de Convenciones entre las CIDIP pasadas y futuras. La Convención de Viena sobre derecho de los Tratados tiene sus normas al respecto (art. 30), pero no es enfocado con la suficiente profundidad como para atender el oleaje siempre creciente de las Convenciones interamericanas. Una Convención de este tipo hará que el todo sistemático tenga la coherencia necesaria.

Y en tercer lugar, debe haber una búsqueda de la *ratio* de la codificación. Que exista detrás de todo el producto sistemático un fundamento filosófico determinado. El nos indicará de donde venimos y nos dirá adónde vamos en materia de codificación interamericana y sobre todo la determinación de los valores que se pretenden proteger y regular. De los tres, parece ser éste el más importante, pues debemos ir a la búsqueda de un sistema dinámico y teleológicamente orientado⁽³⁵⁾. Partir de la base de un sistema de derecho siempre abierto e incompleto. Como expresa GRZEGORCZYK, "la plenitud es una propiedad de los sistemas muy pobres"⁽³⁶⁾.

30. ¿Puede lograrse un fundamento filosófico que recubra toda la labor de la CIDIP? Parecería algo imposible dada su calidad de codificación de tracto sucesivo, con países participantes distintos en cada Conferencia, con Gobiernos que los representan también cambiantes política y filosóficamente, con especialistas de la materia también diferentes en cada período, y sobretudo con condicionantes económicas regionales también profundamente cambiantes no sólo en períodos quinquenales sino en más breves plazos. ¿Cómo obtenerlo a pesar de todos estos obstáculos inevitables?

(35) Ver Grzegorzczk op. cit. p. 292.

(36) Ibid. p. 293.

Esta situación sólo puede superarse pensando en que la regulación de las normas de Derecho Internacional Privado sólo pueden tener su centro en el individuo, en el sujeto de derecho y en el reconocimiento de su legítima libertad de trascender los límites territoriales reconociéndoles el normal tránsito de sus actos jurídicos a través de las fronteras nacionales. En el reconocimiento de la autonomía de la voluntad con los límites del orden público internacional. Justicia, seguridad y dignidad de la persona humana.

51. Se nos podría argumentar que esa tarea ya fue emprendida por los Tratados de Montevideo, y no podríamos rebatirlo totalmente, porque todo sistema de Derecho Internacional Privado tiene por centro el individuo. Pero los Tratados de Montevideo sustituyeron la regulación de los intereses por los propios sujetos, por una regulación *a priori* basada en la idea de una justicia formal y abstracta, denominada comunmente la justicia propia del Derecho Internacional Privado. Si se debe aplicar un derecho extranjero éste sólo será el elegido por los Estados contratantes, no el elegido por los particulares. Los sujetos privados sólo podrán ver atendidos sus derechos y exigidas sus obligaciones en la medida en que se plegaren a la regulación estatal de índole preceptiva. Sin duda, ésta era una regulación necesaria en dicho momento en que se requería el afianzamiento de las instituciones, la protección a la soberanía de los nuevos Estados independientes y la defensa de estos jóvenes países que se veían ahogados por una masa de inmigrantes que querían poblar este Continente vacío^(38a).

52. Sin embargo, hoy la realidad es bien distinta. Seguir sosteniendo que la única codificación posible es la del sistema arborescente constituido por un tronco conformado por los Tratados de Montevideo e el Código de Bustamante y con ramas cada vez más extensas y pobladas constituidas por las CIDIP, permitiría que la copa de ambos árboles se tocaran, pero no que se pudieran fundir en un todo sistemático. Sería, en suma, llevar las cosas a una aporía, a un callejón sin salida que negaría los esfuerzos interamericanos de tantas décadas de búsqueda de un nuevo sistema regional común. Plantearía la imposibilidad de suplantar valores perimidos y la promoción de nuevos valores.

53. Se nos podría argumentar que ninguna de las Convenciones de la CIDIP colide con los Tratados de Montevideo. A poco que se observe, se apreciará que ello no es así. Baste un ej. La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 es incompatible con los Tratados de Montevideo que imponen un régimen de conexiones preceptivas. Acá no puede haber ninguna consustanciación, es el corazón mismo de los Tratados de Montevideo, son sus valores los que resultan heridos. Significaría en suma una visión reductora del Derecho Internacional Privado

(38a) Se refiere en el Derecho Internacional Privado a una rama del derecho encargada de resolver un conflicto de soberanías, algo semejante a un *jus inter gentium leges*.

el considerar que la función de las CIDIP es el de ser subsistemas. Sería, por último, negar las enseñanzas de SAVIGNY que veía en la comunidad de derecho, en la comunidad jurídica de las naciones, no algo realizado, sino algo dinámico, progresivo, siempre en crecimiento⁽³⁷⁾.

34. Es por este cúmulo de razones que pensamos que las futuras Convenciones no puedan seguir conteniendo una cláusula de compatibilidad general como la que hemos estudiado supra. De hacerlos, caeríamos en el riesgo de no poder conformar nunca más un sistema autónomo. Estas cláusulas de compatibilidad tendrían que ser modificadas de la siguiente forma:

“Esta Convención no restringirá las disposiciones de Convenciones de la CIDIP que en materia de... hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia.”

De esta manera, dentro del sistema de la CIDIP no habrán Tratados anteriores ni posteriores, sino que sólo valdrán como criterios: el de la máxima eficacia, de la ley más favorable^(37a), de la validez del acto, del favor o del *favor negotii* por un lado, y el criterio de la ley especial por el otro. Y los Tratados anteriores a la CIDIP sobre puntos incompatibles irán perdiendo su calidad de derecho positivo.

35. La historia aparentemente se repite: la última palabra la dará el estatuto personal y el derecho comercial. Estando totalmente regulado el campo procesal, queda ahora la reglamentación de parte del campo comercial y sobretodo de todo el estatuto personal cuidadosamente eludido en 1975, 1979 y 1984. La regulación de este estatuto significará un nuevo reto hacia la posibilidad de un nuevo sistema de Derecho Internacional Privado Interamericano común a todos los países del continente y autónomo de cualquier otro sistema.

A pesar de todos esos inconvenientes no debemos dejar de recordar las palabras de PILLET, quien en 1896 expresaba que: “El Derecho Internacional Privado es una ciencia imperfecta y a la cual no le podemos exigir la seguridad y la precisión que se podría atender en la aplicación de una legislación común a todos los pueblos. Debe limitarse a cumplir su oficio lo menos mal posible, y es ya de su parte una pretensión bien suficiente⁽³⁸⁾.”

(37) SAVIGNY M. F. C. “Traité de Droit Romain”. Seconde édition. Tome huitième. Paris, 1880, pp. 29, 30 y 40.

(37a) El criterio del *favor validitatis* ha sido recogido en el art. 1 de la Convención sobre letras de cambio de 1975, la de cheques de 1979 en su art. 1, y en la de adopción de 1984 art. 19. La finalidad de la ley es analizada en el art. 9 de la Convención sobre Normas Generales. Aunque no, para los temas en estudio.

(38) PILLET A. “Le Droit International Privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois”. *Journal*, 1896, p. 30.

Competência e homologação de sentenças estrangeiras na Comunidade Econômica Européia

C. G. J. MORSE

King's College London

Tradução do inglês: ANNA MARIA VILLELA

SUMÁRIO

1 — Introdução. 2 — Objetivo e linhas gerais da Convenção. 3 — Interpretação: papel da Corte Européia de Justiça. 4 — Interpretação das disposições da Convenção: considerações gerais. 5 — Alcance da Convenção. 6 — Regra básica da Convenção: o domicílio. 7 — Competência especial. 8 — Problemas de seguro e contratos de consumo. 9 — Tribunais detentores de competência exclusiva. 10 — Foro de eleição e art. 17. 11 — Submissão voluntária. 12 — Exame da competência. 13 — Lis alibi pendens: ações conexas. 14 — Medidas provisórias e cautelares. 15 — Homologação e execução de sentenças. 16 — Observações finais.

1. Introdução

No artigo 220 do Tratado de Roma, de 1957 (que estabeleceu a Comunidade Econômica Européia, daqui em diante citada como CEE), os Estados-Membros originários concordaram negociar uns com os outros de modo a conseguir, na medida necessária, em benefício de seus nacionais,

“a simplificação das formalidades relativas à homologação recíproca de sentenças judiciais e laudos arbitrais”. Conseqüentemente, foi elaborada a Convenção sobre Competência e Homologação de Sentenças em Matéria Civil e Mercantil, de 27 de setembro de 1968, que entrou em vigor, quanto aos seis Estados-Membros originários (Bélgica, França, Alemanha Federal, Itália, Luxemburgo e Holanda) a 1.º de fevereiro de 1973. Como resultado da ampliação da Comunidade em 1973, pela adesão da Dinamarca, da República da Irlanda e do Reino Unido, estes novos Estados-Membros se viram obrigados a aceder à Convenção de 1968 (que é conhecida, vulgarmente, como Convenção de Bruxelas). Isto foi consumado por uma Convenção de adesão, de 9 de outubro de 1978. A Convenção de 1978, modifica a Convenção de 1968 num certo número de pontos para levar em consideração os problemas criados pela entrada dos novos membros. Mais recentemente, em 1982, uma Convenção foi assinada prevendo a adesão da Grécia e negociações estão, atualmente, se processando para a adesão de Espanha e Portugal. Há também um projeto de uma Convenção paralela entre Estados-Membros da Comunidade Econômica Européia e a Zona Européia de Livre Comércio.

Por um protocolo de 1971, decidiu-se que as questões relativas à interpretação das Convenções poderiam ser submetidas (como é realmente o caso quanto às questões de interpretação no Tratado CEE e na legislação dele derivada) à Corte Européia de Justiça, sediada em Luxemburgo.

A Convenção modificada e o Protocolo de 1971 se incorporaram ao direito do Reino Unido através da Lei sobre Competência Civil e Sentenças de 1982 (daqui em diante CJA) ⁽¹⁾ e o texto da Convenção aparece como Anexo 1 da lei. As disposições pertinentes da legislação entraram em vigor a 1.º de janeiro de 1987. No que se segue, o termo “Convenção” refere-se ao texto que aparece no referido Anexo. Pode haver alguma dúvida sobre o seu profundo impacto no direito do Reino Unido, e muito do que se segue é baseado nas implicações que a Convenção tem sobre o direito do Reino Unido (e mais particularmente sobre o direito inglês). Contudo, a Convenção é principalmente importante porque apresenta um modelo de como lidar com um problema de grande importância comercial e prá-

(1) Para os comentários em inglês ver as seguintes obras:

Collins, *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, (1983), citada no texto como Collins;

Hartley, *Civil Jurisdiction and Judgments* (1984), citada no texto como Hartley;

Anton, *Civil Jurisdiction in Scotland* (1984), and *Supplement* (1987), citada como Anton;

Kaye, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments* (1987);

Dashwood, Hacon and White, *A Guide to the Civil Jurisdiction and Judgments Convention* (1987).

tica nos mercados econômicos regionais, e merece, portanto, a atenção de juristas, fora da CEE. Este artigo tenta, pois, descrever e analisar suas disposições principais.

2. *Objetivo e linhas gerais da Convenção*

O objetivo da Convenção é permitir que sentenças, proferidas num país da Comunidade, possam ser homologadas, de modo barato e rápido, num outro. Em relação a casos incluídos em seu âmbito, ela substitui os esquemas existentes de homologação e execução contidos na jurisprudência e nos tratados bilaterais em vigor nos Estados-Membros da CEE.

A jurisprudência e os tratados dispõem sobre a homologação e a execução, principalmente, de uma maneira indireta. Estabelecem simplesmente padrões ou requisitos, que devem ser satisfeitos perante os tribunais de um Estado no qual a homologação e a execução são pedidas para que estes as garantam. E, nesses regimes, o tribunal da homologação é predisposto a examinar o processo desenvolvido no tribunal, que proferiu a sentença, para ver se este observou os padrões apropriados. A "prudência", em matéria de homologação e execução, foi tradicionalmente mantida por causa das diferenças que existem entre os sistemas nacionais em matéria de normas relativas à competência.

O enfoque da Convenção, contudo, é um pouco diferente. Ela estabelece o que poderia ser chamado uma maneira direta e determina um conjunto comum de normas sobre competência de tribunais relativamente a litígios que contêm um elemento internacional. Deste modo, cria um Código Europeu Uniforme sobre competência, que deve ser aplicado pelos Tribunais dos Estados-Membros, relativamente a tais litígios. A corte ou tribunal pertinente deve decidir se tem competência segundo a Convenção, declarando-se incompetente, se as regras da Convenção não se aplicarem no caso. Inversamente, se os requisitos da Convenção são satisfeitos, o Tribunal em que a ação é intentada deve se dar por competente e a homologação e a execução da sentença deste Tribunal produzem-se quase automaticamente nos outros Estados-Membros, tendo em vista que, com muito poucas exceções, o tribunal da homologação não pode se deter sobre o exame da competência do tribunal que proferiu a sentença.

A adoção de tal esquema foi julgada apropriada no contexto da CEE por promover uma maior harmonização dos direitos, uma maior certeza jurídica e, pelo fato de evitar a discriminação baseada nas diferenças dos direitos nacionais, facilitar a "livre circulação das sentenças" dentro da Comunidade.

Para as considerações que se seguem, pode ser útil ter em mente alguns princípios gerais da Convenção. A regra fundamental é a de que o

réu deve ser acionado no país de seu domicílio. Fundamentos adicionais para a competência são encontráveis em certos casos específicos: assim o autor pode, se um desses casos é aplicável, acionar o réu num Estado outro que não aquele em que é domiciliado. O artigo 16 descreve as situações em que a competência é dada exclusivamente aos tribunais de um certo país, independentemente do domicílio do réu. Regras especiais de competência também são estabelecidas relativamente aos contratos de consumo e em matéria de seguros. Finalmente, existem disposições para homologação e execução, em outros Estados-Membros, de sentenças prolatadas por Tribunais dotados de competência segundo a Convenção.

Em linhas gerais, as disposições da Convenção são ilusoriamente simples. Contudo, a prática revela, até o presente, que difíceis questões de interpretação podem surgir, tanto a nível de tribunais nacionais, quanto relativamente à própria Corte Européia de Justiça. É por isso necessário fazer algumas observações iniciais sobre a interpretação da Convenção.

3. *Interpretação — papel da Corte Européia de Justiça*

Em princípio, a tarefa de interpretar as disposições da Convenção recai sobre os tribunais nacionais. Contudo, há também disposições que prevêm questões prejudiciais sobre matéria de interpretação à Corte Européia de Justiça, segundo o Protocolo de 1971 (que aparece como Anexo 2 à Lei sobre Competência Civil e Sentenças, de 1982). Os tribunais dos Estados-Membros têm levado um certo número de questões prejudiciais, relativas ao texto original da Convenção, à Corte Européia.

Que ajuda tem sido dada aos tribunais ingleses em matéria de interpretação? Algumas diretrizes são encontradas na Seção 3 da Lei de 1982. Deste modo, se um tribunal inglês não levanta nenhuma questão prejudicial à Corte Européia sobre o significado e efeito de alguma disposição, determinará tal significado e efeito de acordo com os princípios aceites pela Corte Européia de Justiça ou por alguma relevante decisão dela. Assim, não apenas é relevante uma decisão da Corte Européia sobre o significado de uma disposição, mas também os princípios por ela formulados devem ser observados. Estes princípios podem incluir amplas diretrizes de interpretação formuladas pela Corte Européia. Note-se também que a linguagem imperativa da Seção 3 (1) esclarece que as regras normais sobre o precedente no direito inglês foram atingidas. Um tribunal deve, portanto, seguir as decisões da Corte Européia mesmo se elas conflitam com uma decisão de um tribunal superior inglês, que, caso contrário, seria obrigatória.

No que diz respeito às questões prejudiciais à Corte Européia, o Protocolo de 1971 prevê que os tribunais que exercem jurisdição de apelação *podem*, e que os tribunais de instância final (na Inglaterra, House of Lords) *devem* levantá-las.

Nos processos perante os tribunais ingleses, estes tribunais são obrigados a levar judicialmente em conta qualquer decisão ou manifestação de opinião da Corte Européia sobre qualquer assunto envolvendo a interpretação da Convenção. Não é, contudo, necessário, como é, normalmente, o caso quando o direito estrangeiro é alegado, provar, como fatos, através de peritos, as decisões ou manifestações de opinião. O Tribunal pode formular suas próprias conclusões quanto ao significado da decisão da Corte Européia. Neste ponto uma decisão da Corte Européia é assimilada à decisão dos tribunais ingleses em casos puramente internos.

Uma mais profunda e insólita atitude em relação à interpretação da Convenção é encontrável na Seção 3 (5) da Lei de 1982. Ambos os textos, o da Convenção original de 1968 e o da Convenção de Adesão de 1978, foram objeto dos relatórios elaborados pelos respectivos relatores dos grupos de trabalho que escreveram a Convenção, o Sr. Jenard e o Professor Schlosser. Esses relatórios, publicados no Diário Oficial das Comunidades Européias (O.J. 1979, n.º C59, vol. 22) pretenderam expressar a opinião dos relatores quanto ao significado da Convenção. Daqui por diante eles serão citados como "Jenard" e "Schlosser". A Seção 3 (3) prevê expressamente que esses relatórios "devem ser considerados no esclarecimento do sentido e dos efeitos de qualquer disposição da Convenção" e "devem ter alguma relevância conforme as circunstâncias". A Corte Européia, semelhantemente, tem utilizado e, certamente continuará a utilizar, os relatórios, como suporte interpretativo. Num certo sentido eles são tratados como *travaux préparatoires*. Mas, parece que, em nenhuma outra lei inglesa, tais documentos são expressamente admitidos como suporte interpretativo.

4. *Interpretação das disposições da Convenção: considerações gerais*

A Convenção dará ensejo obviamente a problemas de interpretação. Em particular, tais problemas podem surgir devido a uma tendência dos tribunais ingleses a interpretar mais literal do que teologicamente as disposições legais. Problemas podem surgir também devido ao fato de que certos termos adotados na Convenção são pouco familiares aos juristas ingleses e não têm significação definida no direito existente — a frase "questões civis e comerciais" é apenas um exemplo.

Além disso, a Convenção, freqüentemente, usa palavras e conceitos formulados por diferentes sistemas de direito comercial e processual suscetíveis de terem significados diferentes nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros. O problema pode por isso surgir de se saber se a interpretação pertinente deve ser elaborada a partir do significado atribuído a um conceito num sistema jurídico nacional ou se uma interpretação uniforme, independente ou de Direito Comunitário, deve ser preferida. No primeiro caso concernente à Convenção, submetido à Corte Européia, esta decidiu que a frase "lugar do cumprimento da obrigação em questão" no artigo 5 (1) deve ser entendida conforme a lei indicada para reger o contrato pelas

regras de direito internacional do foro — determinando efetivamente o conteúdo do conceito pelo direito nacional: v. Caso 12/76 *Tessili v. Dunlop* (1976) E.C.R. 1473. Contudo, a tendência atual da Corte é dar um sentido comunitário a vários conceitos, tais como “questões civis e comerciais” no artigo 1; “falência” no artigo 1; “contrato” no artigo 5 (1); “venda de bens a prestação” no artigo 13; “lugar onde o evento danoso ocorreu” no artigo 5 (3) — e esta não é, de modo algum, uma lista exaustiva. Não há razão para duvidar que esta tendência continue. O objetivo da Convenção de estabelecer uniformidade na prática de se dar por competente e, conseqüentemente, a homologação e a execução automáticas dos julgados, através da CEE, seria seriamente comprometido se a interpretação de disposições-chave fosse deixada ao direito nacional e se o significado de tais conceitos dependesse do direito do foro no qual a ação teve início.

O enfoque do “significado convencional” não determina necessariamente que os resultados das decisões da Corte Européia sejam mais fáceis de se prever. Assim, por exemplo, a Corte deparou-se logo com a necessidade de decidir qual era o significado da expressão “questões civis e comerciais” e, aplicando este enfoque, disse que o sentido da Convenção tinha de ser obtido à luz dos objetivos e do esquema da Convenção” e “dos princípios gerais que emergem do *corpus* dos sistemas jurídicos nacionais”: v. Caso 29/76 *LTU v. Eurocontrol* (1976) E.C.R. 1541, 1552. Tais epítetos dificilmente forneceriam diretrizes específicas para os advogados militantes: v. *infra* 5.1.

5. Alcance da Convenção

A parte algumas limitações contidas nas próprias regras jurisdicionais, o alcance da Convenção é limitado de várias maneiras. Ele está indicado no artigo 1.º que dá lugar às seguintes considerações:

5.1. Questões civis e comerciais

A Convenção é descrita como aplicando-se às questões civis e comerciais, qualquer que seja a “natureza da Corte ou tribunal”. Na Inglaterra, contudo, “questões civis e comerciais” não é um termo jurídico e não tem um sentido preciso. No continente europeu, ele está bem estabelecido e envolve amplamente a distinção entre direito privado (que pode ser civil e comercial), direito público e direito penal. Os países europeus não estão de acordo sobre a linha demarcatória entre estes conceitos. É por isso que a Corte Européia recorreu ao enfoque do “significado convencional” para a interpretação descrita no n.º 4 *supra*. Como exemplos vide: Caso 29/76 *LTU v. Eurocontrol*, *supra* (sentença relativa a taxas cobradas pela Eurocontrol em matéria de transporte aéreo, não consideradas dentro do âmbito da Convenção, tendo em vista que, embora procedimentos entre uma autoridade pública e uma companhia privada pudessem ser, em princípio, incluídos nele, não o eram quando a autoridade pública estivesse agindo, como no caso, no exercício de seus poderes); Caso 814/79 *Netherlands*

State v Ruffer (1980) E.C.R. 5807 (ação para indenização de prejuízos pela remoção de “escólios” da via pública aquática, pelo governo, no exercício da autoridade governamental, não consideradas dentro do âmbito da Convenção).

5.2. *Rendimentos, direitos alfandegários e questões administrativas*

A Convenção em particular não se refere a essas questões.

5.3. *Outras matérias excluídas*

Também são expressamente excluídas do âmbito da Convenção pelo artigo 1.º as questões relativas a:

- a) estado e capacidade de pessoas físicas, etc.;
- b) falências, liquidações, etc.

V. Caso 135/78 *Gourdain v Nadler* (1979) E.C.R. 755. Esta exclusão se aplica, no contexto das liquidações, apenas às liquidações de companhias insolventes. A liquidação de companhias solventes será regida pela Convenção. Questões de falência e liquidação são objeto de outro projeto de convenção, que ainda está em processo de negociação.

- c) previdência social;
- d) arbitragem.

A exclusão da arbitragem é problemática tendo em vista que o objetivo preciso de sua exclusão não é claro. Está claro que a Convenção não se aplica a procedimentos para invalidar ou executar um laudo arbitral (v. Jenard, p. 13) ou a procedimentos acessórios à arbitragem, tais como um requerimento para nomear ou demitir árbitros ou a sentenças relativas à validade de uma convenção arbitral (Schlosser, §§ 64 e 65). Durante as negociações, o Reino Unido adotou o ponto de vista de que também estavam excluídos todos os litígios que as partes tivessem efetivamente concordado em submeter à arbitragem. Se este ponto de vista for correto o tribunal poderá recusar homologação a uma sentença dada a propósito do descumprimento da obrigação de se submeter a arbitragem e a Convenção poderia ser invalidada por um expediente que, digamos, inserisse uma válida cláusula arbitral num contrato. Os Estados-Membros originários adotaram, entretanto, uma posição em que a exclusão diz respeito simplesmente a procedimentos que estão literalmente vinculados à arbitragem como, por exemplo, procedimentos para remover um árbitro ou para invalidar um laudo arbitral (v. Schlosser, § 62). A Seção 52 da Lei de 1982 dispõe, expressamente, que uma sentença estrangeira dada a propósito do descumprimento de um compromisso arbitral não é homologável. Mas, caso o ponto de vista do Reino Unido, a propósito da exclusão, não seja seguido

na Corte Européia, está previsto que nada, naquela Seção, afeta a homologação ou a execução de uma sentença permitida pela Convenção.

6. *A regra básica da Convenção: Domicílio*

6.1. Segundo o artigo 2 (1) da Convenção, pessoas domiciliadas no Estado Contratante devem ser acionadas, qualquer que seja a sua nacionalidade, nos tribunais deste Estado e, segundo o artigo 3 (1), somente podem ser acionadas nos tribunais de um outro Estado Contratante, na medida em que outras disposições da Convenção o permitam. O artigo 3 (2) especifica bases de competência permitidas no direito nacional dos Estados-Membros, que não podem ser invocadas contra pessoas domiciliadas em Estados Contratantes. No que diz respeito à Inglaterra, a regra excluída é a que permite a competência do Juiz em razão da citação do réu durante sua presença temporária no país. Este fundamento de competência não pode ser invocado, por exemplo, contra uma pessoa domiciliada na Bélgica.

6.2. *Artigo 4.º*

Se o réu não é domiciliado no Estado Contratante, a competência dos tribunais dos Estados Contratantes é determinada pelo direito nacional. Assim por exemplo, se uma sociedade anônima não for domiciliada (sediada) em nenhum Estado Contratante, pode ser acionada na Inglaterra sob o fundamento da regra da presença pessoal, embora tal base de competência não possa ser invocada se essa sociedade anônima, embora incorporada segundo o direito americano, tem um domicílio (ou sede) em França.

O artigo 4 (2) deve ser olhado com particular atenção por aqueles advertidos réus, que não estiverem domiciliados num Estado Contratante. Porque este dispositivo surpreendente permite a autores domiciliados num Estado Contratante valer-se, mesmo contra tais réus, das regras de competência do Estado em que são domiciliados do mesmo modo que os nacionais deste Estado. A consequência disso pode ser vista a partir do seguinte exemplo: uma companhia americana com domicílio (sede) na França pode mover ação contra outra companhia americana, não domiciliada em nenhum Estado Contratante, vez que pelo artigo 14 do Código Civil Francês, um francês pode sempre acionar na França. A sentença que daí resultar deverá ser homologada ou executada em qualquer Estado Contratante!

A exorbitância desta competência é limitada pelo artigo 16 da Convenção que, em relação a certas questões, confere competência exclusiva a tribunais específicos a propósito de matérias específicas, independentemente do domicílio do réu, no Estado Contratante: v. infra. Ela pode ser também limitada por uma válida cláusula de competência segundo o artigo 17 (infra). O artigo 59 também permite aos Estados Contratantes negociar

tratados bilaterais, em razão dos quais eles não homologarão sentenças proferidas, segundo o artigo 4.º, contra nacionais de outro país, que não seja parte do tratado. Tratado deste tipo não existe, contudo, com os EUA, sendo que apenas um foi concluído com o Canadá.

O artigo 4 (1) nada acrescenta ao direito inglês, tendo em vista que nossas regras sobre competência tratam a nacionalidade como irrelevante. Mas cria consideráveis dificuldades em relação, por exemplo, à França e Luxemburgo, que podem dar-se por competentes por este fundamento.

6.3. *Domicílio*

Pode-se constatar do que precede, que o modo como o domicílio é definido é de crucial importância. A Convenção deixa sua definição ao direito nacional: v. artigos 52 e 53.

Isso pode parecer surpreendente vez que, a ausência de uma definição comum desta importante circunstância de conexão em matéria de competência, pode obviamente conduzir a uma falta de uniformidade. Contudo, todos os seis Estados-Membros originários conceituam "domicílio" como, mais ou menos, equivalente à "residência" habitual, de modo que aquela ausência de uniformidade provavelmente não será um problema sério. No Reino Unido, contudo, domicílio tem um sentido muito diferente, que foi considerado totalmente inadequado para propósitos jurisdicionais em questões civis e comerciais. Conseqüentemente, novas regras foram formuladas e se encontram nas Seções 41 a 46 da Lei de 1982. Convém tratar separadamente o domicílio das pessoas físicas e jurídicas.

6.3.1. *Pessoas físicas*

O direito pertinente se encontra na Seção 41 da Lei sobre Competência Civil e Sentenças de 1982. Esta dispõe que um indivíduo é domiciliado no Reino Unido se a natureza e as circunstâncias desta residência indicam que ele tem uma conexão substancial com o Reino Unido. Se o indivíduo reside no Reino Unido, e isto durante os três últimos meses ou mais, o requisito da conexão substancial presume-se preenchido, salvo prova em contrário.

Pode também ser necessário determinar em que parte do Reino Unido o réu é domiciliado, por exemplo, se na Inglaterra ou Escócia. Ele é considerado como domiciliado numa parte, apenas se reside nesta parte, e a natureza e a circunstância de sua residência indicam que tem uma conexão substancial com aquela parte. Se ele não tem uma conexão substancial com nenhuma parte, mas é domiciliado no Reino Unido, é considerado como domiciliado na parte do Reino Unido em que reside.

Finalmente, certas disposições da Convenção contemplam o réu domiciliado num lugar particular do Reino Unido. Aqui a questão pode surgir

relativamente, digamos, a uma particular circunscrição territorial na Inglaterra, na qual ele deve ser considerado como domiciliado para os propósitos da jurisdição (cortes de condado). Ele é domiciliado num lugar particular do Reino Unido se, e apenas se, é domiciliado na parte do Reino Unido em que este lugar se situa e é residente neste lugar.

A Seção 41 (7) trata de uma questão do domicílio que não está explicitamente coberta pelo artigo 52, especialmente a determinação sobre o fato de um indivíduo estar domiciliado num Estado outro que não um Estado Contratante. Pode ser necessário determinar isto para os propósitos do artigo 59 da Convenção. Um indivíduo é domiciliado num Estado outro que não um Estado Contratante se, e apenas se, reside nesse Estado e a natureza e as circunstâncias de sua residência indicam que tem uma conexão substancial com aquele Estado. É concebível, evidentemente, que uma pessoa seja, ao mesmo tempo, domiciliada num Estado Contratante e num Estado não Contratante. Se ela está domiciliada num Estado Contratante, as regras da Convenção parecem aplicáveis e as regras exorbitantes de competência do artigo 4.º não podem ser invocadas contra ela porque também é domiciliada num Estado não Contratante.

O artigo 52 (2) dispõe que a questão relativa ao fato de se saber se uma pessoa domiciliada num outro Estado Contratante (isto é, um Estado outro que o Reino Unido do ponto de vista dos tribunais do Reino Unido) deve ser decidida de acordo com o direito interno do Estado, no qual se alega que ela está domiciliada, (por exemplo, o direito francês determinará se ela está domiciliada na França).

O artigo 52 (3) dispõe que o domicílio numa parte será determinado de acordo com o seu direito nacional, se por este direito o domicílio depende de uma outra pessoa ou da sede de uma autoridade. Tendo em vista que é improvável que uma questão de domicílio de dependência surja num litígio comercial, esta disposição não será mais profundamente discutida.

6.3.2. *Sociedades comerciais*

6.3.2.1. *Domicílio no Reino Unido*

O artigo 53 da Convenção determina que a sede de uma companhia ou qualquer outra pessoa jurídica ou associação de pessoas físicas e jurídicas seja tratada como seu domicílio. Para determinar a sede, o tribunal deve aplicar as regras de seu direito internacional privado.

A noção de sede de uma corporação não tem equivalente no direito inglês, que geralmente considera a companhia como domiciliada no lugar em que se incorporou. Foi por isso necessário prever expressamente as regras pertinentes quanto à definição da sede, na Seção 42 da Lei de 1982. Por estas disposições uma corporação tem sua sede no Reino Unido se, e apenas se, ela se incorporou ou formou-se de acordo com a lei de uma parte

do Reino Unido e tem seu endereço oficial no Reino Unido; *ou* quando sua administração central e controle são exercidos no Reino Unido.

Como no caso dos indivíduos, pode ser necessário determinar a parte do Reino Unido em que a corporação tem sua sede. Conseqüentemente, está previsto que a sede será em determinada parte, se ela tem sua sede no Reino Unido e seu registro oficial ou algum endereço oficial nesta parte; *ou* quando sua administração geral e controle são exercidos naquela parte; *ou* quando ela tem um estabelecimento comercial naquela parte. Ainda uma vez, pode ser necessário determinar o lugar em que uma companhia tem sua sede. A Seção 42 (5) prevê que ela tem sua sede num lugar específico do Reino Unido se a tem na parte do Reino Unido em que este lugar está situado e tem seu registro oficial ou qualquer outro endereço oficial naquele lugar; *ou* quando sua administração central e controle são exercidos naquele lugar.

6.3.2.2. *Domicílio fora do Reino Unido*

Quando for necessário determinar se uma companhia tem sua sede num Estado outro que não o Reino Unido, o teste aplicável é (com uma muito importante exceção) o mesmo adotado em relação à sede no Reino Unido, isto é, ela terá sua sede num outro Estado se se incorporar ou formar-se de acordo com a lei daquele Estado, e se tem seu registro oficial ou algum endereço oficial lá; *ou* quando sua administração central e controle são exercidos lá: S. 42 (6). A exceção surge relativamente à companhia que tem sua sede num Estado Contratante. Em tal caso, é necessário satisfazer ambos os testes anteriores, mas está também previsto que a companhia não será olhada como tendo sua sede num Estado Contratante outro, que não o Reino Unido, se se demonstrar que os tribunais daquele Estado não a considerariam como tendo nele sua sede: S. 42 (7).

6.3.2.3. *Domicílio e o artigo 16 (2)*

Segundo o artigo 16 (2) os tribunais de um Estado Contratante, no qual uma Companhia tem sua sede, têm competência exclusiva (independente do domicílio) nos processos que têm como objeto a validade da constituição, a nulidade ou a dissolução de uma companhia. A Seção 43 da Lei de 1982 estabelece uma definição de sede levemente diferente para os propósitos deste artigo. De um modo geral, uma sociedade tem sua sede, neste contexto, no Reino Unido ou em algum outro Estado Contratante, apenas se uma ou outra das duas seguintes condições for satisfeita: 1 — que ela tenha sido incorporada ou formada segundo a lei daquele Estado ou 2 — que sua administração central ou controle tenham sido exercidos lá. O lugar de exploração da atividade da entidade é, portanto, irrelevante. Mas as regras acima não deveriam, como tais, precluir a possibilidade para uma companhia de ter uma sede em mais de um Estado, ao mesmo tempo, para os fins do artigo 16 (2). Conseqüentemente a Seção 43 (7) estabelece, de modo a reduzir o risco de conflitos de jurisdição, que a companhia não será considerada como tendo sua sede num Estado Contratante outro, que não o Reino Unido,

se ela tem sua sede no Reino Unido pelo fato de se ter incorporado segundo a lei de uma parte do Reino Unido e ter seus serviços ou algum outro endereço oficial no Reino Unido ou quando os tribunais daquele outro Estado Contratante não a considerassem como tendo sua sede naquele Estado, para os fins do artigo 16 (2).

6.3.3. *Domicílio — alguns pontos de interpretação*

Pode ser útil identificar alguns pontos da definição de domicílio, contidos na Lei de 1982, que podem demandar interpretação.

6.3.3.1. *Pessoas físicas*

Os pontos cruciais na definição de domicílio de indivíduos são “residência” e “conexão substancial”. Nenhum deles está definido na Lei de 1982. A residência requereria presumivelmente algum grau de continuidade.

Mas é, provavelmente, a exigência de que a natureza e a circunstância da residência devam indicar uma conexão substancial com a circunscrição judicial pertinente o que se transformará em mais difícil problema de interpretação. A duração da residência pode ser importante, mas mesmo um curto período de residência pode ser suficiente se acoplado a outros fatores, por exemplo, o fato de se comprar uma casa ou contratar um emprego na área em questão. A intenção pode ser também relevante, apenas quanto ao grau de continuidade, que persiste no conceito tradicional de domicílio.

6.3.3.2. *Companhias*

Talvez o problema central seja, neste particular, o da definição da administração central e controle. Alguma ajuda pode ser encontrada na jurisprudência inglesa relativa à questão do lugar onde uma companhia é residente para fins fiscais. Estes casos parecem estabelecer que o lugar da residência é o lugar da administração central e controle, definindo este último lugar como aquele no qual os negócios da companhia são realmente desenvolvidos. Isto é uma questão de fato a ser resolvida por um exame do fluxo dos negócios e comércio, o lugar onde o principal estabelecimento está, o lugar onde os diretores se reúnem e onde o controle sobre as operações mercantis se exercem. Parece também que se deveria enfocar um lugar onde a administração e o controle são efetivamente exercidos e não um lugar onde eles deveriam ser exercidos, conforme os prospectos e os estatutos. É logicamente concebível que pode haver mais de um lugar de administração central e controle.

6.3.4. *Domicílio em outros casos*

O artigo 53 (2), acrescentado pela Convenção de Acesso, prevê que para determinar se um *trust* é domiciliado num Estado Contratante cujos tribunais são acionados na matéria, o juiz deve aplicar suas regras de direito internacional privado. A regra pertinente de direito internacional privado

está contida na Seção 45 da Lei de 1982 que prevê que um *trust* está domiciliado no Reino Unido se, e apenas se, ele está domiciliado numa parte do Reino Unido. Ele está domiciliado numa parte do Reino Unido se, e apenas se, o sistema de direito daquela parte é aquele com o qual o *trust* tem sua mais estreita e real conexão.

A Seção 46 dispõe quanto ao domicílio e a sede da Coroa.

7. Competência especial

Pessoas domiciliadas num Estado Contratante podem ser acionadas nos tribunais de um outro Estado Contratante apenas em virtude das regras constantes das Seções 2 a 6 do Título II da Convenção (art. 1.º). Dentre os outros fundamentos de competência levados em consideração, cite-se em primeiro lugar a competência especial estabelecida no artigo 5.º

7.1. Artigo 5.º

O artigo 5.º dá ao autor a opção entre acionar um réu domiciliado num Estado Contratante, em outro Estado Contratante, em sete casos especificamente enumerados. Três desses casos são provavelmente de particular importância na matéria comercial e serão por isso discutidos abaixo.

7.1.1. Contrato

O artigo 5 (1) dá competência em matéria de contrato ao tribunal do lugar da execução da obrigação em questão. Assim um réu poderia acionar uma companhia domiciliada em França, na Inglaterra, se o caso envolvesse um contrato e a Inglaterra fosse o lugar da execução da obrigação em questão. Os seguintes problemas surgem:

Primeiro, como se pode determinar o lugar da execução? No Caso 12/76 *Tessili v Dunlop* (1976) E.C.R. 1475, a Corte Europeia decidiu que cabia ao tribunal nacional, no qual a ação foi intentada, determinar o lugar da execução na conformidade de suas regras próprias de direito internacional privado. Assim, um tribunal nacional pode primeiramente determinar a "proper law of the contract" (a lei competente para reger o contrato) e, tendo feito isso, deve então identificar o lugar da execução conforme as regras da lei competente. Um segundo problema é o que constitui "a obrigação em questão". No Caso 14/76 *De Bloos v Bouyer* (1976) E.C.R. 1497, a Corte decidiu que a obrigação relevante era aquela que constituía o fundamento da demanda. Este enfoque causa sérios problemas quando há uma inexecução contratual versando obrigações que deveriam ser executadas em mais de um país. Um caso mais recente sugere que o *De Bloos* teste necessita modificações. No Caso 153/81 *Ivenel v Schwab* (1982) E.C.R. 1891, um empregado residente na França foi contratado por uma firma alemã como vendedor viajante na França. Ele acionou o seu empregador na França, pelo não pagamento de comissões. O Tribunal francês decidiu que não era competente, tendo em vista que a obrigação básica da demanda era a obrigação de pagar comissão e, tanto pelo direito francês, quanto pelo direito alemão,

elas eram pagáveis na residência do réu, na Alemanha. A Corte de Cassação levantou uma questão prejudicial na Corte Européia, onde um novo enfoque foi adotado. "Obrigação em questão", significava a obrigação característica de um contrato. No caso de um caixeiro viajante, ela significava um lugar onde ele tem seus serviços, cumpre as ordens recebidas ou do qual remete mercadorias. Pela aplicação deste teste, a França deveria ser o lugar da execução. Parece bastante provável que o ponto de vista da Corte, no caso, tenha sido sugerido pelo fato de que o contrato em questão era um contrato de trabalho. Tendo em vista que o empregado efetuava seu trabalho na França, o direito francês deveria reger seus direitos decorrentes do trabalho, a não ser que o tribunal francês não tivesse competência, que lhe possibilitasse, efetivamente, privar o empregado de seus direitos. Além disso, pode parecer indesejável compelir o empregado a acionar seu empregador no exterior e, não, no seu local de trabalho. No Caso 266/85 *Shenavai v Kreischer*, *The Times*, January 16, 1987, a Corte Européia decidiu que o enfoque no caso *Ivenel v Schwab* deveria se restringir aos contratos de trabalho, o teste *De Bloos* devendo aplicar-se aos outros acordos. Em caso de um litígio relacionado a muitas obrigações, decorrentes de um único contrato, e que servissem de base para a ação movida pelo autor, seria o lugar da execução da principal obrigação o que determinaria a competência entre as muitas outras obrigações em questão.

Uma outra decisão da Corte Européia pode ser utilmente citada. No Caso 38/81 *Effer v Kantner* (1982) E.C.R. 825 a Corte decidiu que um autor pode invocar a competência dos tribunais do lugar de execução conforme o artigo 5 (1) num caso em que a existência do contrato no qual se baseava a demanda era objeto de disputa entre as partes. Decidir o contrário teria significado que o réu podia excluir o artigo 5 (1) alegando que contrato não existe.

Quanto aos contratos regidos pelo direito inglês, antes da entrada em vigor da Convenção, vide CIIA 1982, Anexo 3, artigo 35.

Quanto à posição específica do direito Luxemburguês, vide Protocolo anexo à Convenção de 1968, artigo 1.º

Quanto a cláusulas especificando que a execução presume-se num país determinado, v. infra.

7.1.2. *Delitos civis*

Em relação aos delitos ou quase delitos, o artigo 59 (3) da Convenção outorga competência aos tribunais do lugar, onde "o evento danoso ocorreu". Esta última frase é ambígua quando o réu age num lugar e o autor sofre prejuízo em outro. Em tais circunstâncias, a Corte Européia decidiu no Caso 21/76 *Handelskwerij G.J. Bier v Mines de Potasse* (1976) E.C.R. 1735 que o autor poderia escolher tanto um quanto outro lugar para acionar o réu. Em vista de soluções nacionais divergentes quanto a este problema, um significado comunitário tem que ser dado a este termo importante.

7.1.3. *Questões relativas a sucursais e agências*

O artigo 5 (5) confere competência relativamente “a disputas oriundas de sucursais, agências ou outros estabelecimentos” aos tribunais do lugar onde a sucursal, a agência ou o estabelecimento está situado. Isto concerne apenas a réus domiciliados no Estado Contratante, a saber, companhias ou firmas com sua sede num Estado Contratante e uma sucursal noutro. Companhias com sua sede própria, fora dos Estados Contratantes, mas com uma sucursal num deles, estão, segundo o artigo 4.º, submetidas às regras internas de competência do lugar onde a sucursal está situada.

Um certo número de questões tem chegado perante a Corte Européia relativamente a esta disposição. Em primeiro lugar, o que constitui uma sucursal? No caso 14/76 *De Bloos v Bouyer* (supra) a autora é uma firma belga que tinha sido indicada, na Bélgica, como distribuidora exclusiva da ré, uma firma francesa. Ela intentou uma ação na Bélgica e o tribunal belga sustentou o ponto de vista de que era competente segundo o artigo 5 (5). A Corte decidiu, contudo, que a característica essencial de uma sucursal era submeter-se à direção e ao controle da matriz. Conseqüentemente, o artigo 5 (5) não se aplicava. De qualquer modo, duvidou-se que o artigo 5 (5) pretendesse aplicar-se a ações movidas por uma sucursal *contra* a matriz.

No Caso 33/78 *Somafer v Ferngas* (1978) E.C.R. 2183, Somafer era uma companhia francesa e Ferngas uma companhia alemã. Ferngas desejou acionar Somafer na Alemanha e nesse objetivo alegou que Somafer tinha uma sucursal no Sarre. Esta assertiva baseava-se parcialmente no fato de que os documentos de Somafer indicavam o endereço, no Sarre, como sendo o de sua “representação na Alemanha”. Mas nenhum representante de Somafer permaneceu neste endereço. O tribunal concluiu que dois requisitos básicos eram necessários para invocar o artigo 5 (5). Primeiro, a existência de uma filial tinha de ser estabelecida; em segundo lugar, uma suficientemente íntima conexão tinha de ser demonstrada entre ela e a causa da ação. Quanto ao primeiro requisito, não tinha sido demonstrado que havia um lugar de negócios no território do foro, que tivesse uma aparência de permanência, uma administração, ou que fosse “materialmente equipado” para exercer o comércio com terceiros, de modo a que estes não tivessem de tratar diretamente com a matriz. Quanto à segunda condição, um fundamento para a ação poderia ser considerado como resultante das operações da filial quando esta se relacionasse à administração local (por exemplo, a contratação de pessoal local) ou quando dissesse respeito a obrigações contratadas no país em que a sucursal estivesse estabelecida e que tivessem de ser executadas lá, ou quando a matéria principal é uma obrigação não contratual (por exemplo um delito) que se origina de ações da sucursal no lugar onde está localizada.

A oportunidade para reexaminar esta disposição surgiu novamente no Caso 139/80 *Blanckaert Willems v Trost* (1981) E.C.R. 819. Blanckaert & Willems era uma firma belga que desejava penetrar no mercado alemão.

Ela indicou uma firma alemã, Bey, como sua agente na Alemanha e instruiu-a para que estabelecesse uma rede de vendas. Bey indicou Trost, a autora, como a sua representante numa parte da Alemanha. Quando ela foi despedida desejou acionar lá Blanckaert & Willems sob o fundamento de que Bey era um preposto dela. A Corte decidiu que a condição de direção e controle pela matriz não estava satisfeita quando um representante tinha liberdade para organizar seu trabalho sem receber instruções da matriz; quando ele representasse também outras firmas e simplesmente transmitisse ordens, sem realizar transações completas. Um agente comercial não poderia, portanto, ser normalmente considerado como um ramo da matriz, segundo esse artigo.

7.1.4. *Outros casos*

Outros casos mencionados no artigo 5.º são os seguintes: em questões relativas a pensões (obrigações pecuniárias entre cônjuges e/ou pais e filhos) a competência pode também recair num lugar onde o credor da pensão é domiciliado ou habitualmente residente, e, se a questão é acessória a procedimentos concernentes ao estado de uma pessoa, num tribunal que, segundo sua própria lei, tem competência para conhecer tais processos, a não ser que esta competência se baseie apenas na nacionalidade de uma das partes. Segundo o artigo 5 (4), quando um tribunal é acionado em processos penais e tem competência segundo seu próprio direito para conhecer de uma demanda de perdas e danos ou restituição, ele também tem competência segundo a Convenção. Os artigos 5 (6), 7 e 6-A contêm bases de competência em conexão com certas matérias relacionadas a *trusts* e com litígios concernentes a escravidão marítima e a limitações de responsabilidades originárias do uso de um navio.

7.2. — *Artigo 6.º*

Se os procedimentos são conexos, devem, na medida do possível, correr perante o mesmo tribunal e o artigo 6.º é direcionado a apoiar este ponto de vista. O artigo 6 (1) cuida do problema relativo a múltiplos réus e prevê que o tribunal que tem competência para julgar um deles a tem também para julgar os outros.

No tocante à assistência de terceiros, o tribunal acionado originalmente também deve ser o competente: artigo 6 (2). Esta disposição não se aplica quando a demanda original foi estabelecida apenas com o objetivo de ensinar competência quanto a terceiros.

Reconvenções são tratadas pelo artigo 6 (3), que permite ao tribunal que conheceu da demanda originária conhecer também da reconvenção, desde que esta surja no mesmo contrato ou dos mesmos fatos que deram origem à demanda inicial.

8. *Problemas de seguro e contratos de consumo*

Problemas de seguro e contratos de consumo são tratados de maneira exaustiva nas disposições especiais da Convenção. As regras estabelecidas

baseiam-se na suposição fundamental de que o segurado ou o consumidor carecem de poder de barganha e devem ser protegidos por prescrições no lugar onde ele deve ser acionado. As disposições são muito detalhadas e por isto nos propomos a oferecer apenas comentários gerais.

8.1. *Problemas de seguro*

As disposições relativas a seguros estão contidas na Seção 3 do título II. O termo seguro não está definido mas acredita-se que esta Seção não se aplique a contratos de resseguro. As seguintes observações podem ser feitas:

A) A competência nessas matérias é regida apenas pela Seção 3. Artigo 7, conectado aos artigos 4, 5 (5).

B) Quando o réu não é, nem domiciliado no Estado Contratante, nem parece sê-lo em nenhum outro Estado, para os propósitos de um determinado processo, cada Estado Contratante é livre para aplicar suas próprias regras em matéria de competência, artigos 4, 7, 8 (2).

C) Quando o réu é um segurador num Estado Contratante ou é presumido sê-lo para os propósitos de um processo específico pode ser acionado (artigo 8.º):

a) nos tribunais do Estado Contratante onde é domiciliado, ou parece sê-lo, para os fins de um processo específico, artigo 8 (1) (1), (2);

b) nos tribunais do lugar, num Estado Contratante, onde o segurado é domiciliado, artigo 8 (1), (2);

c) se se tratar de um co-segurador, nos tribunais de um Estado Contratante no qual a ação foi intentada contra os seguradores principais, artigo 8 (1), (3);

d) nos tribunais de um lugar onde ele tem uma sucursal, agência ou outro estabelecimento, nos processos conexos a litígios originários de operações daquele estabelecimento, artigos 4, 5 (5), 8 (2);

e) no tocante à responsabilidade em matéria de seguros, ou de seguros de propriedade imóvel, no lugar onde o dano ocorreu ou no lugar onde o evento causal ocorreu, artigo 9.º;

f) no tocante à responsabilidade em matéria de seguros e nos processos nos quais uma parte prejudicada acionou um segurado, como terceiro interessado, no tribunal que conhece deste processo (se o direito do tribunal o permite), artigo 10 (1);

g) num tribunal qualquer, que tenha sido validamente escolhido, segundo o artigo 12.

D — Um segurador, qualquer que seja o seu domicílio, só pode acionar um réu domiciliado num Estado Contratante, neste Estado, artigo 11 (1). Esta regra é passível de exceções:

a) quando o segurador apresenta uma reconvenção, artigo 11 (2);

b) quando o réu, segurado, se junta a uma terceira parte numa ação direta contra o segurador (artigo 10 (3), artigo 11);

c) quando um outro foro é validamente escolhido segundo o artigo 12.

E — As normas enunciadas são imperativas e sua exclusão por acordos de eleição de foro é severamente restringida pelo artigo 12.

8.2. *Contratos de consumo*

Os artigos, de 13 a 15, contêm as regras de competência relativas ao contrato de consumo e refletem uma generalizada política legislativa de favorecimento do consumidor, tanto relativamente ao vendedor, quanto ao fornecedor de bens e serviços. Essencialmente, essas disposições conferem ao consumidor (que é definido como aquele que conclui um contrato para uma finalidade que pode ser considerada como alheia ao seu comércio ou profissão) o privilégio de poder escolher em que foro ele acionará a parte com quem contratou o suprimento de bens ou serviços ou que lhe forneceu o crédito para financiar as compras dos bens. Em tais processos o consumidor, na qualidade de autor, pode acionar nos tribunais do Estado Contratante em que é domiciliado ou no tribunal do Estado Contratante no qual o réu é domiciliado. Inversamente, o consumidor, como réu, beneficia-se de uma imunidade para não ser acionado contra a sua vontade nos tribunais de um Estado Contratante outro que não aquele no qual é domiciliado, a não ser que isto aconteça por meio de uma reconvenção apresentada no foro que o consumidor escolheu para acionar.

O artigo 15 restringe o efeito de um acordo que contrarie as disposições dos artigos 13 e 14. O artigo 15 não invalida um acordo de consumo para acionar em outro lugar, feito depois que o litígio surgiu. Nem, pode-se pensar, restringe o artigo 5.º, o efeito do artigo 18 outorgando competência ao tribunal perante o qual o réu se apresentou (contestou). Uma escolha anterior do tribunal só é válida, portanto, se amplia os tribunais disponíveis ao consumidor ou escolhe o tribunal de um país, no qual, ao tempo do acordo, ambas as partes eram domiciliadas ou habitualmente residentes, e quando tal foro de eleição não for contrário às leis daquele país.

9 *Tribunais detentores de competência exclusiva*

O artigo 16 especifica cinco tipos de casos nos quais a competência exclusiva é conferida aos tribunais de um dos Estados Contratantes, independentemente do domicílio de qualquer das partes do processo.

Em cada uma das instâncias mencionadas no artigo 16, a concessão de competência exclusiva parece justificar-se em virtude das estreitas conexões que existem entre o mérito do processo e o território do Estado cujos tribunais receberam um monopólio jurisdicional. Esta conexão é considerada importante para evitar o inconveniente que seria causado a ambas as partes pela necessidade de mover a ação noutro foro designado. As disposições do

artigo 16 é dada uma tal proeminência no esquema da Convenção que elas podem mesmo se sobrepor à possível aplicação de regras exorbitantes de competência contra réus que não são domiciliados na CEE. Porque o artigo 41 expressamente estatui que o exercício da competência relativamente a tais réus pelos tribunais do Estado Contratante será submetido às provisões do artigo 16. Além disso outros tribunais podem não se dar por competentes mesmo quando o réu se submete voluntariamente à sua jurisdição: artigo 18.

A mais notável matéria submetida a esta competência exclusiva se relaciona aos processos que têm como objeto os direitos reais, as detenções, a propriedade imobiliária nos quais a competência é outorgada aos tribunais do Estado Contratante onde a propriedade se situa. No Caso 73/77 *Sanders v van der Putte* (1977) E.C.R. 2385, a Corte Europeia decidiu que processos que tinham como objeto a detenção de propriedade imóvel incluíam os que contêm disputas entre locadores e detentores relativamente à existência ou interpretação dos arrendamentos ou a indenização pelo prejuízo causado pelo detentor. Deve notar-se que esta lista não é exaustiva. No Caso 24/83 *Roesler v Rottwinkel* (1985) 3 W.L.R. 898, o tribunal decidiu que o artigo 16 (1) é aplicável a qualquer contrato de aluguel de imóveis mesmo por período limitado ou mesmo se o contrato se referisse apenas ao uso de uma casa de temporada. Todos os litígios concernentes às obrigações respectivas do locador e do locatário conforme o contrato, e em particular as que se relacionam com a existência e a interpretação das locações, sua duração, a retomada da posse pelo locador, a reparação do dano causado pelo locatário e a cobrança de aluguel e outros encargos subsidiários (por exemplo para uso de gás ou eletricidade), caíram dentro da competência exclusiva dos tribunais do *situs*. Por outro lado, os litígios que são apenas indiretamente conectados com o uso da propriedade, tais como aqueles relativos à perda do gozo de férias e de despesas de viagem, não caem dentro da competência exclusiva mencionada naquele artigo.

Outras matérias de competência exclusiva são as seguintes: quando os processos têm por objeto a validade da constituição, a nulidade e a dissolução de companhias ou outras pessoas jurídicas ou associações, ou as decisões de seus órgãos, os tribunais do Estado Contratante no qual a companhia, pessoa jurídica ou associação é sediada têm competência exclusiva (artigo 16 (2)). O artigo 16 (3) concerne aos processos que têm por objeto a validade das inscrições em registros públicos e dá competência exclusiva aos tribunais do Estado Contratante no qual o registro é mantido. O artigo 16 (4) dá competência exclusiva, no tocante aos processos relativos a registro ou validade de patentes, marcas, desenhos ou outros direitos semelhantes que necessitam ser registrados, aos tribunais do Estado Contratante no qual o depósito ou registro foi solicitado, se efetuou, ou presume ter sido feito, segundo os termos de uma Convenção internacional. Finalmente, segundo o artigo 16 (5), os tribunais de um Estado Contratante no qual uma sentença foi ou está para ser executada têm competência exclusiva nos processos concernentes a esta execução.

10. Foro de eleição e artigo 17

10.1. O artigo 17 é de imensa importância na prática dos contratos internacionais. Ele pode também ser de importância quanto aos contratos concluídos antes que a Convenção entrasse em vigor, tendo em vista que a Corte Européia decidiu que a Convenção pode ter efeito retroativo para validar acordos de eleição de foro concluídos antes que ela entrasse em vigor: ver Caso 25/79, *Sanicentral v Collin* (1979) E.C.R. 1055.

10.2. Se houver um acordo de eleição de foro garantido pelo artigo 17 da Convenção, o tribunal escolhido tem competência *exclusiva*. A maior diferença entre os casos do artigo 17 e os casos não incluídos na Convenção é que a competência do tribunal escolhido *não é de modo algum discricionária*. O tribunal escolhido deve dar-se por competente a não ser que se trate de um litígio relativamente ao qual uma competência exclusiva foi conferida a outro tribunal em virtude do artigo 16. As cláusulas do artigo 17 são também inaplicáveis se o réu se submete voluntariamente à competência de um tribunal outro que o tribunal escolhido: V. Caso 150/80 *Elefanten Schuh GmbH v Jacqmain* (1981) E.C.R. 1671, da Convenção de 1968, artigo 18. Se um co-contratante é acionado num tribunal outro que o escolhido e deseja impugnar este processo e argüir que ele tem o direito de ser acionado no tribunal escolhido, a outra parte deve ter o cuidado de não se submeter à competência de um tribunal anterior.

10.3. Requisitos essenciais do artigo 17 são os seguintes:

A — As partes (quando uma ou mais delas são domiciliadas no Estado Contratante) devem concordar em que o tribunal ou os tribunais de um Estado Contratante tenham competência para solucionar quaisquer disputas que tenham surgido ou possam vir a surgir relativamente a uma determinada relação jurídica. E estabelecer que:

- a) o acordo que confere competência se fez por escrito; ou
- b) se pode provar por escrito; ou
- c) em caso de comércio internacional, que o acordo foi *vazado* numa forma conforme aos usos deste comércio e dos quais as partes têm ou deveriam ter conhecimento.

Se as disposições precedentes forem satisfeitas, o tribunal escolhido tem *competência exclusiva*, ressalvada a possibilidade de interpretação pela Corte Européia, conforme se noticiou.

B — Se um acordo, que preenche as condições *a*, *b* ou *c* supra, é concluído entre as partes e nenhuma delas é domiciliada num Estado Contratante, os tribunais de outro Estado Contratante não têm competência relativamente aos litígios que daí surgirem, a não ser que o tribunal ou tribunais escolhidos tenham se declarado incompetentes. Este aspecto do artigo 17 é particularmente importante para os advogados estrangeiros ou para os advogados ingleses que aconselhem um cliente estrangeiro (que não seja domi-

ciliado num Estado Contratante) e que contrata com uma outra pessoa que se encontra em idênticas circunstâncias. Se, digamos, uma companhia americana passa contrato com uma companhia norueguesa para a entrega de bens a um estabelecimento desta companhia na França, e o tribunal inglês é escolhido em circunstâncias que se conformem ao artigo 17, um tribunal francês só poderia ter competência se o tribunal inglês declinasse a sua. O artigo 17 não pode, naturalmente, afetar a competência dos tribunais americanos ou noruegueses.

C — O parágrafo final do artigo 17 estabelece que, se um acordo conferindo competência for concluído em benefício de apenas uma das partes, dará a esta o direito de iniciar o processo em qualquer outro tribunal que tenha competência em virtude da Convenção. O objetivo desta disposição é um tanto obscuro. Por exemplo, um vendedor inglês pode estipular uma competência exclusiva inglesa no seu próprio interesse, e de fato, isto pode freqüentemente acontecer no contexto das cláusulas padronizadas no comércio do vendedor. Mas o parágrafo final do artigo 17 parece torná-lhe possível ignorá-la, como se fosse “sua própria cláusula” e agir contra o comprador em qualquer outro Estado Contratante, que tem competência segundo a Convenção. Os compradores precavidos devem levar suficientemente em conta esta disposição.

No Caso 22/85 *Anterist v. Credit Lyonnais* (1987) C.M.R.L. 555, a Corte Européia determinou que é uma questão de prova o fato de se saber se uma cláusula de jurisdição foi concluída. “em benefício exclusivo de uma das partes”. À falta de prova, uma cláusula poderia ser considerada como tal, se seu enunciado ostenta expressamente o nome da parte que dela se beneficiou ou se ela dá a uma das partes uma opção maior de tribunais que a outra. Mas a simples escolha de um tribunal do domicílio de uma das partes não é em si mesma evidência de uma intenção de beneficiar esta parte.

10.4. As seguintes observações adicionais sobre o artigo 17 podem ser feitas:

A) Em complementação às prescrições referidas no item 10.3.b. supra, o artigo 17 é substituído por regras mais rigorosas no tocante aos contratos de seguro e nos contratos de consumo através dos artigos 12 e 15: ver 8.2.

B) Não é certo que o artigo 17 se aplique apenas às transações internacionais:

a) duas partes domiciliadas no mesmo Estado Contratante escolhem os tribunais deste Estado. O relatório concernente à Convenção escrito por Jenard sugere que neste caso o artigo 17 não se aplica: v. O.J. 1979, C 59, p. 38. Mas o domicílio pode mudar e pode haver outros elementos estrangeiros na transação: v. Collins, *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, p. 84;

b) duas partes domiciliadas no mesmo Estado Contratante concordam em conferir competência aos tribunais de um outro Estado Contratante. Jenard supra diz que a Convenção se aplica. Mas Schlosser no seu relatório sobre a Convenção de Acesso (O.J. 1979 C 59, p. 123) diz que o simples fato da escolha de um tribunal de um Estado determinado é insuficiente para caracterizar a transação como internacional.

A vista destas incertezas a armadilha para os redatores da Convenção parece evidente.

C — Se o acordo é concluído entre partes domiciliadas no Estado Contratante e a competência é conferida ao tribunal de um Estado não Contratante, parece que a Convenção não impede o tribunal de um Estado Contratante de declinar competência mesmo se uma das partes é domiciliada no Estado Contratante que, de outro modo, teria competência por esta razão, v. Schlosser Report O.J. 1979 C 59, p. 124. A Convenção não obriga o tribunal a fazer isso e o modo de interpretá-la parece ser uma questão deixada aos direitos nacionais.

D — Um problema maior é engendrado pelo fato que o artigo 17 se refere à submissão ao tribunal ou *tribunais de um Estado Contratante*. No Caso *Meeth v Glacetal* supra, a Corte Européia decidiu que o artigo 17 também se aplicava se os tribunais de mais de um Estado Contratante fossem contemplados num contrato. Neste caso, um vendedor francês estava para ser acionado por um comprador alemão num tribunal francês, enquanto que um comprador alemão estava para ser acionado, pelo vendedor, nos tribunais da Alemanha. A Corte Européia se posicionou no sentido de que não teria sido intenção do artigo 17 a de excluir uma tal prática comercial comum. Mas o que dizer das outras cláusulas de jurisdição não exclusivas, por exemplo, quando as partes concordam com a competência dos tribunais da Inglaterra e da Bélgica ou quando concordam em submeter à competência não exclusiva dos tribunais ingleses?

Elas permitem ações em mais de um Estado, mas são elas cobertas pelo artigo 17? Não há uma resposta óbvia para tal questão.

E — A exigência da forma escrita referida no item 10.3.A, *a e b* acima são aparentemente indicadas para controlar a efetividade das cláusulas que poderiam não ser lidas: v. Jenard, O.J. 1979, C 59, p. 37. Pensou-se que estas cláusulas impressas para correspondência ou remessas não deveriam ter valor senão quando fossem efetivamente aceitas pela parte contra a qual deveriam operar. Esta disposição foi estritamente aplicada mesmo a propósito de vendas mercantis no Caso 24/76, *Estasis Salotti v. Ruwa* (1976) E.C.R. 1831 e no Caso 25/76, *Segoura v. Bonakdarian* (1976) E.C.R. 1851. Evidentemente uma tão estreita interpretação poderia impedir uma bem estabelecida prática comercial e, conseqüentemente, a disposição constante do item 10.3.A.c, supra foi incluída pela Convenção de Acesso.

F — A Corte Européia enfatizou que o artigo 17 deve ser estritamente interpretado, tendo em vista que seu objetivo é assegurar que as partes

concordaram com a cláusula relativa à competência e que o consentimento delas foi claramente evidenciado: *Estasis Salotti v. Ruwa, supra*; *Segoura v. Bonakdarian, supra*; Caso 71/83, *the Tilly Russ* (1984) E.C.R. 2417; Caso 221/84, *Berghoefer GmbH v. Asa S.A.* (1986) 1 C.M.L.R. 13.

G — A cláusula deve se conformar ao artigo 17, mas pode um direito nacional invalidá-la por outras razões? No Caso 150/80, *Elefanten Schuh v. Jacquain* (1981) E.C.R. 1671, uma companhia alemã passou um contrato de trabalho com um belga, que deveria trabalhar na Holanda. O contrato, escrito em alemão, continha uma cláusula de eleição do foro alemão. Depois que o litígio surgiu, o empregado acionou a empregadora em Antuérpia alegando que a cláusula de eleição de foro alemão era nula porque todo o contrato era nulo por não ser escrito em holandês como exigido pelo direito belga pelo fato do trabalho ser realizado na Holanda.

O direito belga considerava esta disposição como imperativa e o tribunal belga decidiu pela nulidade da cláusula, mas a Corte Européia não aceitou esta decisão, alegando que o direito nacional não podia impor requisitos “formais” adicionais aos contidos no artigo 17. Mais seriamente, decorre do Caso 25/79, *Sanicentral v. Collin* (1979) E.C.R. 1055 que mesmo quando a objeção do direito nacional é de ordem substantiva não poderá sobrepor-se ao artigo 17. Isto significa que uma tentativa do direito nacional para controlar a introdução de uma cláusula de eleição de foro num contrato, fundamentada em que ele poderia trazer dificuldades a uma das partes se tivesse de acionar no tribunal escolhido, poderia tornar-se ineficaz a não ser que a própria Corte Européia impusesse mais amplo controle sobre a validade de tais cláusulas.

H — Não é também certo que a cláusula possa ser atacada sob o fundamento do erro ou ignorância que podem invalidar o contrato (e, portanto, a cláusula) segundo a lei que rege o contrato. É de se presumir, se isto é possível, que a cláusula é inválida e que as outras regras da Convenção se apliquem.

Se isto não for possível, e o artigo 17 contiver as únicas causas de invalidade, o contrato de eleição de foro será mantido.

I — Note-se que se o contrato entre as partes originárias satisfaz o artigo 17, um cessionário pode se sentir vinculado por ele: Caso 71/83, *the Tilly Russ* (1985) 3 W.L.R. 179. E um terceiro beneficiário pode se valer da cláusula mesmo se não executa o contrato: v. Caso 201/82, *Gerling v. Treasury Administration* (1983) E.C.R. 2503.

J — Os requisitos formais do artigo 17 podem, contudo, ser dispensados por um acordo quanto ao lugar da obrigação em questão. Isto é ilustrado pelo Caso 56/79, *Zeiger v. Salinitri* (1980) E.C.R. 89. Neste caso, o autor domiciliado na Alemanha arguiu que emprestou uma quantia em dinheiro ao réu, domiciliado na Itália, e que eles convencionaram oralmente que o pagamento seria na Alemanha. O réu não pagou

e o autor acionou-o na Alemanha. Alegou que o tribunal alemão tinha competência segundo o artigo 5 (1) da Convenção, tendo em vista que a Alemanha era o lugar da execução da obrigação em questão. O réu argüiu, contudo, que se não tivesse havido acordo expresse quanto ao lugar do pagamento, este teria sido devido no domicílio do devedor, na Itália, e, conseqüentemente, o efeito do acordo expresse quanto ao lugar de execução equivalia a uma cláusula de foro de eleição. Como esta última tinha de ser escrita, assim também a primeira. A Corte Européia não aceitou o argumento.

11. *Submissão voluntária*

O artigo 18 dispõe que o comparecimento ao tribunal de um Estado-Parte confere jurisdição, a não ser que este comparecimento tenha sido apenas para contestar a competência. Esta regra aplica-se quando há uma cláusula de eleição de foro (Caso 150/80 *Elefanten Schuh v. Jacqmain* (1981) E.C.R. 1671, mas é submetida às disposições do artigo 16 relativas à competência exclusiva. A fraseologia do texto inglês do artigo 18 deveria indicar que o réu se presume ter-se submetido à jurisdição se ele discute o mérito ao mesmo tempo em que contesta a competência. Contudo, na versão francesa (diferentemente dos textos em inglês e em outras línguas) o termo "apenas" falta e, no Caso *Elefanten Schuh*, a Corte Européia decidiu que um réu não se submete quando contesta a competência do tribunal e, ao mesmo tempo, faz considerações quanto ao mérito. Isto é porque, em alguns Estados-Partes, se o réu apenas discute a competência pode ver-se precluído de discutir o mérito se seu pedido quanto à competência é rejeitado. Ele terá, naturalmente, se submetido se discutir a competência depois de ter contestado quanto ao mérito.

Se o réu não comparece, o tribunal deve declarar-se *ex officio* incompetente, a não ser que sua competência exista segundo a Convenção: artigo 20. À parte os casos em que as disposições do artigo 16 sobre competência exclusiva se aplicam, esta regra só se aplica se o réu é domiciliado num Estado-Parte.

As implicações de um comparecimento prematuro são evidentes.

12. *Exame da competência*

Em virtude dos artigos 19 e 20, o tribunal de um Estado-Parte é obrigado a analisar *ex officio* se é competente em dois casos:

a) quando o litúgio tem a ver, principalmente, com uma matéria relativamente à qual os tribunais de um outro Estado-Parte têm competência exclusiva segundo o artigo 16: artigo 19; e

b) quando o réu, sendo domiciliado num outro Estado-Parte, não comparece e o tribunal carece de competência segundo a Convenção. V. R.S.C. Ord. 6, r. 7(1); Ord. 13, r. 7 B.

15. "*Lis alibi pendens*": ações conexas

15.1. *Forum non conveniens*

Um primeiro problema que surge é o de se saber se um tribunal inglês competente, segundo a Convenção, e no qual o processo teve início pode sustá-lo pelo motivo que um outro Estado-Parte é um foro mais apropriado. A Seção 49 da CIIJA de 1982 dispõe que nada na lei poderá impedir um tribunal de sustar qualquer processo sob o fundamento do princípio do *forum non conveniens* etc., quando tal procedimento não fosse contrário à Convenção. O ponto de vista predominante é no sentido de que, se a Convenção confere competência a um tribunal inglês, não é discricionário o ato de sustar o processo em benefício de tribunais de outros Estados-Partes ou o de reter, por injunção, processos iniciados em outro Estado-Parte em benefício dos procedimentos ingleses, exceto segundo os artigos 21 a 23: v. Schlosser, pp. 97-99; Collins, p. 45; Anton, p. 180. Um ponto de vista minoritário sustenta que a Convenção simplesmente estabelece os limites externos da competência permitida e embora esta não possa estender-se além daqueles limites pelo direito nacional, pode, contudo, ser restringida por ele (v. Harley, pp. 79-80). Um partidário da opinião predominante sugere que a Corte pode ter um poder residual para determinar uma suspensão ou baixar uma injunção para impedir processos estrangeiros se há evidências de que o autor está evidentemente usando o processo para oprimir ou vexar o réu: v. Collins, p. 46.

15.2. *Lis alibi pendens*

Quando processos originários da mesma causa e entre as mesmas partes são movidos em tribunais de diferentes Estados-Partes, qualquer tribunal outro que o primeiro acionado poderá de pleno direito declinar competência em favor daquele tribunal: artigo 21(1).

Na verdade, isto significa que, a não ser que o tribunal inglês seja o primeiro acionado, ele deve expedir um mandado de suspensão do processo. Se a competência do primeiro tribunal acionado é contestada, então o tribunal inglês pode sustar seus procedimentos esperando o resultado da questão de competência no tribunal primeiramente acionado: artigo 21(2).

Quando as ações entram na competência exclusiva de muitos tribunais, novamente qualquer tribunal outro que não o primeiro acionado deve recusar competência: artigo 23.

Deve-se notar que não há lugar para arbítrio segundo esses artigos.

O tribunal primeiramente acionado é aquele no qual as condições que devem ser satisfeitas, antes que o processo se torne definitivamente pendente, são satisfeitas primeiro: por exemplo, na Inglaterra, no momento da expedição do *writ*, na França, à data da citação. Neste ponto a Corte Europeia adotou um "enfoque de direito nacional" quanto à interpretação: v. Caso 129/83 — *Zelger v. Salintri* (1984) E.C.R. 2397.

13.3. *Ações conexas*

As ações cconexas são tratadas no artigo 22.

Se são trazidas aos tribunais de diferentes Estados-Partes, então qualquer outro tribunal que o primeiro acionado deve sustar o processo enquanto as ações estiverem pendentes (mas não julgadas) em primeira instância.

Neste passo, o poder de sustar é discricionário: artigo 22(1). E um tribunal outro que não o primeiro acionado deve declinar competência inteiramente se este tem competência quanto a ambas as ações e seu direito permite fusão de ações conexas: artigo 22(2).

Ações são conexas para este fim quando são tão intimamente relacionadas que é conveniente tratá-las conjuntamente para evitar o risco de decisões inconciliáveis resultantes de processos separados.

14. *Medidas provisórias e cautelares*

O artigo 24 permite o requerimento aos tribunais de um Estado-Parte de tais medidas provisórias, que podem ser obtidas pelo direito nacional, mesmo quando o Estado não tem competência para julgar a substância da causa. No que concerne ao direito inglês, a existência desta faculdade tornou-se clara na Seção 25 da Lei de 1982 em matéria de competência civil e sentenças, ainda que a Seção 25 (2) permita a um tribunal inglês levar em consideração a falta de competência do foro inglês sobre o mérito, como um fato, na sua decisão de conceder ou não a medida provisória procurada.

O tipo comum de medida provisória procurada na Inglaterra segundo esta disposição é a chamada *injunção Mareva* (assim denominada em razão do caso *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulk Carriers S.A.* (1975) 2 Lloyd's Rep. 509), que congelou haveres de modo a impedir que eles fossem removidos da jurisdição, ou de algum outro modo dissipados, e tal injunção não se estende a haveres situados no exterior. Mas o que dizer quando uma ordem análoga à injunção Mareva é obtida no exterior e pretenda estender seus efeitos a haveres localizados na Inglaterra? Deve o tribunal inglês executar a ordem do tribunal estrangeiro ou deve o autor procurar acautelar-se iniciando os procedimentos ingleses para obter uma injunção Mareva? A Corte Européia decidiu que as decisões judiciais que autorizem medidas cautelares ou provisórias obtidas sem citação da parte contra a qual são dirigidas e que pretendam executar-se sem notificação prévia não podem ser reconhecidas e executadas em outro Estado-Parte segundo a Convenção: v. Caso 125/79 *Denilauler v. Couchet Frères* (1980) E.C.R. 1553. Conseqüentemente, tais medidas devem ser especificamente pleiteadas nos tribunais ingleses.

15. *Homologação e execução de sentenças*

O princípio geral da Convenção é que uma sentença prolatada em um tribunal de um Estado-Parte, competente segundo a Convenção, deve

ser homologada e executada em qualquer outro Estado-Parte. As causas que podem levar à recusa de tal reconhecimento e execução são, na verdade, bastante limitadas. A Convenção procura, portanto, assegurar que um Estado-Parte dê plena fé e crédito (*full faith and credit*) aos julgados de outros Estados-Partes.

Segue-se, portanto, que é necessário contestar a competência de um tribunal ao tempo em que se deu por competente e não esperar que ele prolate a decisão e invocar o não-reconhecimento e a execução dela pelo motivo que o tribunal prolator carece de competência.

A homologação segundo a Convenção e a Lei de 1982 dá-se pelo registro. O executor não pode intentar uma outra ação no tribunal de homologação baseado na causa original da demanda: *Caso 42/76 De Wolf v. Cox* (1976) E.C.R. 1759. C.J.J.A 1982, s. 34. Tampouco pode o executor intentar uma ação relativamente à sentença homologada utilizando o processo de execução do *common law*: *De Wolf v. Cox, supra*.

O procedimento do registro é regulamentado na Inglaterra pelo Regimento da Corte, especificamente R.S.C. Ord. 71, rr. 25-34. O registro é feito mediante requerimento da parte interessada, sendo o executado notificado apenas depois do registro (artigo 35, Ord. 71, r. 32 (1)). O executado pode apelar para uma turma do tribunal (arts. 36, 37, Ord. 71, r. 33). Somente o executado, e não por exemplo, um executor concorrente pode figurar na apelação: v. *Caso 148/84 Deutsche Genossenschaft Bank v. Brasserie du Pecheur S.A.* (1986) 2 C.M.L.R. 416 — Antes que o prazo para a apelação expire ou antes que a apelação tenha sido julgada, a execução da sentença não pode ser obtida (artigo 39, Ord. 71, r. 34 (4)), embora medidas cautelares possam ser postuladas (artigo 39, Ord. 71, r. 34 (4)) — v. *Caso 119/84 Capelloni v. Pelkmans* (1986) 1 C.M.L.R. 3880).

É importante lembrar que o processo de homologação se aplica a todos os julgados cobertos pela Convenção, mesmo se a sentença é contra uma pessoa não domiciliada num Estado-Parte: por exemplo, uma sentença dada à revelia contra um indivíduo residente na Califórnia, pelo fato da competência da Inglaterra decorrer de sua simples presença na Inglaterra pode ser executada na Alemanha: uma sentença francesa contra um indivíduo residente na Califórnia será executada, mesmo se a competência do tribunal francês baseou-se na nacionalidade do autor (artigo 14 do Código Civil Francês). Note-se a probabilidade de exclusão desta possibilidade por meio de tratados com Estados não signatários da Convenção Européia (v. artigo 59, *supra*).

15.1. *Noção de sentença*

Pelo artigo 25, sentença significa qualquer decisão prolatada por uma corte ou tribunal de um Estado-Parte, qualquer que seja a sua denominação. A noção inclui: decretos, ordens, decisões, mandados ou *writs* de

execução, bem assim a determinação de custas ou despesas por um funcionário do tribunal. Poderiam ver-se incluídas no conceito os seguintes casos:

a) sentenças condenatórias de pagamento em dinheiro: estas incluem o "Zahlungsbefehl" (ordem para pagar), processo segundo o direito alemão: Caso 166/80 *Klomps v. Michel* (1981) E.C.R. 1953;

b) condenação a custas;

c) condenação a juros;

d) sentenças não pecuniárias (quanto ao *common law* e leis originárias segundo as quais somente a sentença relativa a uma determinada quantia em dinheiro poderia ser executada) como os mandados de execução específica ou as injunções;

e) sentenças não líquidas e certas (como, por exemplo, uma ordem para pagamentos periódicos) e sentenças interlocutórias, desde que não *ex parte* (v. no *common law* e leis originárias, segundo as quais uma sentença deve ser "final e conclusiva"). É comumente aceito que o artigo 25 não inclui "sentenças sobre sentenças", isto é, uma ordem do tribunal de um país A declarando que a sentença de um tribunal do país B deve ser executada: v., por exemplo, Hartley, pp. 84-85. Geralmente a eventualidade de uma apelação num tribunal estrangeiro não impede o registro de uma sentença passível de execução, mas uma vez registrada o tribunal deve sustar o processo de execução se uma "apelação ordinária" foi interposta no Estado em que a sentença homologanda foi obtida: v. artigo 38 (execução); artigo 30 (homologação). Quanto ao significado do termo "apelação ordinária" v. Caso 43/77 *Industrial Diamond Supplied v. Riva* (1977) E.C.R. 2175.

15.2. Não revisão de mérito

Segundo o artigo 29, "em nenhuma circunstância pode uma sentença estrangeira ser revista quanto ao mérito". Conseqüentemente, os poderes do tribunal do reconhecimento para rever uma sentença são, de fato, limitados.

15.3. Recurso jurisdicional

a) A competência do tribunal estrangeiro só pode ser examinada se o caso se situa entre aquelas disposições sobre seguro, contrato de consumo ou de competência exclusiva. Mas o tribunal está vinculado pelas conclusões de fato do Juiz estrangeiro: v. artigo 28.

b) O tribunal pode examinar se o caso não é um daqueles situados fora do domínio da Convenção, por exemplo, porque não se relaciona à matéria civil ou comercial: v. por exemplo, Caso 29/76 *LTU v. Eurocontrol* (1976) E.C.R. f. 1541.

c) Sabe-se que não há objeção ao reconhecimento e execução quando o tribunal estrangeiro dá-se, erradamente, por competente.

15.4. Outras razões

Razões para recusa do reconhecimento ou execução estão nos artigos 27 e 28.

15.4.1. Ordem pública

Esta não pode ser alegada quanto às regras segundo as quais o tribunal estrangeiro declarou-se competente: artigo 28(3). O tribunal inglês aplicará presumivelmente suas próprias regras sobre ordem pública, embora a Corte Européia possa rever qualquer extravagância neste sentido. É geralmente admitido que uma sentença obtida mediante fraude pode ter seu reconhecimento recusado sob o fundamento da ordem pública pelo menos se não é possível, subsequentemente a ela, discutir o problema da fraude perante o tribunal da homologação.

15.4.2. Falta de citação etc.

O artigo 27 (2) possibilita a denegação do reconhecimento e da execução quando:

a) a sentença foi prolatada à revelia; e

b) o réu não foi devidamente citado, não tendo tido tempo suficiente para providenciar sua defesa.

Na verdade, é necessário demonstrar que foi dado ao réu ciência dos documentos relevantes e que, após a citação, ele teve suficiente tempo para preparar sua defesa.

O artigo 27(2) apenas se aplica a sentenças proferidas à revelia. Note-se que ele não se aplica, por exemplo, a sentenças de medidas provisórias obtidas *ex parte*, desde que se encontram fora da incidência da Convenção: Caso 125/79 *Denlauler v. Couchet Frères* (1980) E. C. R. 1553. Para casos ilustrando este dispositivo; v. Caso 166/80 *Klomps v. Michel* (1981) E. C. R. 1595; 228/81 *Pendy Plastic Products v. Pluspunkt* (1982) E. C. R. 2733.

15.4.3. Contrariedade

Uma sentença não será reconhecida se está em contrariedade com um julgamento anterior, a propósito das mesmas partes, pronunciado pelo Estado em que se pede execução; artigo 27(5).

O artigo 27(5) recusa reconhecimento a uma sentença irreconciliável com uma decisão anterior dada num Estado não Parte a respeito da mesma causa e das mesmas partes quando tal julgamento é passível de reconhecimento no Estado solicitado a homologar.

15.4.4. Questões prejudiciais de Estado

O fundamento para o não reconhecimento contido no artigo 27(4) significa que uma sentença não será reconhecida se o tribunal original, de modo a chegar à decisão, resolveu uma questão prejudicial relativa ao

estado, capacidade de pessoas físicas, direitos de propriedade oriundos de relações matrimoniais, testamento ou sucessão de modo a conflitar com uma norma de direito internacional privado do tribunal no qual reconhecimento e execução são pedidos, a não ser que o mesmo resultado teria sido alcançado pela aplicação das regras de direito internacional privado do último. Neste específico setor (bastante relevante em processos de pensão alimentícia envolvendo crianças e cônjuges) o tribunal da homologação pode examinar a lei aplicável no tribunal que proferiu a decisão.

16. *Observações finais*

Conseguem-se óbvias vantagens jurídicas e comerciais quando um bloco econômico regional concorda em ter um código em matéria de competência, homologação e execução de sentenças. Certeza e previsibilidade podem ser obtidas, uniformidade de resultados promovida, bem como evitada a distorção de mercado que poderiam causar as diferenças dos direitos nacionais. Permanecem, porém, igualmente, óbvias desvantagens. Na ausência de um direito substantivo unificado, o impacto do direito processual harmonizado sobre as distorções do mercado será inevitavelmente menor porque os tribunais, competentes segundo a Convenção, não aplicarão necessariamente as mesmas regras de direito substantivo ao mérito das ações. Segundo, o objetivo da uniformidade, pode-se dizer, requer que um "tribunal internacional", tal como a Corte de Justiça Européia, tenha um poder final para interpretar o Código. Contudo, questões prejudiciais a tal corte requerem das partes mais ônus e despesas.

Aliado a este está o fato de que os advogados serão sobrecarregados do dever de aconselhar os clientes a respeito de como a Corte Européia poderá decidir uma questão prejudicial sobre um ponto de interpretação. Isto poderá ser muito difícil, tendo em vista que se a Corte adota "enfoque comunitário" na interpretação, um advogado, pelo menos em teoria, terá de se equipar de um conhecimento do direito privado e do direito processual dos Estados-membros antes de se aventurar a uma adivinhação da opinião que a Corte Européia poderá adotar. É um fato sabido o de que nem todos os advogados militantes da CEE são também comparatistas. A experiência relativa à Convenção da CEE sugere, até o presente, que as questões prejudiciais à Corte de Luxemburgo não são incommuns. Além disso, deve ser lembrado que a Convenção não cobre tudo, porque exclui certas matérias. Numa certa medida, por isso, o êxito de tal processo de harmonização é apenas parcial, vez que permanecem dúvidas sobre o que as partes podem ou não acordar sobre as matérias eventualmente cobertas pela Convenção. O resultado inevitável é uma espécie de compromisso. Saber se o compromisso europeu teve êxito será uma questão acompanhada com grande interesse na Europa, pelo menos por aqueles que devem analisar os custos, para os Estados e os cidadãos.

O resultado de tal análise será certamente de interesse para outros grupos regionais de Estados.

O fenômeno da franquia da regulamentação comunitária à prática brasileira

PAULO BORBA CASELLA

Advogado em São Paulo, Doutor em Direito
(USP), Professor Assistente de Direito Inter-
nacional (FADUSP)

SUMÁRIO

Introdução. I. Estado da matéria. II. Jurisprudência e prática francesa e comunitária. III. Natureza econômica e elementos do contrato. IV. Cláusulas principais do contrato. V. Riscos de mudança de enquadramento. VI. Condições de validade do contrato. VII. O regulamento comunitário. VIII. A franquia no Brasil. Conclusão.

Introdução

1. A franquia ou *franchising*, forma de licenciamento, pela qual o proprietário ou titular (*franchisor* ou franqueador) de um produto, serviço ou método obtém sua distribuição através de revendedores afiliados (*franchisee* ou franqueado), vem demonstrando sua importância e agilidade, como mecanismo contratual e estratégia de *marketing* em todo o mundo.

Curiosamente os sistemas jurídicos mostraram-se insensíveis às especificidades da modalidade contratual, não obstante a aceitação prática e mesmo o reconhecimento jurisprudencial e doutrinário do instituto.

No Brasil, dada a falta de legislação específica — excetuada a menção indireta contida no Parecer Normativo CST n.º 143/75 —, o relacionamento entre as partes contratantes é regido pelo direito das obrigações (Códigos Civil e Comercial), combinado com os dispositivos contratuais adotados pelas partes.

2. O presente estudo considera a prática e jurisprudência comunitária — à luz da prática e jurisprudência interna francesa — que precedeu a entrada em vigor da regulamentação comunitária, analisando, em seguida, o conteúdo do Regulamento da CEE, confrontando o quadro europeu com a situação existente no Brasil.

A contraposição da regulamentação comunitária e seu respaldo prático-doutrinário-jurisprudencial ao *state of the art* no Brasil, toma como eixo de indagação o questionamento da conveniência de regulamentação brasileira da matéria.

A regulamentação comunitária, vigente e aplicável nos doze países-membros da CEE, certamente se reveste de alcance maior do que seu estrito âmbito interno de aplicação. Obviamente este trabalho tem duplo escopo, porquanto, ao mesmo tempo que objetiva o estudo dar visão de conjunto da regulamentação do *franchising* no direito comunitário, deve também servir para alertar e dar informação de base para qualquer tentativa contratual entre empresas brasileiras e empresas européias (CEE).

3. O *franchising* passa a ser mais um campo no qual a regulamentação comunitária, englobando os ordenamentos jurídicos dos doze países-membros da CEE, passa a ser a instância reguladora da matéria. Doravante é lei em matéria de franquia o regulamento comunitário, para qualquer pessoa física ou jurídica brasileira que tencione celebrar contratos com empresas européias da Dinamarca à Grécia ou de Portugal à República Federal da Alemanha.

Impõe-se, assim, conhecer, ao menos em suas linhas mestras, a regulamentação européia do *franchising*.

Pode, também, o debate sobre o *franchising* e a análise da recente regulamentação adotada pela CEE — depois de quase uma década de discussões e trabalhos preparatórios — servir de estímulo aos legisladores nacionais para avaliarem a conveniência, senão de regulamentação abrangente ou de aplicação necessária, ao menos de parâmetros técnicos e requisitos básicos, configurando uma espécie de código de ética, cujo objetivo maior seria reprimir e coibir abusos e distorções.

4. Desnecessário reiterar o indispensável estudo e acompanhamento, no Brasil, da evolução do direito comunitário. Fenômeno novo, de longo alcance e seríssimas implicações, o direito comunitário ainda é visto entre nós com ar de novidade ou curiosidade teórica, destituída de alcance e implicações práticas. Antes de 1992 já deveríamos estar absorvendo o conteúdo e alinhando a atividade comercial entre o Brasil e a *Europa dos Doze* pela legislação comunitária. O preço dessa ignorância pode ser muito alto, acarretando a marginalização ou total exclusão dos produtos brasileiros desse mercado de mais de 300 milhões de consumidores, com altíssimo padrão de vida.

Fica, deste modo, colocada a proposta.

1. Estado da matéria

5. Até o advento do *Regulamento n.º 4.087/88*, de 30 de novembro de 1988, da Comunidade Econômica Européia (CEE) (publicado no J. O. C. E., o Diário Oficial das Comunidades Européias, de 28 de dezembro de 1988, L 359, em todas as edições) não existia regulamentação legal específica, regulando a aplicação do art. 85, parágrafo 3.º do Tratado de Roma, de 1957, em matéria de contratos de franquia.

As técnicas contratuais desenvolvidas pela prática eram, assim, reguladas pelo direito comercial geral em matéria contratual, ressalvadas especificidades e requisitos colocados pela jurisprudência comunitária e a jurisprudência interna dos países-membros.

O direito comunitário já regulara expressamente as concessões automobilísticas (*Regulamento n.º 123/85*, 12-12-1984), bem como, de modo mais amplo, os acordos de distribuição exclusiva, também, tinham sido objeto de regulamentação específica, abrangendo os contratos de concessão (*Regulamento n.º 1.983/85*, 21-6-1985).

A jurisprudência comunitária contava com *leading case* no assunto, o acórdão do caso *Pronuptia*, prolatado em 28 de janeiro de 1986 pela *Corte de Justiça da Comunidade Européia*, colocando os parâmetros básicos aplicáveis à matéria (analisados a seguir). Enquanto, por seu turno, a jurisprudência interna dos países-membros tinha igualmente enfrentado a necessidade de reconhecer, na prática, instituto teoricamente não regulamentado, consagrando, de certa forma, a especificidade de tais contratos, não obstante o fracasso de diversos esforços legislativos.

II. A jurisprudência e prática francesa e comunitária

6. A jurisprudência francesa, por seu turno, levando em consideração a originalidade dos contratos de concessão e franquia, já consagrara, de certa forma, sua especificidade, não obstante o fracasso de diversas tentativas de legislar nessa matéria.

Assim, a construção jurisprudencial, elaborada em matéria de contratos de distribuição, mereceu ser preservada de influências externas, suscetíveis de comprometer sua coerência jurídica e forçar reestruturação dos parâmetros vigentes da distribuição comercial.

7. Nesse sentido manifestou-se o *Ministre du Commerce* francês em 1976:

“L'état ne vise pas à procéder à des interventions qui peuvent offrir des avantages momentanés, mais qui ont l'inconvénient de figer les institutions, voire de favoriser l'inertie” (Allo-

cution au congrès du franchisage, *Bull. féd. fr. franchisage*, 1976-450).

Em matéria de franquia, o relatório de Grupo de Trabalho sobre Franquia (*rapport du groupe de travail sur la franchise*) também fez votos de ausência de regulamentação, mas, curiosamente, deixou de abordar as dificuldades que poderiam encontrar *franchiseurs* e *franchisés* em suas relações comerciais em relação aos consumidores ("La franchise", *Consommateurs Actualité* 28-10-1983).

8. Em diversas ocasiões tinham sido ensaiadas, em âmbito interno, tentativas de regulamentação, apresentadas ao Parlamento, desde a *Proposition DALADIER-CUPFER* (1956) até a *Proposition LAURIOL* (1982), não logrando, contudo, alcançar consagração legislativa, de tal forma que o *status quo* em matéria de concessão e franquia permaneceu inalterado, até o advento da norma comunitária, já referida.

9. Vale, ainda lembrar a existência de *Códigos de ética* preparados tanto pela *Fédération française de franchisage* quanto pela *Fédération européenne de franchisage* (reunindo Bélgica, França, Itália, Noruega, Países Baixos, República Federal da Alemanha, Reino Unido e Suécia) em trabalho conjunto com a Comissão da CEE.

Muito embora a validade jurídica de tais *Codes de déontologie du franchisage* seja questionável, essas normas podem ser adotadas pelas partes contratantes, desde que o contrato contenha menção expressa nesse sentido (cf. decisão do Trib. Com. de Bordeaux em 7-3-1986), estipulando ser aplicável o *Código de Ética* ao contrato celebrado entre as partes.

10. Norma técnica em matéria de *franchisage* foi elaborada e submetida à opinião pública pela *Association Française de Normalisation* (norma fr. Z 20.000, agosto 1987), frisando expressamente que tal norma não deveria revestir-se de caráter obrigatório.

11. Fenômeno curioso de recepção e integração, até mesmo a nível lingüístico, é a trajetória da franquia em França, em razão de sua crescente aceitação e aplicação.

O *franchisage* apareceu em França, há cerca de vinte e cinco anos, sob o nome de *franchising* proveniente dos Estados Unidos.

Uma Portaria Ministerial, o *Arrêté* de 29 de novembro de 1973, regulando o uso de terminologia econômica e financeira, propôs a adoção do termo *franchisage*, finalmente consagrado pela prática. As partes contratantes, *franchisee* e *franchisor* foram traduzidas como *franchisé* e *franchiseur*, tornando-se, assim, de uso corrente a expressão *contrat de franchise*, sendo o termo *franchisage* normalmente reservado para denominar a operação econômica.

12. O *Arrêté* de 29 de novembro de 1975 (publ. no *J. O.* francês de 3 de janeiro de 1974) define *franchisage* como

“un contrat par lequel une entreprise concède à des entreprises indépendantes, en contrepartie d'une redevance, le droit de se présenter sous sa raison sociale et sa marque pour vendre des produits ou services. Ce contrat s'accompagne généralement d'une assistance technique”.

13. *Leading case* no assunto, o acórdão *Pronuptia da Cour de Justice des Communautés européennes* (28 de janeiro de 1986) optou por enfoque mais rigoroso da franquia, segundo o qual trata-se de fórmula destinada a possibilitar que:

“une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales, accorde, moyennant rémunération, à des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès. Plutôt que d'un mode de distribution, il s'agit d'une manière d'exploiter financièrement, sans engager des capitaux propres, un ensemble de connaissances. Ce système ouvre par ailleurs à des commerçants dépourvus de l'expérience nécessaire, l'accès à des méthodes qu'ils n'auraient pu acquérir qu'après des longs efforts de recherche et les fait profiter de la réputation du signe. Les contrats de franchise se différencient en cela des contrats de concession de vente, et de ceux liant des revendeurs agréés dans un système de distribution sélective, qui ne comportent ni utilisation d'une même enseigne, ni application de méthodes commerciales uniformes, ni paiement de redevances en contrepartie des avantages consentis”.

III. *Natureza econômica e elementos do contrato*

14. Economicamente a franquia é uma fórmula de cooperação entre empresas.

O franqueador, produtor, distribuidor ou prestador de serviços, comerciante ou não, concede o uso do nome e fornece serviços a revendedores ou prestadores de serviços independentes.

O franqueado utiliza a experiência comercial adquirida por seu parceiro contratual que fornecerá consultoria, treinamento e assistência à gestão da empresa.

A franquia possibilita ao franqueador, sem incorrer o ônus de investimentos, ou ao menos, reduzindo consideravelmente os investimentos diretos, multiplicar seus pontos de venda, empregando a mesma marca, e ampliando a rede de distribuidores.

A franquia pode ter como objeto não somente a distribuição de produtos e serviços, mas igualmente a produção de bens (denominada *franquia industrial*), podendo ser igualmente utilizada em empresas não comerciais: artesanato, agricultura, profissões liberais, atividades imobiliárias e serviços diversos.

15. A franquia, seja de distribuição ou de serviços é contrato pelo qual o distribuidor (franqueado) vende produtos ou presta serviços, utilizando a razão social e a marca do fornecedor (franqueador), aplicando *know-how* deste. Nos casos em que a franquia associe produção e distribuição de bens, fabricados pelo franqueado, segundo indicações do franqueador, e produtos vendidos com a marca deste, denomina-se *franquia de produção ou industrial*.

Quando aplicável, em determinados casos, as partes podem celebrar pré-contrato, estipulando, por exemplo, a responsabilidade do franqueado pela divulgação indevida de informações transmitidas durante a negociação.

IV. Cláusulas principais do contrato

16. Dentre outros dispositivos, é fundamental atentar para as cláusulas seguintes:

16.1 Transferência de *know-how* (*savoir-faire*)

Entendendo-se por *know-how* o conjunto de dados e informações técnicas e comerciais, abrangendo técnicas de venda e prestação de serviços, métodos de organização ou gestão de empresa, técnicas de recrutamento de pessoal etc.

Vale frisar que tais dados e informações técnicas, fruto de trabalho e experiência, responsáveis pelo sucesso comercial do franqueador, devem ser necessariamente originais e secretos. Na ausência de tais requisitos, o *savoir-faire* é inexistente, e o contrato corre o risco de ser anulado ou sujeito a enquadramento jurídico diverso (cfr., nesse sentido, diversas decisões judiciais, *apud* Memento pratique F. LEFREBURE, *Comercial: distribution, concurrence, consommation*, ed. 1987, § 1.180 ss, cfr., *ad ex.*: Trib. Aix 29 de abril de 1980 e Trib. cor. Tarbes 26 de abril de 1985, BID 1986/3, p. 57), sujeitando o franqueador a ser processado por propaganda mentirosa (*publicité trompeuse*).

Na prática, o *savoir-faire* pode ser transmitido por escrito, sob a forma de manuais (*bibles*) ou mediante estágios de treinamento e formação.

O franqueador deverá estipular sempre cláusula de confidencialidade ou resguardo de informações (*clause de secret*) proibindo ao franqueado divulgar conhecimentos a ele transmitidos. Os dispositivos relativos a con-

fidencialidade e proteção do *savoir-faire* variam conforme a natureza deste, estipulando, conforme o caso, quais funcionários do franqueado poderão ter acesso às informações, forma de conservação dos documentos, obrigação do franqueado de adotar cláusula de sigilo e resguardo de informação e cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho celebrados com seus funcionários.

16.2 *Exclusividade*

Caso as partes tencionem estabelecer regime de exclusividade, tal cláusula deve ser estipulada expressamente no contrato.

A ausência de cláusula específica não permite a presunção da intenção das partes.

16.3 *Regime de remuneração*

Na assinatura do contrato, normalmente incumbe ao franqueado fazer pagamento a título de ingresso (*droit d'entrée dans le réseau de franchise*, ou *entrance down payment*). O montante ficará sujeito a variação em razão de diversos aspectos, tais como o renome da marca, a importância e extensão da assistência fornecida pelo franqueador (assistência técnica, treinamento de pessoal etc.), a situação e extensão do território objeto do contrato, e perspectivas de rentabilidade do investimento.

Em remuneração de vantagens resultantes do contrato (licença de marca, despesas de publicidade feitas pelo franqueador etc.) o franqueado pode ficar obrigado a efetuar pagamentos periódicos, fixos ou proporcionais ao volume de negócios realizados durante o período (normalmente entre 2 e 5% do total bruto, às vezes com incidência decrescente). Pode também ser estipulado o pagamento de valores fixos, com periodicidade variável, seja mensal, trimestral, semestral ou anual.

As partes devem prever as condições e prazos para pagamento, bem como, se for o caso, a forma de exercer controle sobre o volume de negócios.

16.4 *Assistência*

O contrato deve estipular qual a natureza da assistência a ser prestada pelo franqueador ao franqueado, durante a execução do contrato.

16.5 *Marcas figurativa e mista*

O contrato deve, igualmente, estipular as condições de uso das marcas figurativa e mista do franqueador pelo franqueado, ficando este vinculado a adotar parâmetros e normas de atuação conformes ao uso da marca, visando assegurar a conservação de sua integridade comercial.

16.6 Cláusula de não-concorrência

As cláusulas de não-concorrência ou de interdição de concorrência desfeal devem tão-somente restringir ao franqueado a possibilidade de vincular-se à rede de distribuição ou prestação de serviços que possa significar concorrência ao franqueador, podendo dar continuidade à sua atividade com meios próprios.

A cláusula de não-concorrência não deve ser abusiva, sob pena de nulidade, privando o franqueado da titularidade de sua clientela, quando o franqueado for o proprietário de seu fundo de comércio, ou impedindo-o de exercer sua atividade profissional.

16.7 Transferência a terceiros

Em razão da importância do *intuitu personae* no contrato de franquia, o franqueado somente poderá ceder ou transferir, a um terceiro, os direitos resultantes do contrato, caso seja expressamente autorizado a fazê-lo em cláusula contratual específica.

V. Riscos de mudanças de enquadramento

17. O franqueado normalmente exerce sua atividade como comerciante independente. No entanto, as múltiplas obrigações contratuais e a extensão do controle exercido pelo franqueador podem levar, em alguns casos, a caracterizar situação de dependência, suscetível de acarretar o reconhecimento judicial de vínculo empregatício, com todas as conseqüências e encargos sociais e previdenciários daí resultantes.

18. Para o direito trabalhista francês, por exemplo, segundo estipula o artigo L 781-1 do *Code du travail*, o vendedor e comprador estável de mercadorias será considerado como estando vinculado por contrato de trabalho quando forem satisfeitas as quatro condições seguintes:

- fornecimento exclusivo ou quase exclusivo, pelo franqueador, dos produtos revendidos pelo franqueado;
- vendas realizadas em local autorizado pelo franqueador;
- venda sob condições e métodos impostos pelo franqueador;
- venda por preços determinados pelo franqueador.

A possibilidade de eventual mudança do enquadramento jurídico de um contrato de franquia é, contudo, excepcional.

Em se tratando de franquia de prestação de serviços, a natureza do vínculo entre franqueador e franqueado somente poderá ser apreciada em função das circunstâncias fáticas específicas da franquia, passíveis de mudança ou evolução durante a execução do contrato, especialmente quando se verifique aumento do controle exercido pelo franqueador sobre o franqueado.

À guisa de exemplo, vale referir decisão da *Cour d'appel* de Paris (*arrêt* 28-4-1978), em matéria de franquia de serviços, no setor de transportes, aplicável ao caso de franqueado, pessoa física, no qual o Tribunal decidiu que uma suposta franquia constituía, na verdade, um contrato de trabalho, tendo em vista os aspectos seguintes, *verbis*:

“un prétendu contrat de franchise consenti par un commissionnaire de transport à un chauffeur routier pour l'exploitation d'un semi-remorque et des droits se rapportant à une licence de transport pour trafic routier national et international constituait en fait un contrat de travail dans les circonstances suivantes:

— Le chauffeur se trouvait transformé en voiturier, non pour son propre compte mais en réalité pour celui du soi-disant *franchiseur* qui prélevait tout le bénéfice des rotations effectuées, qui consacrait la maîtrise de la gestion commerciale et technique de l'opération, procurait la clientèle et les marchandises à transporter, fixait la destination, donnait toutes instructions utiles, établissait les frêts et la facturation et qui avait le monopole des relations avec la clientèle. Le chauffeur s'était engagé à “effectuer le travail fourni avec le maximum de sérieux”, selon les instructions du franchiseur et à remettre à chaque fin de rotation à ce dernier les documents correspondants.

— Le franchiseur lui avait même reproché d'agir de son propre gré pour les retours à vide en lui rappelant qu'il lui appartenait de “respecter les instruction qui lui sont données et non de faire comme bon lui semble”.

— Le chauffeur inscrit ni au registre du commerce ni au registre des métiers.

Parece, por outro lado, improvável que um contrato de franquia venha a ser desqualificado ou reclassificado como contrato de trabalho, quando o franqueado, pessoalmente, por sua conta e risco, atua como comerciante, financia investimentos, admite e despede seus funcionários e fixa tanto a remuneração como as condições de trabalho de seu pessoal, e se compromete diretamente com a clientela.

VI. *Condições de validade do contrato, na jurisprudência comunitária*

19. As condições de validade de um contrato de franquia foram determinadas pela Corte Europeia de Justiça na sentença do caso *Pronuptia* (de 28 de janeiro de 1986), já referido.

Segundo a Corte, existem três tipos de franquia:

— contrato de franquia de serviços pelo qual o franqueado oferece serviço, mediante uso do nome comercial e da marca do franqueador, e conformando-se às estipulações deste;

— contrato de franquia de *produção*, pelo qual o franqueado produz, segundo indicações do franqueador, produtos vendidos com a marca do franqueador;

— contrato de franquia de *distribuição*, pelo qual o franqueado se limita a vender determinados produtos em loja usando a marca do franqueador.

20. As obrigações restritivas, estipuladas pelo art. 85, do Tratado de Roma, não se aplicam às obrigações do franqueado, destinadas a proteger o *savoir faire* do franqueador, bem como a reputação e a integridade de sua rede de distribuição, na medida em que tais obrigações sejam indispensáveis ao bom funcionamento do contrato.

21. Acompanhando ainda a Corte Européia de Justiça, na decisão já referida, são, portanto, lícitas as cláusulas:

21.1. *Proteção do savoir-faire*

O franqueador deve estar habilitado a impedir que o *savoir faire* transferido e a assistência dispensada ao franqueado sejam transferidos, direta ou indiretamente, a concorrentes, sendo, portanto, aceitáveis:

21.1.1. *Cláusula de não-concorrência*

Proibindo ao franqueado, durante a vigência do contrato, ou após o término deste, abrir estabelecimento comercial com atividade idêntica ou semelhante à atividade contratual, em território onde pudesse fazer concorrência a integrante da rede de distribuição.

Na ausência de estipulação expressa, especificando a duração de tal obrigação, entender-se-á como “razoável” restrição relativamente curta, por período de um ou dois anos.

21.1.2. *Cláusula de aprovação prévia (agrément)*

Permitindo evitar que, em caso de cessão do estabelecimento comercial do franqueado, haja, transferência indireta de *savoir faire* a terceiros.

21.2. preservação da identidade e integridade da rede de distribuição.

Em vista desse objetivo, são válidas:

21.2.1. a obrigação de aplicar os métodos comerciais desenvolvidos pelo franqueador, e utilizar efetivamente o *savoir faire* transferido;

21.2.2. a obrigação de vender as mercadorias em local construído e decorado segundo instruções do franqueador;

21.2.3. a proibição de transferir o local do estabelecimento sem a prévia concordância do franqueador;

21.2.4. obrigação de submeter toda e qualquer publicidade ou propaganda à aprovação prévia do franqueador;

21.2.5. ressalvados certos limites, pode igualmente ser estipulada restrição quanto à venda de produtos ou prestação de serviços diversos do objeto do contrato de franquia;

21.2.6. podem ainda ser estipuladas outras exigências tais como dimensões mínimas e apresentação do estabelecimento comercial, emprego de pessoal habilitado e adequadamente treinado pelo franqueador, oferecimento de garantias mínimas aos usuários, etc.

22. No entender da Corte Européia de Justiça, são, contudo, ilícitas as cláusulas cujo conteúdo não se destine a proteger o *know-how* do franqueador, ou a identidade e integridade da rede de distribuição, afetando a concorrência entre franqueados, tais como:

22.1. as cláusulas estipulando divisão de mercado (a problemática do *partage des marchés* vem sendo extensa e cuidadosamente estudada em direito comunitário); ou

22.2. contendo proibição de abertura de segundo estabelecimento, quando tal obrigação for imposta a todos os integrantes da rede de distribuição; ou ainda

22.3. o compromisso assumido pelo franqueador de não se estabelecer por conta própria no território dos franqueados.

22.3.1. A Corte européia, oportunamente, ressalva que a exclusividade territorial pode ser legitimada em alguns casos:

“l'exclusivité territoriale peut être légitimée en application de l'article 85-3, car il est “possible qu'un candidat franchisé ne prendrait pas le risque de s'intégrer à la chaîne en procédant à un investissement propre, en payant un droit d'entrée relativement élevé et en s'engageant à acquitter une redevance annuelle importante, s'il ne pouvait, grâce à une certaine protection contre la concurrence du franchiseur et d'autres franchisés, espérer que son commerce puisse être rentable”.

22.4. são igualmente ilícitas as cláusulas restritivas da liberdade do franqueado em fixar seus preços (sendo, contudo, válida a indicação de parâmetros aplicáveis para determinação de preços).

VII — O regulamento comunitário

23. O Regulamento n.º 4.087/88 da Comissão da CEE, de 30 de novembro de 1988 (publicado no J.O.C.E. de 28 de dezembro de 1988, em todas as edições), regula a aplicação do artigo 85, parágrafo 3.º, do Tratado de Roma (“O Tratado”), às categorias de contratos de franquia, tendo em vista o Regulamento n.º 19/65 do Conselho da CEE (de 2 de março de

1965, relativo às categorias de contratos e práticas uniformes, com última alteração resultante do ato de adesão da Espanha e Portugal).

Conforme estipulou o *Regulamento n.º 19/65*, é competência da Comissão regulamentar as categorias de contratos de exclusividade, tendo por objeto a distribuição ou venda exclusiva de bens, bem como impondo restrições à aquisição ou utilização de direitos de propriedade industrial, ressaltando que

“os contratos de franquia consistem essencialmente em licenças de direitos de propriedade industrial ou intelectual, relativos a marcas, logotipos e *know-how*, podendo ser combinados com restrições relativas à distribuição ou comercialização de produtos.”

Em consonância com a tripartição clássica dos contratos de franquia, em função do objeto do contrato, a saber: a franquia industrial, regulando a fabricação de produtos, a franquia de distribuição, regulando a venda de produtos e a franquia de serviços, regulando a prestação de serviços.

24. Com base na experiência da Comissão foi possível definir categorias de contratos de franquia enquadrados sob a égide do art. 85, § 1.º, do Tratado, podendo, normalmente, ser consideradas como preenchendo as condições do art. 85, § 3.º, tal como no caso dos contratos de franquia para fornecimento de produtos ou serviços aos usuários finais.

Vale frisar que os contratos de franquia industrial não são abrangidos pelo *Regulamento 4.087/88*. Tais contratos, regulando as relações entre produtores, apresentam características distintas das demais modalidades de franquia, consistindo em licenças de produção com base em patentes ou *know-how* técnico, combinadas com licenças para uso de marca (Adriana C. R. CASELLA, analisou a matéria em seu artigo “Regulamentação comunitária da franquia”, palestra pronunciada em maio de 1989, em reunião conjunta das Câmaras de Comércio da Comunidade Europeia, em São Paulo).

25. O *Regulamento 4.087/88* regula os contratos de franquia entre duas empresas (o franqueador e o franqueado), relativos à venda de produtos no varejo ou prestação de serviços aos usuários finais, ou mediante combinação de ambas as atividades, desenvolvendo produtos para satisfazer necessidades específicas de clientes, abrangendo também os casos em que a relação franqueador-franqueado seja completada pela intermediação de um terceiro, o franqueado principal. Ressalva a Comissão expressamente que o regulamento não abrange os contratos de franquia por atacado, “em razão da falta de experiência da Comissão nessa matéria”.

26. Os contratos de franquia, como ressalta o próprio Regulamento, trazem numerosas vantagens, a nível de mercado:

— melhorando a distribuição de produtos e a prestação de serviços, na medida em que possibilita ao franqueador estabelecer uma rede uniforme com investimentos reduzidos;

-- abrindo o mercado a novos comerciantes -- especialmente pequenas e médias empresas;

— acirrando a concorrência entre marcas, e entre grandes empresas;

— possibilitando ao comerciante independente abrir seu negócio com maior rapidez e maior possibilidade de sucesso — contando com a experiência e assistência do franqueador.

27. Para o consumidor final a franquia permite a transferência de boa parte de seus benefícios, associando as vantagens de uma rede uniformizada à presença de comerciantes pessoal e diretamente interessados no bom desenvolvimento de seu negócio. A homogeneidade da rede a constante cooperação entre franqueador e franqueado asseguram qualidade constante aos produtos e serviços.

28. No tocante ao direito da concorrência, o Regulamento impõe diversas restrições, tanto ao *franqueador*, como ao *franqueado*, valendo ressaltar as principais:

28.1. o franqueador não pode:

— outorgar a terceiros o direito de explorar, no todo ou em parte, a franquia dentro do território do contrato;

— explorar a franquia ou comercializar os produtos ou serviços, objeto do contrato, ainda que sob outra forma;

— fornecer os produtos ou serviços a terceiros, dentro do território;

28.2. o franqueado, por seu turno, não pode:

— procurar clientes para os produtos e serviços franqueados fora do território;

— fabricar, vender ou utilizar (no caso da prestação de serviços) produtos concorrentes aos produtos franqueados.

29. O Regulamento enumera, igualmente, obrigações não restritivas da concorrência, comumente incluídas nos contratos de franquia, tais como as obrigações necessárias à proteção dos direitos de propriedade industrial ou intelectual do franqueador ou à manutenção da identidade e reputação da rede franqueada (já examinados, supra), abrangendo desde a obrigação de somente vender ou utilizar produtos fabricados pelo franqueador, ou terceiros por este indicados, até a proibição de aquisição de participação no capital de empresa concorrente, que possa assegurar o controle de suas atividades econômicas.

30. No tocante à proteção dos direitos de propriedade industrial ou intelectual, o Regulamento estipula diversas obrigações para as partes contratantes.

Desta forma, o franqueado é obrigado a:

- manter sigilo sobre o *know-how* que lhe for fornecido (perdurando tal obrigação mesmo após o término do contrato);
- comunicar ao franqueador toda a experiência adquirida na exploração da franquia (outorgando tanto ao franqueador como a outros franqueados licença não exclusiva referente ao *know-how* resultante de sua experiência);
- informar ao franqueador, durante a vigência do contrato, toda e qualquer contratação dos direitos licenciados;
- utilizar e manter atualizados os métodos comerciais do franqueador;
- utilizar os direitos de propriedade industrial ou intelectual licenciados.

Vale ressaltar que o franqueado não pode contestar os direitos de propriedade industrial ou intelectual do franqueador, durante a vigência do contrato.

VIII. *A franquia no Brasil*

31. A falta de regulamentação legal específica não é obstáculo a prática florescente, em rápida e vertiginosa expansão no Brasil. A situação da matéria é bem ilustrada em estudos como o de Marcelo CHERTO, *Franchising — revolução no marketing* (São Paulo, Mc Graw-Hill, 1988), ou a extensa reportagem dedicada ao tema *O vôo livre das franquias* (cover-story da revista EXAME, de 31 de maio de 1989), bem como meu artigo *Franchising — lack of specific regulation is not a hindrance to a booming practice in Brazil* (Brasília, Brazil Watch, July, 1989).

32. A situação colocada pelo *Parecer Normativo n.º 143*, da Coordenação do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal, datado de 21 de novembro de 1975, é sobremodo curiosa, porquanto regula a matéria sem fazer qualquer menção expressa a franquia. Estipula o texto ser “inedutível como custo ou despesa operacional a remuneração, fixa ou calculada sobre as vendas, paga ou creditada por uma empresa a outra, que lhe supre de estoques, e eventualmente, também lhe provê de publicidade, organização e métodos de vendas.”

ficando patente tratar-se de franquia, ainda que inominada.

33. Questiona-se a necessidade de regulamentação específica da franquia no ordenamento jurídico brasileiro. A discussão pode parecer acadêmica, porquanto a prática não se ressentida da lacuna. O contexto da Europa comunitária pode ser ilustrativo para situarmos a conveniência ou não de tal regulamentação no Brasil.

Os argumentos que poderiam ser levantados tanto pelos defensores quanto pelos opositores de regulamentação específica são relevantes e válidos. Tentando sumarizar tais prós e contras, seria oportuno observar:

— regulamentação genérica do direito das obrigações (civil e comercial), c/c bom contrato regulam adequadamente a matéria, sem necessidade de regulamentação legal específica;

— a prática já encontrou suas soluções e parâmetros;

— distorções e abusos tem as normas gerais de responsabilidade e do direito obrigacional;

— a ausência de definição permite maior flexibilidade, acompanhando as inovações técnicas e do mercado;

— doutrina e jurisprudência já absorveram a inovação;

— lei específica delimitaria com maior precisão o conteúdo da franquia, coibindo abusos e corrigindo distorções;

— “não existem dois contratos iguais de franquia” — esta frase espelha a realidade atual (o processo lento e gradual de formação de normas gerais a partir de *case law* é estranho aos países de direito codificado);

— a falta de definição legal pode limitar eventual necessidade de execução específica;

— a ausência de definição acarreta indefinição e flutuações;

— a legislação, por seu turno, incorporará a nova modalidade, acompanhando a tradição do direito comercial.

34. Não obstante as controvérsias doutrinárias, jurisprudenciais e mesmo legislativas, o fundamental é a percepção do caráter inovador e revolucionário da franquia e das vantagens que podem resultar de sua adoção: a uniformidade da prestação e a possibilidade de exercício de controle pelo franqueador, sem o ônus de implantação direta, e sua contrapartida e estímulo, a independência do franqueado, na gestão de seu próprio negócio, uma vez atendidos os requisitos do contrato. Outra vantagem, para o franqueador, são os pagamentos do franqueado, tanto para o ingresso na rede, bem como os pagamentos periódicos (mensais, trimestrais, semestrais, ou mesmo anuais, embora muito menos frequentes), enquanto, para o franqueado, o ingresso na rede e a adoção de conjunto de técnicas comerciais e *know-how* operacional permite alcançar resultados comerciais mais rápidos e evitar os custos e desgastes resultante de “ensaios e erros”.

A assistência técnica é outro elemento do contrato de grande utilidade, permitindo acompanhamento por parte do franqueador, e prevenção e correção de erros por parte do franqueado. A divulgação de produtos e serviços do franqueador, sem custos de implantação, vitalizando a competição de marcas no mercado, é outro aspecto cujo interesse vai além das partes contratantes, alcançando o mercado em geral.

35. Fran MARTINS (em seu *Contratos e obrigações comerciais*, Rio, Forense, 5.^a ed., 1977, pp. 583/596) classifica a franquia como "contrato consensual, bilateral, oneroso, de execução continuada, híbrido e atípico" (op. cit., p. 590), e ressalta:

consensual — porque se torna obrigatório pela simples manifestação de vontade das partes;

bilateral — porquanto do acordo nascem obrigações para ambas as partes, obrigando-se o franqueador a ceder o uso das marcas, bem como prestar assistência técnica e comercial ao franqueado; enquanto este, por seu turno, se obriga a pagar taxas sobre as vendas ao franqueador, manter a reputação dos produtos e/ou serviços, bem como fazer publicidade e satisfazer as demais estipulações do contato;

oneroso — a onerosidade resulta do proveito que as partes têm na franquia. O franqueado remunera o franqueador, abrangendo tanto o pagamento inicial (não necessariamente presente) bem como os pagamentos periódicos percentuais;

de execução sucessiva — as prestações são feitas continuamente;

híbrido e atípico — porquanto não se enquadra nas categorias contratuais clássicas do direito civil e comercial, podendo abranger diversas modalidades.

Conclusão

36. A tradição institucional do direito comercial nos ensina a flexibilidade e o caráter inovador da atividade mercantil. A partir das necessidades dos operadores do comércio vão sendo desenvolvidos novos mecanismos de atuação. Na mesma linha de prática consagradas pelo tempo, e por superveniente regulamentação jurídica, inclusive de caráter internacional, devemos assistir à utilização crescente da franquia como mecanismo contratual e negocial, em âmbito mundial.

Resta somente esperar que os legisladores nacionais tenham a sensibilidade da oportunidade e conveniência de regulamentação, que saiba atender adequadamente os interesses nacionais, ao mesmo tempo resguardando a indispensável autonomia contratual das partes e assegurando a operacionalidade do mecanismo comercial.

Normas desportivas internacionais e direito interno

Prof. MICHAEL B. WILL (°)

Tradução do alemão:

JOSÉ ANGELO ESTRELLA FARIA

M. C. J. (New York University), D.E.A. (Paris), professor ordinário de Direito Civil, Direito Internacional Privado e Direito Europeu, atualmente na Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, antigo Diretor do Instituto Europeu da Universidade do Sarre

O tema do presente artigo, o fundamento jurídico do vínculo das federações nacionais às normas das federações desportivas internacionais, em que pese ao seu fascínio, ainda não foi, salvo melhor juízo, seriamente abordado pelo mundo jurídico, que dela talvez nem se tenha apercebido. Estamos, a toda evidência, no começo. Confesso, por outro lado, estar longe de poder oferecer respostas definitivas, ou sequer de formular teses. O que hoje posso oferecer é a participação em minhas primeiras tentativas de sistematização, as quais, contudo, nem sempre chegam a lograr resultado. Que fazer, com efeito, quando não se obtém nenhuma resposta das federações desportivas, ou, quando muito declarações-padrão reticentes, do gênero: *Não temos conhecimento de quaisquer conflitos com normas desportivas internacionais até o presente?*

Regras desportivas internacionais como fontes autônomas de direito?

As controvérsias relativas a essa questão, em linha de princípio ou em caráter incidental, surgem no contexto da criação de um *direito despor-*

tivo internacional, aplicável às federações filiadas e aos desportistas, através da cúpula das duas grandes estruturas hierárquicas do desporto, mais ou menos vinculadas uma à outra: o comité olímpico internacional e as federações mundiais especializadas. Em virtude disso dedica-se a esse tema o primeiro, e seguramente mais extenso capítulo dessa exposição. Um segundo e mais sucinto capítulo refere-se a certas normas cujos efeitos ultrapassam os limites do âmbito associativo do organismo que as cria.

1 — *Direito desportivo internacional* — *Fonte de Direito dentro da estrutura associativa?*

Permito-me, antes de mais nada, ilustrar o problema principal com um conhecido exemplo extraído dos noticiários, para após esboçar a situação na República Federal da Alemanha, bem como, a seguir, em países vizinhos, sobretudo Itália, França, Grécia e Inglaterra, bem como, ainda que sucintamente, no Brasil.

Meu exemplo diz respeito ao famoso desportista americano Renaldó Nehemiah, desde 1981 recordista mundial dos 110 m com barreiras (12,93s.). O atleta tornou-se *caso* de direito desportivo após haver-se dedicado a outra modalidade desportiva, o futebol, e firmado em meados de abril de 1982, em São Francisco, um contrato profissional de 1.6 milhões de dólares. Em consequência, deixou ele de ser atleta amador, ficando, por isso, excluído das provas internacionais da modalidade. Duas distinções podiam ajudá-lo: primeiro entre as respectivas modalidades desportivas (futebol: profissional; barreiras: amador); e em segundo lugar entre os respectivos âmbitos (internacional: suspenso; nacional: não-suspenso). O conflito que aqui nos interessa aflorou, porém, com todo ímpeto, quando, em fins de 1982, Nehemiah tentou o retorno como competidor da prova de barreiras. Em 9 de novembro de 1982 a comissão arbitral (National Athletic Board Review), órgão competente da Federação de Atletismo (The Athletics Congress of the USA-TAC), aprovou, à unanimidade, em Filadélfia, sua participação em provas nacionais (1). O prazo recursal de quatro semanas transcorreu *in albis*. Pouco depois, em 12 de dezembro de 1982 ocupou-se da decisão americana o Conselho da Federação Internacional de Atletismo Amador (International Amateur Athletic Federation — IAAF), reunido em Helsínque. A sua curta e clara resposta está contida no telex enviado ainda antes do ano novo da sede da Federação Mundial, em Londres, à sede de sua filiada americana, em Indianápolis.

“TAC can not reinstate an athlete for domestic purposes only, as IAAF rules on eligibility apply to all athletes and all competitions... Impossible situation arises if member reinstates and IAAF does not” (2).

(1) Não publicado; cópia disponível junto ao autor.

(2) *Ibidem*.

Em outras palavras: “Nossas normas são válidas para todos os atletas amadores, vinculando-os também em seus países” (3). Com efeito, conseguiu a Federação Mundial em poucos dias compelir a Federação Nacional a não dar cumprimento à decisão, por assim dizer, “transitada em julgado” do órgão nacional competente.

A via judicial, intentada pelo atleta contra a Federação Nacional, tampouco lhe trouxe êxito. Demandado a conceder uma medida cautelar, considerou o Juiz Federal de Maryland, em 14 de janeiro de 1983, não estar exaurida a instância conciliatória própria para conflitos desportivos, fazendo menção a um possível recurso perante o Comitê Olímpico norte-americano (USOC), a ser interposto preliminarmente (4).

Trocado o cenário, temos então agora o mesmo jogo de hierarquias a nível olímpico. A decisão do USOC foi considerada em Londres como uma “aberta declaração de guerra à IAAF” (5). Dois dias depois encontravam-se em Los Angeles o Presidente da IAAF Primo Nebiolo, e o Presidente do Comitê Olímpico Internacional, Juan Antonio Samaranch, para uma discussão de cúpula. Este último mostrou-se *muito preocupado*, qualificando de *grande erro* a permissão concedida a Nehemiah pelo Comitê Olímpico Americano. Razão maior para preocupação foi a tripla ameaça de seu parceiro de negociações: em primeiro lugar, a desclassificação de todos os desportistas que aceitassem competir com o suspenso Nehemiah; caso necessário, a exclusão da Federação Americana, filiada dos quadros da Federação Mundial; o que, por fim, traria conseqüências funestas para os Jogos Olímpicos de 1984. Não admira, portanto, que o Presidente do COI instasse os americanos à disciplina: como membro do Comitê Olímpico Internacional estava o USOC obrigado a observar a carta olímpica, que veda expressamente a participação de atletas profissionais em jogos (6). Mais uma vez veio o golpe de cima para baixo, mas isso não foi tudo. Em verdade conseguiu a Federação Internacional de Atletismo Amador que o Comitê Olímpico Internacional e seu filiado americano se dobrassem às suas exigências, o que obteve com imediata e duradoura eficácia, sem auxílio de qualquer processo nacional ou ordem estatal: Nehemiah não

(3) O fato de que um atleta internacionalmente suspenso também a nível interno se encontrasse suspenso representou uma situação nova na história das federações americanas: a IAAF tinha-se, até então, mostrado tolerante, p. ex., com relação ao arremessador de peso Brian Oldfield ou ao saltador em altura Dwight Stones (cf. “IAAF impaciente no caso Nehemiah”, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung/FAZ*, nº 15, 19-11-1983, p. 20). Um terceiro exemplo, mencionado pelo advogado Stanko perante a corte distrital de Maryland, Case nº 83-97, refere-se ao sul-africano Sydney Maree, estudante em uma universidade americana.

(4) Não publicado; cópia disponível junto ao autor.

(5) “Futebolista profissional, Nehemiah retorna à categoria de amador. Federação de atletismo protesta”, in *FAZ* nº 17, de 21-1-1983, p. 24.

(6) “Nebiolo vê os jogos de 1984 em perigo”, in *FAZ* nº 18, de 22-1-1983, p. 21.

correu, nem na América, nem nas olimpíadas. Naturalmente houve tentativas de obter o apoio dos tribunais ordinários contra as mega-associações; os juízes nacionais mantiveram, todavia, abertamente suas reservas, como sempre fundadas em questões de competência (7).

Também o terceiro e último ato desse drama lança luz sobre o tema aqui tratado. Há pouco, no contexto da progressiva liberalização das normas de admissão, foi Renaldo Nehemiah novamente aceito na Federação Internacional de Atletismo Amador. Com efeito, conforme decisão da 35.ª assembléia geral, em Stuttgart, em 24 de julho de 1986, fica o conselho da federação futuramente autorizado a licenciar a participação de todos os atletas "que disputarem ou houverem disputado provas mediante remuneração financeira em qualquer outra modalidade desportiva" (8). Assim, após quatro anos, conseguiu-se impor a distinção entre diferentes modalidades desportivas (futebol: profissional; atletismo: amador). A outra distinção, a saber, entre os âmbitos respectivos das federações (para uma, suspenso; para a outra, não suspenso) permanece um ponto delicado da política das federações desportivas internacionais.

A. A situação da República Federal da Alemanha

Normas desportivas internacionais — o assunto leva naturalmente a pensar nos dois pólos de convergência da atividade desportiva mundial: o Comitê Olímpico Internacional e as federações internacionais especializadas (9).

1 — Para iniciar a exposição, destaco duas normas do estatuto do Comitê Olímpico Internacional que, de forma distinta, criam obrigações para os filiados nacionais: a saber, os arts. 24 e 26.

a) O art. 24 refere-se à organização: um comitê olímpico nacional só pode reconhecer uma única federação nacional para cada modalidade desportiva, tendo esta necessariamente de ser filiada da respectiva federação

(7) *Nehemiah v. Athletics Congress of U.S.A.*, 765 F. 2d 42 (3rd. Cir. 1985). Questões de competência estavam também em jogo no caso de um profissional americano de basquete que não obtivera da FIBA (sede em Munique) a liberação para jogar na Itália: *Ronald Behagen v. Amateur Basketball Ass'n of U.S.A.*, 744 F. 2d 731 (1984). Sem êxito o caso do levantador de peso já suspenso por doping: *Jeffrey Michels v. United States Olympic Committee*, 741 F. 2d 155 (1984); igualmente o caso do corredor da prova de barreiras Willi Gault, que, à semelhança de Nehemiah, optara pelo futebol profissional: cf. FAZ nº 191, de 19-8-1983, p. 22 e nº 94 de 1984, p. 24.

(8) "Facilitada a admissão e limitada a propaganda", in FAZ, nº 195, de 25-8-1986, p. 22; vide também o comentário "Liberaler Zeitgeist".

(9) Cf. James A. R. Nafziger, *The Regulation of Transnational Sports Competition: down from Mount Olympus*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1971), pp. 180-212 e Christoph Vedder, *The International Olympic Committee...* in *German Yearbook of International Law* 27 (1984), pp. 233-258.

internacional reconhecida pelo COI. Essa norma tem diversos destinatários. Em primeiro lugar, ficam vinculados os comitês olímpicos nacionais. Por outro lado, através da conexão destes com as federações nacionais e internacionais, também estas são abrangidas pela norma, que, além disso, estende sua eficácia aos desportistas e mesmo até a estados soberanos. A vinculação das federações nacionais, que aqui interessa, consiste em ser-lhes imposta a filiação na federação mundial reconhecida pelo COI e a manutenção do sistema de "monopólio" em seu próprio país. Caso a federação mundial caia em desgraça junto ao COI, terão as federações nacionais, por bem ou por mal, de desvincular-se da entidade-mãe e filiar-se à federação rival que for reconhecida em seu lugar. Também em virtude desse *princípio da representação única (Ein-Platz-Prinzip)* não se admitem divisões internas: quer queiram, quer não, terão esgrimistas flamengos e esgrimistas valões, ciclistas sérvios e ciclistas croatas, futebolistas bávaros e futebolistas não-bávaros de viver sob o mesmo teto. A norma vincula-os tanto uns com os outros, quanto com a federação mundial respectiva, e isso já há muito tempo. Apesar de eventuais resmungos, vem a regra sendo respeitada por todos os envolvidos e nunca foi seriamente atacada:

b) sabidamente mais controvertido era e é o art. 26 do estatuto do COI, o qual define o atleta amador. Apenas aqueles que preencham os requisitos ali estabelecidos devem poder disputar as honras olímpicas. Trata-se aqui mais uma vez de uma norma que abrange todos, também as federações nacionais. Para alguns é ela talvez menos vinculativa, como, p. ex., para os profissionais do futebol, do tênis, do esqui no gelo e da equitação, pois a atração que representam essas modalidades regala-as com condições especiais, sob a forma de regras de exceção, ou mesmo interpretações excepcionais de regras excepcionais⁽¹⁰⁾. Apesar disso conserva o todo a sua *ordem juridico-desportiva*, baseada no princípio da vinculação férrea às regras, qualquer que seja a forma em que, no curso dos acontecimentos, elas se apresentem. Nenhuma federação nacional se atreveria a descumpri-las, sejam quais forem as aplicáveis no momento, mesmo porque elas não têm outra alternativa.

Ambos os artigos, 24 e 26, estão contidos no estatuto do Comitê Olímpico Internacional, obrigando a seus membros. Visto que nenhuma federação nacional é membro do COI, não estão elas diretamente sujeitas ao seu estatuto. A sua vinculação é, porém, de toda forma um reflexo daquelas regras, o qual as atinge de ambos os flancos: por um lado, através do comitê olímpico nacional a que estiverem vinculadas, e, por outro, através da federação mundial a que estiverem filiadas. Se o vínculo é indireto, ele não é por isso menos real e eficaz. Vide o exemplo de Nehemiah.

(10) Cf. Goetz Eilers, Amateur und Profi im Fussball: Rechtslage und Rechtswirklichkeit, in Reschke (ed.), Sport als Arbeit, Heidelberg, Müller (Recht und Sport Band 4) 1985, pp. 17 e ss.

2 — Normas desportivas internacionais não são apenas as regras contidas no estatuto do Comitê Olímpico Internacional, mas também ordens e recomendações emanadas de seus órgãos. Como exemplo pode-se citar a exclusão da República da África do Sul, em virtude da política do *apartheid*, decidida tanto pelo COI quanto pelas federações mundiais há alguns anos, sabidamente com certo êxito. A eficaz vinculação das federações desportivas manifesta-se aqui, de um lado, pela proibição de participar de competições, de outro, pelo seu empenho em levá-la a cabo e fazê-la cumprir, quer através de sua própria estrutura jurisdicional, quer através da justiça estatal.

a) Para nadadores alemães encontra-se a proibição à participação em competições, independentemente do motivo concreto, no Regulamento das Competições. O § 22 das "*Wettkampfbestimmungen des Deutschen Schwimm-Verbandes*" (WB-DSV), em sua primeira alínea, proíbe simplesmente "*toda espécie de relação desportiva com uma federação, assim como suas filiadas ou associações, que não seja filiada da FINA*".

Aqueles que descumpram essa norma serão, conforme a alínea quatro, "*punidos com uma suspensão a ser fixada pela FINA*". Semelhantes são as *General Rules* 5.1 e 5.5 da própria *Fédération Internationale de Natation Amateur* (FINA). Sem levá-las em consideração viajaram alguns jovens no início de 1982 para participar de competições da África do Sul, ao que consta, *em violação do regulamento da FINA*. Em face disso requereu esta perante o tribunal arbitral nacional a suspensão dos atletas por um ano, com fundamento naquele § 22, al. 2 e 4 do WB-DSV, *combinado com as regras aplicáveis da FINA* ⁽¹⁾. Compreende-se com isso naturalmente a proscrição da federação sul-africana de natação e a proibição de qualquer forma de contato daí resultante.

b) Um ano após, em maio de 1983, cometeram oito lutadores alemães a mesma infração, três deles em reincidência. A própria federação alemã de lutadores reconheceu que a proibição de participar dessas competições fundava-se na condenação interracial do regime sul-africano, bem como no *receio de certas desvantagens e complicações (desportivas) internacionais*. Em face das provas que mesmo assim se realizaram — entre elas uma contra uma equipe do exército sul-africano — temia a federação de lutadores, conforme suas declarações, sanções da parte da *Fédération Internationale de Lutte Amateur* (FILA), que talvez mesmo a exclusão da participação nos jogos olímpicos de 1984; mais ainda, poderia a União Soviética aproveitar o acontecido como pretexto adicional para o boicote das olimpíadas. Tudo isso só poderia trazer prejuízo à imagem da federação alemã. Conseqüentemente foram impostas, com base nos §§ 10, 18 e 19 do Código Desportivo e Disciplinar, multas de 500 marcos, bem como

(1) Decisão do tribunal arbitral da federação dos nadadores do Sarre de 31-8-1982, in Reschke (ed.) *Handbuch des Sportsrechts SportR* (vide nota n.º 11), doc. n.º 11-24-1.

suspensões de 12 meses (24 para os reincidentes). O Juizado de Direito da cidade de Saarbrücken considerou a punição e a suspensão conformes aos estatutos e ao regimento da federação (12). Ambos estes exemplos trazidos do Sarre, apesar de muitas diferenças, têm um elemento comum: o vínculo da federação nacional àquela regra internacional que se poderia resumir em *nenhum contato fora do nosso cartel*. Esse vínculo é consumado pela introdução, no próprio ordenamento, da regra internacional, em outras palavras, pela sua nacionalização. No caso dos nadadores estava essa norma com as respectivas penalidades expressa sem rodeios no Regulamento das Competições, enquanto no caso dos lutadores ela ficou subsumida no amplo manto daquela regra destinada a impedir um *prejuízo à imagem* da federação. Nesse último caso, o receio de sanções de parte da federação internacional evidenciava a extensão do vínculo associativo da federação nacional, bem como os riscos a que ela está sujeita. Não disponho de nenhum exemplo concreto de sanções impostas a uma federação filiada desobediente, mas posso supor que um tribunal alemão, em caso de dúvida, não as anularia, confirmando implicitamente a vinculação da federação nacional à norma internacional.

3 — Tal sorte de especulações não se faz, contudo, necessária, pois há decisões de tribunais alemães que, expressa ou implicitamente, confirmam essa hipótese.

a) Primeiro uma sentença de Munique, referente a dois lançadores de disco desclassificados e suspensos por *doping* (13). A decisão atacada, provinda de uma federação nacional, estava baseada, em parte em normas da IAAF, em parte em normas que a Federação Alemã de Atletismo Amador ("*Deutscher Leichtathletikverband*" — DLV) havia *transportado* para seu estatuto, mas em parte também (e aqui residia a controvérsia) em decisões fundadas no regulamento das competições. Conforme disposto no § 15 do estatuto da DLV, tornam-se as decisões proferidas pela IAAF *automaticamente parte integrante* do Regulamento de Competições nacional. O Tribunal não fez quaisquer objeções de ordem jurídica contra tal incorporação das normas internacionais. A DLV é, com efeito, filiada da IAAF, e, "*como tal, obrigada a orientar-se conforme as suas normas e, em caso de derrogações ou alterações, a adaptar o seu próprio ordenamento*". Fica, portanto, a critério da federação nacional prever um procedimento decisório específico para a aceitação da norma internacional, ou não fazê-lo, como era o caso. Tal aspecto era, além disso, desprovido de maior relevância, de vez que a própria DLV, na qualidade de filiada, participava do processo *decisório da federação internacional*. Esse último argumento do tribunal

(12) Sentença do juizado de direito ("Landgericht") de Saarbrücken de 10-11-1983, na íntegra não reproduzida em Reschke, SportR (vide nota nº 11), doc. nº 13.32.2.

(13) Sentença do juizado de direito ("Landgericht") de Munique de 27-9-1978, resumida em Reschke, SportR (vide nota nº 11), doc. nº 11-24-1.

não parece, entretanto, convincente: seriam as normas por acaso menos vinculativas, se a DLV houvesse sido vencida por pequena margem na votação? Semelhante incorporação *em branco* da norma internacional é sempre cabível, qualquer que seja o conteúdo da nova norma? Igualmente pouco feliz é a fórmula logo a seguir encontrada pelo tribunal, que se refere a uma interpretação *no mínimo consuetudinária* da Rule 53 c.c. Rule 11 da IAAF. Nesse contexto não há lugar para *direito consuetudinário*, quando muito talvez para *costumes*. De resto declarou a sentença estar a federação nacional obrigada a aplicar as normas internacionais, quer estejam já plasmadas nos estatutos, quer incorporadas *em branco*. Até aí, nada a reparar. A sentença acrescenta, contudo, que as normas internacionais *prevalecem sobre as regras e o código disciplinar internos*. Normas emanadas das federações internacionais derogam normas das federações nacionais. Semelhante hierarquia é, porém, inconciliável com a noção de incorporação da norma externa no ordenamento nacional. A aceitar-se a tese do tribunal, terá então a norma desportiva internacional duas faces: de um lado, ela é norma nacional, em virtude da incorporação, e inobstante, ao mesmo tempo, uma norma internacional derogativa.

b) A argumentação tão claramente expressada pelo Tribunal de Munique no em si simples caso do *doping* foi o ponto de partida implícito de uma decisão posterior do Juizado de Direito de Münster⁽¹⁴⁾. Aqui, porém, o caso não era nada simples: uma jogadora de vôlei tinha de pagar com uma suspensão perpétua a sua participação, por quatro meses, em uma equipe profissional norte-americana, conforme decisão da Federação Internacional de Voleibol (FIVB), à qual a federação alemã, depois de algumas escaramuças, considerou-se vinculada, tomando a si a tarefa de fazê-la cumprir. Sem ocupar-se de distinguir entre condições de licenciamento para competições e penalidades disciplinares, decidiram os juízes ser tal decisão, do ponto de vista da legislação aplicável a associações do gênero, atacável em diversos pontos. Com referência à extensão da penalidade (perpétua), qualificou-a a sentença de exagerada, inadequada, inconstitucional e, por violar direito cogente alemão, nula (cf. art. 30 da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão). Em consequência disso, não podia a federação alemã estar obrigada a cumprir as decisões abertamente nulas dos órgãos da FIVB, sendo, pelo contrário, *de esperar-se* que a federação nacional *as ignore*, pelo menos a nível interno.

Essa última passagem, expressa em conexão com a cláusula de ordem pública do art. 30 da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão, contém duas premissas implícitas: de um lado, o reconhecimento do vínculo às normas desportivas internacionais, e, de outro, a equiparação dessas normas a *direito estrangeiro*, cuja aplicação pode ser evitada pela cláusula de

(14) Sentença do juizado de direito ("Landgericht") de Münster de 5-2-1979: cf. Reschke, SportR. (vide nota nº 11), doc. nº 13-49-3.

ordem pública do art. 50⁽¹⁵⁾. Se bem compreendi a construção do tribunal de Münster, está a federação nacional vinculada à norma baixada pela entidade-mãe internacional porque esta norma (no caso concreto, inaplicável por contrariar direito cogente alemão) é equiparável a *lei estrangeira* ou *norma jurídica de um outro Estado*. Estará isso correto?

B. A situação em outros países

Com frequência somos confrontados com a idéia de que regras dos jogos olímpicos estão entronizadas acima de todos os desportistas e federações, e mesmo até acima dos Estados. Não menos soberanas consideram-se as federações internacionais, em que pese a sua organização democrática. Em referência ao extenso âmbito de aplicação de seus estatutos (como, p. ex., a Federação Internacional de Ciclismo, afirmando perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias *legislar* para 108 países) rejeitam elas considerar tais estatutos como parte integrante de um ordenamento jurídico nacional, preferindo vê-los como elementos de uma *regulamentação internacional de direito privado*, um *regulamento internacional* que se opõe até mesmo às normas jurídicas da Comunidade Econômica Européia⁽¹⁶⁾. Não faltam, além disso, autores que confirmam às normas do COI atributos como *jurídicas e internacionais*, caracterizando-as, como, de resto, também as normas das federações mundiais, como regras de iniciativa privada que, sem embargo, prevalecem sobre direito estatal (*force qui prévaut à l'encontre de règles d'ordre public*)⁽¹⁷⁾. Não somente a prática alemã⁽¹⁸⁾ demonstra, porém, que tais formulações contêm em verdade

(15) Este dizia: "Uma lei estrangeira é inaplicável, sempre que a sua aplicação contrariar os bons costumes ou os fins de uma lei alemã". Desde a vigência da Lei de Reforma do Direito Internacional Privado, em 1^o-10-1986, está a cláusula de ordem pública, em seu art. 6^o, assim formulada: "Uma norma jurídica de um outro Estado é inaplicável, quando a sua aplicação conduzir a um resultado inaceitável com princípios fundamentais do direito alemão, em especial quando contrariar os direitos fundamentais dos cidadãos".

(16) Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias de 12-12-1974 Assunto 36/84 (Walrave/Union Cycliste Internationale), Coletânea de Jurisprudência 1974, pp. 1413-1414 (n^o 2, segundo parágrafo: "partie... d'une réglementation internationale de caractère privé"; terceiro parágrafo: "règlement international"; quarto parágrafo: "règle internationale").

(17) Luc Silance, Formation de la règle de droit sans le domaine sportif, in Perelman (ed.) La Règle de Droit, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 296, 311, 312; Les structures internationales, in Les Problèmes Juridiques du Sport (Nice, 18-19-10-1919), Paris, Economica, 1981, pp. 197, 217, com referências. Vide também infra, nota n^o 37.

(18) Cf. recentemente um tribunal de Viena (27-4-1987) na querela entre a federação alemã e a federação internacional de hóquei no gelo: "Turné conforme medida cautelar", in Neue Zürcher-Zeitung/NZZ, edição estrangeira, n^o 97 a 29-4-1987, p. 13 — "Terminada a disputa acerca de Sikura" in FAZ n^o 103, de 5-5-1987, p. 26; cf. também um tribunal de Belgrado (11-6-1987) — acerca do futebol nacional, com veemente reação da federação internacional: "FIFA engaja-se na questão do campeão iugoslavo", NZZ edição estrangeira, n^o 140, 21/22-6-1987, p. 45

mais sonho que realidade. Enquanto inexisterem respectivos acordos interestatais, deve-se retirar o desporto do pódio de uma tal supra-estatalidade, como quer que ela se justifique. Restaria, porém, saber se as normas desportivas, se não podem estar acima dos Estados, não poderiam quicá estar à margem destes. A sua autoridade não é, afinal de contas, à semelhança do Estado e da Igreja, exercida por órgãos não raramente denominados *legislador*, *administração*, ou *tribunal*? Tampouco se desdenham sintomaticamente para as próprias criações jurídicas, denominações ou títulos tais como *constituição* (19), *lei* (20), *código disciplinar*, entre outras.

a) A doutrina, principalmente a italiana, e, por sua influência a belga (21), aproveitou a idéia de pluralidade de ordenamentos jurídicos. O desporto é, assim, o *único caso de nascimento e expansão de um ordenamento jurídico autônomo e complexo nos últimos tempos* (22). Apenas nesse caso se encontrariam as três características típicas de um ordenamento jurídico: estrutura pessoal, estrutura organizacional e estrutura normativa. E isso não apenas a nível nacional, mas também a nível internacional (23). O movimento olímpico existe, com efeito, desde a virada do século, sem que tenha sido necessária a concessão de qualquer Estado, Igreja ou outra ordem jurídica. Brotado de sua própria vontade e alimentado por sua própria força: em suma, um ordenamento originário e autônomo, que não conhece fronteiras (24).

(19) Cf., entre outras, para a FINA (natação), FIVB (vôlei), ISU (patinação no gelo), ITTF (tênis de mesa) a denominação inglesa dos estatutos como "Constitution".

(20) Cf. para a FIA (Fédération Internationale d'Automobile) a "Lei do desporto (automotor)", a qual é aplicada pelas afiliadas através de "leis desportivas", nacionais. Dessa forma pode o tribunal desportivo da comissão suprema para o automobilismo alemão (ONS: Oberste Nationale Sportkommission für den Automobilsport in Deutschland) lavrar "sentenças" como esta, extraída das "ONS Mittellungen" 1986, 1-2, p. 66, coluna 1: "O desportista fez-se culpado de acordo com o art. 151, c) da lei internacional do automobilismo"; ou então: "A entrega de um cheque desprovido de fundos para pagamento da taxa de partida representa uma violação grave do art. 70 c.c. 151 c) da lei internacional do automobilismo"; cf. Reschke, SportR (vide nota nº 11), doc. nº 17-1-3, bem como nº 1, 5 e 12.

(21) Agradeço à tese doutoral de Andreas Malatos, orientada pelo Professor Dr. Joachim Burmeister, Saarbrücken (Der Fussball und die Rechtsstellung des Berufsfussballspielers in Europa) as referências às doutrinas italiana e belga (texto de fevereiro de 1987, pp. 14-18).

(22) Massimo Severo Giannini, Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi, in *Riv. Dir. Spor.* 1949, pp. 10-28 (17). A citação serve significativamente de epígrafe ao primeiro capítulo do livro de Jean-Claude Germain, *Les sportifs et le Droit*, Liège, Faculté de Droit, 1975, p. 7. Na sequência de Santi Romano e Giannini encontra-se também Mariano-Carmelo González Grimaldo, *El Ordenamiento Jurídico del Deporte*, Madrid, Civitas, 1974, pp. 21, 32, 36-37, 223-224, 233.

(23) Giannini (vide nota nº 21), pp. 13, 21 e ss.

(24) *Ibidem*, p. 17.

Tal ordenamento não pertence ao direito internacional público porque seus destinatários não são Estados soberanos no âmbito internacional, mas sim pessoas físicas e jurídicas, dentro da respectiva esfera intraestatal. Mesmo assim, é possível reconhecer Estados para fins desportivos ou não, assim como acreditar ou recusar seus cidadãos como desportistas, ou, por fim, simplesmente ignorar uns ou outros. Será, porém, possível ignorar todos os Estados, ou então apenas aqueles que de qualquer forma estão entre os mais fracos? Essas considerações levam à questão decisiva: como se relaciona o ordenamento desportivo, originário e internacional, com o ordenamento estatal, igualmente originário mas nacional? GIANNINI, que há trinta anos, na Itália, levantou a problemática, mostrou-se suficientemente realista para não construir um modelo de hierarquias paralelas, à semelhança da teoria que explicava a natureza das relações entre Igreja e Estado na Idade Média, reconhecendo, em lugar disso, ao Estado, o poder de delimitar as competências. O Estado pode, assim, limitar ou restringir o ordenamento desportivo a nível interno. Eventuais conflitos evitam-se em consonância com o princípio do *mutuo disconoscimento*, uma espécie de acordo de cavalheiros de mútua tolerância⁽²⁵⁾. Tal teoria não deixa, porém, de ser um mero postulado, uma vez que, aflorado um conflito, ela não é capaz de oferecer uma solução.

Mais recentemente parece assistir-se ao retorno do pêndulo. Em consonância com a teoria positivista do direito recusa-se a doutrina a reconhecer um caráter originário e autónomo para as normas desportivas, cuja eficácia se deduz do ordenamento jurídico estatal. LUISO⁽²⁶⁾ busca um meio-termo. Embora não negue o caráter originário do ordenamento desportivo, reconhece ele, ao mesmo tempo, que a sua pretensão de eficácia imediata não pode interferir com a pretensão de soberania do Estado. Esse é o motivo de sua teoria da incorporação (*entificazione di ordinamenti*): o Estado apanha, quando necessário, as normas criadas externamente e institucionaliza-as, por assim dizer, em sua própria casa, onde as pode controlar.

b) Essa é a posição adotada pelo legislador italiano. Pela Lei n.º 426, de 16-2-1942, foi criado há 45 anos atrás o Comitê Olímpico Italiano. Tal lei só foi regulamentada uma geração após, pelo Decreto presidencial n.º 550, de 2-8-1974⁽²⁷⁾, o qual, em sete artigos distintos, procede nada menos que nove vezes a uma tal *incorporação*. Primeiro, remete o decreto ao estatuto do Comitê Olímpico Internacional, bem como a suas decisões,

(25) Ibidem, p. 18.

(26) Francesco Paolo Luiso, *La Giustizia Sportiva*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 359 e ss.

(27) A íntegra das normas estatais e não-estatais está contida na coletânea de dois volumes de De Marani Toro/Canapele (ed.), *Codice dello Sport*, Milano Giuffrè, 1980/1982 — a lei de 1942 sob § 1.26, o decreto de 1974, sob § 1.27, e o regulamento de 1974, sob § 3.2.

ordens e recomendações. Em segundo lugar, remete às normas (para atletas amadores) e princípios (para desportistas profissionais) das federações (para desportistas profissionais) das federações internacionais. Por fim, e isso com grande imprecisão terminológica, remete em quatro dispositivos distintos pura e simplesmente às *normas desportivas internacionais* (ordinamento sportivo internazionale). Assim, p. ex., tem a distinção entre desporto amador e profissional que ser feita em *concordância* com as normas desportivas internacionais; da mesma forma, exige-se dos estatutos e regimentos das federações desportivas nacionais uma tal *concordância com as normas desportivas nacionais e internacionais* (28).

Tais cláusulas em branco, já numericamente reduzidas pelo fato de que o estatuto do Comitê Olímpico Italiano, aprovado em 1.º-6-1964, antecipara em muitos pontos o decreto presidencial (29), não apenas não servem à solução dos problemas eventualmente existentes, como também criam problemas novos. Com frequência reaparecem elas nos estatutos das respectivas federações, acompanhadas de generosas expressões de submissão como *riconosce, accetta ed applica i regolamenti* (30), ou mesmo até em relação ao futuro, como *le eventuali modifiche successive* (31) ou *le norme* (da respectiva federação internacional) *alle quali si fa integrale riferimento*, ou ainda *adotta i regolamenti e segue le norme degli enti internazionali che perseguono scopi analoghi* (32). Em caso de lacunas, vigoram *Regolamenti Internazionali, gli usi desportivi* e, o que quer que se compreenda com esse termo, *le norme di diritto sportivo* (33).

(28) D.P.R. 2 de agosto de 1974, nº 530: remissão a "deliberazione", "indirizzo" (art. 1.2), "statuto" (art. 4.3) e "direttive" (art. 5, e) do COI; remissão a "regole" (art. 34.3), e "principi" (art. 34.4) das federações internacionais e remissão ao "ordinamento sportivo internazionale" (art. 5, o), 18.1, 19, 27.1.

(29) O Regolamento del Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI) e delle Federazioni Sportive Nazionali (FSN), de 30-5-1964, a seu turno, remete a "norme" (art. 1º), "statuto" (art. 3, 92), "direttive" (art. 9, 3º), "regole" (art. 19, 4, 23e) "principi" (art. 22) do COI, a "norme" (art. 3), "regole" (art. 27, 3) e "principi" (art. 27, 4) das federações internacionais, e, por fim, ao "ordinamento sportivo"

(30) Vide, p. ex., os estatutos da FIDAL (atletismo — IAAF), art. 1.6 e os da FIGC (futebol — FIFA/UEFA), art. 1.3 — ambos no *Codice dello Sport* (vide nota nº 26 supra), §§ 3.22 e 3.26, respectivamente; exemplos para Espanha em González (vide nota nº 21 supra), pp. 65 e s., 72.

(31) FIM (Motorboot-UIM), art. 1.2 e Regolamento, art. 2, d; cf. também, FIN (natação — FINA), Regolamento, art. 2.d, ambos no *Codice dello Sport* (supra nota nº 26), §§ 3.41, 3.42 e § 3.44, respectivamente.

(32) FIN (natação — FINA), Regolamento, art. 11.3 e FIBS (beisebol), com os amplos arts. 2.1, ambos igualmente no *Codice dello Sport* (supra, nota nº 26), § 3.44 e § 4.15.

(33) FIBS (beisebol), art. 32, FISN (esqui aquático), art. 29.2 e FISJ (desporto de inverno), art. 30.2 — todos no *Codice dello Sport* (supra, nota nº 26), § 3.15, § 3.55 e § 3.60, respectivamente.

2 — Apenas um ano após o decreto de Roma, surgia em Paris a primeira e muito elogiada lei de desporto e ginástica (*Loi Mazeaud*) n.º 988, de 29-10-1975. Por ela ficaram as federações nacionais em França obrigadas a fazer cumprir as normas, tanto das federações mundiais, quanto do Comitê Olímpico Internacional; além disso, ficou o Comitê Olímpico Francês, em suas atividades normativas, disciplinar e conciliatória, submetido às regras do COI (34).

Essa generosidade feriu os franceses.

Em certo momento, quando dos debates sobre a reforma da lei desportiva, em 1984, declarou a ministra competente perante a Assembléia Nacional ser inadmissível na França um tal reenvio ilimitado, de vez que os próprios franceses sempre reagiram com desconforto e consternação quando normas desportivas internacionais contrariavam abertamente princípios gerais de direito vigentes na França (35). A causa de tal reação foi um caso de basquete decidido pouco antes pelo Conseil d'Etat (36). Tratava-se daquele tempo em que jogadores americanos e africanos chegavam em massa à França, e, uma vez aí, muitas vezes com o auxílio das federações, faziam-se naturalizar ou adquiriam a nacionalidade francesa através de um casamento com uma cidadã francesa. Em face disso, havia a federação francesa projetado uma regra de licenciamento que deveria excluir de modo eficaz todos os *novos franceses*. Sua primeira versão exigia a inscrição e a

(34) Loi n. 75-988 du 29 octobre 1975 relative au développement de l'éducation physique et du sport; detalhadamente comentada por Joël-Yves Plouvin, in *L'Actualité Juridique -- Droit Administratif 1976*, 60-74. Conforme art. 11, al. 4, as federações nacionais "font respecter les règles techniques et déontologiques de leurs disciplines, édictées, par les fédérations internationales, le comité international olympique..."; da mesma forma o comitê olímpico francês, conforme art. 14, al. 1, "établit, conformément aux prescriptions du comité international, les règles déontologiques du sport, veille à leur respect et arbitre, à leur demande, les litiges...".

Com relação ao alcance do art. 11, al. 4 da lei, notava um antigo observador daquela situação no basquete que iria ocupar o Conselho de Estado anos após (Arrêt Broadié, vide infra, nota 26): "il ne semble pas qu'une telle disposition" -- i. é. a discriminação dos desportistas naturalizados durante três anos -- "permette d'élever ledit règlement de la F.I.B.A. au rang de source de droit au plan interne. D'une part celui-ci ne nous paraît pas concerner les règles techniques et déontologiques"; d'autre part, même s'il en était ainsi, un tel règlement heurterait l'ordre public français...". Assim Pierre Collomb, *L'Acquisition de la nationalité française à des fins sportives*, Travaux de la Faculté de Droit de Nice, Fasc. 1, 1977, p. 76; que todavia afirma que "les fédérations internationales ne sont soumises à aucun contrôle et n'ont pas de légalité à respecter" (p. 25, nota 1).

(35) Edwige Avice, *Journal Officiel, Assemblée Nationale* -- 2e. séance du 13 avril 1984, p. 1578; "très grand embarras", vide também p. 1580.

(36) Conseil d'Etat, 16 mars 1984, D. 1984 J. 317 concl. Genevois, I.R., p. 186 obs. Alaphilippe, J.C.P. 1985, 20429 obs. Collomb (Arrêt Broadié). Vide também Jean-Michel Huon de Kermadec, *Le contrôle de la légalité des décisions des fédérations sportives ayant le caractère d'acte administratif*, in *Revue du Droit Public*, 1985, 407, 434 e ss.

participação efetiva durante as últimas cinco temporadas consecutivas; a versão posterior, ainda mais rígida, exigia estar o atleta licenciado junto aos juniores desde os dezessete anos de idade. Tal era o conteúdo da decisão do comitê diretivo publicada em seu boletim e aprovada em assembléia geral. O Conselho de Estado emitiu um sonoro *não* à regra e anulou as decisões por violação do princípio da igualdade. É interessante notar que a (como de costume sucinta) exposição de motivos do acórdão não faz referência a um argumento de defesa trazido pela federação francesa, que afirmou estar vinculada às normas da entidade-mãe, as quais, em consonância com o Comitê Olímpico Internacional, dispõem só ser a naturalização eficaz após um prazo de três anos, e, com isso, discrimina entre cidadãos natos e naturalizados. O argumento *somos internacionalmente obrigados* não trouxe, como visto, maior resultado, a despeito da disposição legal de 1975 que determinava o cumprimento das normas das federações mundiais e do Comitê Olímpico Internacional. Um esclarecimento para tanto encontra-se não no acórdão, mas sim na sustentação do comissário governamental, em suma nos seguintes termos:

nem as federações internacionais, nem o Comitê Olímpico Internacional possuem personalidade jurídica internacional, de vez que inexiste uma convenção interestatal que lhes tenha conferido tal atributo;

as federações internacionais estão sujeitas à legislação do Estado onde tenham sua sede (segue aqui uma citação da jurisprudência francesa referente às federações sediadas na França)⁽³⁷⁾;

segue-se que os regulamentos baixados pelas federações internacionais não são, de plano e incondicionalmente, aplicáveis;

tais regulamentos devem, a seu turno, ser incorporados pela federação francesa competente, o que é o caso mais freqüente, porque o respeito aos regulamentos condiciona a participação das equipes francesas nas competições internacionais;

uma vez incorporadas, as regras desportivas internacionais são, contudo, apenas aplicáveis enquanto não contrariarem normas internas de ordem pública;

em conseqüência pode acontecer, conclui o comissário governamental, que tais regras, por não preencherem tais condições, sejam, no caso concreto, desprezadas.

Em outras palavras, não é o arcabouço normativo internacional que ignora o Estado⁽³⁸⁾, mas sim o Estado que o ignora. A isso corresponde,

(37) Poitiers, 15 jun 1960, D. 1961, 111 note Esmein, S. 1961, 150.

(38) *Contra Silence* (supra, nota 17) — "position excessive" — Joël-Yves Plouvin, *Nature juridique de la sanction disciplinaire prononcée par une fédération à l'encontre d'un sportif professionnel convaincu de dopage*, in *Gaz. Pal.* 1977, 2.450, em especial sob 111 § 2: *La réception des normes émanant des fédérations internationales par les fédérations nationales.*

enfim, a lei desportiva n.º 610, de 16-7-1984, aprovada pouco após. No terceiro capítulo, relativo às federações desportivas, encontram-se duas alterações. Na passagem referente ao poder disciplinar com relação às associações e aos jogadores licenciados, dispõe-se que os princípios fundamentais do direito interno hão de ser respeitados. Apenas em segundo lugar menciona-se a obrigação de cumprir as regras desportivas respectivas⁽³⁹⁾, tendo ficado suprimida a menção à sua origem internacional, a despeito de um requerimento feito na assembléa nacional pela sua reinclusão⁽⁴⁰⁾. Nesse contexto parece, então, desprovida de sentido, ou, no mínimo, contraditória, a disposição do artigo subsequente, que em referência à criação das normas desportivas, ordena que se observem as normas internacionais. Deferentemente do legislador italiano, com suas generosas cláusulas em branco, deu-se conta o legislador francês do problema, ao ocupar-se pela segunda vez do assunto, e foi então mais cuidadoso. Sem embargo, não logrou resolver o conflito. Com efeito, entre *dans le respect des principes généraux du droit*, de um lado, e *dans le respect des règlements internationaux*, de outro, terá sempre alguém de sofrer as conseqüências, no caso, as federações desportivas. Com isso, deixamos, por ora, os países dotados de referência legislativa à matéria: Itália com sua cega norma em branco, e França com menção, pelo menos, aos *principes généraux du droit*.

3 — Não se pode, nesse contexto, deixar de lado a terra natal dos jogos olímpicos: a Grécia, país em que a intervenção estatal na atividade desportiva não é fato novo, sendo até, desde 1975, disposição constitucional. O direito grego desconhece qualquer referência global a um difuso *direito desportivo internacional*, ou ainda a normas do COI ou das federações mundiais. É bem verdade que, em 1955, o legislador criou o Comitê Olímpico Grego como pessoa jurídica de direito público, tendo como membros obrigatórios as federações desportivas nacionais, constituídas sob forma de associações de direito civil, e às quais conferiu-se uma posição monopolística, com competência regulamentar e disciplinar próprias, sem prejuízo, porém, da obrigação de, dentro de um ano, adaptar-se à disciplina legal. Além disso, a fim de controlar o justo exercício do poder disciplinar em todas as modalidades desportivas, foi criado junto ao Secretariado de Estado para o Desporto o Conselho Supremo para a Solução de Litígios Desportivos (ASEAD). Característica desse sistema é ainda a ampla competência supervisonal do ministério. Numerosos decretos presidenciais e portarias ministeriais demonstram, por fim, a incontestante presença do Esta-

(39) Loi n° 84-610 du 15 juillet 1984, relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives. As federações desportivas nacionais, conforme art. 16, al. 4, "ont un pouvoir disciplinaire, dans le respect des principes généraux du droit. ... et font respecter les règles techniques et déontologiques de leurs disciplines". A federação de cúpula indicada pelo Ministro do Desporto, por tempo determinado, para cada disciplina, "définit, dans le respect des règlements internationaux, les règles techniques propres à sa discipline" (art. 17, al. 1°).

(40) Vide, para a fonte, nota 35.

do⁽⁴¹⁾. Inobstante, mostra-se o Estado ao mesmo tempo surpreendentemente generoso, como, por exemplo, com relação ao delicado princípio da não interferência da justiça ordinária para solução de disputas desportivas. Em consonância com as respectivas normas das federações internacionais, p. ex., o art. 48 do estatuto da FIFA⁽⁴²⁾, permite o art. 25 da Lei n.º 423/76 a exclusão da via judicial em favor de instâncias recursais próprias à federação, o que pode ocorrer em duas formas: pela própria federação, através de seu estatuto, ou pela administração, por decreto. Relativamente ao futebol tomou o Estado a si a tarefa de organizar uma jurisdição específica, ameaçando com penalidades desportivas (desconto de pontos ou mesmo suspensão pelo ministro) todas aquelas pessoas ou associações que, à exceção de litígios puramente financeiros, se dirigirem aos tribunais civis ou administrativos⁽⁴³⁾. A intervenção estatal não cessa, porém, aí. Incorporando a proibição

(41) Vide a Lei n.º 75/75, de 12-7-1975, F.E.K. (*Diário Oficial*) n.º 138 A, de 16-7-1975, art. 64 § 1 (adaptação) e arts. 38, 39 (ASEAD). A complicada situação em certos aspectos ainda não totalmente esclarecida, é disciplina analisada por Malatos (supra, nota 21), sob B 13 e C IV 3, pp. 36 e 55 e pp. 214 e ss., com referências.

(42) Ainda mais categórico é o art. 157 do "code sportif international" da FIA ("lei" automobilística; vide supra nota 20), "anulado" em virtude do princípio inarredável do livre acesso ao Judiciário pelo Tribunal de Grande Instance de Paris (26-1-1983, D. 1986, I.R. p. note Baron), num caso em que 25 corredores processavam a FIA, entre eles Alain Prost e Michele Alboreto. Cf. igualmente a bela análise de diversas variações em German (supra, nota 22), pp. 25 ss. Curioso soa, nesse contexto, o § 1º, n.º 90 do Regulamento Internacional de Competições de Skibob (IWO) da Fédération Internationale de Skibob (FISB), de setembro de 1976: "Um procedimento civil ou penal contra qualquer dos parágrafos, acréscimos ou determinações contidos na IWO (sic) é impossível; seria proibido por razões desportivas". Para a interpretação (de modo leal e desportivo): "Celebrias jurídicas, crítica pública ou crítica posterior e inadequada a uma medida ou decisão tomadas são anti-esportivas e inconvenientes, devendo ser evitadas" (§ 1º, n.º 12).

Em Portugal há um Parecer de 31-1-1986 da Procuradoria Geral da República (Processo n.º 114/85, Livro n.º 63, homologado pelo Ministro da Educação em 29-5-1986, *Diário da República*, II Série, n.º 173, 30-7-1986, pp. 6988 a 7002), requerido pelo Secretário de Estado para o Desporto, o qual estatui que a proibição de levar causas a juízo sem a autorização prévia da federação de futebol, assim como as sanções previstas para tanto (cf. art. 86 do Código Disciplinar da FPF, de 18-8-1984, e art. 86 do Estatuto da FPF, de 6-7-1985, DR III Série, n.º 200, 31-8-1985, pp. 8805 e ss.) violam a garantia constitucional de acesso ao Judiciário (art. 20 e 268 n.º 3 da Constituição Portuguesa) e o Regulamento dos Tribunais Administrativos e Fiscais (cf. art. 51 n.º 1, al. c) do Decreto-Lei n.º 129/84).

A campanha contra o art. 4, f) do Decreto de 22-2-1941, depois arts. 73-76 do Estatuto Orgânico de 7-6-1945 e correspondentes normas estatutárias das federações data, na Espanha, do início dos anos 1970 (cf. González, nota 22, capítulo III, pp. 130 e 163 a 183).

(43) Vide o "Regulamento para Partidas de Futebol" (K.A.P.), Portaria Ministerial Y.A. n.º 14.939, de 28-5-1985, F.E.K. n.º 336 B, de 31-5-1985, art. 40, cujo art. 5º diz: "aplicáveis a partidas de futebol são: a) as normas internacionais vigentes na FIFA...". Não escapam aí à usurpação estatal sequer as regras puramente desportivas, compreendidas as existentes e as vindouras.

contida no art. 29 da Carta Olímpica, determina o art. 58 da Lei n.º 75/75 seja pelos tribunais criminais decretada a pena de até dois anos de prisão para casos de doping. Um tão extremo caso de estatização do desporto conduz naturalmente à pergunta: quem engloba quem? O Estado o desporto, ou, ao contrário, o desporto o Estado?

4 — Tais reflexões conduzem-nos naturalmente ao Brasil, país onde a interpenetração Desporto/Estado é particularmente acentuada. Segundo disposto na Lei n.º 6.251, de 8-10-1975 e no Decreto n.º 80.228, de 25-8-77, que a regulamentou, o desporto no Brasil é organizado de forma rigidamente hierárquica.

A base do Sistema Desportivo Nacional é formada, a nível municipal, por ligas e associações desportivas, não podendo haver, para cada município, mais de uma liga ou associação para cada modalidade de desporto (44). Existindo em um Estado da Federação, no mínimo, três associações, deverão estas organizar-se em uma (única) federação (45). A mesma regra vale para as confederações desportivas, órgãos de cúpula a nível nacional (46). Em todos os níveis vigora, portanto, o rigoroso princípio da representação única. O próprio Decreto n.º 80.228 enumera as confederações especializadas oficialmente reconhecidas, em seu art. 56; dispendo, além disso, no art. 37, § 2.º, que *os desportos sob a direção de uma entidade internacional não poderão ser dirigidos, no País, por confederações distintas*. Com relação ao vínculo das confederações a nível internacional, dispõe o art. 13, parágrafo único, da Lei n.º 6.251: *Cada confederação adotará o código de regras desportivas e as normas da entidade internacional a que estiver filiada, e fará com que sejam observadas pelas entidades nacionais que lhe estejam direta ou indiretamente filiadas* (47). Da mesma forma, determina o art. 25 da lei que o Comitê Olímpico Brasileiro, constituído sob a forma de associação civil, mantenha-se *em conformidade com as disposições estatutárias e regulamentares do Comitê Olímpico Internacional*. Todas essas entidades, em que pese ao seu caráter de pessoas jurídicas de direito privado, integram o Sistema Desportivo Nacional, ficando sujeitas à autoridade do Conselho Nacional de Desportos, do Ministério da Educação, definido pelo art. 41 da lei como *órgão normativo e disci-*

(44) Decreto n.º 80.228, art. 41 c.c. art. 43, parágrafo único (as normas de peritivas citadas neste artigo encontram-se publicadas na colecção "Legislação Desportiva", do Conselho Regional de Desportos do Estado de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1985).

(45) Decreto n.º 80.228, art. 38, *caput* e § 3.º

(46) Decreto n.º 80.228, art. 34 c.c. art. 37, § 2.º

(47) Semelhante regra já era contida no art. 43 do Decreto-Lei n.º 3.189, de 14-4-1941, que impunha a obrigatoriedade de cada confederação adotar o código de regras desportivas da entidade-mãe internacional, fazendo-o cumprir rigorosamente no âmbito interno.

plinar do desporto nacional. Ao Conselho cabe, em geral, zelar pela ordem desportiva no território nacional, competindo-lhe, entre outras atribuições, aprovar os estatutos das entidades desportivas, cassar-lhes a licença de funcionamento, editar normas desportivas, etc. Apesar da submissão direta das confederações nacionais às federações internacionais, baseada em preceito legal que não sujeita tal vínculo à intervenção do Conselho Nacional de Desportos, não são raros os casos em que este toma a si a tarefa de fazer cumprir as regras novas ⁽⁴⁸⁾, ou mesmo até as severas advertências às entidades nacionais renitentes ⁽⁴⁹⁾.

De particular interesse é a organização da Justiça Desportiva no Brasil, tomando-se aqui como exemplo as regras do Código Brasileiro Disciplinar de Futebol, aprovado pela Portaria n.º 702, de 17-12-1981, do Ministro de Estado da Educação e Cultura, nos termos do art. 42, inc. III, da Lei n.º 6.251, c.c. art. 633 do Decreto n.º 80.228. A estrutura da Justiça Desportiva apresenta notável semelhança com a Justiça Ordinária. Há três instâncias jurisdicionais, correspondentes aos territórios das respectivas entidades desportivas: as Juntas da Justiça Desportiva, *com jurisdição no território de cada Federação*; e, em terceira instância, *com jurisdição em todo o território nacional*, o Tribunal Especial e o Superior Tribunal de Justiça Desportiva ⁽⁵⁰⁾. Todos esses órgãos são colegiados, compostos por auditores que preenchem determinadas condições ⁽⁵¹⁾.

(48) Cf., p. ex., Deliberação 9/81 do CND, acerca do uso de marcas nos uniformes de atletas em competições de amadores (em expressa referência à regra 26 da Carta Olímpica e textos de aplicação, letra B n.º 3); Deliberação 5/82 do CND, acerca do uso de propaganda nos uniformes de atletas profissionais (com referência aos Estatutos da FIFA); Deliberação 1/83, acerca da introdução do futebol feminino ("CONSIDERANDO finalmente que os estudos realizados sobre o assunto recomendam a expedição de normas básicas... a exemplo das normas baixadas pela UEFA e acolhidas pela FIFA...").

(49) Um exemplo típico é a Deliberação 3/68 do CND, a qual "determina fiel observância das regras internacionais do futebol no tocante à regra VII da International Board", referente à duração de partidas, que prevê, no caso de suspensão pelo árbitro em certos casos, que ela deverá voltar a ser jogada integralmente. O CND, "considerando que tal decisão não vem sendo obedecida no território nacional, o que contraria as disposições legais vigentes" (grifo nosso), recomendou o cumprimento da regra à CBD e suas filhadas, acrescentando entrar a decisão em vigor 30 dias após a publicação, "quando não mais se admitirá continuação de partidas, tenha a matéria sido ou não regulamentada pelas Federações". A Deliberação foi cumprida antes do transcurso do prazo pela RDI n.º 5/68, de 21-5-1968, da Diretoria da CBC.

(50) Cf. Código Brasileiro Disciplinar de Futebol, arts. 3.º a 6.º (DOU de 23-12-1981). É interessante notar, chamando a atenção ao jurista estrangeiro, que o vocabulário e as formulações empregadas em tais dispositivos em pouco diferem daqueles que, em textos constitucionais ou legais, descrevem os órgãos do Judiciário no Brasil.

(51) Cf. Portaria n.º 66, de 8-2-1982, do Ministro da Educação e Cultura, DOU, 10-2-1982, art. 1.º

atuando junto a eles *procuradores* e sendo auxiliados por *secretarias* (52); à imagem e semelhança, portanto, da justiça estatal.

A similitude não se limita, todavia, à forma. Também no que se refere ao procedimento, há um notável parentesco com os Códigos de Processo Civil e Penal brasileiros, que certamente serviram de modelo à Portaria Ministerial. Há um processo (disciplinar) ordinário (53) e diversos procedimentos especiais (54), chamando a atenção o cuidado com que se buscou, ainda que de forma simplificada, transportar para a Justiça Desportiva elementos intrínsecos do processo em geral, tais como regras de repartição de competência entre os tribunais, prazos, regime legal de provas (testemunhas, documentos, *filmes e gravações, exames*), direitos de defesa, citações e intimações, intervenção de terceiros, nulidades, recursos (ordinário e de revisão). Não falta sequer — e não se poderia esperar o contrário no país criador desse instituto processual — uma forma similar ao mandado de segurança, denominada *mandado de garantia*. Com efeito, diz o art. 148 do Código, com evidente inspiração em dispositivo constitucional: *conceder-se-á mandado de garantia sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação em seu direito líquido (grifo nosso) ou tenha justo receio de sofrê-la, por parte de qualquer entidade desportiva de direito privado*. A restrição feita por esse dispositivo ao cabimento do mandado de garantia com relação à natureza da *entidade coatora (de direito privado)* explica-se em função do princípio constitucional da ubiqüidade da justiça, pois seria claramente inconstitucional submeter à sua apreciação *mandado de garantia* contra atos, p. ex., do Conselho Nacional de Desportos, à Justiça Desportiva, excluindo-se a competência do Poder Judiciário. A clara similitude com o procedimento ordinário, em especial no que se refere às garantias das partes, por outro lado, permite supor a intenção de retirar de antemão o fundamento de eventuais demandas de impugnação de decisões de Justiça Desportiva perante os Tribunais ordinários baseadas em lesões de direitos processuais. O Código pretende conferir desde logo ao procedimento da Justiça Desportiva os atributos de um *due process of law*.

As últimas considerações levam, assim à questão central: qual a relação existente entre a Justiça Desportiva e a Justiça Ordinária? Levado o princípio da ubiqüidade da Justiça às últimas conseqüências, seria todo o aparato *parajurisdiccional* da Justiça Desportiva desprovido de qualquer relevância, podendo as lides desportivas ser a qualquer momento levadas à apreciação do Judiciário, que exerceria, então, irrestritamente sua competência. A Portaria Ministerial nada dispõe a respeito, mesmo porque o assunto escapa à competência regulamentar do Executivo. A fim de pre-

(52) Cf., respectivamente, arts. 25 e s. e art. 27 do Código.

(53) Cf. Título III do Código.

(54) Cf. Título IV do Código.

encher a lacuna existente, veio o art. 235 da nova Constituição Federal permitir expressamente que o acesso ao Poder Judiciário fique pendente da exaustão prévia da Justiça Desportiva. O dispositivo constitucional não soluciona, porém, o todo da questão: se há clareza quanto ao *momento* da apreciação judicial, nada se diz quanto ao seu *alcance*. Estará o juiz ordinário, com efeito, de algum modo vinculado à decisão final proferida na Justiça Desportiva, ou terá o recurso pleno efeito devolutivo, podendo ele reexaminar amplamente o mérito da causa?

Uma opinião contrária ao pleno reexame do mérito fundamenta-se em uma analogia entre a Justiça Desportiva e o instituto do juízo arbitral, na forma como é regulado no Código de Processo Civil⁽⁵⁵⁾. A falta de um compromisso arbitral expresso opõe-se a circunstância de que os participantes das entidades desportivas adiram tacitamente a estatutos e regulamentos prevendo a competência da Justiça Desportiva. A consequência seria um reexame judicial restrito da causa, limitada, quando da homologação a aspectos formais⁽⁵⁶⁾. Sem querer entrar em detalhes do sistema jurídico brasileiro, quer parecer que haverá sempre de restar um mínimo de autonomia ao juiz ordinário, que poderá considerar inquinada de nulidade, no sentido do art. 1.100 do CPC, uma decisão da Justiça Desportiva que contrarie normas de ordem pública⁽⁵⁷⁾. Por outro lado, permanece obscuro o aspecto referente às penalidades impostas no âmbito da Justiça Desportiva⁽⁵⁸⁾. Parece duvidosa, em semelhantes casos, a licitude de uma cláusula compromissória. A pena de eliminação, p. ex., *priva o punido de qualquer atividade desportiva* (art. 211 do Código Disciplinar), e representa, em abstrato, uma limitação ao direito constitucional de exercício profissional. Pode-se pretender que o Judiciário se abstenha de examinar a sua adequação e aplicabilidade em um caso concreto? Em vista

(55) Rodolfo de Camargo Mancuso, as lides de natureza desportiva em face da justiça comum, RT 631, pp. 50 e ss. A restrição *temporal* ao reexame judicial é hoje objeto de norma constitucional (C.P., art. 217, § 1º) que exige a *prévia exaustão* das instâncias da justiça desportiva, mas aí nada se diz do *conteúdo* do reexame.

(56) *Op. cit.*, p. 59.

(57) É interessante observar que, no caso do futebol, o Código Disciplinar, homologado por Portaria Ministerial, prevê, em seu art. 186, que das decisões do Superior Tribunal de Justiça Desportiva "que violarem lei, decreto ou norma emanada do Poder Público, caberá representação para o Conselho Nacional de Desportos". O próprio Estado tratou aqui de manter uma via de controle administrativo da Justiça Desportiva, para assegurar o interesse público.

(58) O Código Brasileiro Disciplinar de Futebol ocupa-se desse assunto em seu Livro Segundo, o qual, a propósito, é significativamente formulado no estilo do Código Penal (p. ex.: "Art. 228 — Praticar vias de fato: I — contra pessoa ligada ao futebol. PENA: suspensão de trinta (30) a cento e oitenta (180) dias;"). As penas previstas variam desde advertência até a eliminação ou exclusão do campeonato ou torneio.

da posição constitucional do Poder Judiciário no Brasil quer parecer que não se aceitariam, nesse ponto, restrições de sua competência.

O sistema brasileiro apresenta um caráter marcadamente estatizante do fenômeno desportivo, subordinadas que estão as entidades ao controle ministerial. A própria lei se incumbe de impor às confederações a obediência às entidades internacionais, no que são aquelas controladas pelo Estado. Apesar disso, não pôde o legislador aqui ir tão longe a ponto de excluir o exame judicial da aplicação de tais regras.

5 — Antes de retornarmos à República Federal da Alemanha há ainda que se mencionar a Grã-Bretanha. Ambos os países mantiveram-se até o momento confiantes na auto-regulação do desporto, no que em geral não andaram mal.

a) O direito desportivo inglês é liberal, enquanto não estiver a substância em jogo. Há pouco, em finais de julho de 1986, a Chancery Division deu provas de uma tal liberalidade. Uma nadadora nascida na África do Sul requerera a declaração de estar já vivendo na Inglaterra tempo suficiente para poder representá-la nos jogos da Commonwealth. Sem maiores rodeios deu-lhe o juiz uma lição: “*Sport would be better served if there was not running litigations as repeated intervals by people*” (o termo “*people*” soa aqui pejorativo) “*seeking to challenge the decisions of regulations bodies*”⁽⁵⁹⁾. Esse foi, todavia, um caso exclusivamente interno.

b) Num caso mais antigo, do ano de 1972 — e com isso chegamos ao futebol — tratava-se de uma transferência internacional de jogador: um profissional quis, ao final da temporada, desligar-se de seu clube irlandês, participante do campeonato, para jogar em um clube inglês, não participante. O clube irlandês recusou a cessão do passe, sem a qual a federação inglesa não queria deixá-lo jogar, a fim de não ser punida ou mesmo excluída pela FIFA. O jogador insistia, porém, em seu direito ao livre exercício profissional. O Lorde julgador, mais uma vez da Chancery Division, expressou compreensão para as duras conseqüências que uma eventual exclusão da FIFA traria para o futebol inglês, deixando entrever, inobstante, não esperar tal reação no caso concreto. Assim mesmo declarou que, caso recusasse a FIFA adaptar as suas normas aos princípios fundamentais do direito inglês (no caso, renunciar à alegada *restraint of trade*) não poderia um clube inglês permanecer membro da federação internacional e continuar vinculado a suas normas: “*it was inlawful for the Football Association to give effect to article 14(1) and(2) of FIFA*”. Trata-se de um duro sim ou não dirigido a ambas as associações: ou aceita a FIFA alterar as normas de transferência de passe (*his Lordship saw no reason why those rules should not be changed or that FIFA would not wish to do so*), ou tem a federação inglesa de abandonar a federação mundial, isto é, dissolver o

(59) Cowley v Heatley and Others, in *The Times*, 24-7-1986, p. 43 (penúltimo parágrafo).

seu vínculo⁽⁶⁰⁾. Apesar da dura formulação não foi questionada a vinculação em si, nem mesmo quando a norma desportiva internacional colide com o direito nacional: o vínculo ficou implicitamente ligado à filiação.

Com isso voltamos, após essa incursão sobre os sistemas italiano e francês, grego, brasileiro e inglês, à cidade de Münster, na Vestfália, e ao art. 30 da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão. Também nesse caso poderia o tribunal alemão haver dito: ou se alteram as normas da federação internacional de vôlei de forma que se não firam princípios elementares do direito alemão, como o direito ao contraditório e o princípio da adequação das penas, ou, caso contrário, terá a federação alemã de desvincular-se da entidade internacional. Ao contrário, limitou-se o tribunal a decidir: é de esperar-se que em um tal caso a federação alemã ignore a decisão internacional. Em que pese a grandes diferenças, representam ambas as decisões, a inglesa e a alemã, soluções à distância: nenhuma *entificazione*, antes disso *mutuo non disconoscimento*. Toma-se conhecimento da norma baixada internacionalmente, mas de forma alguma sob renúncia ao controle de sua aplicação no próprio território. Quererá isso, todavia, também significar um respeito à norma desportiva internacional como se se tratasse de uma norma de um Estado estrangeiro, cuja aplicação obedeceria às normas de direito internacional privado e cuja não-aplicação em um caso concreto pressuporia o uso do argumento de ordem pública? Semelhante aspecto de direito internacional privado teria, contudo, de ser respectivamente incluído no estatuto da federação, e aí começam os problemas. A federação internacional de Voleibol, p. ex., foi fundada em 1974, em Paris, e tem hoje sua sede em Lausanne, na Suíça. Para uns é o direito do local de fundação, para outros o local da sede aplicável. Quando se considera o estatuto domiciliar aplicável, o qual pode sempre ser mudado por transferência da sede (tal é, p. ex., o sistema alemão), tem-se então que a mesma norma de uma federação ficaria ao curso de sua validade eventualmente sujeita a diferentes ordens jurídicas. Uma tal pulverização seria entretanto incompatível com a noção de um ornamento associativo autônomo e fechado. Tais considerações levam-nos ao ponto crítico da discussão; isto é, até que ponto se pode coerentemente fazer uso de conceitos e normas de direito internacional privado no trato dessa temática? Não será talvez extremo brandir a espada da ordem pública contra o direito francês ou suíço, quando na verdade se pretende apenas recusar aplicação a uma norma de uma federação desportiva, que, na verdade, não guarda nenhuma relação íntima com o ordenamento do Estado em que pretensamente está inserida, seja ele o de sua sede ou o do seu registro? Isto sem falar nos problemas de execução. Aqui talvez fosse mais proveitoso renunciar completamente a construções fundadas no direito internacional privado e considerar as normas internacionais, como quer que sejam recebidas pelas federações nacionais, como parte da autonomia privada, isto é, também, aqui uma *entificazione*.

(60) Cooke v. Football Association Ltd., in *Times*, 24-3-1972, p. 8.

II. *Direito desportivo internacional: fonte de direito autônoma também fora da estrutura associativa*

Um lugar à parte merece a federação internacional de esqui (Fédération Internationale de Ski/FIS) com suas normas de conduta que foram aprovadas há cerca de vinte anos, sendo conhecidas na literatura e na jurisprudência simplesmente como *normas FIS*. Para o leitor brasileiro, geograficamente distante do esqui enquanto esporte de massas pode esse tema parecer exótico. Do ponto de vista jurídico, contudo, apresenta uma extrema atualidade, sendo alguns aspectos perfeitamente transponíveis a outras modalidades desportivas.

Um lugar à parte, dizíamos, porque suas normas, embora oriundas da autonomia privada na formação do seu estatuto, estendem sua eficácia para além das federações nacionais filiadas. Os seus criadores não as consideravam como regras internas da federação, mas sim como normas de segurança e modelo de comportamento adequado para a modalidade, aplicáveis a todos os desportistas do esqui, mesmo àqueles não organizados em associações.

Aqui está o ponto central no que concerne à natureza jurídica e ao efeito vinculativo. Antes de sua criação, que se deu, por assim dizer, no ar, havia já diversas regras aplicáveis a pistas de esqui⁽⁶¹⁾. Em certo momento Kleppe, Pichler e principalmente Nirk tomaram a si a tarefa de formular normas próprias do esqui. Tais regras não permaneceram no conhecimento apenas dos guardas e vigias alpinos ou de federações de esqui. Na Áustria, por exemplo, tomaram elas a forma de um comunicado oficial do Ministério da Educação. A tais iniciativas faltavam, contudo, não apenas a qualidade de norma jurídica cogente, mas, sobretudo, o que é particularmente importante para desporto em rápida expansão como o esqui, o reconhecimento *internacional*. Assim interveio a *federação internacional de esqui e mandou* elaborar por seu comitê jurídico um catálogo único de normas fundamentais com base na legislação, jurisprudência e doutrina existentes nos países alpinos. O resultado foi as normas de conduta para desportistas do esqui aprovadas no congresso da FIS de 1967 em Beirute. Outras normas de conduta foram posteriormente acrescentadas: como aquelas para *esqui a fondo* e para o uso das *tele-sillas* (na denominação espanhola). Tais catálogos normativos perseguem um feixe de objetivos distintos: impedir colisões e naturalmente proporcionar segurança pessoal, mas também, por outro lado, antecipar-se à intervenção estatal e evitar uma legislação ou um corpo policial específicos, assim como, por fim, sanções privadas, tais como retirada dos esquis, proibição de entrar nos teleféricos etc. Em virtude da pretensão à validade supra-estatal deixaram-se de lado pontos controversos, tais como preferenciais em cruzamentos ou quedas de emergência, concen-

(61) Rainer Sprung, Bernhará König, *Pistenordnungen in Tirol*, in *Juristische Blätter* (Wien), 1980, 133, nota 3.

trando-se os esforços sobre o núcleo comum às diferentes ordens jurídicas em questão (62).

1 — Qual é a situação relativamente à mencionada pretensão de validade que ultrapassa os limites da própria federação e até mesmo fronteiras? Com relação a esse ponto, duas opiniões da República Federal da Alemanha. Em 1970 (não há menção da data exata) decidiu o Tribunal de Apelação (*Oberlandesgericht*) de Karlsruhe que as regras FIS n.ºs 3 e 5, as quais o tribunal deveria aplicar em um caso concreto, seriam, *no máximo, obrigatórias para os membros da federação* (63). Diversa é, entretanto, uma formulação do ano de 1983, segundo a qual as regras FIS *ultrapassando as fronteiras nacionais, alcançaram o caráter de normas internacionais, não apenas válidas para os desportistas, mas também aplicáveis pelos tribunais* (64). A conclusão de que no espaço de dez anos uma reviravolta tão radical se teria produzido é demasiado sedutora para ser aceita sem maior reflexão. Examinando-se a jurisprudência dos tribunais alemães, austríacos e suíços, constata-se que apenas um tribunal, no ano de 1984, aceitou a formulação de 1983: o Tribunal Social do Hesse. Tratava-se do caso de uma estudante hoje parálitica que se havia acidentado quando, ao soltar-se do cabo em que era puxada morro acima, rolara para o lado da pista, a fim de evitar que os desportistas seguintes tropeçassem em seu corpo.

Perante o tribunal discutia-se então se ela estaria incluída, na qualidade de salva-vidas, no grupo de pessoas legalmente asseguradas contra acidentes de trabalho para fins previdenciários, sua única chance. Como se tratasse de uma norma jurídica já estabelecida, respondeu o tribunal de forma lapidar à questão: *O dever de desocupar a pista de transporte após uma queda ou acidente deriva das normas de conduta para os passageiros das 'telesillas' da federação de esqui (FIS)* (65). Diversa é a posição do Tri-

(62) Cf., na coletânea de Schroeder/Kauffmann (Ed.), *Sport und Recht*, Berlin-New York, de Gruyter, 1972, os artigos de Josef Pichler, *Skiunfälle und Haftung aus österreichischer Sicht*, pp. 85 e 95 e ss.; e Willy Padrutt, *Probleme des Skirechts aus schweizerische Sicht*, pp. 100 e 105 e ss. Vide também Markus Reinhardt, *Die strafrechtliche Bedeutung der FIS-Regel*, tese, Zürich, 1976, pp. 59 e ss. (p. 60: "reconhecimento supra-estatal universal"; p. 61: "de certa forma, validade supra-estatal"; p. 63: evidentemente ainda longe de constituir, em seu todo, direito consuetudinário"); Hans-Kaspar Stiffler, *Schweizerisches Skirecht*, Derendingen-Solothurn, Habegger, 1978, pp. 57-62.

(63) Sentença do Tribunal Federal Alemão ("Bundesgerichtshof"), 11-1-1972, BGHZ 58, 40, 43 (NJW 1972, 627); mais genérico e preciso ("apenas") o Tribunal de Apelação ("Oberlandesgericht") de Koblenz, Sentença de 3-1-1974, Vers 1976, 692 (Reschke, SportR, doc. n.º 21-41-15).

(64) Erich Künnel, *Verkehrsversicherungspflicht auf Skipisten und Tourenabfahrten unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, in *Österreichische Juristen-Zeitung* 1983, 10r Sp.

(65) "Hessisches Landessozialgericht", Sentença de 15-2-1984, cit. em *Sportun-terricht* 1986, fasc. 1, p. 29.

bunal Federal Alemão, que não aplica as normas da FIS diretamente, limitando-se a aproveitá-las na concretização das normas de condutas gerais já existentes ⁽⁶⁶⁾. Noticiam-se esforços na Suíça para incluir as normas da FIS em sentenças judiciais ⁽⁶⁷⁾ (em sua maioria casos penais), sem que se tenham podido constatar tais casos, todavia, em julgados mais recentes. Sensivelmente promissora é a jurisprudência austríaca, inclusive dos tribunais superiores. O Tribunal Supremo, em Viena, mantém-se, por exemplo, apegado ao que já decidira em 1970 e que desde então se repetiu, seguidamente, pela última vez em 1982: *As regras FIS não são, é verdade, normas jurídicas válidas, e, em especial, não são direito costumeiro. Elas têm, sem embargo, uma grande importância enquanto compilação de normas de segurança a ser respeitadas na prática do esquí alpino no interesse de todos os participantes* ⁽⁶⁸⁾. Tal posição é similar àquela do Tribunal Federal Alemão em Karlsruhe, e representa, ao menos com relação ao aspecto aqui tratado, um considerável abalo para a tese do pretense reconhecimento judicial de normas internacionais com validade geral. A toda evidência também aqui estão os sonhos adiante da realidade. O terreno sobre o qual nos movemos ainda não é firme: quem quer que pretenda analisar mais profundamente o vínculo terá, por questões de método, de estudar cada país e cada regra separadamente.

2 — Mesmo uma vez adotado tal procedimento deve-se renunciar aos sonhos e principalmente evitar a conclusão forçada de um vínculo consuetudinário mediante a simplificação do antigo (mas não antiquado) conceito do direito costumeiro. Tal impressão fornece a teoria de *Hans-Kaspar Stiffler*, o qual apanha cada uma das regras do decálogo do esquí em separado, a fim de analisar até que ponto uma norma, quiçá mesmo contrariando a jurisprudência, ter-se-ia consolidado em regra consuetudinária, ao menos no ordenamento jurídico suíço ⁽⁶⁹⁾. Stiffler chega a conclusões extremamente precisas, classificando as 10 regras em quatro categorias:

— Em primeiro lugar, a norma n.º 1 da FIS: *Todo esquiador há de comportar-se de forma a não causar dano aos demais e a não expô-los a risco*. Em parte confere-se a essa norma caráter exclusivamente programático ⁽⁷⁰⁾, em parte relevância como direito costumeiro, de vez que ela apenas incorpora o antigo princípio do *neminem laedere*. Outros atribuem-lhe o predicado de *substância essencial do ordenamento jurídico*, comparável ao parágrafo 1.º do regulamento alemão do tráfego viário. Stiffler retira tal norma do arcabouço do direito consuetudinário e qualifica-a de

(66) BGH, sentença de 11-1-1972, BGHZ 58, 40, 45 (NJW 1972, 627, 628).

(67) Padrutt (v. nota 62), p. 105.

(68) Oberster Gerichtshof, acórdão de 16-6-1982. Juristische Blätter 1982, 258, 259, 1ª coluna. Referências anteriores em Pichler (nota 62) pp. 96 e ss.

(69) Stiffler (supra, nota 62), pp. 57 a 62.

(70) Pichler (supra, nota 62), p. 95.

direito vigente. Trata-se efetivamente de uma cláusula geral, que, todavia, a meu juízo, nada acrescenta ao direito vigente, de vez que ela apenas repete o que por si só já é direito. Direito vigente é conseqüentemente o conteúdo, mas não a própria regra n.º 1.

— O segundo grupo compõe-se das regras n.º 9 (*Em caso de acidentes estão todos obrigados a prestar auxílio*) e n.º 10 (*Dever geral de identificação em caso de acidentes*). Tais regras não possuem certamente o caráter de direito costumeiro.

Até aí nada a reparar. Mais interessante são as duas categorias restantes, a saber:

— a terceira — direito costumeiro existente (regras 2, 3 e 4, bem como excertos das regras n.ºs 6 e 7);

— por fim, a quarta — possível direito costumeiro futuro: regras n.º 5 (deveres daqueles que esquam adiante ou em transversal) e n.º 8 (*todo esquiador deve obedecer à sinalização da rampa de partida*).

Tanto para o existente, quanto para o futuro direito costumeiro seria, em primeiro lugar, necessária uma *opinio iuris sive necessitatis*, isto é, a convicção geral dos envolvidos acerca de sua juridicidade. Uma vez que as regras da FIS já há quase vinte anos são propagadas em cursos de esqui, aceitas em todos os países e até mesmo aplicadas por companhias de seguro para regular casos de indenização, não há dúvida quanto à existência desse primeiro atributo. O que dizer, porém, do *usus longaevus*, isto é, da longa e efetiva prática, que há de ser contínua, geral, uniforme, mas acima de tudo justamente longa? Aqui há que se fazer um reparo: para um fenômeno tão jovem como o esqui, enquanto desporto de massas que iniciou sua expansão apenas após a Segunda Guerra, não se pode naturalmente falar de prática centenária. A noção de *usus longaevus* não deveria, contudo, ser apreciada em caráter puramente quantitativo, sendo em vez disso decisiva e prática regular desde o surgimento do fenômeno. Um *plaidoyer*, portanto, pelo jovem direito consuetudinário para os jovens costumes (71).

Minha simpatia por essa teoria é, como vimos, limitada. Levada às últimas conseqüências, ela provocaria num curto período o surgimento de uma avalanche de normas consuetudinárias, não tendo os tribunais outra escolha, se não aplicá-las. Cedo demais furtar-se-ia aos juízes a necessária flexibilidade no trato de um fenômeno tão dinâmico como o direito desportivo.

(71) Positivo quanto à qualificação como "direito consuetudinário", Elke Reschke, em seu manual (supra, nota 10), Introdução, 1, 1 e 11. 1; Jochem Fritzweller (*Haftung bei Sportunfällen*, München-Weilheim, Alexandra, 1978) parecia a seu tempo recluir a esse respeito (cf. p. 29 s.), embora afirmasse não mais ser necessária uma intervenção do legislador (cf. pp. 55 s.).

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

À venda no Anexo I do Senado Federal,
22.º andar — Tels.: (061) 311-3578 e 311-3579

Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal). Os pedidos a serem atendidos através da ECT terão acréscimo de 50%.

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 30 a 32, 34 a 39, 41, 43, 47 a 53, 55 a 101.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA (NÚMEROS 1 a 100)”. (Distribuição gratuita aos assinantes da Revista).

“CONSTITUIÇÕES DO BRASIL” (edição 1986) — 2 volumes

Volume 1 — Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto consolidado das Emendas n.ºs 1/69 a 27/85.

Volume 2 — Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

(No prelo: edição com a Constituição de 1988.)

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL — QUADRO COMPARATIVO" (5.ª edição — 1986)

Texto consolidado das Emendas n.ºs 1/69 a 27/85, comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Constituição de 1946.

Notas explicativas, contendo os textos dos atos institucionais e das emendas à Constituição de 1946.

Índice temático.

(No prelo: edição comparativa da Constituição de 1988.)

"CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS" (edição 1984) — 4 volumes — com suplemento de atualização de 1986

Constituição da República Federativa do Brasil — texto consolidado das Emendas n.ºs 1/69 a 27/85 (anotado e indexado).

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade). Remissões à Constituição Federal.

Leis complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.

"CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS" (edição 1987) — 3 volumes

Volume 1 — Constituições: Brasil, Alemanha (República Federal), Argentina, Chile, China (República Popular), Cuba, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha (alguns textos constitucionais) e Guiné-Bissau.

Volume 2 — Constituições: Itália, Japão, México, Paraguai, Peru, Portugal, Suíça, URSS, Uruguai e Venezuela.

Volume 3 — Índice temático comparativo de todas as Constituições.

"CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS" (edições 1988) — 6 volumes

Volume 1 — Alemanha (República Democrática), Bulgária, Hungria, Polónia, Romênia e Tchecoslováquia.

Volume 2 — Costa Rica e Nicarágua.

Volume 3 — Angola, Cabo Verde, Moçambique e São Tomé e Príncipe.

Volume 4 — Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia.

Volume 5 — Áustria e Iugoslávia.

Volume 6 — Coréia (República da), Filipinas e Suriname.

Índice temático comparativo em cada volume.

“ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL” (edição 1986)

Quadro comparativo: Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18-7-85) comparado ao texto de 1969.

Notas.

Índice temático.

“REGIMENTOS DAS ASSEMBLÉIAS CONSTITUENTES DO BRASIL”
— obra de autoria da Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal
(edição 1986)

Antecedentes históricos.

Textos dos Regimentos comentados pelos Constituintes.

Índices temáticos e onomásticos.

“LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL” (edição 1985) — 3 volumes — com suplementos de atualização de 1987 e 1988

Leis Complementares n.ºs 1/67 a 58/88.

Legislação citada.

Histórico (tramitação legislativa).

Índice temático.

“LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS” (2.ª edição — 1987) —
3 volumes

Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados-Membros da Federação brasileira.

Índice temático comparativo.

“PROCESSO LEGISLATIVO” (4.ª edição atualizada e ampliada — 1985)

Iniciativa das leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Sanção, promulgação e veto.

Emendas à Constituição. Leis complementares. Leis ordinárias. Leis delegadas. Decretos-leis. Decretos legislativos. Resoluções.

Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência. Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.

Competência privativa do Senado Federal. Requerimentos que podem ser apresentados, no Senado Federal. Comissão parlamentar de inquérito. Comissão parlamentar mista de inquérito. Impedimento de parlamentar.

Nova designação do número de ordem das Legislaturas (histórico do Decreto Legislativo n.º 79, de 1979).

Votação de matéria no Congresso Nacional reunido.

“EXECUÇÃO PENAL” (edição 1985)

Lei n.º 7.210, de 11-7-84 — texto anotado e indexado.

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU).

Anteprojetos (Cândido Mendes; Oscar Stevenson; Roberto Lyra; Benjamin Moraes Filho; Cotrim Neto).

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.210, de 11-7-84.

“CÓDIGO DE MENORES” (2.ª edição — 1984)

Lei n.º 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da lei (tramitação legislativa). Informações. Índice.

“SEGURANÇA NACIONAL” (edição 1984)

Lei n.º 7.170, de 14-12-83 — texto com índice temático.

Quadro comparativo da Lei n.º 7.170/83 com a Lei n.º 6.620/78. Anotações.

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.170/83.

Subsídios para a elaboração da lei.

"REFORMA ADMINISTRATIVA - ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL" (4.ª edição -- 1984)

Decreto-Lei n.º 200/67 -- texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA" (6.ª edição -- 1988) --

3 volumes

Volume 1 -- Legislação: Constituição Federal (disposições eleitorais e partidárias), Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação, eleições municipais de 1988 (Lei n.º 7.664/88).

Textos consolidados, anotados e indexados.

Ementário.

Volume 2 -- Instruções do TSE para as eleições de 1988.

Suplemento de atualização -- Constituição Federal 1988 (disposições eleitorais e partidárias), eleições de 1989 (Lei n.º 7.773/89), instruções do TSE.

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa**.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).

Assinatura anual: n.ºs 97 (janeiro/março de 1988) a 100 (outubro/dezembro de 1988).

Preço: NCz\$ 90,00

Dirija seu pedido à

**Subsecretaria de Edições Técnicas
Senado Federal
70160 Brasília, DF**

(*) Os pedidos a serem atendidos através da ECT terão acréscimo de 50%.

Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Ministérios
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdades de Direito

Composto e impresso pelo
CENTRO GRÁFICO DO SENADO FEDERAL
Praça dos Três Poderes s/nº
CEP 70160 — Brasília, Distrito Federal