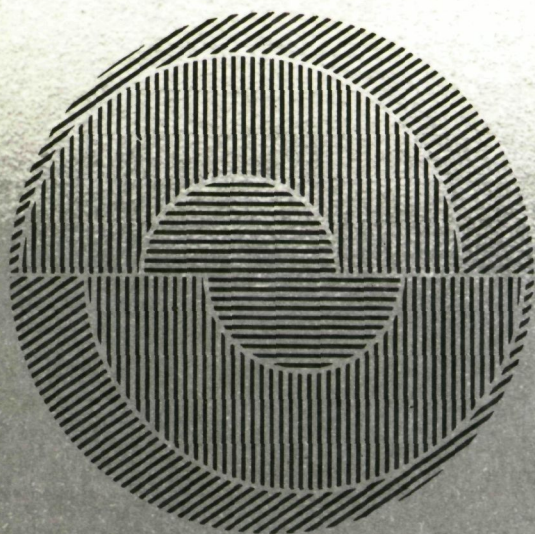


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1991

ANO 28 • NÚMERO 112

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 28 n. 112 outubro/dezembro 1991

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
Diretora da R. Inf. Legisl.
(1964-1988)

Direção:

ANNA MARIA VILLELA

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. 28	n. 112	out./dez. 1991
-----------------	----------	-------	--------	----------------

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

O Poder Judiciário — <i>Sydney Sanches</i>	5
As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico — <i>Judith Martins-Costa</i>	13
Presidencialismo e Parlamentarismo — <i>Zeno Veloso</i>	33
<i>Crise Política, Ingovernabilidade e Revisão Constitucional (Impedimentos Políticos ao Desenvolvimento Brasileiro)</i> — <i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i>	47
Processo Legislativo: Relações entre o Congresso Nacional e O Poder Executivo na Constituição de 1988 — <i>Inocêncio Mártires Coelho</i>	55
Constituição e Direito Adquirido — <i>Raul Machado Horta</i>	69
Inconstitucionalidade do Cômputo dos Votos em Branco nas Eleições Proporcionais — <i>Xavier de Albuquerque</i>	87
Destinação e Utilidade do Mandado de Injunção — <i>Dery Barreto e Silva Filho</i>	99
A Questão Ambiental e as Relações Internacionais — <i>Shiguenoli Miyamoto</i>	107
De Biodiversidade; OGN's e Direito Internacional — <i>Christian G. Caubet</i>	133
Homenagem a Nelson Hungria — <i>René Ariel Dotti</i>	149
Dos Crimes Hediondos — <i>Licínio Barbosa</i>	161
Repressão ao Abuso do Poder Econômico e Direitos Humanos — <i>Washington Peluso Albino de Souza</i>	187
Apontamentos sobre Política Criminal e a "Plea Bargaining" — <i>Walter Fanganiello Materovitch</i>	203
Direito à Vida — Processo Legislativo e Constituição — <i>José Bonifácio Borges de Andrada</i>	211
Algumas Palavras sobre Confissão Espontânea — <i>Vitor Fernandes Gonçalves</i>	215
Alguns Aspectos da Prescrição Retroativa em Direito Penal — <i>Carlos Vitor Maranhão de Loyola</i>	227
La División del Proceso Penal en Dos Fases (Preguntas desde la Constitución Española) — <i>Antonio Beristain</i>	229
A Reforma Monetária de 1990 — Problemática Jurídica da Chamada "Retenção dos Ativos Financeiros" (Lei n.º 8.024, de 12-4-1990) — <i>Gilmar Ferreira Mendes</i>	235

Aspectos Constitucionais do Poder Monetário — <i>Arnoldo Wald</i>	299
Contratos Reajustados com Base na Variação Cambial — um Fator de Manutenção do Equilíbrio dos Negócios — <i>Marcos Juruena Villela Souto</i>	303
Requisição de Informações à Receita Federal — <i>Antonio Vital Ramos de Vasconcelos</i>	313
Sonegação Tributária no Brasil — <i>Harry Conrado Schüler</i>	333
Da Repercussão Econômica e da Repercussão Jurídica nos Tributos — <i>Lutz Amaral</i>	347
O Código Tributário Nacional como Elemento de Estabilização do Direito Tributário — <i>Cláudio Santos</i>	357
Imposto Único: Alguns Aspectos a Considerar — <i>Maria de Fátima Ribeiro e Laércio Rodrigues de Oliveira</i>	371
Problemas Aduaneiros da Integração — <i>Oswaldo da Costa e Silva</i>	375
A Consolidação do Regime Parlamentar Britânico na Segunda Metade do Século XIX — <i>Estevão de Rezende Martins</i>	411
O Legislativo Analisado como um Sistema Organizacional Aberto — <i>Yamil e Sousa Dutra</i>	428
Os Meios de Comunicação de Massa: uma Nova Forma de Controle Social — <i>Josiane Rose Petry Veronese</i>	445
O Espaço Quaternário no Setor da Informação: Significado e Perspectivas — <i>Tania Mara Botelho e Sely Maria de Souza Costa</i>	457
 DIREITO COMPARADO	
Lei dos Partidos Políticos da República Federal da Alemanha	475
Lei Francesa de Auxílio Mínimo de Integração	497

O Poder Judiciário

Ministro SYDNEY SANCHES
Presidente do Supremo Tribunal Federal

1. A partir deste momento, renova-se a direção do Supremo Tribunal Federal, em cumprimento às normas da Constituição Federal e de seu Regimento Interno.

Processa-se a renovação sem estrépito, mediante eleição de seus juízes mais antigos, que ainda não tenham exercido a Presidência, segundo antiga tradição.

2. Chego à Presidência no momento em que tormentosas questões constitucionais, de enorme interesse para a administração pública e para todo o Povo brasileiro, devem ser dirimidas pelo Tribunal.

Discute-se, também, ainda fora de seu campo de atuação, por ora, a possibilidade, ou não, de antecipação da revisão constitucional, prevista no art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição, para outubro de 1993.

Avalia-se, no mundo jurídico e político, a conveniência, ou não, de essa antecipação ocorrer, sem que tenham sido elaboradas todas as leis complementares encomendadas pela Constituição, sem que se tenha vivido a experiência decorrente de sua vigência e aplicação e sem que se supere a crise econômica e social que vive a Nação.

E já se iniciam movimentos voltados para o plebiscito de 7 de setembro de 1993, mediante o qual o eleitorado definirá a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.

3. Atinjo a Presidência no exato instante em que a opinião pública brasileira desperta para a importância do Poder Judiciário e de sua

Trecho do discurso do Ministro Sydney Sanches, por ocasião de sua posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal.

independência, e começa a interpretar, às vezes até com certa paixão, aquilo que lhe parece seus acertos e desacertos.

4. Chego ao posto no tempo em que o Plenário da Corte discute, administrativamente, o esboço de anteprojeto do Estatuto da Magistratura Nacional, para que assim se cumpra a norma do art. 93 da Constituição, segundo o qual Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre tal matéria.

A Comissão que elaborou esse esboço foi presidida pelo Exmo. Sr. Ministro NÉRI DA SILVEIRA e contou com a colaboração, por breve tempo, do Ministro FRANCISCO REZEK e dela fui relator.

5. Divulgado, que foi, o texto do esboço, pela Associação dos Magistrados Brasileiros, penso que não há mal em se abordarem aqui alguns pontos, a título de explicação.

A Comissão partiu da idéia de que o art. 93, embora use da expressão *Estatuto da Magistratura*, não quis aludir a um simples regulamento de direitos e deveres dos magistrados.

Tanto que, ao enunciar os princípios a serem nele observados, se preocupou até com o caráter público dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário e com a necessidade de fundamentação de todas as suas decisões, sob pena de nulidade, aduzindo que a lei pode, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes (inc. IX do art. 93). Cuidou, também, de exigir que as decisões administrativas dos tribunais sejam motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros (inc. X). E ainda estabeleceu que, nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do Tribunal pleno.

Todas essas matérias são tipicamente institucionais, não adstritas ao tratamento de meros direitos e deveres de magistrados, o que permite a ilação de não se destinar o Estatuto a simplesmente regulá-los, mas, sim, a traçar também normas gerais de organização e funcionamento do Poder Judiciário nacional.

6. Por isso, no Título I do esboço, a disposição preliminar deixa claro: "Esta lei estabelece normas relativas à organização e funcionamento do Poder Judiciário e ao regime jurídico da magistratura nacional, observados os princípios da Constituição Federal".

Os títulos seguintes destinam-se à organização e funcionamento do Poder Judiciário, em disposições gerais e especiais, ao conceito, investidura,

garantias, prerrogativas, tempo de serviço, vencimentos e vantagens, direitos, deveres, vedações e regime disciplinar dos magistrados.

Dá tratamento à magistratura de carreira, cuidando do ingresso, reingresso, promoção, acesso, remoção e permuta.

Institui o Centro Nacional de Estudos Judiciários, ocupa-se das Escolas da Magistratura, cria o Conselho Nacional de Administração da Justiça, remete à lei ordinária federal ou estadual o que não se situe no âmbito de normas gerais de organização e funcionamento do Judiciário ou de fixação de regime jurídico da magistratura nacional.

Isso explica porque não se detem em pormenores da organização da Justiça Federal, Trabalhista, Militar, Eleitoral dos Estados e do Distrito Federal. Nem da Justiça de Paz, ou dos Juizados Especiais.

7. Dos pontos abordados pelo esboço, alguns comportam destaque especial.

7.1. Assim, por exemplo, o Centro Nacional de Estudos Judiciários seria criado no Supremo Tribunal Federal, competindo-lhe:

I — definir, com a colaboração dos Tribunais e de Associações e Magistrados, as diretrizes básicas para a formação de juízes e a modernização dos serviços judiciários;

II — promover cursos, congressos, simpósios e conferências;

III — administrar o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário;

IV — realizar estudos relativos a propostas de alteração do Estatuto da Magistratura Nacional;

V — promover estudos destinados à apresentação, pelo Poder Judiciário, de sugestões aos outros Poderes, para adoção de medidas ou elaboração de normas tendentes à melhoria da administração da Justiça;

VI — expedir certificados relativos a cursos, congressos e simpósios, por ele promovidos;

VII — reconhecer escolas e cursos de preparação de aperfeiçoamento de magistrados.

7.2. As Escolas de Magistratura, segundo o esboço, seriam destinadas à preparação e aperfeiçoamento de magistrados, cabendo-lhes: realizar cursos, de caráter permanente, observadas certas diretrizes, desde logo fixadas; promover congressos, simpósios e conferências sobre temas relacionados à formação dos magistrados, à modernização dos serviços judiciários ou à melhoria, em geral, da administração da Justiça, enviar sugestões ao Centro Nacional de Estudos Judiciários, para que este, se for o caso, encaminhe-as aos demais Poderes.

7.3. O esboço prevê a criação do Conselho Nacional de Administração da Justiça, com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional.

Sem prejuízo das atividades administrativa e disciplinar dos Tribunais ou de seus órgãos respectivos, bem como da supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, exercida pelo Conselho da Justiça Federal (art. 105, parágrafo único, da Constituição), ao Conselho Nacional de Administração da Justiça, conforme ali previsto, incumbiria:

I — zelar pela autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário;

II — uniformizar e assegurar, no âmbito administrativo, a aplicação do estatuto pelos Tribunais federais ou estaduais;

III — conhecer de ofício, ou mediante reclamação, de atos administrativos, relacionados com tais matérias;

IV — responder a consulta formulada por tribunal a respeito de questões administrativas que a elas digam respeito. A uniformização das soluções administrativas de problemas dos Tribunais contribuiria, também, para reduzir o número de causas, que, pela letra *n* do inciso I do art. 102 da Constituição, cabem agora a esta Corte, por envolverem interesses diretos ou indiretos de toda a magistratura.

Pormenores sobre a composição do Conselho Nacional de Administração da Justiça são tratados no esboço, não se devendo, em princípio, afastar a idéia da participação de certo número de Ministros do Supremo Tribunal Federal e de Presidentes de Tribunais Superiores, que representam todos os segmentos da Justiça Estadual e Federal, esta em seus vários ramos (Justiça Federal, Militar, Trabalhista e Eleitoral). Não se prevê na composição do Conselho a participação de elementos estranhos ao Poder Judiciário, em respeito a sua independência em face dos demais Poderes e também para que não se ponha em risco a de seus integrantes em detrimento dos jurisdicionados.

A reclamação, pelo esboço, é de ser dirigida ao Conselho Nacional pelo Tribunal interessado, pelo Procurador-Geral da República, pelo Advogado-Geral da União, por Procurador-Geral da Justiça de Estado ou do Distrito Federal, por Procurador-Geral de Estado ou do Distrito Federal, pelo Conselho Federal ou Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil e, ainda, por pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que comprove legítimo interesse.

7.4. Tanto o Centro de Estudos Judiciários quanto as Escolas de Magistratura e o Conselho Nacional de Administração da Justiça visariam ao aperfeiçoamento e à transparência da instituição, como um todo.

E tudo no interesse maior de toda a Nação.

8. Essas inovações, simplesmente esboçadas, como se percebem, envolvem o aprofundamento de questões constitucionais e o Supremo Tribunal Federal, como é óbvio, não se animará a enviar ao Congresso anteprojeto que ele próprio repete de constitucionalidade duvidosa.

Desse modo se poupará do dissabor de vir depois a declarar inconstitucionais dispositivos da lei em que ele se converter.

Por outro lado, as modificações que ocorrerem durante a tramitação do Projeto, no Congresso Nacional, estarão naturalmente sujeitas ao controle incidental ou principal de constitucionalidade, pelos órgãos judiciários competentes, inclusive, e, sobretudo, por esta Corte.

9. Como disse anteriormente, tem sido muito explorada ultimamente a idéia de independência do magistrado, em particular, e do Poder Judiciário, de um modo geral.

O tema é antiqüíssimo e precede à própria tripartição dos Poderes.

A necessidade dessa independência é indiscutível.

O que se questiona, hoje, é como ela deva ser medida e avaliada.

Tenho para mim que magistrado independente é aquele que decide, segundo sua consciência jurídica, sem se deixar levar pelos interesses que esteja contrariando ou assegurando.

Aliás, juízes, igualmente independentes, com freqüência chegam a interpretações discrepantes da Constituição e das leis, porque a consciência jurídica de cada um resulta da formação técnica, intelectual, filosófica, política, econômica, social, moral e até, eventualmente, religiosa, que recebeu e aperfeiçoou.

E como essa formação é inevitavelmente desigual, nem sempre as convicções jurídicas coincidem, embora se formem com independência. E o próprio material com que trabalham os juristas — as palavras e o espírito da lei — os leva a conclusões nem sempre convergentes.

É, igualmente, a razão pela qual, mesmo na Suprema Corte do País, composta de onze juízes, de formação e experiência diversificadas, se chega a resultados por escassa maioria de votos, até por diferença mínima de um voto.

É preciso ressaltar, também, que divergências de conclusões entre juízes singulares ou entre instâncias colegiadas originárias, ordinárias e extraordinárias, não significam conflito dentro da instituição, mas a explicitação do entendimento independente de cada um de seus membros e de seus órgãos. Sem prejuízo do respeito mútuo, que, aliás, é fórmula de harmonia na convivência humana — e não apenas funcional.

Também não se há de ver conflito entre Poderes, quando cada um deles exerce o seu papel.

Só o espírito ainda não acostumado com o regime verdadeiramente democrático, de legalidade, é que pode vislumbrar conflitos dessa ordem, a todo instante, na realidade brasileira atual.

O que há é a plena atuação de cada um dos Poderes, no estado de direito.

Se, em algum momento, os Poderes Executivo e Legislativo incidem em violação à Constituição e às leis, cabe ao Judiciário coibi-la em todas as suas instâncias, *inter partes*, quando adequadamente provocado. Ao Supremo Tribunal Federal compete fazê-lo incidentalmente, no controle difuso de constitucionalidade, e, em caráter principal, mediante ação direta, no controle concentrado.

A co-existência do controle incidental de constitucionalidade, *inter partes*, em todas as instâncias, e do controle concentrado, *erga omnes*, pelo Supremo Tribunal Federal, é que tem suscitado grandes mal-entendidos na opinião pública, sobretudo entre os leigos, chegando a envolver, às vezes, até, homens do Direito, não familiarizados, porém, com essa dicotomia.

Mas esta Corte vem cumprindo suas atribuições, admiravelmente, ao longo de todo o tempo.

Basta aprofundar-se o estudo de sua história, com isenção, para se constatar o acerto da afirmação.

10. Outro tema que sempre volta à tona é o da morosidade da Justiça.

Inúmeras são as causas desse fenômeno, tão antigo quanto a própria Justiça, em todos os países, mesmo nos mais civilizados.

No Brasil, considero que algumas merecem referência especial:

1.º) quanto maiores forem os conflitos políticos, econômicos, sociais e morais, maior será o número de pessoas, entidades e órgãos à procura de Justiça; e nós não podemos negar que tais conflitos têm crescido assustadoramente;

2.º) quanto maior for a credibilidade da própria Justiça, a ânsia de buscá-la crescerá;

3.º) o número de causas na Justiça aumentará, portanto, vertiginosamente, à medida em que tais conflitos aumentarem e sua credibilidade se ampliar;

4.º) quando o número de magistrados, em todo o País, não passa de 10.000 e as necessidades exigem o décuplo, não se pode esperar que

o número existente dê conta do volume de serviço, em tempo aceitável; nem que a Justiça esteja presente, a tempo e a hora, em todo o território nacional, que tem as dimensões de um continente, tanto mais porque os órgãos e serviços auxiliares padecem da mesma insuficiência;

5.^a) a burocratização da Justiça resulta não só do excessivo formalismo da legislação processual, de modo geral, mas, também, da interpretação mais formal ainda, que se pretende, se sustenta ou se lhe empresta, em muitos casos;

6.^a) o retardamento da Justiça deve-se igualmente ao número infundável de recursos, que cada decisão, sentença ou acórdão propiciam, em intermináveis instâncias de conhecimento e execução;

7.^a) não se deve esperar para breve a criação de cargos de magistrados, em número que satisfaça às necessidades do País, dadas as suas dificuldades econômico-financeiras, no âmbito da União e dos Estados; e ainda que isso possa ser, em curto tempo, superado, restariam a má qualidade do ensino jurídico no País e os poucos atrativos da magistratura, para tornar sempre difícil o recrutamento de juizes em número suficiente; o próprio despertar de vocações não tem sido fácil;

8.^a) ainda que o Poder Judiciário brasileiro, algum dia, possa organizar-se idealmente, mesmo assim não conseguirá funcionar adequadamente, se instituições paralelas, como o Ministério Público, a Advocacia Geral da União e dos Estados, a Defensoria Pública, a Polícia Judiciária e os serviços auxiliares não estiverem satisfatoriamente aparelhados;

9.^a) é de se pensar, desde já, para cogitação durante a revisão constitucional, senão antes, mediante emenda, em instrumento que possibilite a execução de julgados contra a Fazenda Pública, de uma só vez, sem permitir, como agora, sua eternização, que vitima seus credores e desprestigia a Justiça;

10.^a) devem ser consideradas pelos Poderes Executivos da União, dos Estados e dos grandes Municípios, pelo menos, por sua administração direta ou indireta, a possibilidade e a conveniência de não se exaurirem as instâncias recursais, sempre que as matérias questionadas já tiverem jurisprudência assentada, em contrário, do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais Superiores, respectivamente, ou, ainda, dos Tribunais locais, quando se tratar de direito estadual ou municipal; dessa forma, muito se contribuirá para diminuir o congestionamento de processos e de pautas de julgamento e abreviar a solução final das causas;

11.^a) há setores da opinião pública que não se cansam de criticar a Justiça pela sua morosidade, mas, de forma alguma, se conformam com a redução de instâncias recursais, em qualquer causa, com o que concorrem para ela e perdem autoridade para criticá-la;

12.º) o estudo comparativo da Justiça nos países mais adiantados está a demonstrar que os Juizados de Conciliação vão ganhando destaque, pela rapidez, informalismo e eficácia de sua atuação, e nesses países não são todas as causas que chegam às instâncias superiores e suprema;

13.º) urge que se repensem as causas da morosidade da Justiça, ao invés de simplesmente criticá-la;

14.º) e não se despreze a oportunidade para melhor tratamento da autonomia orçamentária do Poder Judiciário, com a garantia de um percentual mínimo de cinco por cento sobre toda a arrecadação da União e dos Estados; só assim disporá dos meios necessários para se organizar adequadamente e funcionar com a rapidez e eficiência desejáveis, ou, ao menos, aceitáveis.

11. Quanto ao Supremo Tribunal Federal, vai cumprindo sua missão constitucional, com todo o empenho e desvelo.

Se é certo que sua sobrecarga ficou, de alguma forma, aliviada com a criação do Eg. Superior Tribunal de Justiça, ao qual se atribuiu o controle difuso e final da lei federal, por outro ela aumentou com a democrática abertura do leque de legitimados ativos à ação direta de inconstitucionalidade, que, com suas medidas liminares, exigem pronta e imediata decisão da Corte, nem sempre fácil, diante de todas as Constituições Estaduais, de todas as leis e atos normativos federais e estaduais e de Medidas Provisórias.

Estou certo de que, em momento algum este Tribunal desmerecerá as nobilíssimas atribuições que lhe conferiu a Constituição, inclusive e principalmente a de preservá-la, como seu guardião maior.

11.1. Um ponto porém, segundo penso, já deve ser repensado pelo Poder capaz de reformar a Constituição.

Para que haja uma certa coerência no sistema, os *habeas corpus* contra atos de Tribunais Estaduais e Regionais devem ser atribuídos à competência do Eg. Superior Tribunal de Justiça. Não mais ao Supremo Tribunal Federal, que deveria ficar apenas com aqueles impetrados contra atos de Tribunais Superiores (federais) além das outras hipóteses contempladas na Constituição (art. 102, I, *d* e *i*).

12. A administração interna do Tribunal sempre teve seus aperfeiçoamentos em cada uma das gestões anteriores.

No plano da informática, porém, esse aperfeiçoamento gradativo, iniciado em outros períodos, ganhou especial relevo na administração NÉRI DA SILVEIRA.

Urge aprimorar o serviço e adaptá-lo, cada vez mais, às necessidades da própria Corte e do Poder Judiciário nacional.

As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico

JUDITH MARTINS-COSTA

Professora de "Instituições do Direito" na
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1. *Introdução*. 2. *O perfil da cláusula geral*. 2.1. — *Cláusulas gerais e princípios gerais de direito*. 2.2. — *Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados*. 3. *A idéia do Código como "eixo central" do sistema jurídico*. 3.1. — *A flexibilização do Código através do emprego das cláusulas gerais*. 4. *Conclusão*. 5. *Bibliografia*.

1. *Introdução*

A proposição ora apresentada diz respeito ao exame das cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico do tipo codificado, tais como se apresentam os sistemas integrantes do que RENÉ DAVID chamou de "família romano-germânica de direito"¹.

Por isto mesmo, ao abordar a problemática das cláusulas gerais é preciso, desde logo, ter presente a noção de *sistema jurídico*, e, bem assim, a trajetória desta noção, pelo menos em seus traços mais largos.

Trata-se de versão, para o idioma português, de conferência apresentada em 12-4-91 no Seminário Internacional "Crítica de los paradigmas de la teoría del derecho" realizado em Valência, Espanha.

1 In *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, trad. port. de Herminio A. Carvalho, Lisboa, 2ª ed.

Uma questão preliminar se impõe: como é sabido, a noção de sistema não é, nem mesmo no interior da ciência jurídica, uma noção unívoca², derivando sua polissemia não só da ótica particular do estudioso³, mas, principalmente, das particularidades de cada um dos períodos históricos da formação do ordenamento que se tem em vista examinar. Por isso, a idéia que aqui se toma de “sistema” é, antes de mais nada, aquela deduzida do método comparativista, de “grupos de ordenamentos jurídicos”, vale dizer, sistema enquanto estrutura particularizada pelo emprego de determinado vocabulário correspondente a certos conceitos, pelo *agrupamento de regras* em certas categorias, pela utilização de determinadas *técnicas de interpretação*, e por específicas concepções da ordem social que determinam o modo de aplicação e a própria função do ordenamento jurídico⁴.

2 Por sistema, em geral, tem-se “la distribución de las diferentes partes de una arte o de una ciencia, en lo que se sustentan todas mutuamente y en la cual las últimas se explican por las primeras”, cf. CONDILLAC, *Traité des Systèmes*, cit. por A. Lalande, *Vocabulário Técnico y Crítico de la Filosofía*, Buenos Aires, 1966, pp. 957 e 33, ou “orden de conocimientos sobre un punto de vista unitario”, cf. COING H., “Zur Geschichte des Privatrechtssystems” *apud* FRADERA, Vera M. *O Direito Privado como uma Geschlossenheit; o Direito Privado como um Sistema Aberto*, Porto Alegre, 1988, p. 8. Veja-se também BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*, que examina a questão específica do sistema normativo em sua relação com o direito, seu sentido, condições e limites, analisando as várias acepções do término, em especial o que se tem por “sistema dedutivo ou lógico”, “classificação” — de onde surge a idéia de “relação jurídica” — e enquanto “validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas”, examinando pois a questão das antinomias, da coerência e da totalidade do ordenamento (pp. 175 a 207).

3 Evidentemente não se quer, com esta expressão, recair em uma espécie de voluntarismo ultrapassado. “A ótica particular do estudioso” significa tão-só a concepção de “sistema” que ele mesmo adotou para seu estudo: pode ser, pois, ou a noção de sistema do direito comparado, ou a comparação geral do Direito, ou, ainda, a diferenciação estrutural e funcional de um único sistema, daí derivando as noções de sistema aberto e de sistema fechado.

4 Veja-se RENÉ DAVID, *op. cit.* §§ 15 a 26. Nesta perspectiva também se mostra impossível a separação entre as idéias de “sistema jurídico” e “sistema cultural”, intercambiáveis nos aspectos de sua organicidade, possibilidade e atualidade, que vão se refletir no conjunto de valores sociais em jogo: “la relazione necessaria con una società data fa della cultura positiva un insieme strutturato organicamente; la relazione egualmente necessaria con il tipo di vista sociale fa dell'insieme organico della cultura positiva un sistema di valori”, afirmou ANGELO FALZEA, assinalando que, o que “forma una comunità giuridica è il comune tipo di vita”, pois “è precisamente un sistema unitario di interessi cioè che fa di una pluralità di uomini una comunità giuridica”. Assim, a idéia de direito como sistema de interesses — interesses comuns, reais e realizáveis, que agregam o conjunto de indivíduos como um grupo orgânico, caracterizado por seu tipo específico de existência — configura-se dado que há “una funzione metodologica imprescindibile per la scienza del diritto, e quindi un ufficio no più scientifico-formale e scientifico-ideale, ma scientifico-sostanziale e scientifico-reale”, na medida em que a ciência jurídica é uma ciência principalmente hermenéutica que, em sua atuação,

(Continua)

Assim, frente ao sistema ou “família” jurídica que mais de perto nos diz respeito — o sistema romano-germânico — caracterizado, entre outros aspectos, por sua metodologia fundada na lei escrita, na separação entre o Direito Público e o Direito Privado, entre o direito material e o direito processual, e, no plano político, pela observância à tripartição dos Poderes do Estado, têm evidente cabimento as inúmeras discussões travadas há longo tempo pela doutrina acerca do seu caráter estrutural, se *fechado* ou se *aberto*, isto é, se constitui uma totalidade expressa em um conjunto de conceitos e proposições entre si logicamente concatenadas, “unidade imanente, perfeita e acabada”⁵ que se auto-referencia de modo absoluto e cujo modo de expressão privilegiado é o Código, ou se, ao contrário, nesse sistema, o Direito pode ser pensado, aplicado e interpretado como ordem de referência apenas *relativa*, sensível à interpenetração de fatos e valores externos, consubstanciando “permanente discussão de problemas concretos”⁶, para cuja resolução se mostra adequado não o pensamento lógico, mas o problemático, onde a base do raciocínio está centrada na compreensão axiológica ou teleológica dos princípios gerais do Direito⁷.

Nesse sentido é possível afirmar que no início de sua formação, por volta dos séculos XII e XIII, com a redescoberta, nas universidades então nascentes, do *Corpus Juris* justinianeu, o sistema jurídico romano-germânico se apresenta como um “sistema aberto”, porquanto sensível à interpenetração de inúmeros outros estatutos (ou, como diríamos hoje, microsistemas) e de valores (que em linguagem atual chamaríamos de metajurídicos) justamente porque se assenta, como bem observou FRANZ WIEACKER, em um tríptico fundamento: o *imperium*, a Igreja Romana e a tradição escolar da Antigüidade tardia, “restos que os novos povos e tribos assentes no antigo corpo do império e no centro da Europa receberam e acabaram por se apropriar”⁸.

O sistema assim inicialmente formado, onde teve relevantíssimo papel a interpretação das regras do *Corpus Juris* a cargo dos *doctores* — e operada em especial através da dialética entre os binômios *mens-verba, verba-*

(Continuação da nota 4)

opera necessariamente com “l’idea di sistema giuridico e in concreto presuppone sempre un’esperienza, sia pure intuitiva e sintetica, della totalità del sistema”. Mas é preciso não esquecer que esse sistema “comme ogni sistema culturale, ha una struttura complessa”, afastando-se, em consequência, por sua inserção no universo do sistema cultural, a idéia de “plenitude lógica”, antinômica e a de complexidade (Ver FALZEA, op. cit., pp. 14 a 26).

5 FRADERA, Vera. *O Direito Privado como uma Geschlossenheit; o Direito Privado como Sistema Aberto*, Porto Alegre, 1988, p. 9.

6 VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudência*. Taurus, Madrid, 1964.

7 Neste sentido, Clovis do Couto e Silva, “O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão do Futuro”, cit. bibliog.

8 WIEACKER, Franz, “História do Direito Privado Moderno”, cit. bibliog. p. 15.

*voluntas e mens-aequitas*⁹ vai, todavia, progressivamente se fechando, porquanto, em razão da necessidade de maior certeza e segurança, se mostra conveniente privilegiar determinadas fontes de produção jurídica.

É que as imensas potencialidades operativas de tal interpretação acabam por conduzir a um “liberalismo jurídico”, isto é, nas palavras de MARIO REIS MARQUES, a “uma pluralidade de posições e de soluções para uma mesma questão”¹⁰. O recurso, já no séc. XIV, à “comum opinião dos doutores”¹¹ se mostra o meio hábil à fixação de um patamar de regras e princípios que visam alcançar a certeza e a segurança na aplicação do Direito, valendo o pensamento dos doutos, na ausência de lei, como uma verdadeira norma jurídica. Em contrapartida, tal recurso já importa em uma relativa rigidez do sistema¹².

Não se pensava ainda, na idéia de codificação, que só surgirá quatro séculos mais tarde com o apogeu da necessidade de certeza jurídica. Na base dos códigos está, como sabemos, o pensamento jusracionalista pelo qual o Direito é visto e formulado como um sistema fechado de verdades da razão¹³, derivando do conhecimento de verdades filosóficas, um sistema

9 Veja-se, em especial, Mario Reis Marques, op. cit., pp. 6 a 12. Assinala o autor a “ficção criada pela coexistência do direito romano, do direito canônico, dos costumes, da legislação geral dos diversos Estados e dos *ius propria* — verdadeiros microsistemas jurídicos sustentados por uma nova vida econômico-social de feição urbana — superada, em termos harmoniosos, pela atividade dos *doctores*”, pela qual busca-se “face a uma realidade em permanente movimento”, a “manutenção de uma relação constante (identidade de soluções) entre o direito e essa realidade”. Assim, “a dinamização do conteúdo tendencialmente estático dos preceitos é conseguida através de uma específica dialética em que ressalta a importância do binômio *mens-verba*”, de maneira que a correspondência dos *verba legis* à *voluntas* e da *mens* à *aequitas* retornando à norma menos rígida, ampliou seu âmbito de aplicação, “contribuindo para uma maior flexibilidade do ordenamento jurídico” (pp. 6 e 7, em especial nota 2).

10 Idem, p. 12. Como consequência das *opinionum quotidie mutandur* se originou, a partir do séc. XIV, o costume de apelar-se para a *communis opinio doctorum* através da qual a jurisprudência vai desenvolver como um todo e, como tal, fator de certeza e certificação do sistema.

11 Idem, *ibidem*.

12 Idem, p. 13, nota 14.

13 Veja-se KOSHACKER, Paul, *Europa y Derecho Romano*, cit., cap. XIV. WIEACKER, F., *História do Direito Privado Moderno*, cit., cap. IV, VILLEY, M., *Les Fondateurs de l'École du Droit Naturel Moderne au XVII Siècle*, A. D. P. 1961. THOMAN, M., *Histoire de l'Idéologie Juridique du XVII Siècle: ou le Droit Prisonnier des Mots*, APD, 1974, e *Un Modèle de Rationalité Idéologique: le 'rationalisme' des Lumières*, APD, 1978, MEREIA, P., *Escolástica e Jusnaturalismo — o Problema da Origem do Poder Civil em Suarez e em Puffendorf* BFDUC, 1943, e *Direito Romano, Direito Comum e Boa Razão*, BFDUC, ano XVI.

de regras que são o resultado de uma rigorosa construção lógico-matemática, a qual parte de regras gerais, deduzidas pelo raciocínio¹⁴.

Tal pensamento se consubstancia, já no séc. XVIII e, em especial no sec. XIX, nas grandes codificações européias. E embora no seu substrato mais profundo o fenômeno da codificação guarde alguma similitude com o ocorrido no séc. XIV — pois o que se visa obter, seja através da sedimentação da *communis opinio*, seja através da consagração da lei em um *corpus* específico é, na verdade, um parâmetro de certeza e segurança jurídica — uma das grandes diferenças está que, no primeiro caso, o Direito é ainda *construído pelos juizes e juristas*, envolvendo-se, em consequência, intimamente com a prática, para no segundo ser elaborado pelos professores de modo que, só através da legislação, vale dizer, dos códigos, vai poder influenciar na prática¹⁵.

Os Códigos representam a manifestação máxima de um sistema do tipo fechado. Supõem, em especial na área do direito privado, uma sociedade unitária e formalmente igualitária¹⁶ para a regulação de cujos interesses seria suficiente a perspectiva de unidade, totalidade ou plenitude que, filosófica e metodologicamente adotam.

14 O exemplo precursor deste tipo de codificação está na legislação civil bávara do século XVIII do Príncipe Eleitor Max Joseph III. Na mesma região surge, em 1812, o Código Penal, "monumento do jusnaturalismo crítico pós-Kantiano", na opinião de Wieacker. Também diretamente conseqüente ao pensamento iluminista, o Código da Prússia de 1786, já de caráter eminentemente "sistemático" assim como o ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblande) de 1811. Nenhum deles, todavia, superou a grandiosidade do Código Napoleônico, que, além de substituir os particularismos feudais por um direito geral dos *citoyens* franceses, baseado na razão e na crença jusnaturalista na lei, teve, como seu maior mérito, seu "caráter revolucionário", característica que assegurou ao dito Código, nas palavras de WIEACKER, "uma missão histórica em todas as nações que começaram a modelar-se de acordo com a imagem da francesa, especialmente naquelas que viam aí uma emancipação em relação a formas de opressão interna ou externa" (pág. 391). Diferentemente o Código Civil Alemão (BGB) teve criação positivista na plenitude e no rigor da estrutura conceitual, afastando-se, pois, dos postulados jusracionallistas.

15 KOSCHAKER, *op. cit.*

16 A idéia de "sociedade formalmente igualitária" pode ser observada sob uma dupla perspectiva. É impossível a crítica a este tipo de ficção sem o exame das razões que conduziram à sua formulação. Na origem está, efetivamente, a preocupação dos pensadores dos séculos XVII e XVIII, com origem em HOBBS, passando por Montesquieu e Rousseau, em estabelecer na lei condição de igualdade, o valor "segurança", antes imprescindível como fator da limitação à vontade arbitrária do soberano. Portanto, veja-se, entre outros, BOBBIO, *Estado, Governo e Sociedade*, São Paulo, 1987, e SCARPELLI, "*Dalla Lege al Codice, dal Codice ai Principi*", cit. A segunda corrente, onde o eixo está na palavra "formalmente", é a que se refere mais às conseqüências, a partir do século XIX, dessa idéia. Veja-se, a propósito, também, RAYNAUD, Philippe, *La Loi et la Jurisprudence, des Lumières à la Revolution Française*, APD nº 30, p. 61 e PRIEUR, Jean, *Jurisprudence et Principe de Séparation des Pouvoirs*, APD nº 30, p. 117.

Como consequência desta perspectiva, também a atividade interpretativa se ressentia, restando a jurisprudência remetida à estrita aplicação da lei, ou seja, à idéia de que ao juiz cabe apenas a tarefa de aplicar a lei dentro da legalidade mais estrita: "que la loi soit claire, uniforme et précise: l'interpréter, c'est presque toujours la corrompre", afirmou VOLTAIRE¹⁷ expressando com vigor a idéia de plenitude do império da lei.

Como sabemos, tais concepções vão ser postas em causa já no final do século XIX, lembrando WINIFRIED HASSEMER, KARL LARENZ e JOSEPH ESSER, entre outros que, desde o início do século XX a Teoria do Direito, em especial na Alemanha, vem sendo compreendida como "o debate da polaridade da norma legal, de um lado, e da sentença judicial, de outro"¹⁸.

Este debate introduz o que se convencionou chamar de "a crise da teoria das fontes", a qual resulta, basicamente, "da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da ciência do Direito"¹⁹ porquanto se passa a compreender que "um código, por mais amplo que seja, não esgota o *Corpus Juris* vigente"²⁰.

Com efeito, na tarefa incessantemente exercida pela Ciência Jurídica desde pelo menos o século XII, de adaptar o Direito ao dinamismo das relações sociais, se leva em conta, agora, que o sistema jurídico deve considerar também, ao lado da norma de direito escrito, princípios, máximas, regras da experiência, usos, diretivas reveladoras da cultura.

O sistema jurídico, assim considerado, volta a ser tido como um "sistema aberto", porquanto a sujeição ao ordenamento já não mais se revela como mera servidão à lei, formalmente caracterizada: "o direito positivado é apenas uma parte do conjunto, a sua parcela mais visível, mas nele convivem os princípios gerais do Direito, os postulados do Direito Natural, o sentimento de justiça, a exigência de equidade, vivenciados e sentidos pela sociedade na qual o juiz habita"²¹, afastando-se, por consequência, a idéia de que o Direito possa ser aplicado, interpretado e desenvolvido a partir de si mesmo — seja através das representações do legislador, seja por intermédio de um suposto "sentido imanente"²².

Por outro lado, é preciso atentar para o fato de que a extrema abertura do sistema não conduza à sua própria desapareção, porquanto tal

17 WIEACKER, *História*..., p. 528.

18 *Apud* M. Reis Marques, *op. cit.*

19 Cf. ENGLISH, *op. cit.* Ainda, HASSEMER, in *O Sistema do Direito e a Codificação: A Vinculação do Juiz à Lei*, cit., p. 189. Para a compreensão desse processo, veja-se, por todos, LARENZ, *Metodologia*, e ESSER, *Princípio y Norma*, ambos citados, bibliog.

20 COUTO E SILVA, Clovis, *A Obrigação como Processo*, cit., p. 74.

21 *Idem*, *ibidem*.

22 AGUIAR JÚNIOR, R. *Interpretação*, cit., p. 18.

caminho levaria a um estado de incerteza jurídica inconciliável com os próprios postulados da democracia: é preciso manter um determinado patamar de segurança nas relações jurídicas, seja na relação dos privados entre si, seja na relação entre estes e o Estado sob pena de ser instaurada a lei do mais forte, assentado que o princípio da certeza jurídica é essencial às funções de tutela e garantia às quais o Direito se opõe.

Quais serão, então, os *mecanismos* do que a ordem jurídica dispõe para que o sistema, devidamente flexibilizado, possa continuamente ajustar-se às novas realidades, às novas idéias, em busca da efetivação de um *direito justo*? Como atuar para que, frente à lei, não se permita o fetiche da lei? Quais serão os pontos de referência a permitir tal necessária plasticidade?

A resposta a tais indagações pode talvez ser obtida através do estudo das cláusulas gerais, que, em diferentes ordenamentos, têm se mostrado os meios hábeis à flexibilização dos sistemas que as adotaram. Para tanto, na primeira parte, se examinará, com o auxílio do método *comparativista*, sua utilização e seu alcance no domínio do direito civil. Será preciso, todavia, também examinar quais as soluções que têm sido encontradas em sistemas jurídicos que carecem de tais mecanismos, para a obtenção de uma função análoga.

2. O perfil da cláusula geral

No exame das normas, técnicas e institutos integrantes de determinado sistema jurídico, uma atitude metodologicamente adequada é a que se volta ao exame de sua estrutura, para assim alcançar o perfil particularizado do tema que se tem como objeto da pesquisa.

Integrando o corpo dos Códigos, as cláusulas gerais apresentam, como primeira particularidade, o fato de não possuírem qualquer estrutura própria que as diferenciem dos conceitos jurídicos indeterminados. Assim, parece imperioso verificar quais são as suas especificidades, apurando-se no que diferem das normas que traçam princípios gerais e daquelas que contêm os chamados conceitos indefinidos.

2.1. Cláusulas gerais e princípios gerais de direito

Princípios jurídicos são os pensamentos diretores de uma regulação jurídica *existente* ou *possível*, não constituindo, por si mesmos, regras suscetíveis de aplicação, embora possam transformar-se posteriormente em regras jurídicas, por via de interpretação²³.

Enquanto “pensamentos diretores” ou “fórmulas gerais”, os princípios podem se encontrar expressamente manifestados na lei, e em especial, no

23 LARENZ, *Metodologia*, cit., p. 166.

plano constitucional, nas normas que tutelam os direitos e garantias individuais, como são exemplos, no sistema brasileiro, o princípio da igualdade perante a lei (art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal), o da liberdade do exercício profissional (art. 5.º, XIII) e o da função social da propriedade (art. 5.º, XXIII). Muitos outros encontram-se dispersos pelo *corpus* constitucional — como é o caso do princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*), ou ainda, pelos diversos estatutos infraconstitucionais, af se alinhando, por exemplo, o princípio da liberdade de forma dos atos jurídicos de que trata o art. 129 do Código Civil.

No entanto, existem outros princípios que se situam no plano pré-positivo, vigindo “independentemente da existência de uma regra de direito nesse sentido”²⁴, porquanto pertencem à categoria dos princípios que se colocam no ordenamento jurídico antes mesmo, ou independentemente, de sua expressa adoção por uma regra de direito positivo.

É que se tem por assente, pelo menos desde a obra de JOSEPH ESSER (*Princípio e Norma na Elaboração Jurisprudencial do Direito*) que a aplicação desses princípios, eficazes, como se viu, independentemente do texto legal, encontra sua justificação na “natureza das coisas ou da instituição respectiva” uma vez constituírem “uma peça funcionalmente necessárias de toda a solução concreta”²⁵ que entre no círculo comum de problemas passíveis de serem enfrentados mediante o recurso àquele pensamento.

É o que ocorre no direito civil brasileiro com o princípio da *boa-fé*. Não temos, em nosso Código Civil, uma disposição que o adote expressamente, como ocorre no direito alemão com o parágrafo 242 do BGB, no direito francês com o art. 1.135, no direito espanhol com o art. 7.º I, no direito italiano com os arts. 1.337 e 1.366 ou ainda, no direito civil português, nos arts. 239 e 762, 2.º

Presente, todavia, sua indiscutível importância, conatural à própria idéia de “Direito”, a *boa-fé* é entre nós positivamente considerada, funcionando como *critério orientador* para a solução judicial de casos concretos²⁶, dele derivando muitos outros “deveres anexos” ou “secundários”, como o dever de informar com correção na publicidade comercial, por exemplo, ou

24 COUTO e SILVA, Clovis. *Principes Fondamentaux...*, cit. p. 23.

25 ESSER, *op. cit.*, p. 7.

26 Veja-se, em especial, CLOVIS DO COUTO E SILVA, in *O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português*, cit., de onde afirma-se que, não obstante não existir, no direito civil brasileiro, um dispositivo que o consagre, “seria absurdo concluir que o aludido princípio não integra o ordenamento jurídico, mormente quando se tem presente sua função limitadora do exercício abusivo dos direitos subjetivos”. Isto ocorre, mesmo se não há um dispositivo expresso, também pela razão de sua aplicação constituir “o resultado das necessidades éticas essenciais”. O autor reconhece, ainda, que, quando não existe uma disposição legislativa expressa, “a percepção ou captação de sua aplicação torna-se difícil, por não existir uma lei de referência a que possam os juizes nela relacionar sua decisão”.

o dever de atuar com lealdade no período anterior à efetiva contratação. Recentemente, assim se posicionou a 5.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, interpretando um contrato de compra e venda no qual a vendedora, após a entrega da loja e das mercadorias — objeto da avença — cancelou pedidos de mercadorias anteriormente feitos, ferindo a justa expectativa do comprador. Decidiu o Tribunal, por unanimidade, que “o princípio da boa-fé supõe deveres anexos, de acordo com a natureza do negócio e a finalidade pretendida pelas partes”, de modo que “entre eles, se encontra a obrigação da vendedora de pequena loja de vestuários não cancelar pedidos já feitos, com o que inviabilizaria o negócio e frustraria a justa expectativa do comprador”,²⁷ baseando-se pois a decisão no *venire contra factum proprium*, aplicável em razão do dever de lealdade que decorre da boa-fé.

Todos os princípios, positivados ou não, necessitam de concreção. As cláusulas gerais atuam instrumentalmente como meios para esta concreção porquanto são elas elaboradas através da formulação de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos²⁸. Por esta via, idéias genéricas e alheadas de uma elaboração acabada e casuística — como as de boa-fé, bons costumes, uso abusivo de direito, usos do tráfico jurídico e outras similares, que só produzem frutos quando animadas por problemas reais, passam a funcionar como “pontos de partida para a formação concreta de normas jurídicas”²⁹.

Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formulação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, mas permitem a sua efetiva inserção nos casos concretos. Cláusula geral, portanto, não é princípio — é norma. Mas é norma especial à medida em que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição dos poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz “a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais — mas em todo o caso convencionais — de base e de densidade empírica variáveis. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, *standing points* ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto”³⁰.

A grande diferença entre princípio e cláusulas gerais, do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, em que estas permitem a formação

27 D. Ap. Civ. nº 589073956, rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 19-12-89. Na fundamentação do voto o Des. Relator expressou que “o princípio da boa-fé, com alcance geral, vigora no Brasil, apesar de não constar no nosso Código Civil dispositivo semelhante ao § 242 do BGB” (grifamos).

28 ENGLISH, *op. cit.*, p. 188.

29 ESSER, *op. cit.*, p. 195.

30 *Idem*, pp. 193 e 194.

da norma não através da interpretação do princípio, mas pela criação, através da síntese judicial³¹, onde encontram como elemento de atuação fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até mesmo soluções advindas da análise comparativista, atuando tais critérios tradicionalmente tidos como extralegais através das verdadeiras “janelas” consubstanciadas em tais cláusulas.

2.2. Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados

Bem mais complexo é o discrimine entre as cláusulas gerais e os chamados conceitos jurídicos indeterminados porquanto ambos, como bem assinalou KARL ENGLISH, pertencem ao plano dos conceitos de direito equitativo e não ao plano do direito estrito, contrapondo-se, pois, formal e metodologicamente, à casuística³².

Os conceitos indeterminados podem se reportar tanto a *realidades valorativas* quanto a *realidades fáticas*. Por sua vaguidade e ambigüidade são muitas vezes polissêmicos, daí permitindo razoável dose de liberdade por parte do aplicador da lei no momento de sua aplicação.

Ocorre que tais conceitos integram, sempre, a descrição do “fato” que a norma pretende abranger. Embora permitam, por sua fluidez, uma abertura às mudanças de valoração, a verdade é que, por integrarem a descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. Assim, “uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada”³³.

Poderíamos portanto afirmar que há uma diferença de grau no que tange à abstração e à generalidade, distinção que ficará mais clara se tomarmos, a título de comparação, as disposições do art. 395, inciso III, do Código Civil Brasileiro e a do parágrafo 826 do Código Civil Alemão. Ambas referem a expressão “bons costumes”, da seguinte forma:

“Art. 395. Perderá o pátrio poder o pai ou a mãe:

.....

III — que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes. (Código Civil Brasileiro.)

31 *Idem*, p. 195.

32 Casuística, segundo ENGLISH, “é a configuração da hipótese legal — tida enquanto somatório dos pressupostos que condicionam à estatuição — que circunscreve particulares grupos de casos na sua especialidade própria” (*op. cit.* p. 188). Assim, no Código Civil Brasileiro, os arts. 1.122 (contrato de compra e venda), 802 (extinção do penhor), 493 (extinção da posse), 1.572 (a “saisine”), 330 (parentesco), entre outros.

33 BARBOSA MOREIRA, J. C. *Regras de Experiência e Conceitos Jurídicamente Indeterminados*, cit., p. 613.

§ 826. Aquele que objetivou prejudicar alguém por meio de atitudes contrárias aos bons costumes é obrigado a reparar o dano.” (Código Civil Alemão.)

Ora, no primeiro caso, está referenciada a hipótese de perda do pátrio poder do pai ou da mãe, por ato judicial. No caso concreto o juiz deverá valorar o que a sociedade onde vive tem para si como “imoralidade” ou “maus costumes”. Esta valoração será sua premissa. Uma vez configurada, o caso é simplesmente de aplicar a norma, havendo como consequência jurídica a perda do pátrio poder. A solução ao caso, pois, não é “criada” pelo juiz, já estando preconfigurada na lei. O que ocorrerá será apenas um preenchimento do conceito pelo julgador, que, concretamente, o determinará.

No segundo exemplo, o Código Civil Alemão, ao referir que, aos que objetivam causar prejuízo a outrem, “por comportamentos contrários aos bons costumes”, cabe o dever de reparar o dano, consigna, para além de um conceito indeterminado, verdadeira cláusula geral de reparação de danos. A regra posta no referido dispositivo menciona apenas as condições necessárias ao nascimento do dever reparatório, sem definir com exatidão, a noção de prejuízo. Evidentemente, se tem aí todo um *domínio de casos* compreendidos pela cláusula, e não apenas uma única hipótese, como ocorre no citado art. 395, III, do Código Civil Brasileiro. Por outro lado, ao lado de valores, o juiz deverá, tendo em vista as soluções anteriormente conferidas pela jurisprudência e/ou aquelas apontadas doutrinariamente, criar a norma aplicável no caso concreto.

Em ambos — conceitos indeterminados e cláusulas gerais — haverá, por parte do juiz, uma atitude valorativa; em ambos, é certo, o legislador afastou a enumeração casuística dos “atos contrários aos bons costumes”. No primeiro, todavia, o grau de generalidade e abrangência é bem menor do que no segundo; neste, a atitude de subsunção à hipótese legal, que ainda subsiste naquele, é substituída pela atividade de criação judicial, por meio da síntese, de forma a constituir processo de verdadeira concreção.

3. A idéia do Código como “eixo central” do sistema jurídico

A “idade da descodificação”³⁴ se apresenta há algum tempo como uma fascinante tentação aos juristas. No entanto, é possível pensar na possibilidade da convivência harmônica — e, por suposto, dialética — entre a permanência dos códigos e um sistema jurídico “aberto”. Tal linha de raciocínio leva em conta o alerta da doutrina e mesmo os reclamos da experiência prática, para o “efeito perverso” que consistiria, caso afas-

³⁴ A expressão é de NATALINO IRITI, em “Età della Decodificazione”, in *Diretto e Società*, 1978, pp. 623 e seguintes

tados os códigos, na própria perda da noção de sistema enquanto manifestação de uma linha de continuidade histórica definida, no Direito, também em seu nível interno.

3.1. A flexibilização do Código através do emprego das cláusulas gerais

Como se sabe, num sistema jurídico do tipo fechado a atividade judicial não é complexa. Na gênese do espírito codificador está o *mos geometricus*, a pretensão da plenitude, a estrutura piramidal, coerente e completa das leis, segundo ordem de escalonamento hierárquico onde os princípios pré-positivados de nada contam, relegados que estão ao universo escuro do "não-Direito".

Por muito tempo se acreditou na ilusão codificadora, mas neste século, tal ilusão caiu por terra. Sob o influxo das experiências vividas em outros sistemas jurídicos, em especial o da *common law*, a questão da rígida fidelidade à lei e aos vínculos conceituais típicos ao modelo de interpretação axiomática, é afastada, permitindo-se hoje a admissão, também nos sistemas jurídicos integrantes da "família" romano-germânica, da possibilidade da aplicação judicial do Direito por via da concreção³⁵.

É assente que, nos ordenamentos do sistema romano-germânico, não é função primária do juiz converter-se em fonte do direito. Todavia, bem alertou HELMUT COING para a circunstância de que, inobstante "não entre primariamente na missão do juiz converter-se em fonte do direito, esta é uma coisa que em todos os tempos acaba acontecendo"³⁶.

Tal modelo de aplicação judicial do Direito, nos mostra a experiência de outros países, não é, por si só, antagônico à idéia de codificação. Mais do que isto, permite a visualização de uma *nova noção de sistema jurídico*. Se conseguirmos afastar de nosso raciocínio as armadilhas da ilusão codificadora e admitirmos a possibilidade da convivência entre o código, as variadas leis especiais e um modelo de interpretação judicial que não dispense a utilização do raciocínio problemático de que tratou VIEWEG em sua *Tópica*, poderão os códigos sobreviver como "eixos centrais" de cada sistema e subsistema individualmente considerados, entendidos estes, por óbvio, não mais à base da concepção típica às ciências exatas, mas de um modo aberto.

35 Tais concepções surgem da aceitação, no sistema codificado, da idéia de "legislação judicial" exposta por W. HOLMES na obra *The Common Law* (1938), que foi aceita, principalmente, na Alemanha. Veja-se, a propósito, JOLOWICZ, John Anthony, *La Jurisprudence en Droit Anglais: Aperçu sur la Règle du Précédent*, APD nº 30, p. 105.

36 In *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1949, § 254, apud ESSER, *op. cit.*, p. 30.

Neste sentido, o código, tido como “centro” do sistema, se apresentará como um modelo amplo e abrangente de valores metajurídicos, flexível e sensível à dinâmica social, em razão, basicamente, de sua linguagem compreensiva das “cláusulas gerais”. Estas têm, na verdade, papel decisivo a desempenhar, sendo notável, neste sentido, a experiência alemã, de contínua leitura do texto expresso no parágrafo 242 do Código Civil, notadamente no que diz respeito à construção de um “direito justo em matéria contratual”⁸⁷.

A questão que se propõe é agora a de saber como a viabilização da ética contratual, ou do “direito justo” dos contratos se tornou possível nos sistemas de tipo codificado, construídos sobre o dogma supremo da autonomia da vontade.

Como se sabe, o estudo das cláusulas gerais nos ordenamentos integrantes da família romano-germânica se deve, basicamente, à existência dos parágrafos 138, 242 e 826 do Código Civil Alemão, *acentuando neste sentido JOHN DAWSON* que, em consequência dos citados textos, é a Alemanha o país que, entre todos aqueles em que a lei reside em um código compacto, o que teve a mais completa experiência com o sistema de normas produzidas pelos juízes.

A história dos trabalhos preparatórios do BGB demonstra não ter estado na *mens-legis* de seus redatores conferir ao Poder Judiciário tais mandatos abertos de tantas e tão profundas potencialidades operativas. O fato é que, existentes, tais cláusulas se colocaram, no direito privado alemão,

37 A idéia de “direito justo” é tratada desde Aristóteles que, na *Ética de Nicômaco* escreveu páginas todavia atuais em nossos dias. Em Platão, igualmente, o tema dos conteúdos da justiça ou ordenação “justa” da convivência humana é também uma questão central da *Ética*. Modernamente, na ultrapassagem do positivismo legalista, o tema foi retomado com vigor — é matéria recorrente dos estudos de MICHEL VILLEY, na França, assinalando, na Alemanha, KARL LARENZ que “conciérne a los juristas, porque, si bien es cierto que los juristas pueden limitarse a cumplir las normas de un concreto Derecho positivo, o las decisiones judiciales que en ese derecho positivo sean vinculantes, no pueden evitar que se les coloque incesantemente ante el problema de saber si lo que hacen es o no ‘justo’, sobre todo cuando las relaciones vitales cambian y los casos no se plantean ya de un modo igual” (In *Derecho Justo — Fundamentos de Ética Jurídica*, cit., Proêmio, p. 19). Essa noção não está restrita à civilística. No direito administrativo a boa-fé — princípio fundamental no tema de “direito justo” — tem relevantíssimas consequências, em especial no que concerne aos efeitos da nulidade de certos atos. O “direito justo”, no direito constitucional, conduzirá às idéias de igualdade, proporcionalidade, razoabilidade e controle; no direito processual, levará às noções de imparcialidade do juiz, refletindo, ainda, no amplo espaço reservado à tutela do contraditório; em matéria penal conduzirá à percepção de que a pena deve ser recebida como justa no caso concreto, iluminando, pois, o antigo debate acerca da proporcionalidade das penas. Veja-se, ainda, REHBINDER, M. “Il Senso del Giusto”, cit.

como "faróis errantes alimentados por luzes que podem penetrar em qualquer lei privada"³⁸.

Seria possível duvidar que o BGB, assentado em seus postulados filosóficos, no caráter dominante dos interesses da sociedade burguesa, no liberalismo à *outrance*, na renúncia à ética material no que concerne aos contratos, pudesse atuar como base à regulação dos interesses de uma sociedade tão profundamente alterada, em seus dados infra-estruturais, como foi, e é a sociedade alemã do pós-guerra até nossos dias? Isto foi possível, no entanto, graças à concomitante presença de suas cláusulas gerais e à percepção da jurisprudência civilista. Esta, particularmente, revelou-se, no dizer de WIEACKER, "suficientemente adulta para satisfazer às exigências que as cláusulas gerais adiram à 'obediência inteligente' do juiz", de modo a preenchê-las, em face das modificações estruturais, "com uma nova ética jurídica e social", adaptando-se a ordem jurídica aos novos tempos, em especial no que concerne às hipóteses da *culpa in contrahendo*, à aplicação do princípio *venire contra factum proprium*, à teoria da base objetiva do negócio jurídico e à teoria do "adimplemento substancial" ou "substancial performance"³⁹.

38 "The General Clauses', viewed from a distance". No original: "Of all countries whose law resides in comprehensive codes surely Germany has had the fullest experiences with law manufactured by Judges under the auspices of general clauses. No outsider, especially one trained in American Law, could hope to say anything that would be new a German reader concerning the great overlay of pure case law that has been superimposed on the codes". Veja-se, ainda, WIEACKER, F., "História do Direito Privado Moderno", cit. p. 549. Acerca da história dos trabalhos preparatórios ao Código, veja-se o estudo introdutório de RAOUL DE LA GRASSERIE à tradução francesa do BGB, onde estão relatadas as críticas sofridas pelo projeto, no Parlamento Alemão em 1986, em razão mesmo da elasticidade de algumas de suas disposições.

39 Se, como afirmara HUGO GROTIUS, a "*fides* é a forma de pensar na qual são possíveis contratos", se alcança o imenso valor da "descoberta" de Ihering que ao formular o conceito da *culpa in contrahendo* ("*Culpa in Contrahendo* oder *Schadensentats bei nichtigen Oder Nicht zur Perfektion Gelangten Vertragen*", 1861), hipótese que no direito francês é tratada sob o nome de *responsabilité precontractuelle*. Veja-se JOANA SCHMIDT, *La Sanction de la Faute Precontractuelle*, cit. Através dessa noção é admitido que "o comportamento de uma das partes na fase das tratativas, induzindo a confiança da outra parte possa decidir com relação ao negócio jurídico a ser realizado, ou ainda deixando de mencionar circunstâncias que acabariam forçosamente por produzir a invalidade do contrato, dá ensejo ao dever de indenizar". Veja-se COUTO E SILVA, Almiro, in "Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento", RDP, v. 65, pp. 29 e ss. Os deveres que se violam não são os deveres principais, mas os "secundários", que se concretizam em deveres de proteção, informação e lealdade, os quais, ultrapassando os valores em jogo na contratação em si mesma considerada, resultam do "imperativo de agir com boa-fé". Veja-se COUTO E SILVA, Clovis, "A Cia. Siderúrgica Mannesmann — Parecer", in RCGE 5 (13), pp. 207 e ss. O mesmo imperativo está refletido na máxima *venire contra factum proprium* pela qual se concretiza a inadmissibilidade de contradição com a própria conduta prévia, fundada "na mesma exigência de *fides*,

(Continua)

Inseridas em outros códigos, a exemplo do que se verifica no art. 7.º da Lei Civil Espanhola, após a reforma de 1973, cujo preâmbulo alude ao “expresso reconhecimento de alguns princípios gerais”, como a boa-fé, a proibição do abuso de direito e a sanção da fraude à lei⁴⁰, no Código Civil Italiano que consigna, no art. 1.337, a boa-fé como regra de comportamento contratual⁴¹ e mais recentemente, no art. 1.198 do Código Civil da República da Argentina⁴², entre outros Códigos, as cláusulas gerais, além de permitir a manutenção da linha de continuidade histórica de cada um dos sistemas jurídicos acabam por expressá-la, à medida em que a história do processo de formação dos códigos — desde o Código Napoleônico — têm demonstrado hoje, com a iluminação proporcionada por um distanciamento crítico de quase duzentos anos, menos gestos de ruptura radical do que a sedimentação, renovada, rejuvenescida, atualizada, dos inúmeros valores culturais de cada sociedade⁴³.

É certo, aliás, que, se se ausentasse da ciência jurídica este “senso de história”, os diversos ordenamentos não teriam como assegurar a sua própria lógica interna. Ausente a coerência — ainda que entendida esta palavra sem a rigidez que lhe procurou emprestar o positivismo —, estaria aberta a perigosa via da casuística, das leis de ocasião, da interpretação subjetivista, do arrivismo intelectual.

O desafio, portanto — já enfrentado pelos citados ordenamentos, mas premente e atual no direito contratual brasileiro, onde inexitem “cláusulas gerais” —, está, portanto, em “dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua uma unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção, de um

(Continuação da nota 39)

que, fundamentalmente, impõe aos contratantes a manutenção da palavra dada”. (Veja-se WIEACKER, *El Principio General de la Buena Fe*, cit. p. 60). Outra hipótese em que as cláusulas gerais têm permitido a concretização do “direito justo” é a que configura a *equivalência objetiva* das prestações contratuais, permitindo-se, no caso da desapareição da base do negócio, a revisão judicial do contrato. (Veja-se LARENZ, Karl, *Base del Negocio Jurídico*, cit., bibliográfica, e CLOVIS DO Couto e SILVA, “A Base do Negócio Jurídico”, RT, vol. 653, cit., bibliográfica.).

40 WIEACKER, *História...*, cit., p. 546.

41 Art. 1.337: “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.”

42 “Los contratos debens celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosimilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.” Red. ant.: “Los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos.”

43 Assim o demonstra, no direito francês, ANDRÉ-JEAN ARNAUD, em sua magnífica tese *Les Origines doctrinales du Code Civil Français*, Paris, 1969. No mesmo sentido a observação de J. L. DE LOS MOZOS, in *Derecho Civil — Metodos, Sistemas y Categorías Jurídicas*, Madrid, 1988, p. 34.

modo aberto”⁴⁴, técnica esta que expressa preferencialmente através das cláusulas gerais, constitui verdadeiro “convite para uma atividade judicial mais criadora”⁴⁵ e, todavia, sujeita a controles adequados.

4. Conclusão

O Direito Brasileiro, em especial o direito civil, tributário de uma longa tradição cujo início, em termos de sistema específico, é demarcado pelas Ordenações Afonsinas de 1446 ou 1447, peculiarizou-se, na comparação com outros ordenamentos jurídicos da Europa Continental e da América Latina, por um notável centralismo jurídico, uma vez que as “Ordenações do Reino” de Portugal — onde está a sua base histórica — consagraram, muito antes de colocar-se a idéia da codificação, a noção de uma legislação “unitária e centralizada”⁴⁶ que acolheu ao longo de quatro séculos — sem sistematização, é verdade — os principais modelos que se mantiveram até nossos dias⁴⁷.

Infenso, em certa medida, aos fatores políticos que conduziram ao acolhimento em Portugal, em 1867, da influência do Código Napoleônico, o direito civil brasileiro aplicou até 1916 — data da entrada em vigor do ainda vigente Código Civil — o direito posto nas Ordenações. Este código, ainda que influenciado em inúmeros aspectos pelo direito comum alemão — o que é uma peculiaridade no que se relaciona aos demais países da América Latina, mais próximos, em sua legislação civil, do modelo francês — manteve, em certa medida, a linha de continuidade histórica, sem uma ruptura radical, traço que, agora, mais uma vez se manifesta com o atual Projeto de Reforma, em tramitação na Câmara dos Deputados⁴⁸.

O grande valor do Projeto está na adoção de determinadas cláusulas gerais, principalmente em matéria contratual e no que diz respeito a responsabilidade civil. Foi pensamento expresso dos juristas que o elaboraram transformá-lo em código central, revigorando, assim, processo tradicional do ordenamento de linhagem portuguesa, qual seja, o de adotar determinado *corpus* como ponto de referência indispensável à preservação da unidade do direito, “exigência constante, no desenvolvimento do nosso direito, desde o período do descobrimento até nossos dias”⁴⁹.

Ao mesmo tempo, a introdução das cláusulas gerais no citado Projeto conduz à constatação do movimento pendular onde oscilam, em diferentes

44 CLOVIS DO COUTO E SILVA, *O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão do Futuro*, pp. 148 e 149. O mesmo trabalho foi publicado in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, vol. 13.

45 *Idem*, p. 149.

46 *Idem*, p. 129.

47 *Idem*, p. 131.

48 Trata-se do “Projeto de Lei n.º 554-B”.

49 CLOVIS DO COUTO E SILVA, *op. cit.*

medidas, os diversos sistemas com raiz romano-germânica, entre polaridades sempre presentes — de um lado, a necessidade de certeza jurídica, de outro, a busca de soluções afinadas à mutabilidade do tempo e das circunstâncias.

Já no século XII a atividade jurídica buscou, na *interpretatio*, a função hoje atribuída às cláusulas gerais. Como bem observou MÁRIO REIS MARQUES, os juristas daquela época, baseados “na compreensão da *aequitas* enquanto elemento atuante do *jus*”, longe de ficarem restritos à “compreensão de uma vontade através da sua expressão” — como ainda ocorre atualmente — entendiam que a sua própria atividade era um “conhecer para agir”, e, por isto, “ao invés de ficarem hipnotizados pela vontade do legislador, desenvolveram-na e a adaptaram, introduzindo no sistema jurídico novas idéias e novos conceitos”⁵⁰.

O que se quer, nos nossos dias, são soluções de plasticidade similar: o Código central deve permitir a integração do que está em suas margens, disperso em leis extravagantes ou “microsistemas”, o que é possível através das cláusulas gerais. Na perspectiva de um sistema aberto, a própria noção de Código muda — uma vez que não mais se quer abarcar, em seu *corpus*, a totalidade do direito — atuando aí as cláusulas gerais como elemento ao mesmo tempo unificador e vivificador dos ordenamentos.

50 MÁRIO REIS MARQUES, *op. cit.*, p. 8.

5. *Bibliografia*

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Contrato: novas perspectivas*. Porto Alegre, 1987, datilog.

———. “Interpretação”. *Rev. AJURIS*, v. 45, p. 7.

ARNAUD, André-Jean. *Les Origines Doctrinales du Code Civil Français*. Paris.

BARBOSA MOREIRA, J. C. “Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados”. In *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Orlando Gomes*. São Paulo, 1979, p. 605.

BIANCA, Massimo. “La Nozioni di Buona Fede Quale Regola di Comportamento Contrattuale”. *Riv. Dir. Civ.* n° 3, 1983, 206.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Trad. de Eneas Mangano, Rio de Janeiro, 1966.

BRUTTI, Massimo. “Antiformalismo e Storia del Diritto — Appunti in memoria di Ricardo Orestano”. In *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, v. 18 (1989), pp. 675 a 728.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa, 1989.

CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit*. Paris, 1983.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O Papel do Jurista no nosso Tempo*. BDUC, vol. LXIV, 1968, p. 83.

- CHAVES BARCELLOS, Maria Angélica C. *A Boa-Fé*. Porto Alegre, 1987, datilog.
- CLAVERO, Bartolomé. "Codificación y Constitución: Paradigmas de um Binómio". In *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, vol. 18 (1989), pp. 79 a 145.
- COUTO E SILVA, Almiro. "Princípios da legalidade da Administração e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo". RDP, v. 84, p. 46.
- . "Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Decorrentes do Planejamento". RDP, v. 63, p. 68.
- COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. *O Princípio da Boa-Fé e as Condições Gerais dos Negócios*. Porto Alegre, 1988, datilog.
- . "A Companhia Siderúrgica Mannesmann". Parecer in RCGE, v. 13, Porto Alegre, 1975, p. 207.
- . "A Base do Negócio Jurídico". In RT, vol., Porto Alegre, 1990.
- . "O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português, In *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, São Paulo, 1980.
- . *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*. Reprod. Datilográfica do texto preparado ao Curso da Faculdade de Direito e Ciências Políticas de St. Maur (Paris XII) 1988.
- . Miguel Reale, Civilista. Inédito.
- . *A Obrigação como Processo*. São Paulo, 1976.
- CORNU, Gérard. *Clause Résolutive Expresse et Obligation de Bonne Foi*. RTD Civ., 1977, v. 2, p. 340.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho, Lisboa, 2ª ed.
- . *Les Caracteres Originaux de la Pensée Juridique Anglaise et Américaine*. APD, nº 15, p. 1.
- DAWSON, John. *The General Clauses, Viewed from a Distance*. In *Rebels Zeitschrift für ausl. u. Intern. Privatrecht*, Heft 3.
- DE LOS MOZOS, Jose Luis. *Derecho Civil: Método, Sistemas y Categorías Jurídicas*. Madrid, 1988.
- DURAND, Paul. *La Connaissance du Phénomene Juridique et les Tâches de la Doctrine Moderne du Droit Privé*. Dalloz, 1956, Chron p. 73.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de J. Batista Machado, Lisboa, 3ª ed.
- ESSIER, J. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho*. Madrid, 1956.
- FALZEA, Angelo. "Sistema Culturale e Sistema Giuridico". *Rev. Dir. Civ.*, 1988, Parte Prima.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O Direito Privado como uma Geschos-senheit: o Direito Privado como Sistema Aberto*. Porto Alegre, 1988, datilog.
- . *Dever de Informar do Fabricante*. Porto Alegre, 1989, datilog.
- . "A Quebra Positiva do Contrato". *Revista AJURIS* vol. 44, p.

- FREITAS, Oswaldo. "Linhas Gerais do Novo Código Civil Português". In RFDU, vol. 2, n. 2, 1972.
- GARRIDO, Roque e ANDORNO, Luis. *Reformas al Código Civil*. Buenos Aires, 2ª ed., 1971.
- GILISSEN, John. *Introdução à História do Direito*. Trad. portuguesa de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, Lisboa, 1986.
- GIORDANI, Michele. "La Morte del Codice Ottocentesco". *Rev. Dir. Civ.*, 1980, 1, p. 52.
- GOMES, Orlando. "Raízes Históricas e Sociológicas do CCB". *Revista AJURIS*, vol. 9, p. 5.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceito e Normas Jurídicas*. São Paulo, 1988.
- DRIDEL, Jean Pierre. *Remarques de Principe sur l'Article 35 de la Loi nº 78-23 du 10 janvier 1978 Relatif à la Prohibition des Clauses Abusives*. Dalloz, 1984, Chron XXV, p. 153.
- GUERREIRO, José Alexandre T. "A Boa-Fé nas Negociações Preliminares". In *Rev. Dir. Civ.*, vol. 16, p. 48.
- HASSEMER, Winfried. "O Sistema do Direito e a Codificação; a Vinculação do Juiz à Lei". In *Estudos de Direito Alemão*, Porto Alegre, 1985.
- KOSCHACKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Madrid, 1955.
- LARENZ, Karl. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Tradução de Luiz Díez Picazo, Madrid, 1985.
- . *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de Souza e Brito e Veloso, Lisboa, 1969.
- . *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Trad. de Carlos F. Rodrigues, Madrid, 1956.
- . *Derecho de Obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz, Madrid, 1959, 2ª ed.
- LOSANO, Mario G. *I Grandi Sistemi Giuridici. Introduzioni ai diritti europei ed extraeuropei*. Torino, 1978.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. II, trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro, 1985.
- MARQUES, Mário Reis. *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal*. BFDUC, Sepl. XXIX, 1987, pp. 1 a 25b.
- MASPETIOL, Roland. *Garantie du Droit et Dynamisme Social*. APD n.º 1-2, p. 200.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio e ROCHA, Manoel André da. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra, 1984, 2 vols.
- MICKLITH, Hans. "La Loi Allemande Relative au Régime Juridique des Conditions Générales des Contrats du 9 Décembre 1976: Bilan de Onze Années d'Aplication". In *RIDC* n.º 1, 1989, p. 101.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte Geral do Projeto do Código Civil Brasileiro*. São Paulo, 1986.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra, 1988.
- PEREIRA DA SILVA, Alzira. "A Função da Parte Geral do Código Civil". In *Rev. Dir. Civ.*, v. 16, 1988.
- REALE, Miguel. *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo, 1978.
- RECASENS-SICHES, Luiz. *Panorama del Pensamiento Jurídico en Siglo XX*. México, 1963.

- REHBINDER, Manfred. "Il Senso del Giusto". *Riv. Dir. Civ.*, 1983, Parte Prima, p. 1.
- REZZÓNICO, Juan C. "La Calificación e Integración del Contrato". In *Contratos*, Buenos Aires, 1989, p. 57.
- SACCO, Rodolfo. "Codificare: Modo Superato di Legiferare? In *Riv. Dir. Civ.*, Anno XXIX, 1983, Parte Prima.
- SALDANHA, Nelson. "Teoria Constitucional e Pensamento Jurídico-Privado Contemporâneo. RDP, v. 59/60, p. 99.
- . "L'Historicité du Droit et les Valeurs Juridiques". In *Filosofia Oggi*, 1985, 4, p. 852.
- . "Ciência do Direito e Conhecimento Histórico". In *Velha e Nova Ciência do Direito*. Recife, 1974, p. 31.
- SALVADOR, Manuel. *Tercetos e os Efeitos dos Atos dos Contratos; a Boa-Fé nos Contratos*. Lisboa, 1962.
- SANTORO-PASSARELI, Francesco. "Note Conclusiva: il Codice e il Mantenimento di Valori Essenziali". *Riv. Dir. Civ.*, 1980, 1, p. 85.
- SCARPELLI, Umberto. *Dalla Lege al Codice, dal Codice ai Principi*. RFil., vol. LXXVII nº 1, p. 3.
- SCHMIDT, Joana. *La Sanction de la Faute Précontractuelle*. RT D. Civ., 1986, nº 50, p. 72.
- SCHLESINGER, Piero. "Il Tramonto del Codice Civile". *Riv. Dir. Civ.*, 1980, 1, p. 80.
- SCHWAB, Dieter. "Liberdade Contratual e Formação de Contratos *ex vi legis*". Rev. *AJURIS*, v. 39, p. 16.
- . "Validade e Controle das Condições de Negócios". Rev. *AJURIS*, v. 41, p. 7.
- SIDOU, Othon. "A Reformulação do Código Civil Brasileiro". In *RFDU*, v. 15, n. 112, 1986.
- SOURIOUX, Jean Louis. "Source du Droit en Droit Privé". In *APD*, Tome 27, Paris, 1982.
- STIGLITZ, Ruben. "Contenido del Contrato". In *Contratos*, Buenos Aires, 1989, p. 149.
- TANCELIN, Maurice. *La Justice Contractuelle: Expériences et Perspectives au Québec*. RIDC, 1978, p. 1009.
- THOMANN, Marcel. *Histoire de l'Idéologie Juridique du XVIII Siècle: ou le Droit Pristonnier des Mots*. APD, 1974.
- . *Un Modèle de Rationalité Idéologique: le "Rationalisme" des Lumières*. APD, 1978.
- VALADÃO, Haroldo. "O Código Civil Brasileiro e sua Reforma, Estrutura e Sistemática; Códigos Multiplicados, Especiais e Autônomos. In *RFDU*, v. 7, n. 1, 1978.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*. Ed. Taurus, Madrid, 1964.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespânia, Lisboa, 1980.
- . *El Principio General de la Buena Fé*. Trad. de José Luis Carro. Madrid, 1982.

Presidencialismo e Parlamentarismo

ZENO VELOSO

Professor de Direito Civil da Universidade Federal do Pará — UFPa, e da União das Escolas Superiores do Estado do Pará — UNESPA. Deputado Estadual

S U M A R I O

1. *Sistemas de governo — definição — tipos — Sistema convencional.* 2. *Presidencialismo — origem histórica — definição.* 3. *Crítica ao presidencialismo.* 4. *Parlamentarismo — origem histórica — definição — características — subtipos — vantagens do sistema.* 5. *Parlamentarismo e eleição do Chefe de Estado.* 6. *Coexistência possível do parlamentarismo e regime federativo — Parlamentarismo nos Estados-Membros.* 7. *Parlamentarismo e Municípios.* 8. *Parlamentarismo e reforma eleitoral.* 9. *Conclusão.*

1. Diferentemente da ditadura, em que o tirano se apossa do poder pela força e nele se mantém, e das monarquias tradicionais, em que a autoridade dos reis se dizia derivar da própria divindade e se perpetuava hereditariamente, o *regime representativo* é aquele que melhor viabiliza a democracia, na medida em que o povo governa através dos agentes políticos que escolhe e elege.

Há várias formas ou modalidades do governo representativo. A elas chamamos *sistemas de governo*, que, na lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, “são técnicas que regem as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo no exercício das funções governamentais. O modo como se estabelece esse relacionamento, de sorte a preponderar maior independência ou maior colaboração entre eles, ou a combinação de ambos numa assembléia, dá origem aos três sistemas básicos: o presidencial (presidencialismo, que é o sistema de governo da União e do Brasil), o parlamentar (parlamentarismo) e o convencional (de assembléia)”.¹

O sistema convencional foi utilizado, pioneiramente, na França, com a *Convenção*, e por força da Constituição de 24 de junho de 1793. Nele,

1 JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª ed., RT, S. P., 1990, p. 436.

o executivo é plural, daí ser chamado, também, sistema colegial, ou, como queria BURDEAU, *gouvernement d'assemblée*, sendo conhecido, ainda, como sistema diretorial. Caracteriza-se pelo exercício do Poder Executivo por um grupo ou comissão de cidadãos. Seguem este sistema a URSS, Polônia, Hungria e Suíça. Nesta, o Poder Executivo é exercido pelo *Bundesrat* (Conselho Federal), com sete membros, cujas decisões são tomadas por maioria de votos, prestando contas ao Parlamento, que é competente para modificar ou desfazer as suas resoluções. Este sistema elimina o personalismo, mas o executivo plural prejudica a administração, que fica dividida por várias pessoas. Seu sucesso na República Helvética se deve a conhecidas razões históricas, ponderando Machado Paupério que ele se tornou possível na Suíça, sobretudo, dadas as condições peculiares desse país admirável, onde um povo, ordeiro e trabalhador, devotado às atividades agrícolas e industriais, não conhece a miséria nem o analfabetismo². Observa ADERSON DE MENEZES que o regime diretorial já foi empregado no Uruguai, experimentado depois da guerra 1914-1918 e após a guerra 1939-1945, terminando com a Constituição de 1966³.

Não obstante, os sistemas de governo principais e predominantes são o *presidencialismo* e o *parlamentarismo*.

2. O presidencialismo é uma criação do gênio político norte-americano. Foi a opção que os congressistas de Filadélfia corporificaram na bicentenária Constituição de 17 de setembro de 1787 e os estudiosos assinalam que o sistema, em sua origem, pode ser encarado como uma adaptação da monarquia ao regime republicano, apontando PAULO BONAVIDES que é admissível situá-lo, historicamente, como desdobramento algo consciente da experiência constitucional britânica, já assentada sobre os moldes do governo parlamentar, e que recebeu em terras do Novo Mundo retoques e modificações básicas, impostas pela ambiência americana, até configurar-se numa categoria nova e autônoma de organização do poder político⁴.

Podemos definir o presidencialismo como um sistema de governo, típico das repúblicas, no qual prevalece o princípio da divisão de poderes independentes e autônomos, embora harmônicos, em que o presidente é eleito pelo povo, direta ou indiretamente, exercendo as funções de Chefe de Governo e Chefe de Estado, concentrando-se todo o Poder Executivo na sua pessoa, sem qualquer responsabilidade política perante o Congresso, de cuja confiança não depende.

3. Dentre as críticas que tem recebido o presidencialismo, pode-se destacar a de que ele enseja uma hipertrofia do Poder Executivo, impede a formação de uma opinião pública independente e consciente, valoriza o

2 A. MACHADO PAUPERIO, *Presidencialismo, Parlamentarismo e Governo Colegial*, Forense, Rio, 1956, p. 107.

3 ADERSON DE MENEZES, *Teoria Geral do Estado*, 3ª ed., Forense, Rio, 1972, p. 287.

4 PAULO BONAVIDES, *Ciência Política*, 5ª ed., Forense, Rio, 1983, p. 868.

homem — e nem sempre os melhores —, colocando em plano secundário os programas ou as idéias, obstaculizando a formação e o desenvolvimento de partidos políticos nacionais, com autêntica base ideológica, ou, ao menos, doutrinária. Aí reside uma diferença notável entre os dois principais sistemas de governo: no presidencialismo prevalece o carisma pessoal, a escolha plebiscitária e se vota nos homens; no parlamentarismo, predominam as idéias e opiniões, votando-se em partidos.

Realmente, a contradição fundamental do presidencialismo é que ele só tem sentido se existir um executivo forte e estável, criando-se, em decorrência das graves e extensas atribuições do cargo, uma liderança forte, concentradora, personalizada, que pode descambar, mais facilmente, para o autoritarismo, quando não para a ditadura, pura e simplesmente. Na América Latina, lamentamos dizer, o presidencialismo tem sido uma forma de “ditadura legal”. Na lição de RUI BARBOSA, no Presidente se encarna “o poder dos poderes, o grande eleitor, o grande nomeador, o poder da bolsa, o poder dos negócios, o poder da força”. Registre-se que as convicções presidencialistas de RUI BARBOSA foram, com o tempo, abaladas, bastando ler o excelente estudo do Ministro PAULO BROSSARD (“Presidencialismo e Parlamentarismo na ideologia de RUI BARBOSA”, 1949, in *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, v. I). Ainda sobre o poder que concentra e na mesma linha de raciocínio, PONTES DE MIRANDA declarou que “o Presidente da República no Brasil é um monarca a curta duração”.

O famoso cientista político AREND LIJPHART, professor da Universidade da Califórnia, no seu livro *Democracies* (New Haven, Yale University Press., 1984), analisando países com governo democrático ininterrupto após o fim da Segunda Guerra Mundial, encontrou só um caso bem claro de presidencialismo, o dos Estados Unidos, e dois ambíguos: o da V República francesa e o da Finlândia.

De fato, pela aglomeração e condensação de poderes que enseja, a rigidez e o imobilismo que gera, é quase impossível conciliar o presidencialismo com a normalidade democrático-constitucional. Ninguém pode negar que a instabilidade política é a marca constante da grande maioria dos países presidencialistas, e todos eles — com a clássica exceção dos Estados Unidos — têm sentido o peso de quebras institucionais, de intervenções militares, de crises constantes (especialmente nas épocas de sucessão presidencial), de experiências antidemocráticas lastimáveis. Daí, a conclusão isenta de MAURICE DUVERGER:

“En Amérique Latine, où les régimes politiques imitent généralement le système des USA, le régime présidentiel tend à se déformer: le Président domine le Parlement et l'on aboutit à une semi-dictature (régime intermédiaire entre la dictature proprement dite et le système démocratique).”⁵

5 MAURICE DUVERGER, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 3ª ed., Paris, 1968, p. 181.

Falando nos Estados Unidos, quando se menciona o presidencialismo, todos os olhos se voltam para aquela grande nação, enxergando a estabilidade e excelência do sistema, naquele país. No entanto, é preciso ponderar: WOODROW WILSON, não apenas Presidente dos Estados Unidos por dois quadriênios, mas, também, com a autoridade de mestre universitário em Princeton, afirmou que o presidencialismo norte-americano é um "governo congressional". Isto sem falar no grande prestígio e na imensa autoridade da Suprema Corte, que, interpretando e "construindo" a Constituição norte-americana, tem, nos dois últimos séculos, definido as questões mais altas e significativas da sociedade, principalmente as que afetam os direitos e a liberdade dos cidadãos.

No Brasil, o quadro é desolador. O sistema, entre nós, nem mesmo tem sido presidencialista, mas hiperpresidencialista, e o que se vê, na prática, é o caudilhismo incontrolável. Em décadas de história, em um século de experiência, o presidencialismo conseguiu produzir alguns hiatos de democracia e longos períodos de autoritarismo, ciclos intermináveis de quebras institucionais e ditaduras de triste memória. O Movimento Parlamentarista Monárquico, que tem como arauto, na Câmara dos Deputados, o Deputado CUNHA BUENO, embora querendo retratar e estigmatizar a República, oferece uma avaliação que se aplica ao presidencialismo. Desde 15 de novembro de 1889, nossa história foi marcada — e maculada — por 12 estados de sítio, 17 atos institucionais, 6 dissoluções do Congresso Nacional, 19 rebeliões militares, 2 renúncias presidenciais, 3 presidentes impedidos de tomar posse, 4 presidentes depostos, 7 Constituições diferentes, 2 longos períodos ditatoriais, 9 governos autoritários, e um sem-número de cassações, banimentos, exílios, intervenções nos sindicatos e Universidades, censura à imprensa etc.

A primeira voz que se levantou contra o presidencialismo, no Brasil, foi a de SYLVIO ROMERO. Na série de cartas que escreveu a RUI BARBOSA, reunidas, depois, num pequeno-grande livro, reeditado pelo Senado Federal em 1979, o lúcido pensador sergipano iniciou a campanha parlamentarista no país. Isto em 1893, dizendo ele que a teoria do parlamentarismo sentiu, por fim, força e estímulos para sair do retraimento a que se condenara, "diante dos erros, dos quase irremediáveis desatinos do governo presidencial, que nos tem desbaratado em três anos de terríveis loucuras". Há quase cem anos, ROMERO apresentou o que considerava os defeitos principais do regime presidencial: "é chegado ao militarismo, especialmente entre nós, e é muito jeitoso para o manter indefinidamente"; "é uma espécie de ditadura, nomeadamente entre os povos latinos da América, tendo todos os vícios desta modalidade de moléstia política"; "por uma péssima compreensão da divisão e harmonia dos poderes públicos, não tem a maleabilidade, o elastério indispensável ao jogo político da democracia moderna, tornando-se um viveiro de revoluções armadas das quais as repúblicas americanas oferecem exemplos diários, já inumeráveis, e de que o nosso Brasil já conta tristíssimos casos"; "acumula abusos in-

contrastáveis pela irresponsabilidade e indiscussão em que se acha abroquelado”; “tira a força e o prestígio ao poder legislativo, e ao mesmo tempo a respeitabilidade ao executivo”; “por falta de cenário, de discussão, de luta de idéias, é um regime apropriado a elevar e manter no poder indivíduos medíocres, apenas hábeis em curvar a espinha aos caprichos do presidente”; “sofre de todos os vícios, e até mais agravados, dos manejos eleitorais, sem as suas vantagens”.⁶

Estas e muitas outras objeções ao presidencialismo nem parece que foram escritas em 1893. Podiam, muito bem, ser redigidas aqui e agora, no limiar do terceiro milênio. Até porque SYLVIO ROMERO ferreteou, também, o desrespeito diário pela lei, o fato de a Constituição ser rasgada, acintosamente, a toda hora, o desembaraço em intervir na vida interna dos Estados, a corrupção, os escândalos eleitorais, e, atentem bem para isto: “as reformas bancárias, extralegais, quando no parlamento discutia-se o assunto”, o que representa um “puxão de orelha”, com um século de antecedência, na ex-ministra da Economia, d. ZELIA, e no Plano Collor.

No início da República, o Brasil numa estrutura semi-feudal, social, cultural e economicamente atrasado, sobrevivendo, a duras penas, com a agricultura cafeeira, o Presidente era o imperador sem coroa, o patriarca-mor, o feitor, o padrinho. O Brasil mudou, é uma das dez maiores economias do mundo, passou, sem dúvida, por grandes transformações e o Presidente da República, em plena década de 90, continua sendo, neste nosso país, o feitor, o padrinho, o patriarca-mor, o monarca sem coroa, embora pródigo em medalhas, faixas, condecorações, insígnias e outros mil pen-duricalhos que ele coloca no fraque como sinal exterior de seu babilônico poder.

Nossos constituintes não conseguiram superar o velho encanto presidencialista, a tradição impregnada em nossos costumes, e a Constituição de 1988 que, deliberadamente, pretendia limitar os poderes do Presidente e acentuar a participação do Poder Legislativo na vida nacional, conferiu tão amplas e importantes atribuições privativas ao chefe do Poder Executivo, que ele emerge como o órgão supremo do Estado. Basta analisar a enumeração — que é exemplificativa! — do art. 84 da Carta Magna em vigor. O Professor INOCÊNCIO MARTIRES COELHO, com a autoridade de ex-Procurador-Geral da República e a responsabilidade de atual Consultor Jurídico do Ministério da Justiça, em conferência pronunciada no dia 25-6-91, na Assembléia Legislativa do Pará, observou que, se compararmos os dois textos, o da anterior e o da atual Constituição, verificaremos que, em termos de processo legislativo, alterações significativas foram introduzidas na distribuição dos poderes entre o Congresso Nacional e o Presidente da República, mas, “apesar disso, continua o Chefe do Executivo a ter primazia na produção normativa”.

⁶ SYLVIO ROMERO, *Parlamentarismo e Presidencialismo*, Brasília, Senado Federal, 1979, p. 10.

A exacerbação personalista tem sido a marca inconfundível do presidencialismo brasileiro. A onipotência presidencial é, sem dúvida, um dos principais males do sistema, e do qual decorrem anomalias, excessos, distorções. Mas não é atributo necessário, corolário inarredável dele. O cesarismo presidencial não é indicação de um modelo político, mas o resultado tenebroso de uma prática política equivocada, a deficiência e má utilização do sistema de freios e contrapesos, o reflexo de um generalizado subdesenvolvimento cultural, o retrato de uma vocação plebiscitária e populista, o efeito de um dissídio entre a sociedade e o poder. Embora adiantemos nossa opinião pessoal de que o parlamentarismo é o sistema que pode oferecer melhores opções para o desenvolvimento político, econômico e social, para as reformas e mudanças de que tanto precisa o povo brasileiro, não seria científico afirmar-se que o presidencialismo é, em si, mau, e que o outro sistema é, por si, bom. Afastemos este ultrapassado maniqueísmo, que é secretário, ilusório. NESTOR SAGÜES, professor de direito constitucional da Universidade Nacional de Buenos Aires, em memorável conferência que fez em outubro de 1989, na cidade de Porto Alegre, acentuou que por trás de toda essa *mitologia parlamentarista* existe uma importante dose de fantasia constitucional, que em última análise opera como mecanismo de evasão da realidade política, concluindo: "Así, se supone que derrubando al presidencialismo, todo, o lo principal, quedará resuelto". Ademais, embora seja opinião comum a de que o presidencialismo latino-americano tem sido um caminho franco e aberto para a implantação de regimes fortes e despóticos, deste mal não está infenso o parlamentarismo. Muitas ditaduras — e, talvez, as mais cruéis e desumanas deste século — nasceram em consequência da decomposição de sistemas parlamentares, bastando lembrar as figuras medonhas de FRANCO, MUSSOLINI, HITLER, e o pavoroso legado que deixaram. Quanto ao progresso social, bem-estar, desenvolvimento econômico, alguém incluiria no primeiro mundo as repúblicas parlamentaristas da Índia ou de Bangladesh?...

4. Enquanto o presidencialismo foi criado, como construção teórica, pelos norte-americanos e introduzido na Constituição de 1787, o parlamentarismo é o somatório de uma longa experiência política. Não foi inventado de repente. Não surgiu em decorrência de determinado evento. Representa uma lenta mas segura evolução das instituições britânicas, sendo o resultado de um processo laborioso e profícuo da história da Inglaterra. GEORGES BURDEAU, a este respeito, testemunha:

"Le parlementarisme n'est pas le résultat d'une spéculation théorique, c'est un produit de l'histoire. Il importe donc de rappeier les circonstances dans lesquelles il s'est formé".⁷

O parlamentarismo é um sistema de governo em que há a mútua dependência entre os poderes Legislativo e Executivo. O Governo é exercido por um Gabinete, um Conselho, à frente do qual está o Primeiro-

⁷ GEORGES BURDEAU, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 6ª ed., Paris, 1952, p. 99.

Ministro. O Poder Executivo é responsável perante o Parlamento e pode cair se receber um voto de desconfiança deste. Por sua vez, o Poder Executivo tem a faculdade de dissolver o Parlamento e convocar novas eleições. O Chefe do Governo partilha a direção executiva com o Chefe de Estado (Rei, Presidente da República), exercendo este, geralmente, um poder reflexivo e moderador e sendo politicamente irresponsável perante o Legislativo.

Temos, então, no parlamentarismo, a fusão e a combinação dos dois poderes — o Executivo e o Legislativo —, ao passo que no presidencialismo estes poderes são separados e independentes. Para LEÓN DUGUIT, o parlamentarismo:

“repose essentiellement sur l'égalité des deux organes de l'Etat, le Parlement et le Gouvernement, sur leur intime collaboration à toute l'activité de l'Etat et sur l'action qu'ils exercent l'un sur l'autre dans le but de se limiter réciproquement.”⁸

Observe-se, entretanto, que não há um modelo único ou universal de sistema parlamentar. O Governo de Gabinete oferece muitas variações técnicas, fórmulas alternativas, subtipos diversos.

Para citar apenas algumas diferenças, há países em que o Chefe de Estado é um rei, que recebe esta função hereditariamente. Noutros, o Chefe de Estado é indicado pelo Parlamento. E em alguns, ainda, o Chefe de Estado é eleito por sufrágio universal e direto (parlamentarismo misto). Há casos em que o Presidente da República nomeia o *Premier* (França) e, diferentemente, em que o Primeiro-Ministro é escolhido pelo próprio Parlamento (Alemanha), dentro ou fora de suas fileiras, o que representa nova distinção. Na Holanda e na Noruega, por exemplo, os ministros podem ser recrutados fora do Parlamento.

Isto levou ADERSON DE MENEZES a observar que o parlamentarismo apresenta variantes em que nem sempre são mantidos os contornos originais da concepção inglesa, contingência que levou a ciência política a separar dois tipos: o parlamentarismo clássico e o parlamentarismo moderno.⁹ Os princípios do sistema parlamentar, então, são *flexíveis*, suas regras são cambiantes, adaptáveis a cada povo, a cada momento histórico, o que demonstra sua vitalidade.

Quanto ao exercício efetivo do poder e a divisão das quotas entre o Chefe de Governo (Primeiro-Ministro, *Premier*, *Chanceler*) e o Chefe de Estado (Rei, Presidente da República), vamos utilizar as três opções que Sagües oferece: a) o *Premier “grande”*, ou *maxi-premier*, ao estilo da Itália ou Espanha, por exemplo. Do Poder Executivo, talvez lhe toquem uns 80%, ou mais, de suas competências. Os 20% restantes se deixam ao Chefe de Estado; b) o *Premier “médio”*, com atribuições cujo peso político equivale, aproximadamente, às do Chefe de Estado (modelo francês de 1958,

8 LEÓN DUGUIT, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 3ª ed., Paris, 1918, p. 192.

9 ADERSON DE MENEZES, *ob. cit.*, p. 296.

da "diarquia"). Neste caso, o *Premier* e o Presidente possuem, cada um, em torno de 50% do capital político de um executivo presidencialista; c) o *Premier pequeno*, ou *mini-premier*, como o peruano, em que sua quota de autoridade é reduzida (uns 20%) das competências do Poder Executivo. O Presidente detém 80% delas.

Não tenhamos dúvida em afirmar que o parlamentarismo é o caminho da civilização, o modelo governamental do futuro. Mesmo agora, este sistema é utilizado na imensa maioria das nações desenvolvidas do planeta: Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Alemanha, Islândia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Suécia, Reino-Unido, Portugal. Foi deixado de fora a França, cujo sistema, a nosso ver, é semipresidencial.

Nas democracias modernas, não há quem possa negar ou minimizar a tendência da adoção do parlamentarismo. Fazendo o que chamou "valorização crítica do presidencialismo brasileiro", PINTO FERREIRA conclui:

"No cotejo sociológico e jurídico dos sistemas políticos, deve se reconhecer, alto e bom som, que o sistema presidencial tem defeitos evidentes, sendo de fato preferível o governo parlamentar. Dizia a respeito Joaquim Nabuco que o regime parlamentar é um relógio que marca os minutos da opinião pública, e não somente as horas, como o governo presidencial."¹⁰

Creemos que as necessidades políticas, sociais e econômicas do país serão melhor alcançadas pelo parlamentarismo, sem que com isto estejamos admitindo que este sistema é uma panacéia, um remédio milagroso, a solução mágica para todos os males. Achamos, todavia, que o sistema mais compatível com a democracia, até porque enseja a formação de uma opinião pública independente e consciente; valoriza os programas e as idéias, não apenas o homem, em si; proporciona a criação de quadros burocráticos estáveis e estruturados profissionalmente; motiva a formação de partidos políticos nacionais, fortes e representativos, com autêntica base ideológica, ou, ao menos, doutrinária. O parlamentarismo oferece maior flexibilidade no processo de transição e consolidação do regime democrático. É um modelo político versátil, apresenta grande mobilidade, com mecanismos eficientes não só para resolver, como para prevenir crises. Aliás, neste sistema, consegue-se evitar que as crises de governo se transformem em crises do regime. Isto tudo sem olvidar a sábia lição de Miguel Reale, no sentido de que a idéia parlamentar não é, apenas por si, uma solução para os nossos problemas fundamentais. O parlamentarismo, como todo sistema de governo, é mero *instrumento de ação*, dependente da honestidade de propósitos dos que o empregam.¹¹

10 PINTO FERREIRA, *Teoria Geral do Estado*, 2ª ed., José Konfino, Rio, 1957, t. II, n. 227, p. 162.

11 MIGUEL REALE, *Parlamentarismo Brasileiro*, 2ª ed., Saraiva, S. P., 1962, p. X.

Se chegarmos a adotar o parlamentarismo, o que se não pode admitir é a importação, pura e simples, de um modelo, querendo aplicá-lo, a todo o custo, no país. Nosso parlamentarismo tem de ser *brasileiro*, adaptado ao espírito, à cultura, à índole de nosso povo, às condições de nossa civilização. Tendo o cuidado, a maturidade e o bom senso de evitar fórmulas que misturem de tal maneira os elementos, que confundam de tal modo os ingredientes que o resultado, para usar a imagem que utilizou AFONSO ARINOS, será uma espécie de centauro ou de sereia, um ser misto e impossível, metade gente, metade bicho.

Há um mínimo, entretanto — a nosso ver —, a ser exigido: o ponto capital do parlamentarismo é a responsabilidade do Ministério, individual e coletivamente, perante a Câmara dos Deputados. Duverger assinala que, de todos os elementos complexos que constituem o sistema parlamentar, o essencial é a responsabilidade política coletiva do governo perante o Parlamento.¹² A isto deve corresponder, até por uma questão de equilíbrio, a possibilidade de dissolução da Câmara, decidindo, afinal, o povo. Sem a possibilidade de dissolução da Câmara não se pode falar de parlamentarismo. Seria uma contrafação.

5. Também pensamos — e muitos acharão que é uma audácia, não ser possível a coexistência de um parlamentarismo bem estruturado e estável com a eleição direta do Chefe de Estado, do Presidente da República. Sabemos que a Constituição alemã de 1919 estabeleceu a eleição direta do Presidente da República. Inspirada por dois professores universitários, HUGO PREUSS e MAX WEBER, a Constituição de Weimar estabeleceu na Alemanha um sistema presidencial-parlamentar. Nela abeberou-se a Constituição da V República, da França, de 1958, que, fugindo do parlamentarismo clássico, admite, também, a eleição direta do Presidente da República. Também na Áustria e em Portugal o Presidente é eleito por sufrágio universal e direto. Cremos, porém, que a experiência seria desastrosa no Brasil, dadas as nossas peculiaridades e o longo hábito personalista de nossas instituições presidencialistas-imperiais e seus protagonistas. Compartilhamos do parecer de EDUARDO CARRION, para quem

“Esta modalidade de indicação do Presidente representa uma infração à lógica do regime parlamentarista, tendo como efeito uma tendência ao fortalecimento do Executivo, agora também representante da soberania popular, em detrimento do Legislativo, e, dentro do Executivo, ao fortalecimento do Chefe de Estado em detrimento do Chefe de Governo. Os poderes formais do Presidente passam assim a ser, com o voto popular, poderes reais, inclusive a prerrogativa de dissolução do Parlamento, característica do parlamentarismo.”¹³

12 MAURICE DUVERGER, *ob. cit.*, p. 191.

13 EDUARDO K. M. CARRION, “Parlamentarismo ou democracia?”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, 1984, n. 82, p. 50.

BOLÍVAR LAMOUNIER anota que tanto a Comissão Afonso Arinos (1985-1986) quanto o Congresso Constituinte (1987-1988) apresentaram propostas parlamentaristas mais próximas ao modelo francês, informando o autor que algumas dificuldades desse modelo têm sido frequentemente apontadas, mencionando:

“Diluir ou despersonalizar a energia plebiscitária captada por um presidente eleito diretamente pode não ser fácil. Um presidente com muita vontade de poder será tentado a usar esse capital político para competir com o Primeiro-Ministro. Mesmo não tendo essa intenção, dificuldades econômicas podem levar o eleitorado a canalizar suas apreensões ou o seu descontentamento em direção a ele. Se esse presidente for o Comandante-em-Chefe das Forças Armadas e, pior, se tiver um papel constitucional explícito na formulação da política econômica, a natureza dupla do sistema pode transformar-se em fator de instabilidade.”¹⁴

Na realidade, como se admitir que um Chefe de Estado, um Presidente da República eleito diretamente pelo povo, e que obteve de 40 a 50 milhões de votos, aceite, somente, representar o país nas relações internacionais, simbolizar, apenas, a unidade social e política da nação, ou ter reduzidos poderes, escassas funções, limitada atuação executiva, enquanto as tarefas de governo, o exercício real do poder, as grandes responsabilidades e ações administrativas ficam confiadas ao Chefe de Governo, integrante do Gabinete, e que, por exemplo, pode ser um deputado que foi eleito com apenas 20, 30 ou 40 mil votos?

6. Outra questão temos de enfrentar: muitos apontam uma natural correspondência entre federalismo e presidencialismo e uma insuperável incompatibilidade entre o regime federativo e o sistema parlamentar. Invoca-se a imensa autoridade de RUI BARBOSA que, na sua campanha civilista, com a “Plataforma”, lida no Teatro Politeama, em 1910, reafirmava a sua fé presidencialista, apesar dos percalços do sistema, porque não via possibilidade de coexistência entre federação e parlamentarismo. A esta tese aderiu AFONSO ARINOS que, em seu célebre parecer de 12 de maio de 1949, contra a emenda parlamentarista do deputado Raul Pilla, concluiu:

“O parlamentarismo é incompatível com o federalismo, tal como este é concebido, praticado e necessário no Brasil.”¹⁵

O mesmo entendimento foi externado por SAMPAIO DÓRIA.¹⁶

14 BOLÍVAR LAMOUNIER, *A Opção Parlamentarista*, Ed. Sumaré, S. P., 1991, p. 68.

15 AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, *Estudos de Direito Constitucional*, Forense, Rio, 1987, p. 110.

16 A. DE SAMPAIO DÓRIA, *Direito Constitucional*, 3ª ed., Cia. Ed. Nacional, S. P., 1963, t. I, p. 478.

Registre-se que AFONSO ARINOS mudou, radicalmente, de opinião. Presidencialista ferrenho, tornou-se parlamentarista ardoroso e um dos maiores defensores da implantação deste sistema no Brasil.

Na verdade, não há incompatibilidade ideológica ou histórica entre parlamentarismo (forma de governo) e federação (forma de Estado). Miguel Reale fornece-nos os argumentos definitivos em prol da possibilidade de tal coexistência, explicitando o mestre que quando RUI BARBOSA proferiu o tão explorado discurso, a situação do mundo era bem diversa da atual, não havendo diante de seus olhos as estruturas políticas federativas hoje em dia existentes,

“mas os presidencialistas inveterados, cegos e mudos ante as transformações ocorridas no cenário da política mundial, ruminam e resmungam a velha e aborrecida tese.”¹⁷

De fato, para citar apenas alguns, Alemanha, Canadá, Áustria, Austrália e Índia são Estados Federais que adotam sistema parlamentar de governo.

Achamos que, estabelecido o parlamentarismo no Brasil, o modelo deve ser *estendido aos Estados-Membros*. Isto não seria da natureza ou essência do sistema. Não consideramos princípio constitucional sensível a simetria de formas de governo (e a Constituição, se for o caso, pode ser emendada, prevendo a circunstância). Mas impor o governo de gabinete nos Estados, é um fator de segurança. Mantido o presidencialismo nos mesmos, todas as mazelas do poder personalista, autoritário e concentrador convergiriam para essas unidades federativas. Recrudesceria a nefasta “política dos governadores” e a reunião (ou o conluio) de três deles apenas, *mormente se forem de Estados populosos, com a vocação de tiranetes de suas plagas, a influência que teriam sobre os membros do Parlamento (de olho nas nomeações estaduais e na próxima eleição), poderia representar um sério risco para a manutenção do Gabinete e a estabilidade da própria instituição. Conservar o presidencialismo nos Estados-Membros — insistimos nisto — é perseverar no madonismo local, no clientelismo sem fronteiras, permanecer no terreno pantanoso da barganha, continuar com o fisiologismo, aplicar a máxima de que “é dando que se recebe”. Isto tudo, convivendo com o parlamentarismo a nível federal, não pode dar certo. Só pode ser, e fatalmente será, o caos.*

O Governo parlamentar nos Estados será exercido pelo Secretariado, à frente do qual estará o Primeiro-Secretário. O Secretariado terá de gozar da confiança da Assembléia Legislativa, cujos Deputados são eleitos pelo povo, em sufrágio universal e direto. A Assembléia escolherá, também, o Governador, que exercerá o poder moderador. Em suma: o parlamentarismo nos Estados deve ser disciplinado de forma semelhante ao que for instituído no âmbito federal, inclusive com as técnicas de atuação e *recíproca influência e ação do Secretariado e Assembléia Legislativa.*

¹⁷ MIGUEL REALE, *ob. cit.*, p. 71.

7. Não obstante, embora tridimensional o nosso federalismo, tendo os Municípios autonomia e competência bem nítidas e importantes, prevalece neles as questões administrativas e não os debates sobre diretrizes políticas que agitam as correntes mais vivas da opinião pública, como pondera — e como o acerto de sempre — MIGUEL REALE. Não vislumbramos a necessidade e conveniência de implantar-se o parlamentarismo em nossas comunas. Este sistema, sem dúvida, é mais complexo, sofisticado, poderia gerar perplexidade e confusão a nível municipal, em que avultam as questões administrativas, como já expusemos.

Entretanto, dada a grande autoridade do autor e nosso alto apreço pelo debate, devemos lembrar a opinião de PAULINO JACQUES, de que no Estado Federal — que é um “Estado de Estados”, no conceito clássico de BLUNTSCHLI — os Estados-Membros devem organizar-se à imagem da União, não podendo deixar de existir, nas unidades territoriais, os Estados-Membros e os Municípios, um só regime de governo, concluindo:

“não se compreende que haja governo parlamentar, no âmbito estadual e não exista na esfera municipal.¹⁸ A nosso ver, a descentralização que trouxe a Constituição de 1988, com o natural fortalecimento da autonomia dos Estados e dos Municípios, admite que as entidades federativas de menor extensão deixem de se espelhar na União, não estando, portanto, obrigadas — salvo quanto aos “princípios” — a copiar, servilmente, a sua imagem. A observação de MIGUEL REALE, escrita há quase três décadas, é de grande atualidade, e utilidade: “é de esperar-se que se não renove o erro, em que incorreu o próprio Supremo Tribunal, de exigir-se sempre um *paralelismo* entre a União, os Estados e os Municípios, nas estruturas político-administrativas, como se o critério de simetria fosse um princípio constitucional implícito. . .”¹⁹

8. Finalmente, não basta instituir o parlamentarismo. É necessário, absolutamente necessário, que se faça uma profunda reforma eleitoral. Deve ser adotado o sistema distrital misto, aplicando-se a votação proporcional e majoritária para a Câmara Federal e Assembléias Legislativas, sendo metade das cadeiras para cada tipo de votação. Como, por sinal, constava no Anteprojeto Constitucional da Comissão Afonso Arinos, art. 169:

“O sistema eleitoral será misto, elegendo-se metade da representação pelo critério majoritário, em distritos uninominais, concorrendo um candidato por partido, e metade através de listas partidárias.”

Temos de evitar, temos de coibir — com o máximo empenho, com toda energia — esta desenfreada proliferação de partidos políticos e aca-

18 PAULINO JACQUES, *O Governo Parlamentar e a Crise Brasileira*, Brasília, UnB, 1982, cap. XXV, p. 170.

19 MIGUEL REALE, *ob. cit.*, p. 108.

bar com as “legendas de aluguel”. Os partidos políticos, no Brasil, são meras siglas, junção de iniciais, “uma sopa de letras” (sem o sabor das sopas de letras).

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO cita o depoimento de Duverger, no sentido de que a multiplicidade partidária excessiva impede o funcionamento de qualquer regime onde a predominância caiba ao Legislativo, ou, ao menos, onde ao Legislativo caiba constituir e destituir o governo, como no parlamentarismo, apontando o mestre paulista que sendo a eleição presidencial necessariamente majoritária, impondo uma polarização das forças políticas, o presidencialismo sofre em grau menor os males do pluripartidarismo sem peias. Quanto ao parlamentarismo, a proliferação dos partidos acarretou a instabilidade dos gabinetes e daí a sua fraqueza, ponderando o autor:

“É observação corriqueira a de que, havendo muitos partidos, estes tendem a tornar-se de dimensões equivalentes, de onde decorre serem pequenos demais para governarem sozinhos. Só as coligações podem fundar o gabinete, mas são elas sempre frágeis, porque reúnem programas e interesses disparatados. Gabinetes instáveis, inseguros, são fracos, incapazes de enfrentar problemas políticos sérios.”²⁰

Permanece atual a lição de KELSEN, de que a democracia moderna repousa inteiramente nos partidos políticos. Mas partidos políticos dignos deste nome. Bem estruturados, com base ideológica ou doutrinária, com programa efetivo, cujos integrantes sejam submetidos ao princípio da fidelidade e que tenham representatividade. Na Alemanha, um partido para alcançar representação no *Bundestag* (Parlamento Federal) precisa obter, pelo menos, 5% dos votos, em âmbito nacional. Essa “cláusula de obstrução”, ou “barreira”, tem sido considerada alta pelos cientistas políticos. É aceitável, para o Brasil, a proposta apresentada pela Comissão Afonso Arinos: para acesso à representação na Câmara Federal, o partido precisa alcançar, ao menos, 3% da votação, a nível nacional, distribuídos em cinco Estados, pelo menos, com um mínimo de 2% em cada um deles.

O fortalecimento de nossos partidos políticos depende dessa reforma. O sistema distrital — conforme mostramos acima possibilita maior fiscalização, ligação mais direta do parlamentar com as bases eleitorais, dificulta a atuação deletéria do poder econômico, do poder político, e é um embaraço — a dizermos o mínimo — para a corrupção eleitoral, que, com fúria assassina, atuou, impunemente, no último pleito.

9. Na Assembléia Nacional Constituinte, todas as pesquisas sinalizavam para a adoção do sistema parlamentar de governo. Desde a Subcomissão do Sistema de Governo, passando pela Comissão Temática, até a Sistematização, a idéia parlamentarista foi vencedora. Na fase de votação pelo

²⁰ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, 17ª ed., Saraiva, S. P. 1989, p. 129.

Plenário a expectativa foi revertida, rapidamente, surpreendentemente. Em 22 de março de 1988, por 344 votos contra 212, a proposta parlamentarista foi rejeitada. BOLÍVAR LAMOUNIER explica o fato:

“Ao enviar ao Plenário um relatório recomendando o parlamentarismo e, ao mesmo tempo, um mandato de quatro anos para o presidente Sarney, a Comissão de Sistematização do Congresso Constituinte talvez tenha cometido um grave erro tático. Candidatos presidenciais em potencial imediatamente arregaçaram as mangas e transformaram-se num fator a mais de pressão a favor do presidencialismo. Militares de alta patente publicamente expressaram suas preferências pelo sistema existente. Temendo a instabilidade, importantes líderes empresariais alegavam que o parlamentarismo dificultaria o combate à inflação; por receio de perderem poder sob um regime parlamentarista, os governadores estaduais trataram de mobilizar a opinião pública contra a mudança; fiéis à sua fé histórica na presidência plebiscitária, os brizolistas, embora em frontal oposição a Sarney, engajaram-se na luta pelo presidencialismo. Até o PT (Partido dos Trabalhadores), que pretende encarnar a esquerda verdadeiramente moderna, apoiou o presidencialismo, dando-lhe 15 de seus 16 votos.”²¹

Mas a definição presidencialista foi considerada provisória, não definitiva ou final. Tanto que a Constituição, no art. 2.º do ADCT, marcou a data de 7 de setembro de 1993 para que o povo, através de plebiscito, delibere sobre o sistema de governo: presidencialismo ou parlamentarismo.

O debate está aberto e todas as correntes de opinião pública do país devem se manifestar. Poucos temas, como este, carecem de tanto esclarecimento, de tanta análise, estudo, ponderação.

De nossa parte, acabamos fazendo, aqui, uma profissão de fé no sistema de Gabinete. Precisamos, todavia, repisar em alguns pontos: não cremos que a nossa crise social, econômica, ou mesmo política possa ser superada por mera opção entre sistemas de governo. Temos de vencer esse rio caudaloso, saltar esse abismo, superar esse hiato, essa distância imensa entre poder e sociedade civil com medidas de base, intensas, abrangentes e radicais (no bom sentido do termo).

Nossa meta, nosso norte e nossa sorte, por qualquer via ou caminho, tem de ser a democracia. Não a democracia ideal, apenas verbal, que se retrata, por exemplo, nas fórmulas discursivas e na fachada liberal das garantias individuais. Mas a democracia *real*, a democracia material e substancial, que, sob qualquer modelo político ou sistema governamental, não pode conviver e nem compactuar com a fome, o analfabetismo, a falta de moradia, o desemprego ou o salário vil, o desespero e a desesperança que se abatem sobre extensas e cada vez mais numerosas camadas deste valeroso povo brasileiro.

21 BOLÍVAR LAMOUNIER, *ob. cit.*, p. 49.

Crise Política, Ingovernabilidade e Revisão Constitucional

(Impedimentos Políticos ao Desenvolvimento Brasileiro)

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

SUMÁRIO

1. *Antecedentes do estudo.* 2. *O problema da legitimidade.* 3. *A crise da legitimidade.* 4. *As funções políticas constitucionais.* 5. *A revisão constitucional.*

1. *Antecedentes do estudo*

As relações internacionais se intensificam e, cada vez mais, as soluções e os problemas de um país repercutem sobre os outros, de modo que o estudo desses problemas e dessas soluções é de geral interesse nos blocos existentes ou em formação, neste vertiginoso final de milênio.

O Centro Norte-Sul, da Universidade de Miami, Flórida, a Fundação Getúlio Vargas e o Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE) da Universidade de São Paulo, com este sentido, co-patrocinaram um Seminário, na Cidade do Rio de Janeiro, para examinar os *impedimentos políticos opostos ao desenvolvimento brasileiro*¹.

Não obstante a excelência das exposições e dos debates, este Seminário acabou sendo uma experiência frustrante para muitos debatedores que a ele acorreram. De um modo geral, expositores e debatedores revelaram-se mais preocupados em oferecer suas soluções, sob a forma de *decisões* a serem tomadas para reverter a crise política, unanimemente reconhecida, do que indicar quais os *impedimentos políticos* por ela responsáveis.

Com isso, embora o Seminário possa ter sido útil para desenvolver um receituário jurídico, econômico e social para superar, ao modo de ver dos especialistas, os impedimentos atualmente existentes à retomada do

1. Os trabalhos do Seminário se desenvolveram durante os dias 7 e 8 de outubro, na sede da Fundação Getúlio Vargas, reunindo algumas dezenas de especialistas em política, direito, sociologia e economia, em sua grande maioria escolhidos entre os mais ilustres epígonos do pensamento acadêmico brasileiro.

desenvolvimento nacional, falhou redondamente em seu objetivo, que era o diagnóstico daqueles impedimentos.

Ora, esse objetivo havia sido proposto porque, no Brasil, como em vários países do mundo, embora alcançada a democracia, nem por isso as decisões políticas lograram atingir um razoável grau de eficiência na satisfação dos legítimos interesses das respectivas sociedades.

Em outros termos: é necessário se saber porque, apesar de uma saudável *legitimidade decisional* dos atuais governos, se está verificando uma *baixa capacidade decisional* dos governantes, para um satisfatório atendimento dos mais elementares reclamos da sociedade, tais como as condições de segurança pública, de educação, de saúde, de estabilidade monetária, de oportunidades de investimentos etc.

2. O problema da legitimidade

Esta paradoxal situação tem intrigado cientistas sociais desde a década de setenta e, ultimamente, convocado a atenção dos políticos profissionais preocupados em melhor conhecer esse fenômeno, já consensualmente denominado de *ingovernabilidade*².

À guisa de resumo das posições assumidas a respeito da *governabilidade* ou, como é mais comumente usada, no seu sentido oposto, GIANFRANCO PASQUINO, o ilustre mestre da Universidade de Bolonha, apresenta teses geminadas da "crise da democracia" e da "crise da racionalidade"³.

Quanto à primeira, a *crise da democracia*, seu núcleo central é a razão direta, que deve existir, entre *democracia* e *organização*, de modo que, ao crescimento da participação política deve acompanhar *pari passu* o aperfeiçoamento dos processos de organização política.

Com efeito, à medida em que se intensifica a vida democrática de uma sociedade, multiplicando-se os institutos de participação política, é natural que despontem, em maior número e com maior nitidez e vigor, as suas

2 Possivelmente a literatura do tema se iniciou com J. HABERMAS (*A Crise da Racionalidade no Capitalismo Maduro*, 1973) e, de modo especial, com a obra coletiva de M. CROZIER, S. P. HUNTINGTON e J. WATANUKI (*A Crise da Democracia — Relatório sobre a Governabilidade das Democracias à Comissão Trilateral*, 1975).

3 *Dicionário de Política*, verbete *Governabilità*, pp. 484 e 489, Ed. UTET, Torino, 1983.

demandas e, por isso, é absolutamente imprescindível que a organização política abra os canais de encaminhamento, de seleção e filtragem dessas demandas aos níveis decisoriais, normativos e executivos.

Somente assim esses órgãos decisórios do Governo poderão se encontrar diante de um *consenso*, a eles politicamente elevado, do qual retirarão as prioridades para a alocação dos cada vez mais escassos recursos públicos. À falta deste consenso, os Governos, aturdidos, tenderão ou a diluir os recursos orçamentários em múltiplas decisões que simulam um atendimento amplo, mas precário, ou, como é mais comum, se desgastarão num *impasse decisional evitando agradar a alguns e a desagradar a outros*. Em ambos os casos, estamos diante de hipóteses de *irracionalidade pública*.

A organização política existe para imprimir racionalidade decisional, apta a canalizar, a filtrar, a selecionar e a dar prioridades às últimas demandas da sociedade, cristalizando o *consenso* necessário à tomada de decisão política legítima.

A segunda tese, a "crise da racionalidade", funda-se na teoria sistêmica e no desenvolvimento que, ao tema da ingovernabilidade, deu J. HABERMAS, na linha da chamada Escola de Frankfurt. São destacadas quatro características da crise: 1.^a — o sistema econômico falha na criação da medida necessária de valores consumíveis; 2.^a — o sistema administrativo falha na geração da medida necessária de escolhas racionais; 3.^a — o sistema político falha no oferecimento da medida necessária de motivação consensual e 4.^a — o sistema sócio-cultural falha na identificação da medida necessária de nitidez na motivação básica da sociedade.

Essas características se expressam como *tendências*, fechando um círculo vicioso, no qual as deficiências do sistema sócio-cultural acabam sendo, simultaneamente, causa e efeito da ingovernabilidade.

Ambas as teses, como se pode apreciar, têm em comum o tema da *legitimidade*. Apenas através dela se pode romper aquele círculo vicioso e lograr que a organização política produza decisões eficientes, capazes de levar à superação dos entraves econômicos, administrativos e sócio-culturais ao atendimento das demandas da sociedade.

Em última análise: a crise de governabilidade, onde ocorra, é sempre, *fundamentalmente, embora possa não sê-lo totalmente, uma crise de legitimidade*.

3. A crise de legitimidade

Legitimidade é tema *político* por excelência. Nada mais político, no mais puro sentido da expressão, que esse *consenso básico*, dimanado da sociedade, sobre a *validade da ordem que a governa*⁴.

Trata-se, portanto, de examinar a legitimidade dessa ordem, ou seja, basicamente, o modelo constitucional que a suporta e a conforma. Se a tese que aponta a uma crise de legitimidade está certa, o problema político é o determinante dos problemas econômicos, administrativos e sócio-culturais. Mas há mais que isso: este é o tipo de problema que admite **uma** solução a curto prazo, ao menos parcial.

Em suma, cumpria ao Seminário identificar os impedimentos políticos à retomada do desenvolvimento brasileiro, *no próprio modelo constitucional* inaugurado em 1988 e, assim, como preconizado por OCTAVIO PAZ para os países da América Latina, “indagar pela legitimidade”.

E se é de *impedimentos* que supostamente se deveria tratar, não poderia passar despercebido que, *não obstante a legitimidade do Governo eleito — Presidente e Congresso*, é manifesta a impossibilidade ou, pelo menos, a dificuldade quase intransponível de aplicar grande parte da Constituição de 1988 em favor de uma sociedade que não tem identificação consensual com o seu modelo político.

E aqui se pode alcançar uma conclusão parcial: a Constituição, que deveria funcionar como instrumento de canalização, filtragem e seleção de demandas da sociedade para serem atendidas pelo Governo, deixou de cumprir, se é que já o fez, este papel essencial.

4. As funções políticas constitucionais

Para explicar essa disfuncionalidade da Constituição de 1988 é necessário definir-se o que se deve esperar de uma Carta Magna, ou seja, qual o papel político que deve desempenhar na organização e regência de uma sociedade. Bem definidas essas funções, será mais fácil localizar os gargalos decisoriais.

Os estudos desenvolvidos por MAURICE HAURIOU, seguido de PAUL RÉNARD sobre a teoria da instituição⁵, permitem-nos distinguir dois tipos institucionais bem definidos: *formais* e *materiais*. Os *formais*,

4 Tal é o sentido weberiano da expressão (v. MAX WEBER, *Law in Economy and Society*, Ed. Simon & Shuster, N. York, 1954, pp. 3 a 10).

5 De PAUL RÉNARD, *Qu'est-ce que le droit constitutionnel: Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution* (Mélanges à Carré de Marlberg, Paris, 1933).

que dizem respeito à estrutura e funcionamento de uma organização social ou política, e os *materiais*, que dizem respeito ao conteúdo e à finalidade das atividades sociais ou políticas desempenhadas.

Assim, as *normas formais constitucionais* organizam o Estado e disciplinam seu funcionamento *vis-à-vis* à sociedade, tornam-se, por isso, o instrumento juspolítico por excelência dos países democráticos. Essas normas são, pois, a matéria-prima essencial das Constituições, desempenhando o papel de canalizadoras, filtradoras e selecionadoras de demandas e, por isso, de *integradoras do consenso político*.

As denominadas *Constituições sintéticas* enfatizam esse papel formal, como a norte-americana, a japonesa e, em menor grau, a Lei Básica alemã.

De outro modo agem as *normas materiais constitucionais*, disciplinando o conteúdo e a finalidade da ação do Estado, determinando o que deve fazer e, por vezes, como e quando deve atuar, em prol da sociedade. Essas normas, que conformam as chamadas “constituições econômicas”, “constituições sociais” ou “constituições culturais”, representam novas dimensões acrescidas ao constitucionalismo durante o século vinte. Sua função consiste em cristalizar *pré-decisões* substantivas sobre as demandas a serem atendidas pelo Estado, independentemente de qualquer novo consenso da sociedade ou da vontade governamental.

Essas *pré-decisões de ação política*, de início, se vazavam sob a forma de *princípios*, dando lugar às *normas programáticas*, que caracterizaram as Constituições surgidas na primeira metade deste século, a partir do modelo weimariano. Com a hipertrofia estatal, o surto das ideologias e das grandes confrontações da Segunda e Terceira Guerras Mundiais (a “Guerra Fria”), essas *pré-decisões* passaram a ser mais minudentes, expressadas por *preceitos*, cobrindo praticamente todos os campos da atuação da sociedade: ciência, tecnologia, desportos, lazer, comunicação social, artes etc. Além dessa preocupação com o detalhe, desenvolveram-se técnicas jurídicas para dar exeqüibilidade imediata às normas constitucionais que estabelecessem certos direitos individuais e meta-individuais. Esses desenvolvimentos ulteriores passaram a caracterizar as Constituições promulgadas mais recentemente, *analíticas*, quando não casuísticas, como a portuguesa, a peruana, a espanhola, a iugoslava e a brasileira, de 1988, enfatizando, todas, esse papel material de suas normas.

A inserção de grande número de preceitos na Constituição, garantidos até mesmo com a cominação de *inconstitucionalidade em caso de omissão* em seu cumprimento, se explica de duas maneiras: em primeiro lugar,

pela *preocupação ideológica*, de estabelecer um programa de governo acima de qualquer ulterior escolha democrática; em segundo lugar, pela *preocupação elitista*, de tomar decisões capazes de evitar os desacertos dos Governos constituídos, o que é, de certa maneira, um preconceito contra o povo e, principalmente, quanto à validade dos procedimentos democráticos.

As normas materiais atendem, assim, no contexto constitucional, como um guia, um balizamento e até como decisões governamentais, desempenhando *um papel cada vez mais desintegrador do consenso político*, na medida em que passam a obstar a sua formação e, em última análise, a impedir a satisfação das demandas legítimas da sociedade.

Na disputa entre o socialismo real e a democracia decisional o emprego dessas normas materiais e a atribuição de um papel diretivo e condicionador das Constituições, desempenhou um importante papel para garantir o predomínio da ideologia com o que se considerou "um mínimo" de sacrifício da democracia.

Está claro que, afinal, o que se fez foi subverter o caráter democrático das Constituições, na medida em que governar poderia dispensar o consenso sobre as escolhas políticas; o que fazer, quando, como, onde e para quem e, assim, a *legitimidade corrente*.

O caminho político do socialismo real foi, portanto, enxundiar as Constituições dos países onde dominou e onde pôde influir com um excesso de normas materiais, revelando, com isso, seu desprezo *real* ao verdadeiro conteúdo decisional da democracia⁶. Não se pode ignorar que a abundante literatura dedicada à construção do socialismo alardeava que as ideologias não deveriam se preocupar com a "juridicidade" da ação do Estado, e sim com sua "justiça". Ao contrário, considerava que todo sistema de legalidade e, sobretudo, o seu controle judicial exercido sobre o governo era um estorvo à "eficácia" das idéias "progressistas" ainda porque, acrescentava-se, os juízes têm, quase sempre, tradição "burguesa" e "conservadora".

Assim é que, de *cliché em cliché*, a manipulação constitucional para a condução ideologizada das sociedades ficou muito a dever ao socialismo real, felizmente em vertiginoso declínio desde a última década. Teve até

6 Nem por outra razão, NORBERTO BOBBIO afirmou que "um regime que seja, ao mesmo tempo, democrático e socialista, até agora não existiu" (*Liberalismo e Democracia*, Ed. Brasiliense, S. Paulo, 1988, p. 83).

seus teóricos, e dos mais brilhantes, como, próximo de nós, brasileiros, J. J. GOMES CANOTILHO, advogando a adoção de um programa político constitucional em tese intitulada, *et pour cause*, *A Constituição Dirigente*⁷. Incorporado um programa partidário à Constituição, ficam inviabilizados quaisquer outros programas partidários possíveis e de nada ou pouco vale, nesta ordem constitucional, a legitimidade.

Em conclusão: uma Constituição pode ser o maior impedimento à tomada de decisões políticas legítimas e, portanto, politicamente eficientes, desde que seja *formalmente* ou *materialmente inadequada*.

Há *inadequação formal*, na medida em que ela não permita uma canalização, filtragem e seleção de demandas apropriadas para a tomada de decisão (crise de *input*).

Há uma *inadequação material*, na medida em que ela contenha um *excesso* de normas pré-decisionais, que impeçam ou prejudiquem a tomada de decisão legítima (crise de *output*)⁸.

5. A revisão constitucional

Identificados os impedimentos no modelo constitucional, a solução imediata está na sua *reforma*: ou como *emenda* ou como *revisão*.

A *revisão constitucional* se distingue da emenda por seu procedimento, mais expedito, menos formal; pela soma de poderes dos constituintes revisores para tudo rever, se necessário, e pela amplitude que dela se pretende.

O instituto da *revisão constitucional* não se confunde com o da *emenda* não só por essas características, mas, sobretudo, por sua conexão política com o conceito de constituição analítica e dirigente: ele assoma como um instrumento de revisão programática, na medida em que a Constituição *passou a conter o programa partidário dominante* quando de sua promulgação.

7 J. J. GOMES CANOTILHO, Professor de Direito Constitucional da Universidade de Coimbra, orientador de ALVARO CUNHAL quando da feitura da Constituição portuguesa de 1976, fortemente influenciado pelo conceito de alta constitutividade do publicista suíço R. BAUMLIN (*Lebendige oder gebändigte Demokratie*, Basel, 1978), publicou a tese *Constituição Dirigente a Vinculação do Legislador* (Coimbra, 1982).

8 Aferida, esta *legitimidade corrente*, com a regularidade exigida para que a participação política seja colhida permanentemente, por todos os canais democráticos, e não apenas sob a forma de *legitimidade originária* de um corpo constituinte.

Com isso, torna-se, a Constituição dirigente, ou a que pretenda sê-lo, *provisória*, e, exigindo o consenso da *maioria absoluta* dos constituintes revisionais⁹, tão rígida como uma simples *lei complementar*, que exige o mesmo *quorum*¹⁰.

No particular, o constituinte brasileiro de 1988, ao adotar muito do modelo "dirigente" da Constituição portuguesa de 1976, fê-lo também com a solução da *revisão quinquenal*¹¹.

Em conclusão: são as inadequações *formais e materiais*, da Constituição de 1988, que devem ser identificadas e eliminadas no processo de revisão constitucional de 1993, para a superação das causas da ingovernabilidade que hoje comprometem o modelo político brasileiro.

As inadequações formais a serem identificadas são aquelas que prejudicam a fluência legítima do processo decisório democrático.

As inadequações materiais a serem identificadas são as pré-decisões obsoletas ou inconvenientes que impedem a adoção da decisão legítima.

Mas, sobretudo, deve ser varrida da Constituição brasileira essa característica de *provisoriidade*, que lhe priva da mais importante das qualidades: a segurança jurídica.

O aprendizado político das nações, todavia, é lento e penoso. As instituições dos países em desenvolvimento se aperfeiçoam muito mais por cópia que por evolução autóctone.

O Seminário, cujo objeto era a crítica construtiva da *política* brasileira (*politics*), acabou ficando no debate de *políticas* (*policies*), uma confusão sempre recorrente e, até certo ponto, compreensível, mas que revela um preocupante despreparo das elites brasileiras para responder aos anseios da sociedade como um todo e fazer, da revisão de 1993, um momento decisivo na vida nacional.

Será um momento de superação dos erros, herdados de confrontações ideológicas da Guerra Fria, de estatismos exacerbados e de utopismos generosos, mas que não mais têm sentido num mundo cada vez mais integrado pela economia, pela ciência, pela tecnologia, pela cultura e pela competição.

9 Art. 3º, ADCT, Constituição de 1988.

10 Art. 69, Constituição de 1988.

11 Art. 287, Constituição portuguesa de 1976 (sem contar com a primeira revisão, prevista no art. 286).

Processo Legislativo: Relações entre o Congresso Nacional e o Poder Executivo na Constituição de 1988

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO
Professor Titular da UnB

No ano de 1983, portanto ainda sob o regime constitucional da Carta de 1967-69, em artigo dedicado à memória do saudoso Ministro Raymundo de Souza Moura, que acabara de falecer, expusemos algumas idéias a respeito das relações entre o Executivo e o Legislativo como disciplinadas naquela Constituição.

Agora, quando passados já oito anos da publicação daquele trabalho — anos de profundas transformações na sociedade brasileira — experimentamos uma contraditória sensação de prazer e melancolia diante do que antes escrevemos sobre aquele tema. A sensação de prazer ou de alegria deriva do fato de que o desprezioso trabalho mantém-se relativamente atual, eis que, em suas linhas gerais, pelo menos do ponto de vista teórico, ainda serve para explicar, com razoável pertinência, o mecanismo das relações entre Executivo e Congresso Nacional, no quadro político e institucional dos nossos dias.

Quanto ao estado de melancolia, confessamos senti-lo pela constatação de que, nesse já longo entretempo, as práticas constitucionais quase não se modificaram, apesar do sopro liberalizante e democratizador que arejou o País, desde as campanhas das *diretas já* e pela convocação da Constituinte, até os dias que correm, quando se esgotou o chamado ciclo autoritário, promulgou-se uma nova Carta Política, restabeleceram-se as eleições diretas, em todos os níveis, inclusive para a Presidência da República, e foram devolvidas à legalidade todas as correntes de opinião, na mais ampla experiência de pluralismo político jamais vista no País.

Estranhamente, entretanto, no marco das relações entre o Congresso Nacional e o Poder Executivo e, mais precisamente, no âmbito do cha-

mado *processo legislativo* — que é o tema central desta palestra —, parece que ainda vivemos sob o regime constitucional precedente, não obstante a nova Constituição tenha ampliado, sobremaneira, a competência do Congresso Nacional e reduzido, significativamente, as atribuições legiferantes do Presidente da República.

A propósito, *en passant*, não é demais lembrar — como todos sabemos — que a Constituição de 1988 foi talhada para um sistema de governo parlamentarista, que não logrou ser adotado porque, sob pressões variadas do então Presidente da República, à última hora fez-se opção presidencialista, sem a necessária adaptação do texto àquele atropelo palaciano, que, para muitos, tem dificultado o funcionamento das instituições até nos dias atuais.

Pois bem, apesar disso tudo, se compararmos os dois textos, o da anterior e o da atual Constituição, verificaremos que, em termos de *processo legislativo*, alterações significativas foram introduzidas na distribuição dos poderes entre o Congresso Nacional e o Presidente da República, mas, apesar disso, continua o Chefe do Executivo a ter a primazia na produção normativa, sem que se possa atribuir tal superioridade sequer à existência de uma folgada maioria parlamentar governista, pois é de todos conhecida a precária sustentação congressual de que dispõe o Presidente, para levar adiante os projetos de sua iniciativa, nestes compreendidas as medidas provisórias submetidas ao exame do Congresso Nacional, sobre as quais falaremos mais adiante.

Pois bem, se não obstante essas alterações textuais, ou jurídico-formais, no plano fático permanece mais ou menos idêntico o quadro daquelas relações, parece que o exame da questão se desloca do âmbito da Jurisprudência Normativa para o da Sociologia Jurídica e Política, enquanto ciências que estudam e procuram explicar as relações sociais tal como efetivamente se verificam, no plano da realidade, e não como *deveriam* ocorrer, no mundo das idealidades ou da normatividade pura.

Colocada a questão nesses termos ou nesse plano, vejamos como os estudiosos têm procurado analisar e explicar a chamada *crise do Parlamento*, nas mais diversas latitudes ideológicas.

Essa discussão, que se amplia ou se restringe à medida em que oscila o pêndulo do regime, ora no sentido da abertura política, ora no da restrição às liberdades públicas, pode ser resumida na indagação, que a todo instante se renova, com evidente caráter maniqueísta, sobre os fundamentos para uma opção segura entre a *eficácia*, que se considera apanágio do Executivo, e a *legitimidade*, que se proclama inerente ao Poder Legislativo, abandonada, consciente ou inconscientemente, qualquer tentativa de encontrar um meio termo capaz de conciliar essas tendências, em busca de uma

fórmula que, sem prejuízo da atuação, que se quer eficaz, do poder governamental, imponha a esse mesmo poder a satisfação de padrões mínimos de legitimidade.

Os que propugnam pelo fortalecimento do poder governamental argumentam que, no Estado contemporâneo, tendo mudado as funções do governo — antes negativas, agora positivas — o que os indivíduos querem e exigem do Estado é, antes, a satisfação dos novos direitos, caracteristicamente chamados *sociais*, que se consubstanciam em *serviços* e *bens*, do que o simples respeito ao direito de não serem incomodados pela burocracia estatal, ou de poderem criticá-la livremente. Essa é a idéia central que norteia a moderna democracia *social*, em cujo contexto o Executivo é apresentado como o Poder mais apto à imediata satisfação dessas necessidades, que se consideram mais prementes, apresentando-se o Legislativo como um Poder anacrônico, mais preocupado em defender ou resguardar interesses políticos ou eleitorais, dos seus integrantes ou dos grupos que representam, do que em resolver os graves problemas que afligem camadas cada vez mais amplas da população.

Para ilustrar essa linha de pensamento, vale reler as palavras adiante transcritas, de FRANCISCO CAMPOS, talvez o mais contundente e o mais radical dos nossos críticos do Poder Legislativo, mas nem por isso o menos lúcido dos seus analistas:

“Não há hoje nenhuma controvérsia relativa à incapacidade do corpo legislativo para a legislação direta. É a sobrevivência de um órgão às condições que o geraram. No século passado, o papel do Estado era, antes de tudo, negativo: intervir o menos possível. O Parlamento era um órgão eminentemente político, cuja função não era uma função técnica, mas política: controlar o governo e servir de órgão autorizado de expressão da opinião pública. A legislação se limitava a regular questões gerais e simples. Ora, a atividade parlamentar sofreu duas modificações radicais. A primeira delas no seu caráter representativo ou como órgão de expressão da opinião pública. Com o vertiginoso progresso das técnicas de expressão e de comunicação do pensamento, o Parlamento perdeu a sua importância como *forum* da opinião pública. Esta hoje se manifesta por outros meios mais rápidos, mais volumosos e mais eficazes. A opinião desertou os Parla-mentos, encontrando outros modos de expressão. Ela não só deixou de exprimir-se pelos Parla-mentos, como colocou a estes sob o controle dos meios de formação e de expressão da opinião pública. As salas das Assembléias Legislativas não comportam mais a opinião pública de hoje: o volume desta exige outros espaços mais amplos.

Por sua vez, mudaram as funções do governo; de negativas passaram a positivas. A legislação é hoje uma imensa técnica de controle da vida nacional em todas as suas manifestações. A legislação perdeu o seu caráter exclusivamente político de quando se cingia apenas às questões gerais ou de princípios, para assumir um caráter eminentemente técnico.

Os processos parlamentares continuaram os mesmos e a função dos parlamentares passou a ser infinitamente mais complexa e mais difícil. Ora, um corpo constituído de acordo com os critérios que presidem à constituição do Parlamento é inapto às novas funções que pretende exercer. Capacidade política não implica capacidade técnica, e a legislação é hoje uma técnica que exige o concurso de vários conhecimentos e de várias técnicas. Da incapacidade do Parlamento para a função legislativa resulta a falta de rendimento do seu trabalho. Não só o Parlamento funciona a maior parte do tempo no vazio, fugindo, assim, à execução de tarefa acima das suas forças e que não pode ser realizada mediante os defeituosos processos parlamentares, como, quando enfrenta a tarefa, o faz, a maior parte das vezes, de pontos de vista estranhos aos interesses em jogo, considerando as questões mais no plano do interesse político ou das exigências eleitorais do que no seu plano próprio e adequado. Um corpo numeroso, constituído de várias tendências de grupos e até de matizes individuais, não reúne, evidentemente, os requisitos próprios a uma obra legislativa homogênea e consistente.

.....

Daí o movimento geral em todo o mundo de retirar do Parlamento a iniciativa da legislação e de estender cada vez mais o campo da delegação de poderes. Não há hoje no mundo nenhuma obra legislativa importante que não tenha sido iniciativa do governo ou que não seja o resultado de uma delegação do poder legislativo." (*Direito Constitucional*. Rio, Forense, 1942, págs. 304/306).

Ressalvados, evidentemente, os excessos dessas críticas, explicáveis, em larga medida, pela formação autoritária do notável jurista, e pela sua estreita vinculação ao regime do Estado Novo, forçoso será reconhecer a pertinência de muitas de suas observações, quando mais não seja pelo menos no que respeita à crônica morosidade em que se desenrolam os trabalhos parlamentares, via de regra prejudicados pela extensão e prolixidade dos debates, nem sempre úteis ao aperfeiçoamento das propostas legislativas.

Nesse particular, há opinião quase unânime, entre os doutrinadores, no sentido de que o Parlamento soberano do século XIX, que tudo regia,

foi vítima de sua própria hipertrofia, como aconteceu na França, sob a 3.^a República, que, no dizer de MALBERG, por investir o Parlamento não só do poder legislativo, mas também do poder constituinte, fez dele, em realidade, o órgão supremo do Estado (*Contribution à la Théorie Générale de l'Etat*. Paris, Sirey, 1920, tome premier, pág. 225).

Tendo chamado a si toda decisão política — observa M. G. FERREIRA FILHO — o Parlamento acabou sufocado pelo acúmulo das questões a debater, entrando em estado de apoplexia, e ficando virtualmente paralisado (*Do Processo Legislativo*. São Paulo, Saraiva, 1968, pág. 99).

Descrevendo esse quadro de transformação e de crise, assim se expressa o ilustre publicista:

“Os Parlamentos e seus métodos de trabalho não estavam, em realidade, em condições de dar conta desse acréscimo de funções e desse novo mister completamente diferente daquele para o qual foram imaginados, o controle político e, posteriormente, a elaboração legislativa. Organizado como centro de discussão, destinado a conciliar opiniões, a oposição radical das concepções políticas levava ao alongamento infrutífero do debate entre correntes inconciliáveis. Ora, esse alongamento, que não podia ser abreviado sem violência à liberdade de palavra dos parlamentares, já servia de arma para as minorias evitarem decisões que lhes parecessem inaceitáveis. A obstrução torna-se tática parlamentar freqüente.

Por outro lado, as questões econômicas, que as Assembléias passaram a ter de enfrentar à medida em que se desenvolvia o intervencionismo, dificilmente se ajustam ao processo de debate público, inerente aos Parlamentos. Em primeiro lugar, porque certas medidas só poderão dar os frutos esperados se forem *sigilosamente decididas*. Ora, não é possível conservar em sigilo uma medida proposta e discutida, ainda que em sessão secreta, por várias centenas de indivíduos, sobretudo, pertencendo esses indivíduos a grupos por elas muitas vezes afetados, não raro prejudicados.

Em segundo lugar, o debate parlamentar não permite que certas decisões sejam tomadas com a presteza exigida pelas circunstâncias. Na economia moderna, só a rapidez pode impedir prejuízos irreparáveis, decorrentes não só de eventos imprevisíveis como também de decisões de poderes políticos estrangeiros.

Enfim, a identificação entre a vontade do Parlamento e a lei acarreta nesse domínio problemas insolúveis. A economia é um terreno movediço, sujeito a fatores dificilmente ponderáveis, e a muitos impoderáveis. Assim, o que num determinado momento é conveniente e mesmo necessário pode ser noutra instante inconveniente e inútil. A intervenção do Estado no domínio econômico, pois, para ser eficaz, tem de ser flexível. Ora, essa flexibilidade não se ajusta à rigidez da lei que só ela pode obrigar a quem quer que seja, tanto a fazer como a deixar de fazer qualquer coisa." (*Do Processo Legislativo*, cit., pág. 101).

Impossibilitado, assim, de agir ou reagir prontamente, com a rapidez imposta pelas novas circunstâncias econômicas e sociais, o Parlamento acabou se transformando em fator de inibição da atividade estatal, atraindo para si toda a sorte de críticas e prevenções, profundamente nocivas ao prestígio da instituição, ainda quando estudos sérios e desapaixonados evidenciem que os preconceitos contra o Legislativo, quando submetidos ao crivo da pesquisa empírica, revelam-se desprovidos de fundamento, assentando antes em opiniões do que em fatos concretos. ("O Parlamento: as incompreensões, os mitos e a tese de seu declínio". *Anais do Seminário sobre modernização legislativa e desenvolvimento político*. Brasília-DF, Gráfica do Senado Federal, 1976, pág. 28).

A repercussão desse fenômeno e dos preconceitos que os circundam tem sido intensa também no Brasil, onde já se produziram vários estudos sobre a chamada crise do Legislativo, não sendo pequeno o número de juristas e cientistas políticos que preconizam a urgente reforma do Parlamento brasileiro, para ajustá-lo às novas exigências do moderno Estado Social, que, aqui como alhures, tem necessidades a atender em ritmo cada vez mais acelerado, incompatível como o modo de ser e de agir das nossas Casas Legislativas.

Dentre tais estudiosos, pelo elevado nível com que abordou o delicado problema da nova correlação de forças entre o Parlamento e o Executivo, no âmbito da elaboração legislativa, merece ser lembrado o ilustre MIGUEL REALE, que assim expôs o seu pensamento a esse respeito:

"Análise mesmo superficial da história política deste nosso atormentado século XX demonstra, desde logo, que o problema da competência legislativa e, mais particularmente, da técnica de elaboração das leis, sofreu profunda alteração nos seus dados iniciais, sobretudo em razão da gradual passagem de um tipo de Estado de funções estritamente jurídicas para um "Estado de Cultura", ou seja, concebido e reclamado como realidade cultural,

e, por conseguinte, cada vez mais dotado de capacidade de interferência nos múltiplos círculos da atividade humana.

Já foi ponderado que até hoje ao “Estado intervencionista” não corresponde plenamente uma nova Teoria Geral do Direito Privado, que atenda às peculiaridades do mundo contemporâneo, subsistindo ainda muitas categorias lógicas ou esquemas doutrinários plasmados em função do Estado Liberal, infenso por princípio a quaisquer incursões no plano das iniciativas individuais ou grupais.

A mesma observação me parece deva ser feita, e por maior soma de motivos, nos domínios do Direito Público, a começar pelo problema basilar da correlação do Poderes do Estado. É notório que a rígida teoria da separação dos poderes já cedeu lugar à tese da independência e harmonia dos Poderes, ao mesmo tempo que veio prevalecendo a compreensão do exercício do poder estatal como desempenho de um serviço público, num sistema orgânico de atribuições, faculdades e deveres.

Foi esse novo entendimento que possibilitou mais correlação entre o Governo e o Parlamento, de modo a diminuir a distância entre o órgão que especificamente *aprova* as leis e aquele a quem cabe executá-las. Para não sairmos dos quadros da experiência nacional, bastaria lembrar que a Constituição de 1934, prevendo, em seu artigo 59, a possibilidade de comparecimento dos Ministros de Estado à Câmara e ao Senado, já assinalava, de maneira inequívoca, o abandono do presidencialismo clássico, visando a melhor complementariedade de funções.

Pois bem, tudo indica ser necessário ir além dessas relações intermitentes, cercadas de rígido cerimonial, a fim de que a função de legislar não fique prejudicada por uma compreensão demasiado formal e abstrata do princípio da independência dos Poderes. Discordo, seja dito desde logo, daqueles que, imbuídos de pragmatismo tecnológico, chegam a considerar obsoleto e superado o princípio da independência dos Poderes, preferindo que os projetos de lei sejam estudados por Comissões mistas do Governo e do Congresso em base paritária, sem caber aos parlamentares a palavra final e decisiva na feitura das leis.

Penso, ao contrário, ser essencial ao Estado de Direito o reconhecimento de que, se as leis não são o resultado da competência e da função exclusivas do Legislativo, dada a participa-

ção cada vez mais relevante do Governo no processo legiferante, nem por isto deve deixar de caber ao Parlamento a decisão final, em se tratando de matéria de ordem legislativa.

Na concepção individualista do Estado, própria do século XIX, quando diminuta era a ingerência do Poder Público nos domínios da economia e das relações sociais, o apego ao princípio da separação dos Poderes teve como consequência converter, às vezes, o ato de legislar em uma verdadeira competição de competências, cada órgão estatal agindo com zelo e ciúme no campo de suas prerrogativas.

Se as franquias democráticas exigem, pois, a distinção de Poderes autônomos, tal princípio salutar não é incompatível com uma política de cooperação, em função do bem da coletividade.

Dentro do novo espírito, que todos nós sentimos ser essencial à racionalização do sistema representativo, é que devemos reformular os modos de colaboração do Executivo no momento decisivo da elaboração dos textos legais.

Tudo está, pois, não em negar a independência dos Poderes, mas sim em reconhecer que em nada ficará atingido tal princípio com o estabelecimento de um conjunto de medidas que assegurem a colaboração, ostensiva e permanente, dos órgãos executivo e parlamentar durante toda a tramitação dos projetos de lei, até a sua promulgação.

Desde que ao Legislativo fique assegurado o pronunciamento final e decisivo, nada sofrerá a sua expressão soberana pelo fato de receber, consoante sugestões que a seguir faremos, a contribuição positiva dos órgãos técnicos governamentais.

Só assim, penso eu, será possível atingir uma solução deveras capaz de atender às mutações súbitas e às exigências complexas que marcam a fisionomia do Estado Intervencionista, ou, por melhor dizer, de um Estado de Direito a serviço da civilização e da cultura." ("A elaboração legislativa no Estado Contemporâneo", in *Política de Ontem e de Hoje*, São Paulo, Saraiva, 1978, pág. 47/49).

Infelizmente, ao invés de conceber novos mecanismos de articulação entre o Congresso Nacional e o Poder Executivo, para modernizar e racionalizar o processo de produção das leis, preferiu o Constituinte de 1988 ampliar pura e simplesmente as competências do Poder Legislativo, inclu-

sive para dispor sobre matérias que, a toda evidência, deveriam ficar entregues a regulamentação baixada pelo Poder Executivo.

Essa irrefletida ampliação de competências, paradoxalmente, não acarreta o fortalecimento do Poder Legislativo, antes provoca o seu enfraquecimento, pela impossibilidade de responder, prontamente, aos reclamos da sociedade, veiculados pelos órgãos de comunicação, habilmente utilizados não apenas pelo Governo, como por corporações e grupos de pressão de todos os tipos, em solertes campanhas de desmoralização da atividade parlamentar, apontada como dispendiosa e, até certo ponto, dispensável para atender às necessidades mais prementes da população.

Daí o uso reiterado, quase abusivo, das medidas provisórias, que todos os opositoristas criticam, a maioria combate, mas que ninguém imagina suprimir do texto constitucional — nem mesmo seus mais ferrenhos adversários — pelo medo de paralisar as atividades governamentais e, por via de consequência, colocar em risco o próprio funcionamento das instituições.

Por isso, invariavelmente, o que se nota são apenas clamores e críticas à chamada hipertrofia do Poder Executivo, mas nenhuma ação eficaz, de parte do legislativo, para ocupar efetivamente o espaço que a Constituição lhe assegura, seja antecipando-se em providências legislativas, seja rejeitando, em *votações positivas*, quer as medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, quer os projetos de lei de iniciativa governamental, que os congressistas tenham por contrários ao interesse público.

Diversamente, o que se vê — e isso tem impedido, em larga medida, a regulamentação do processo legislativo das medidas provisórias, o chamado *Projeto Jobim* — é a tentativa de inverter o ônus da *inércia deliberativa*, para considerar insuscetíveis de reedição as medidas provisórias não aprovadas pelo Congresso Nacional, no prazo que a Constituição exige para se converterem em lei, sob pena de perda da eficácia.

Em suma, ao invés de criar mecanismos para *estimular* sua própria atuação, os congressistas ficam a imaginar fórmulas para *inibir* a atuação do Poder Executivo, que pretendem coarctar, por exemplo, com a conceituação *apriorística*, em sede legislativa, do que seja *relevante* e *urgente* para, a partir daí, impedir a própria decisão presidencial de adotar medidas provisórias consideradas necessárias pelo Chefe do Governo, segundo avaliação que sempre se entendeu discricionária e insuscetível de contrasteação, mesmo perante o Poder Judiciário, consoante antiga e não contestada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 44/54; RTJ 62/819; RDA 125/89).

Do lado do Executivo, não é menos preconceituoso o tratamento dispensado aos parlamentares — inclusive, paradoxalmente, até mesmo àqueles que lhe dão sustentação política —, muitas vezes surpreendidos com medidas de impacto, freqüentemente apresentadas sob a forma de *pacotes fechados*, que melhor seriam assimilados pela Sociedade se, *abertos*, fossem submetidos a prévia discussão com os representantes do povo, dos quais, invariavelmente, o Governo recolhe preciosas lições, não raro assimiladas a contragosto.

Com esses procedimentos, tais *contendores* só têm conseguido retardar, entre nós, a modernização e a racionalização nos procedimentos que devem nortear as relações entre o Parlamento e o Executivo, do que resulta, nos momentos de mais grave conflito, a necessidade de apelar-se para a mediação pacificadora do Poder Judiciário, chamado a arbitrar litígios que seriam facilmente evitados se aquele relacionamento se pautasse pelo princípio da *fidelidade à Constituição* e não por uma equivocada e mal concebida *lógica de resultados eleitorais*.

Há que se vencer, portanto, essa prevenção histórica que tem marcado, negativamente, as relações entre o Congresso Nacional e o Poder Executivo no Brasil.

A persistência dessa prevenção, que não é apenas nossa, traduz um fenômeno que se observa na quase totalidade dos Estados *contemporâneos*, independentemente de diferenças ideológicas, como evidenciado em estudos e debates da maior amplitude, de que é exemplo o Inquérito promovido pelo Departamento de Ciências Sociais da UNESCO, em que se recolheram estudos de especialistas de vários países, como Iugoslávia, Grã-Bretanha, Canadá, União Soviética, França e Estados Unidos.

No último desses estudos — uma espécie de sùmula das diferentes contribuições — o professor francês JEAN MEYNAUD observa que os relatórios nacionais são quase unânimes em reconhecer a expansão das atribuições do Executivo, como decorrência da ampliação da missão do Estado, a funcionar como fermento ativo de desequilíbrio entre os diferentes órgãos do sistema Governamental (“O papel do Executivo no Estado Moderno”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Rio, Forense, 1959, pág. 150).

De fato, como já tivemos a oportunidade de salientar mais de uma vez, a disponibilidade de dados em maior abundância e precisão, no âmbito do Executivo, torna este Poder necessariamente mais habilitado à formulação e execução da política, em qualquer dos setores de atividade do Estado

contemporâneo, independentemente das ideologias abraçadas pelos diferentes regimes e governos.

Esta é uma questão que não deve dar margem a deformações ou distorções de perspectiva, porque não se trata de colocar numa balança, para pesagem, a importância, o relevo e a capacidade dos poderes, mas sim de analisar a diversidade das funções e dos papéis de cada um no contexto da atividade estatal.

A propósito, quem se dedicar ao estudo comparativo da distribuição de funções entre os Poderes do Estado, nas Constituições atuais, constatará, sem maior esforço, que, no particular, é expressivo o predomínio do Executivo — entendido como Governo e Administração — reservando-se ao Parlamento a função política de controle dos atos administrativos. Esta tendência, que se pode considerar universal, como acentuado no aludido Inquérito da UNESCO, decorre da nova concepção do papel do Estado, que deixou de ser mero espectador da vida coletiva para ser o agente efetivo de todo o processo de desenvolvimento político, econômico e social.

Nesse contexto, como assinalou GEORGES BURDEAU, tornou-se caduca a concepção de Executivo que faz dos governantes agentes sem imaginação de uma lei que se elabora sem eles, ou que reduz as funções de Governo à simples execução, sem criatividade, das ordens emanadas do Parlamento (*O Poder Executivo na França*).

Tendo mudado as funções do Governo, que — já acentuamos —, de negativas passaram a positivas, não é mais a abstenção que os homens requerem do Estado, mas sim uma ação positiva, capaz de transformar a ordem social, para que os indivíduos possam exercer os direitos que a ordem jurídico-política liberal lhes reconhecia, mas não tinha meios para possibilitar fossem efetivamente fruídos.

Sendo o Estado social do século XX cada vez mais intervencionista e cabendo ao Governo o papel de agente propulsor dessa intervenção, é inevitável a preponderância do Executivo sobre o Legislativo, em todos os Estados contemporâneos. É o que se constata em numerosos estudos de Ciência Política e de Direito Público, a evidenciarem que, em todos os quadrantes ideológicos, nos países totalitários como nos países democráticos, nos regimes parlamentares como nos regimes presidencialistas, nas monarquias como nas repúblicas, o predomínio da função condutora está no âmbito do Executivo, cabendo, sim, ao Legislativo a função insubstituível de controle, de fiscalização, de acompanhamento e de formulação das grandes opções nacionais.

De mero executor das leis, na doutrina clássica da separação dos Poderes, o Executivo transformou-se, inicialmente, em co-legislador ao lado do Parlamento e, agora, passa a assumir posição cada vez mais relevante dentro do processo legislativo, do qual tem iniciativa livre e, em alguns casos, até mesmo exclusiva, sem falar no poder do veto, através de cujo exercício o Presidente da República pode, eventualmente, cercear ou impedir a produção legislativa do Parlamento. É de todos conhecido o problema das relações, dos pesos e contrapesos, do uso abusivo do poder de veto e dos impasses a que ele tem levado todos os regimes de processo legislativo complexo, em que a lei se elabora com a participação do Legislativo e do Executivo.

Nesse panorama, é particularmente significativo o exemplo da França, que, tendo servido de berço a Montesquieu — o mais famoso pregador da separação dos Poderes — possui hoje uma Constituição que enumera, para restringir, as matérias de competência legislativa do Parlamento, considerando todas as demais como de caráter regulamentar e, assim, entregues à disciplinação pelo Poder Executivo.

No Brasil, a nossa Constituição atual, que, neste particular, está precisando de uma revisão atualizadora, contém dispositivo que confere atribuição ao Congresso Nacional para, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência legislativa da União.

Na prática, o que se verifica é que essa enumeração é meramente formal, enunciativa de uma previsão de comportamento que efetivamente não se verifica, porque, se confrontarmos esse dispositivo com o que atribui competência ao Presidente para adotar medidas provisórias e aquele que lhe assegura iniciativa privativa para as leis que regulam determinadas matérias, veremos que a participação do Executivo no processo legislativo é substancialmente mais importante do que o papel desempenhado, no particular, pelo Congresso Nacional.

Assim, no Brasil, como de resto ocorre na maioria dos Estados contemporâneos, o quadro é o mesmo, e idêntica é a forma de condução dos problemas de interesse nacional, com ampla prevalência do Poder Executivo como formulador e executor da política de Governo em todos os setores. Mesmo dispondo, até bem pouco tempo, de sólida maioria parlamentar, que sempre lhe garantiu uma convivência tranqüila com o Congresso, o Poder Executivo no Brasil sempre teve a primazia do processo legislativo, de tal forma que, até hoje, tem sido reduzido o número de leis originárias do próprio Legislativo em comparação com as patrocinadas pelo Poder Executivo.

Essa situação, que não constitui característica exclusiva do Estado brasileiro, também se verifica na França, conforme narrado por PIERRE LAROQUE, ao analisar a repartição das iniciativas e o exercício do Poder Legislativo sob a atual Constituição, nos termos seguintes:

“Em primeiro lugar, no domínio legislativo, se o número das proposições de leis devidas à iniciativa dos membros do Parlamento é considerável, a proporção dessas proposições que se concretizam e se transformam em leis é, pelo contrário, fraca. Os projetos governamentais, muito menos numerosos, têm oportunidades muito mais consideráveis de aprovação. Muitos fatores concorrem para isso: primeiramente, os parlamentares nem sempre dispõem de todos os elementos de informação, da competência técnica e jurídica que lhes permita estabelecer o texto duma proposição viável; em segundo lugar e sobretudo porque o governo, ainda que fraco, dispõe no plano parlamentar de meios de pressão, em virtude de regulamentos de assembléias e da possibilidade de por em jogo sua própria existência — ou, em todo caso, o peso dessas responsabilidades políticas — seja para o pôr obstáculo à discussão duma proposição que não lhe convenha, seja para apressar a discussão e favorecer a adoção de seus próprios projetos. É entretanto muito mais fácil opôr-se a uma proposição do que fazer votar um de seus projetos, pois que nas assembléias compósitas, as maiorias negativas se constituem mais freqüente e facilmente dos que as maiorias positivas.”
(*O Papel do Executivo...*, cit., págs. 94/95).

O quadro brasileiro, semelhante ao francês, não deve, entretanto, levar o observador menos arguto a concluir, sem maior exame, que se tornou obsoleta ou até mesmo dispensável a participação do Poder Legislativo no esforço pela emancipação econômica e social do País.

Sendo o Parlamento — pelas suas origens — o órgão mais apto a legitimar as opções adotadas no combate ao subdesenvolvimento, ele ocupará sempre uma posição de insubstituível relevo na condução do processo desenvolvimentista, sobretudo porque o preço que se terá de pagar para a consecução desse grande objetivo não poderá ser legitimamente imposto à sociedade civil se não contar com a aquiescência de todos os seus segmentos.

Nesta perspectiva, pode-se dizer que, nos países em vias de desenvolvimento, iguais ao Brasil, os Parlamentos não podem nem devem ser margi-

nalizados, porque, como assinalou PAULO BONAVIDES, só existe uma via segura para vencer o subdesenvolvimento sem sacrifício das liberdades políticas: associar, em laços de consentimento e confiança mútua, a vontade dos governantes e a vontade dos governados.

Diante desse quadro, cabe indagar qual seria o procedimento mais apto a viabilizar essa participação do Legislativo, que todos entendem necessária, embora poucos indiquem os caminhos capazes de levar ao resultado pretendido.

A resposta, para nós, é de formulação simples: o Parlamento contemporâneo, já não dispendo de condições para exercer o papel de motor na tomada das decisões — que hoje parece irreversivelmente entregues ao Executivo — pode e deve exercer uma função inibidora dessa mesma tomada de decisões, negando a legitimidade de seu assentimento a tudo quanto lhe pareça contrário aos interesses da sociedade civil, que ele encarna e representa.

Dessa forma, o Executivo, se pretender legitimar as suas decisões, terá de negociar com o Legislativo para, através dele, obter o apoio da opinião pública, sem a qual o Governo tende a se isolar dos cidadãos, abrindo um fosso perigoso entre a Nação e o Estado.

Por isso, nesse contexto, cremos ser mais adequado falar-se em reconquista do que em devolução das chamadas prerrogativas do Poder Legislativo, porque a revalorização do Parlamento haverá de resultar de seu próprio esforço e tenacidade, nunca de uma espontânea retração do Executivo, que, pela sua própria natureza, tende a se expandir sempre e a ocupar espaços cada vez maiores.

O momento atual, em que se verificou a mais ampla renovação do Congresso Nacional, parece propício a essa nova atitude, que esperamos seja adotada em clima de liberdade, mas também de profunda responsabilidade.

Esse é novo tipo de relacionamento que entendemos deva ser desenvolvido entre os Poderes Executivo e Legislativo, no atual momento da vida política brasileira, se quisermos ver reconhecida a nossa democracia como um regime de poder aberto, no qual os prós e os contras são tidos por igualmente válidos, com a minoria de hoje podendo vir a ser a maioria de amanhã.

Constituição e Direito Adquirido

Professor RAUL MACHADO HORTA

Professor Catedrático e Titular de Direito
Constitucional na Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

1. *Amplitude do tema.*
2. *Duas posições conflitantes.*
3. *Facta praeterita, direito adquirido e direito privado.*
4. *Condicionamentos ao direito adquirido.*
5. *Constituição e direito adquirido.*
6. *Irretroatividade e direito adquirido nas Constituições brasileiras.*
7. *Poder constituinte e direito adquirido.*
8. *Princípio da continuidade das leis no tempo e direito adquirido.*
9. *Tratamento do direito adquirido no Constitucionalismo brasileiro.*

1. O tema é amplo e sujeito às posições doutrinárias que procuram esclarecê-lo, desde a antiguidade clássica, no tocante ao conflito das leis no tempo e de época mais recente, a partir do século XVIII, no confronto entre a Constituição e o direito adquirido. Esta exposição examinará a relação entre constituição, irretroatividade da lei e direito adquirido, considerando a genérica formulação do tema e a posição adotada pelo Direito Constitucional Brasileiro.

2. A aceitação e a recusa do direito adquirido podem ser exemplificadas nas colocações de dois publicistas que se aprofundaram na análise jurídico-política dessa categoria.

FERDINAND LASSALLE¹, autor da *Théorie Systematique des Droits Acquis — Conciliation du Droit Positif et de la Philosophie du Droit*, em dois volumes, conforme a tradução francesa da segunda edição alemã, sem prejuízo de sua identificação com o socialismo, sustentou que nos debates em torno do conceito de direitos adquiridos vibrava

“l’âme du monde moderne et d’où découlent toutes les luttes politiques et sociales de notre siècle”².

LÉON DUGUIT, o luminar da Escola Francesa do Direito Público, ao contrário, desconhecia essa projeção quando negava, dogmaticamente, a existência de direitos adquiridos, na famosa passagem das *Leçons de Droit Public Général*³, afirmando, enfaticamente, que há mais de meio século ensinava direito e, até então, ainda não sabia o que era direito adquirido. Concebia a idéia como fruto da oposição aos direitos inatos do jusnaturalismo, que vinham da natureza, enquanto os direitos adquiridos emergiam da sociedade. De qualquer forma, dizia DUGUIT, a expressão deve ser rejeitada.

3. A elaboração da idéia de direito adquirido vincula-se a permanência de *facta praeterita*, que a regra do Imperador Teodosio formulou no ano 440, em famoso enunciado romanístico, vedatório da revogação de *facta praeterita* pela lei:

“Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit”⁴.

A situação preexistente e a lei posterior configuram ou não a existência do direito adquirido. A construção conceitual de direito adquirido impôs a fixação do princípio da imutabilidade e da irrevogabilidade da situação anterior por ato contrário e sucessivo, capaz de desfazê-la com dano ou prejuízo ao seu titular.

Como vantagem incorporada ao titular, a patrimonialização tornou-se inerente ao direito adquirido, criando situação individual e concreta. A

1 *Théorie Systematique des Droits Acquis — Conciliation du Droit Positif et de la Philosophie du Droit* — 2 vols. — Paris — V. Giard — E. Brière — 1904.

2 Ferdinand Lassalle — obra citada — p. 3.

3 Léon Duguit — *Leçons de Droit Public Général* — Paris — E. de Boccard — 1926 — p. 308.

4 Ferdinand Lassalle — obra citada — p. 24.

segurança jurídica do direito adquirido contra sua mudança e desfazimento criou a regra técnica de defesa da posição vantajosa. Criação do direito anterior, que o consolidou, o direito adquirido se antepunha ao direito novo e às mudanças decorrentes do novo direito. Expressão do direito novo, a lei como norma abstrata dispunha da virtualidade de criar o direito adquirido e, ao mesmo tempo, através da sucessão legislativa no tempo, anular esse direito pela revogação do princípio que o constituíra no direito antigo. A irretroatividade das leis tornou-se a barreira protetora do direito adquirido, assegurando a permanência e a incompatibilidade entre o direito antigo e o novo direito legislado. O direito adquirido representa a intangibilidade da lei no tempo. A irrevogabilidade da lei é técnica de proteção desse direito, assegurando a indevassabilidade da matéria regulada na lei antiga.

Colocado na confluência entre a lei antiga e a lei nova, compreende-se a precedência que o tema mereceu no domínio do Direito Privado, atraindo a atenção dos civilistas. O desconhecimento, durante largo período histórico, da *idéia material e documental da Constituição* explica a elaboração do direito adquirido no domínio do Direito Civil, com o auxílio das categorias do Direito Privado, para proteção de interesses privados. Por outro lado, a concentração da matéria constitucional, especialmente na fase de seu esplendor clássico, na organização dos Poderes do Estado, na composição e competência de seus órgãos e na declaração genérica de direitos e garantias individuais, apartava o Direito Público do Direito Privado, com a decorrente impenetrabilidade das categorias privatísticas pelas nascentes normas publicísticas.

O conceito de direito adquirido é definido no Direito Privado, e essa definição precede e configura sua introdução na norma posterior do Direito Público. É na doutrina dos civilistas que recolhemos a definição dos direitos adquiridos, seja entre os mais antigos, como MERLIN DE DOUAI⁵ —

“les droits acquis sont ceux qui sont entrés dans notre domaine, qui en font partie, et que ne peut plus nous ôter celui de qui nous les tenons,”

CHABOT DE L'ALLIER⁶, segundo o qual, os direitos adquiridos são os que foram

“irrévocablement conférés et définitivement acquis avant le fait, l'acte ou la loi que l'on veut opposer, pour empêcher la pleine et entière jouissance de ces droits.”

5 Paul Roubier — *Le Droit Transitoire — Conflits des lois dans le temps* — 2ª edição — Dalloz et Sirey — 1960 — p. 96.

6 Paul Roubier — obra citada — p. 96.

“Les droits acquis, a-t-on dit, sont ceux qui son entrés dans notre patrimoine et qui ne peuvent pas nous être enlevés par le fait d’un tiers,”

ou entre os mais modernos civilistas, a exemplo de DEMOLOMBE ⁷:

“le droit bien et dûment devenu nôtre, dont nous sommes investis, qu’un tiers ne pourrait pas nous enlever.”

BAUDRY-LACANTINERIE ⁸:

“l’avantage qui nous appartient, qui figure dans notre patrimoine, qui ne peut être ravi par le fait de celui de qui nous le tenons ou par le fait d’un tiers”

HENRI DE PAGE:

“Le droit acquis est celui qui est entré dans notre domaine, qui en fait partie, et que ne peut plus nous enlever celui de qui nous le tenons. C’est le droit pleinement et définitivement réalisé,”

e de C. F. GABBA ⁹, que definiu o direito adquirido

“comme un droit qui a été crée sous l’empire d’une loi donnée, et qui est devenu immédiatement partie du patrimoine du sujet, encore que l’occasion de le faire valoir ne soit apparue qu’ après l’entrée en vigueur d’une loi différente.”

4. As soluções de acomodação entre a lei antiga e a lei nova, atenuando a eficácia do direito adquirido, brotaram de formulações civilísticas, refletindo a primazia do direito privado na revelação de condicionamentos e de limitações ao direito adquirido. Provieram de formulações civilísticas a separação entre direitos adquiridos e simples expectativas ou esperanças ¹⁰, a retroatividade das leis interpretativas, das leis de ordem pública, das leis de competência e de processo, reduzindo a incidência do princípio da

7 Paul Roubier — obra citada — p. 113.

8 Paul Roubier — obra citada — p. 113.

9 Paul Roubier — obra citada — p. 122.

10 Henri de Page — *Traité Elementaire de Droit Civil Belge* — vol. I — Bruxelles — 1933 — pp. 213 e 220.

irretroatividade da lei e, conseqüentemente, do direito adquirido. PAUL ROUBIER¹¹ qualificou de surpreendente o silêncio do Código Civil alemão de 1900, o famoso *Bürgerliches Gesetzbuch — BGB —*, monumento do Direito Privado, em relação ao princípio da não-retroatividade das leis. Mutismo intencional, que a Exposição de Motivos justificou, sustentando que toda lei pode, e mesmo deve, determinar os limites de sua ação no tempo. Na ausência de texto expresso, a Exposição de Motivos recomendava ao intérprete buscar na lei a regra que dispusesse sobre os limites de seus efeitos no tempo.

MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPERT¹² adotam posição representativa dos condicionamentos privatísticos do direito adquirido e da irretroatividade das leis, quando, embora doutrinariamente admitindo que a lei antiga faça parte do contrato e a ele se aplica como estipulação implícita das partes, reconhecem ao legislador a faculdade de impor a incidência da lei nova aos contratos anteriores à sua promulgação, fundada no interesse superior da ordem pública.

CASTRO Y BRAVO¹³, reportando-se aos casos de aplicação da lei nova com efeitos retroativos no Direito espanhol, ensina que a doutrina e a jurisprudência de seu país autorizam as leis com efeitos retroativos, ainda que não declarado em cláusula expressa, distinguindo os casos em que a retroatividade poderá decorrer de cláusula especial ou da interpretação do texto da lei. CASTRO Y BRAVO inclui nesta segunda categoria, denominado por ele de irretroatividade por declaração tácita da lei, as disposições de natureza interpretativa e as que repelem situações anteriormente constituídas, por incompatíveis com os fins morais e sociais da lei.

No Brasil, CARLOS DE CARVALHO¹⁴, ao promover a recopilação do Direito vigente, a que deu o título — “Direito Civil Brasileiro Recopilado” ou “Nova Consolidação das Leis Civis”, na redação do artigo 21 do referido texto, acolheu a doutrina limitadora do direito adquirido e atenuadora da irretroatividade, admitindo a retroatividade da lei, em determinados casos, *verbis*:

“As leis não têm o efeito retroativo, salvo as que regulam assunto de ordem ou de direito público, qual a abolição de uma

11 *Paul Roubier* — obra citada — p. 125.

12 *Marcel Planiol — Georges Ripert — Traité Pratique de Droit Civil Français* — vol. VI — Paris LGDJ — 1930 — pp. 34/35.

13 *Federico de Castro y Bravo — Derecho Civil de España* — 2ª edição — vol. I — Madrid — 1949 — pp. 651/652.

14 ...

instituição e o estado e a capacidade das pessoas, respeitados os fatos consumados, isto é, que produziram todos os efeitos de que eram suscetíveis.”

O Supremo Tribunal Federal, antes da vigência do Código Civil, como demonstram julgados citados por JOSÉ AFONSO MENDONÇA DE AZEVEDO¹⁵, em seu livro *A Constituição Federal interpretada pelo Supremo Tribunal Federal*, sufragou a retroatividade das leis de ordem pública, *verbis*:

“136 — As leis de ordem pública retroagem...” (4-12-1909).

“146 — Contra as leis de ordem pública não podem ser invocados direitos adquiridos.” (6-12-1916).

Identificando nas formulações privatísticas a sede e a fonte de limitações e de condicionamentos ao direito adquirido e à irretroatividade das leis, não pretendo excluir a doutrina publicística de contribuição no mesmo sentido. O que assinalo é a predominância e mesmo a primazia daquelas formulações no domínio do Direito Privado.

No campo do Direito Público, destaco a posição de LEON DUGUIT que, como vimos, negou a existência de direitos adquiridos e formulou doutrina atenuadora da irretroatividade das leis, com a limitação de seu campo de incidência. Partindo da distinção entre situações jurídicas subjetivas e situações jurídicas objetivas, o notável mestre da Faculdade de Direito de Bordeaux converteu esta segunda categoria na área das leis retroativas. As situações jurídicas subjetivas, segundo DUGUIT¹⁶, são especiais e individuais. O seu exemplo mais claro é o contrato. As situações jurídicas objetivas derivam diretamente da norma jurídica, da lei positiva. São situações gerais e permanentes. A lei nova não pode modificar uma situação jurídica subjetiva, e se ela o fizer, a lei será retroativa e contrária ao direito superior. A lei nova se aplica, ao contrário, às situações objetivas ou legais¹⁷. Reconhecendo a intangibilidade das situações jurídicas subjetivas e a inerente modificabilidade das situações objetivas pela aplicação a elas da lei nova, DUGUIT, mediante uma distinção cerebral, reduziu o campo de incidência da irretroatividade das leis e alargou os casos de aplicação da retroatividade. O mestre de Bordeaux ofereceu,

15 José Afonso Mendonça de Azevedo — *A Constituição Federal Interpretada pelo Supremo Tribunal Federal* — Rio de Janeiro — 1925 — pp. 48-49.

16 Léon Duguit — *Traité de Droit Constitutionnel* — v. I — Paris — 1927 — pp. 308, 309, 312, 313.

17 Léon Duguit — obra citada — pp. 238/239.

desta forma, a contribuição publicística à corrente privatística que preconiza limitações ao princípio da irretroatividade das leis.

5. O princípio do direito adquirido, que a doutrina civilística concebeu como projeção da irretroatividade das leis, não ingressou direta e imediatamente na Constituição. Também na ordem constitucional a primazia coube ao princípio da irretroatividade, que se converteu em regra da Constituição, enquanto o direito adquirido se comportava como princípio-reflexo daquele, sem dispor da incorporação ao plano da norma constitucional.

No constitucionalismo ocidental, a Constituição norte-americana de 1787 exprime o momento inaugural da irretroatividade da lei com o alcance hierárquico de norma suprema. O artigo 1.º — Seção 9 —, em sua cláusula 3, veda ao Congresso aprovar *bill of attainder* ou lei *ex post facto* (*No bill of attainder or ex post fact law shall be passed*). Na lição dos intérpretes da Constituição norte-americana, o *bill of attainder* é o ato legislativo que impõe uma pena sem processo judicial e a lei *ex post facto* a que torna criminoso o ato realizado antes de sua sanção e que era reputado inocente na época de sua prática. Proibindo a pena sem processo judicial e a qualificação de criminoso a ato praticado anteriormente à vigência da lei nova, a irretroatividade da Constituição norte-americana é de natureza criminal, vedando leis penais retroativas. Essa preferência pela irretroatividade das leis penais, como objeto e matéria da regra constitucional, reproduziu-se no constitucionalismo francês do final do século XVIII, no período da Revolução de 1789.

Com efeito, a proteção constitucional da irretroatividade da lei penal firmou-se, originariamente, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, posteriormente convertida no texto inicial da Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791, cujo artigo 8.º dispunha, *verbis*:

“La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.”

A Constituição Girondina de 1793, permanecendo no domínio da irretroatividade da lei penal, inseria nos artigos 15 e 16 de sua Declaração de Direitos duas regras protetoras, para dispor, na primeira, que ninguém poderia ser punido senão pela lei estabelecida e promulgada antes do crime e, na segunda regra, qualificar de ato arbitrário a lei que procedesse de forma contrária, isto é, considerasse delito fato anterior à sua existência, dando ao efeito retroativo da lei o caráter de crime, *verbis*:

“Nul ne doit être puni qu’en vertu d’une loi établie, promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée.” (Art. 15.)

“La loi qui punirait des délits commis avant qu'elle existat serait un acte arbitraire. L'effet rétroactif donné à la loi est un crime.” (Art. 16.)

A Declaração de Direitos, que precedeu o Ato Constitucional de 1793, reproduziu, em seu artigo 14, as duas regras da Constituição Girondina, a *elas acrescentando o princípio da defesa no processo*.

A irretroatividade ampla, para abranger a lei criminal e a lei civil, tornou-se regra da Declaração de Direitos da Constituição republicana de 1793, superando a restrita irretroatividade da lei penal, consagrada nos textos anteriores, *verbis*:

“Aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif.” (Art. 14.)

As Constituições Francesas de 1799 e 1814, a Carta Constitucional de 1830 e a Constituição da República de 1848 não inscreveram em seus textos a regra da irretroatividade da lei penal, como nos documentos constitucionais de 1791 e 1793, nem a irretroatividade conjunta da lei penal e da lei civil, consagrada na Constituição de 1793. Num e noutro sentido, a irretroatividade perdeu a primazia de norma constitucional. Com a exceção das Leis Constitucionais de 1875, que silenciaram quanto ao princípio da irretroatividade, mantendo sua desconstitucionalização, as Constituições mais recentes de 1946 e 1958, prosseguindo na técnica iniciada na Constituição de 1852 (art. 1.º), preferiram reafirmar os Direitos e as Liberdades do Homem e do Cidadão de 1789, limitando-se a acrescentar princípios políticos, econômicos e sociais particularmente necessários ao nosso tempo, como fez a Constituição de 1946, em procedimento reiterado pela Constituição de 1958. Tendo conservado em seu Preâmbulo a Declaração de 1789 e deixando de a ela acrescentar outros princípios, verifica-se que a Constituição Francesa de 1958 manteve a irretroatividade de conteúdo penal, sem alcançar a irretroatividade da lei civil, que é, como vimos, posterior a Declaração de 1789 e à Constituição de 1791. Na França, perdurando a irretroatividade da lei penal, em norma constitucional, relegou-se a irretroatividade da lei, em sentido amplo, ao plano da lei ordinária, sob o comando do artigo 2.º do Código Civil de 1804, *verbis*:

“La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif.”

DE PAGE¹⁸ considera o artigo 2.º do Código Civil Francês *um princípio fundamental do direito*, valendo como

“un précepte pour le législateur, une obligation pour le juge et une garantie pour les citoyens.”

18 *Henri de Page* — obra citada — p. 211.

Situação idêntica, no tocante à irretroatividade restrita à lei penal, é a que se contém na Constituição da República da Itália de 1947. O artigo 25, segundo inciso, da Constituição italiana limitou-se a dispor que

“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.”

A irretroatividade ampla constitui regra das *Disposições sobre Leis em Geral*, texto que precede ao Código Civil, cujo artigo 11, regulando a eficácia da lei no tempo, reproduz o enunciado do Código Civil Francês, *verbis*:

“La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo.”

Comentando a dupla categoria de normas sobre irretroatividade, uma na Constituição, com alcance restrito à lei penal, e outra na legislação ordinária, dotada de alcance genérico, *Carlo Cereti*¹⁹ assinalou que a irretroatividade prevista no texto introdutório do Código Civil encerra um princípio geral do ordenamento jurídico, que deve ser observado por todos, sem constituir, entretanto, limite jurídico para os órgãos legislativos. Estes órgãos poderão atribuir efeito retroativo à lei formal, pois, em matéria não penal, a irretroatividade é princípio de política legislativa, que pode ser ultrapassado pelo próprio legislador, quando necessário. Em matéria penal, ao contrário, a irretroatividade constitui limite insuperável, imposto pelo artigo 25 da Constituição.

Estendendo a comparação ao Direito latino-americano, registramos a posição correspondente do Direito argentino. A Constituição argentina de 1.º de maio de 1853 e as sucessivas reformas de 1860, 1866, 1898 e 1967 contemplam a irretroatividade da lei penal, dispondo que ninguém será penalizado sem processo prévio fundado em lei anterior ao fato, nem julgado por lei inexistente na época do fato (art. 18). A irretroatividade ampla, para a legislação de caráter não penal, como na França e na Itália, abrigou-se no artigo 3.º do Código Civil da República Argentina, de 1.º de janeiro de 1871, em redação de idêntico conteúdo à dos Códigos Civis da França e da Itália, na sua primeira parte, *verbis*:

“Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos.”

19 *Carlo Cereti* — *Corso di Diritto Costituzionale Italiano* — 5ª edição — Giappichelli Editore — 1958 — p. 363.

A irretroatividade da lei penal, como regra da Constituição, e a irretroatividade da lei, de forma ampla, na legislação ordinária codificada, torna invulnerável a primeira categoria de normas, acarretando a sanção da inconstitucionalidade, em caso de sua transgressão. A irretroatividade da lei na legislação ordinária, não obstante o seu caráter de princípio fundamental do direito e de regra de política legislativa, fica submetida ao juízo e conveniência do legislador, que poderá ultrapassá-la em outra lei. Gerando o direito adquirido, que é princípio-reflexo da irretroatividade, a intangibilidade desse direito fica comprometida quando a irretroatividade ampla não constituir *princípio constitucional*.

O Código Civil Argentino, inovando a regra do Código Civil Francês, reproduzida no Código Italiano, reforçou a segurança jurídica dos direitos adquiridos, acrescentando à proibição do efeito retroativo a de que as leis não podem alterar direitos já adquiridos. A lei posterior, que atingi-los, violando princípios da lei geral, ensejará sempre a proteção jurisdicional dos direitos adquiridos. Na França e na Itália, a noção de direitos adquiridos perdura na doutrina e na jurisprudência, sem a eficácia e a energia do princípio legal conferido pelo Direito argentino.

6. O constitucionalismo brasileiro, desde o seu texto inicial, em 1824 consagrou o princípio da irretroatividade ampla, desconhecendo a técnica da irretroatividade parcial, preferida nas Constituições dos Estados Unidos de 1787, da Argentina de 1853, da Itália de 1947 e da França de 1958.

O tratamento constitucional da matéria no Direito Brasileiro pode ser destacado em dois períodos. No primeiro, a irretroatividade ampla se localiza na Constituição e a proteção do direito adquirido adviria, inicialmente, daquela irretroatividade, como princípio-reflexo, para, posteriormente, decorrer de regra expressa do direito ordinário, convivendo com o princípio constitucional da irretroatividade. No segundo período, a irretroatividade ampla foi absorvida pelo direito adquirido, que se tornou princípio constitucional, invulnerável pela lei ordinária.

A Constituição do Império de 25 de março de 1824 e a Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891 pertencem ao primeiro período, consagrando nos respectivos textos a irretroatividade ampla, da qual se projetava o princípio do direito adquirido, corolário da irretroatividade e a ela inerente, por relação congênita. Na Constituição do Império, a irretroatividade, que ingressou no título final — Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros — se condensava na breve regra do artigo 179, § 3.º, o qual, referindo-se à lei já mencionada nos parágrafos 1.º e 2.º, dizia, simplesmente, *verbis*:

“A sua disposição não terá efeito retroativo.”

PIMENTA BUENO²⁰, o melhor exegeta da Constituição do Império, ponderava que

“o sagrado princípio da não-retroatividade da lei deve ser respeitado ainda mesmo no caso de interpretação.”

Na Constituição Federal de 1891, a irretroatividade ampla da lei deslocou-se da Declaração de Direitos, para tomar a forma de vedação de leis retroativas, dirigida à União e aos Estados, como regra das Disposições Preliminares da Organização Federal, contida no artigo 11, § 3.º, *verbis*:

“É vedado aos Estados, como à União, prescrever leis retroativas.”

RUI BARBOSA²¹, o maior intérprete da Constituição de 1891, não foi, entretanto, seguido quando deu ao princípio constitucional inteligência restrita, para confiná-lo nos limites da irretroatividade da lei penal, a exemplo da Constituição norte-americana, a qual, como se viu, adotou terminologia adequada ao alcance da irretroatividade criminal, o que não se verificou na Constituição Brasileira da 1.ª República. A Constituição de 1891, na linha da Constituição do Império (art. 179 — 11), manteve na Declaração de Direitos, em regra autônoma, a proibição de retroatividade da lei criminal, consagrando o princípio da exigibilidade da lei anterior, *verbis*:

“Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada” (art. 72, § 15).

Na vigência da Constituição de 1891, a promulgação do Código Civil, pela Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, com vigência em igual data do ano seguinte, incorporou ao ordenamento jurídico a definição de direito adquirido, que se tornou princípio legal autônomo, desprendendo-se da condição anterior de princípio-reflexo da irretroatividade da lei. A Introdução ao Código Civil não só definiu (art. 3, § 1.º) como impôs à lei o respeito ao direito adquirido (art. 3), *verbis*:

“A lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido; o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada.

Consideram-se adquiridos, assim, os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo

20 José Antônio Pimenta Bueno — *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* — Rio de Janeiro — 1857 — p. 394.

21 Rui Barbosa — *Comentários à Constituição Federal Brasileira* — Coligidos e ordenados por Homero Pires — vol. I — 1932 — p. 375.

de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem" (art. 3, § 1.º).

As Constituições Federais de 1934, 1946, 1967 e 1988 integram o segundo período do constitucionalismo brasileiro, quando o direito adquirido tornou-se princípio constitucional, absorvendo nele a irretroatividade da lei, que deixou de figurar no enunciado da Constituição, por sua absorção na regra do direito adquirido.

A Constituição de 1934 fixou o princípio constitucional do direito adquirido na Declaração de Direitos, conforme formulação iterativamente reproduzida nas Constituições de 1946 (art. 141, § 3.º), de 1967 (art. 150, § 3.º) e de 1988 (art. 5.º — XXXVI), *verbis*:

"A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

A partir da Constituição de 1934, introduziu-se a inovação de contemplar a retroatividade da lei penal benéfica ao réu, *verbis*:

"A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu" (art. 113 — 27).

A Carta de 1937, que instituiu regime autoritário, não manteve o princípio da intangibilidade do direito adquirido, que experimentou processo de desconstitucionalização, nem reiterou a retroatividade benéfica da lei penal, que desapareceu da norma constitucional. Não proscreveu as leis retroativas, como vedação à União e aos Estados, e assim a ablação constitucional do princípio foi completa, conferindo ao legislador ordinário completa discricionariedade. A Carta de 1937 substituiu a retroatividade benéfica por outro princípio, segundo o qual *as penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores* (art. 122 — 13), o que não corresponde ao conteúdo mais liberal da retroatividade da lei penal benéfica. Na vigência da Carta de 1937, a nova Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942), revogou o artigo 3.º da anterior Introdução ao Código Civil, que assegurava o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, deixando aberta a possibilidade de leis retroativas, se assim dispusesse a própria lei, como facultava a ressalva — *salvo disposição expressa em contrário* —, que figurava no artigo 6.º da Lei de Introdução de 1942, *verbis*:

"A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito."

A Lei n.º 3.238, de 1.º de agosto de 1957, na vigência da Constituição de 1946, restabeleceu na sua plenitude o princípio do direito adquirido, em obediência ao preceito que o consagrara na norma constitucional superior.

7. Sendo pacífica no Direito Brasileiro a intangibilidade do direito adquirido, quando considerado em relação à lei ordinária, *que não poderá prejudicá-lo*, cabe, finalmente, apurar se a Constituição, que consagra o direito adquirido, poderá dispor contrariamente a ele.

A questão se situa no campo da competência do poder constituinte originário, se for o caso de nova Constituição, e na do poder constituinte de revisão, de emenda ou de reforma, para os casos de alteração do texto constitucional existente.

As grandes revoluções, determinando profundas alterações na estrutura política, social e econômica, não se detiveram diante das situações consolidadas anteriormente, deixando de reconhecer o direito adquirido.

No curso da Revolução Francesa de 1789, LASSALLE²² cita como representativas da negação do direito adquirido as leis da Convenção de 1793, dispoindo sobre sucessões ocorridas desde 14 de julho de 1789, com efeito retroativo. A abolição do regime feudal, de seus direitos e deveres, sem indenização, por ato da Assembléia Nacional, sepultou direitos adquiridos, dentro do processo revolucionário francês de 1789. A Constituição Francesa de 1791 legitimou e consagrou a derrocada do antigo regime, como se lê em sua introdução, segundo a qual:

“Il n’y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d’ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dérivaiient, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celle des fonctionnaires publics dans l’exercice de leurs fonctions. Il n’y a plus ni vénalité, ni hérédité d’aucun office public. Il n’y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français. Il n’y a plus ni jurandes, ni corporation de professions, arts et métiers. La loi ne reconnaît plus ni voeux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution.”

22 *Ferdinand Lassalle* — obra citada — p. 476.

Em outra manifestação radical do que LASSALLE chamou de mudanças bruscas da história moderna, quando a consciência geral do direito produz uma nova ordem de coisas — “les changements soudains et brusques que l’histoire moderne a enregistrés en si grand nombre et où la conscience générale de droit engendre un nouvel ordre de choses”²³ —, à Revolução Comunista de 1917, igualmente sucumbiram na voragem revolucionária o direito adquirido e as instituições do direito anterior. A Declaração dos Direitos dos Povos da Rússia, de 15 de novembro de 1917, o primeiro documento político após a deflagração daquela Revolução, suprimiu a propriedade e proclamou a libertação dos camponeses do poder dos proprietários da terra. A nova relação de forças projetou-se na Constituição da República Socialista Federativa Soviética Russa, de 10 de julho de 1918, a primeira Constituição Soviética Russa, responsável pela organização da República dos Soviets dos operários, soldados e camponeses. A nova ordem constitucional fundava-se na socialização da terra, na abolição da propriedade privada, com a transferência aos trabalhadores, sem nenhuma indenização, de todas as terras, consideradas, doravante, patrimônio do povo (art. 3.º, *a* — *b*). Converteu em propriedade do Estado Soviético as fábricas, as oficinas, as ferrovias, outros meios de produção e de transporte e os bancos (art. 3.º — *c* — *e*). Confirmou o repúdio aos empréstimos contraídos pelo Governo Czarista (art. 3.º — *d*). Declarou que a tarefa fundamental da Constituição consistiria na instauração da ditadura do proletariado da cidade e do campo (art. 9). A Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1936, que sucedeu à de 1923, tornando-se a terceira Constituição Soviética, dentro da concepção marxista de Constituição balanço, registradora das conquistas já obtidas, estruturou o poder em função do sistema socialista e da propriedade socialista dos instrumentos e dos meios de produção, que decorreram da anterior liquidação do sistema econômico capitalista, da abolição da propriedade privada dos instrumentos e dos meios de produção, como recorda o artigo 4.º da Constituição de 1936.

As Revoluções Francesa de 1789 e a Soviética de 1917 são modelos das revoluções que estabeleceram nova ordem política e social, destruindo a ordem anterior. A fratura, num e noutro caso, foi violenta e os direitos adquiridos da nobreza feudal, da aristocracia territorial e das classes dominantes receberam golpe mortal.

O Poder Constituinte, que implantou a República Burguesa na França e a Ditadura do Proletariado, na União Soviética, não só liquidou direitos adquiridos das classes dominantes, como não chegou sequer a conceber a idéia da proteção do direito adquirido, antepondo esse direito a lei que resultasse da atividade do legislador. A Revolução Soviética expropriou

23 *Ferdinand Lassalle* — obra citada — pp. 475/476.

a propriedade privada e socializou os meios e instrumentos de produção. A Revolução Francesa de 1789, criando as condições favoráveis à implantação e apropriação da propriedade privada pela burguesia, não estendeu a esta instituição o amparo do princípio constitucional da irretroatividade das leis, que os textos constitucionais restringiram, como vimos, a irretroatividade da lei criminal, protegendo a liberdade física. Na França, a irretroatividade da lei civil surgiu mais tarde, para desaparecer, em seguida, o que impediu a formulação do direito adquirido como princípio constitucional, dotado de força inibidora da atividade contrária do legislador. O desdobramento verificado no sistema jurídico francês, a partir do Código Civil de 1804, incorporando o princípio legal da irretroatividade ampla, permitiu o reconhecimento do direito adquirido como situação decorrente da irretroatividade legal, sem alcançar, entretanto, a supremacia de princípio constitucional.

8. As mudanças operadas na fisionomia do regime político brasileiro não atingiram a profundidade das alterações que decorreram de processo revolucionário radical.

A passagem do regime monárquico ao regime presidencial não se fez acompanhar de traumatismos sociais e econômicos. A vida pública republicana recebeu a colaboração de antigos monarquistas e a presença de antigos Conselheiros do Império nos cargos de relevo da administração republicana justificou que se desse à Primeira República a qualificação de *República de Conselheiros*. Pode-se dizer que a medida mais drástica ficou representada pelo trecho constitucional de 1891 que, pondo ênfase na igualdade de todos perante a lei, solenemente declarava:

“A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho” (art. 75, § 2.º).

A Constituição de 1891 afirmou a continuidade entre o direito antigo e o direito novo, desde que compatível com a Constituição e os princípios nela consagrados, *verbis*:

“Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime no que explícita ou implicitamente não forem contrárias ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados” (art. 83).

A ruptura que a Revolução de 1930 introduziu no ordenamento jurídico de 1891 não dispensou as cautelas compatibilizadoras entre o direito

anterior e a ordem que emanava do exercício de poderes discricionários do Governo Provisório. O Decreto n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930, que institucionalizou a Revolução, de autoria de consagrado Jurista, o Dr. Levy Carneiro, se distingue pelo conjunto de limitações que traçava ao emergente poder revolucionário, prescrevendo o exercício da atividade judiciária consoante “as leis em vigor” (art. 3.º), assegurando a vigência das Constituições federais e estaduais, as leis e decretos federais, as posturas, deliberações e outros atos municipais (art. 4.º), declarando em vigor as obrigações e os direitos resultantes de contratos, de concessões ou outras outorgas (art. 7.º), proclamando vigentes e obrigatórias todas as relações jurídicas entre pessoas de direito privado e dando expressa garantia aos respectivos *direitos adquiridos* (art. 6.º). A Constituição de 1934, que decorreu do processo revolucionário de 1930, manteve a regra da continuidade do direito anterior compatível com as disposições constitucionais novas (art. 187) e erigiu o direito adquirido em garantia individual, que a lei não prejudicará (art. 113-3). As Constituições de 1946, 1967 e 1988 não se afastaram dessa linha, que assegura a continuidade do direito anterior não incompatível com a Constituição nova, e a garantia individual do direito adquirido. A Carta de 1937 distanciou-se desse procedimento quando desconstitucionalizou o *direito adquirido*, que perdeu a natureza de princípio constitucional no plano das garantias individuais. Não obstante essa ruptura, para favorecer a liberdade normativa do legislador, que se tornou prerrogativa exclusiva do Presidente da República, através da ple-tórica edição de decretos-leis, manteve a regra da continuidade das leis anteriores compatíveis com a Constituição.

Em face desses fundamentos, que caracterizam o Direito Constitucional Brasileiro, é necessário analisar e aplicar com prudência a regra jurisprudencial de que

“Não pode haver direito adquirido contra preceito expresso da Constituição” (RDA — 24:57 — 54:215).²⁴

A inexistência do direito adquirido há de decorrer de incompatibilidade entre ele e a Constituição, que é o caso extremo da inaplicabilidade e descontinuidade do direito anterior. A Constituição, por decisão soberana do constituinte originário, poderá revogar o direito adquirido, da mesma forma que revoga as leis anteriores incompatíveis. Como a sucessão constitucional no Brasil não se opera por mudanças violentas e se faz acompanhar da continuidade no tempo das leis anteriores, os casos de conflito entre a Constituição e o direito adquirido serão reduzidos, quando não raros. Em

24 *Pinto Ferreira — Comentários à Constituição Brasileira — 1º volume — 1989 — Editora Saraiva — p. 148.*

nosso sistema, a Constituição é fonte protetora do direito adquirido, sobrepondo-o à lei.

Não se recusa ao constituinte originário desfazer o direito adquirido. O que se assinala é a ocorrência rara desse desfazimento pelo respeito do constituinte brasileiro ao princípio da continuidade das leis. Esse princípio pode ser expresso, quando assim consagrado na Constituição, ou poderá decorrer do regime e de outros princípios adotados pela Constituição, para integrar o conjunto inominado dos *princípios decorrentes*, como se dá na Constituição da República de 1988 (art. 5.º, § 2.º). Nesta Constituição, localizamos uma das raras e explícitas recusas de aplicação do direito adquirido. Trata-se do artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que veda a invocação do direito adquirido nos casos de percepção de vencimentos, remuneração, vantagens, adicionais e proventos em desacordo com a Constituição.

O Poder Constituinte de Revisão participa dos mesmos condicionamentos, que agem sobre o poder constituinte originário, em matéria de direito adquirido, sobressaindo-se, nesse domínio, o princípio da continuidade das leis, salvo incompatibilidade com a norma constitucional.

Há diferença de grau e de intensidade entre o Poder Constituinte originário e o Poder Constituinte de Revisão. A Constituição da República de 1988 aprofundou essa distinção, ao ampliar as limitações materiais que incidem no exercício do Poder Constituinte de Revisão, estabelecendo que não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I — a forma federativa de Estado; II — o voto direto, secreto, universal e periódico; III — a separação dos Poderes; IV — os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4.º — I — II — III — IV). Ao incluir no rol da matéria vedada ao poder de constituinte de revisão a emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, a Constituição transformou o título II da Constituição, que abrange os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5.º — I até LXXVII), os Direitos Sociais (artigos 6.º, 7.º — I até XXXIV, 8.º, 9.º, 10, 11), a Nacionalidade (art. 12 — I — II — III — IV — V — VI, 13), os Direitos Políticos (arts. 14, 15, 16), e os Partidos Políticos (art. 17 — I — II — III — IV) no seu núcleo irreformável e, por isso, inatingível pelo Poder de Emenda. Dentro dessa irreformabilidade, encontra-se o princípio de que a lei não prejudicará o direito adquirido (art. 5.º, XXXVI). O Poder Constituinte originário poderá, em tese, suprimir o direito adquirido, de modo geral, incluindo nessa supressão a regra que veda a lei prejudicial de direito adquirido. No caso do Poder Constituinte de Revisão, será questionável a emenda que propuser a supressão do direito adquirido assegurado pelo constituinte originário. A emenda ficará exposta a arguição de inconstitucionalidade. Por outro

lado, à emenda constitucional é vedado, por cláusula expressa da Constituição, propor a abolição do princípio que protege o direito adquirido contra a lei prejudicial a ele. O mencionado princípio é direito individual, integrando o título dos *Direitos e Garantias Fundamentais*, que a Constituição deu por irreformável.

9. No Direito Constitucional Brasileiro, a relação entre Constituição e direito adquirido conduz às seguintes conclusões:

1. A Constituição é fonte e protetora do direito adquirido.

2. Só é recusável o direito adquirido incompatível com preceito da Constituição.

3. O constituinte originário não tem exercitado, com freqüência, a competência para negar e desfazer o direito adquirido.

4. A competência desconstitutiva do direito adquirido pelo constituinte de revisão, se aquele resultou de decisão do constituinte originário ou de sua compatibilidade com a Constituição, é passível de arguição de inconstitucionalidade, por violação de decisão fundamental do constituinte originário.

5. O princípio constitucional que protege o direito adquirido contra lei prejudicial é irreformável, por se tratar de direito e garantia individual, não podendo a sua abolição constituir objeto de proposta de emenda à Constituição.

6. A proteção constitucional ao direito adquirido, que despontou, de forma expressa, na Constituição Federal de 1934, corresponde a valor incorporado à estrutura do regime político e do Estado Democrático Brasileiro.

7. As mudanças constitucionais operadas pelas sucessivas Constituições Brasileiras, mesmo no período de ruptura com o regime antigo, como na queda do Império, em 1889, e na interrupção da legalidade da Primeira República, em 1930, se distanciaram das mudanças radicais comandadas por Revoluções portadoras de nova ideologia e de novo ordenamento social, político e econômico.

8. A evolução constitucional brasileira, ao invés de opor Constituição e direito adquirido como valores antitéticos, vem promovendo a acomodação e o convívio entre Constituição e direito adquirido, que perdura até os nossos dias.

Inconstitucionalidade do Cômputo dos Votos em Branco nas Eleições Proporcionais

XAVIER DE ALBUQUERQUE
Ministro aposentado. Ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

- I. O sistema proporcional nas Constituições brasileiras.
- II. Proporcionalidade, quociente eleitoral, voto em branco.
- III. Inconstitucionalidade do cômputo questionado.
- IV. Conclusão.

Com a Resolução n.º 16.640, de 26-6-90, o Tribunal Superior Eleitoral expediu instruções para a apuração das eleições de 3 de outubro transato. Em seu art. 47, esse ato normativo assim dispõe (destaques, em grifo, acrescentados):

“Art. 47. Quociente eleitoral é o resultado da divisão do número de votos válidos, *inclusive os em branco*, pelo número de lugares a preencher, desprezada a fração, se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior (Código Eleitoral, art. 106).”

O preceito regulamentar faz remissão expressa ao art. 106 do Código Eleitoral, que define a forma de determinação do quociente eleitoral e cujo *parágrafo único*, embaixador da parte acima destacada, tem este teor:

“Contam-se como válidos os votos em branco para determinação do quociente eleitoral.”

Questiona-se a legitimidade, à face da Constituição vigente, assim do preceito legal, como do dispositivo regulamentar que nele buscou arrimo.

I. O sistema proporcional nas Constituições brasileiras

Sob forma larvar, o sistema proporcional pode ser entrevisto no art. 28 da Constituição de 1891, que garantiu a “representação da minoria” na eleição para a Câmara dos Deputados.

Sua efetiva consagração, todavia, em nosso Direito Constitucional, deve mais propriamente ser atribuída à Constituição de 1934 que, no art. 23, lhe fez cabal alusão: “A Câmara dos Deputados compõe-se de represen-

tantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto (...).”

Voltou a consagrá-lo, após o longo silêncio do Estado Novo e da vigência da Constituição de 1937, antes e depois da Lei Constitucional n.º 9, de 28-2-45, a Constituição de 1946. Dispôs ela, no art. 56, que os representantes do povo, integrantes da Câmara dos Deputados, elegiam-se “segundo o sistema de representação proporcional”. E explicitou, no art. 134, que “fica assegurada a representação proporcional dos partidos políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer”.

Os termos lenientes da explicitação não passaram sem contradita nos trabalhos constituintes. Profligou-os, posto sem êxito, PRADO KELLY, para quem o sistema proporcional “é coisa mais matemática do que legislativa”. “O sistema proporcional” — advertiu o saudoso homem público, segundo o relato de JOSÉ DUARTE (*A Constituição Brasileira de 1946*, 2.º vol., pág. 500) — “ou existe, ou não existe. Não há sistema proporcional que a lei estabeleça, ou deixe de estabelecer, ou possa modificar. Há o sistema proporcional puro, ou matemático, ou não há sistema proporcional, porque sistema misto não é sistema proporcional”. E mais adiante (ob. cit., pág. 501): “Digamos na Constituição sistema proporcional e depois tenhamos o cuidado de fazer uma lei ordinária que obedeça a esse princípio. Se o legislador ordinário infringir o que determina o constituinte, a lei que se votar com preterição da proporcionalidade da representação será inconstitucional.”

Tinham fundamento as preocupações de PRADO KELLY. Revelaram-no, mais tarde, episódios e pronunciamentos engastados na prática da Constituição promulgada.

“Não se esclareceu, na Constituição”, — opinou BARBOSA LIMA SOBRINHO (“O direito eleitoral e a Constituição de 1946”, RF n.º 149/60-69, 67) — “qual o sistema de representação proporcional adotado, para que a lei o fizesse e pudesse alterar como entendesse, sem as formalidades das reformas constitucionais. Deixou-se aberto o caminho para o arrependimento e para as experiências.”

Mal se inaugurara o império daquela Constituição, averbou-se de incompatível com seus preceitos o art. 48 do Decreto-Lei n.º 7.586, de 28-5-45 — lei eleitoral sob a qual se operou a reconstitucionalização do País —, que mandava atribuir ao partido mais votado os lugares não

preenchidos com a aplicação do quociente eleitoral e dos quocientes partidários. No questionamento desse preceito legal, JOÃO MANGABEIRA assumiu posição de pro. Foi ele, contudo, mal sucedido, pois o rebateram outras vezes autorizadas e decisões do próprio Tribunal Superior Eleitoral.

Para ROMÃO CORTES DE LACERDA, por exemplo, que replicou à argumentação do baiano ilustre (“Representação Proporcional”, Arquivos do Ministério da Justiça 21/11-17, 11), o art. 134 da Constituição “contém precisamente a permissão das formas mistas, na cláusula, que se não pode negar, porque está à mostra: ‘na forma que a lei estabelecer’.” Menos categórico, mas aquiescendo no mesmo entendimento, escreveu VITOR NUNES LEAL (“O regime representativo e a legislação eleitoral do Brasil”, RDA 9/419-433, 433): “É evidente que a atribuição de todos os restos ao partido majoritário mutila o sistema de representação proporcional. Mas o legislador constituinte parece ter admitido a possibilidade dessa desfiguração parcial, quando expressamente impôs a cláusula restritiva — “na forma que a lei estabelecer’.”

A nossa mais alta Corte Eleitoral orientou-se no mesmo sentido. Disse ela na Resolução n.º 1.668, de 31-3-47 (*apud* CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. IX, pág. 171): “O legislador constituinte entretanto entendeu de melhor alvitre entregar ao legislador ordinário a sua solução, tanto que disse: “na forma que a lei estabelecer”. Noutra decisão (Resolução n.º 1.669, de 11-4-47, *apud* autor e obra citados, pág. 173), e fazendo expressa referência à objeção que PRADO KELLY levantara na Assembléia Constituinte, sentenciou: “Assim, a Constituição deixou, de propósito, de exigir pura e simplesmente a proporcionalidade, senão a que fosse escolhida pelo legislador ordinário. E o fez deliberadamente, cômico da vigência do sistema de atribuição dos restos aos partidos majoritários”.

Essa jurisprudência teve o apoio de CLÁUDIO PACHECO (*ob. e vol. cits.* pág. 78), para quem o Tribunal decidiu “com acerto, pois o sistema proporcional comporta, como vimos, variados tipos e modalidades em que a medida da proporção está sensivelmente graduada”. Não no teve, contudo, anos após, de NELSON DE SOUZA SAMPAIO (“Eleições e sistemas eleitorais”, *Revista de Informação Legislativa* 78/173-192, 191), que assim explicou a mudança operada no sistema pelo Código Eleitoral de 1950: “O método de atribuir ao Partido mais votado as cadeiras não conquistadas pela aplicação do quociente eleitoral pode ser tido como uma forma do sistema misto. Foi o adotado, entre nós, no Código Eleitoral de 1945.

Abandonou-se porque a Constituição de 1946 assegurava 'a representação proporcional'. — Por conseguinte, a proporcionalidade devia ser aplicada integralmente". Nem na abonaria, por seu turno, NESTOR MASSENA ("Sistema de representação proporcional — Distribuição de sobras", Arquivos do Ministério da Justiça 48/1-18, 10), para quem a lei referida no art. 134 da Constituição de 1946 "só pode e há de estabelecer a representação proporcional sem desertar à Constituição, sem transformar as respectivas eleições em eleição que não seja pelo sistema proporcional (...). Se a lei dispuser em contrário ao preceito constitucional (...) não poderá prevalecer, no regime de supremacia dessa lei, sobre a legislação ordinária".

Cessada a vigência da Constituição de 1946, mas conservada, assim na redação primitiva da de 1967 (art. 143), como na que lhe deu a Emenda n.º 1, de 1969 (art. 143), a cláusula da representação proporcional "na forma que a lei estabelecer", não se modificou o quadro jurídico-constitucional precedente. São-lhes pertinentes, portanto, os subsídios doutrinários e jurisprudenciais que vimos de mencionar (n.ºs 4 e 5, *retro*).

Com a Constituição vigente, todavia, já não guardam pertinência positiva esses elementos teóricos e pretorianos, porque ela, ao contrário das de 1946, 1967 e 1969, consagrou, *tout court*, para as eleições legislativas, o sistema proporcional (art. 45), sem timbrá-lo da flexibilidade permitida ao legislador ordinário pela cláusula "na forma que a lei estabelecer", agora claramente suprimida. Mas, embora não lhe sejam positivamente pertinentes, eles o são, se assim se pode dizer, negativamente, porque servem de mostrar o significado que há de ter, por força, a supressão dessa cláusula.

Deve concluir-se, portanto, que, no regime da Constituição de 1988, já não se permite que o sistema proporcional experimente as mutilações e desfigurações, no dizer de VITOR NUNES LEAL (n.º 4, *retro*, quarto parágrafo), que lhe impôs — conquanto ao abrigo de preceito constitucional sobremodo complacente, mas agora inexistente —, o legislador ordinário.

Postas essas premissas, havemos de prosseguir.

II. *Proporcionalidade, quociente eleitoral, voto em branco*

"Caracterizam-se os sistemas proporcionais" — preleciona THEMÍSTOCLES CAVALCANTI (*A Constituição Federal Comentada*, vol. II, 1948, pág. 83) — "pela fidelidade da proporção entre o número de representantes e o número de adeptos dos partidos a que pertence o eleitorado."

A essa fiel proporção entre a composição do corpo representativo e a força numérica das correntes de opinião que, por sua vez, compõem o corpo

eleitoral, chega-se pela aplicação do chamado quociente eleitoral, cuja concepção se atribui a THOMAS HARE e que constitui, segundo SILVIO FURLANI (“Elettorali Sistemi”, *Novissimo Digesto Italiano* VI/437-444, 441), “L’elemento caratteristico, commune a tutti i sistemi proporzionali”. Concorda DUGUIT (*Droit Constitutionnel*, vol. II, 3.^a ed., pág. 737), em que se trata de um dos elementos essenciais do sistema proporcional.

Refere-o KELSEN (*Teoria General del Estado*, trad. esp., 1934, página 443), nestes termos: “Llama-se a este mínimo ‘cociente electoral’, y la determinación del mismo, como clave para distribuir entre los partidos contendientes los puestos a ocupar, es el problema más importante de la representación proporcional. (...) Es una aproximación muy relativa a la idea de proporcionalidad, determinar el cociente electoral de tal forma que se divida el número total de votos emitidos por el número de diputados a elegir, y atribuir a cada partido tantos puestos cuantas veces esté contenido dicho cociente en la suma de votos por él alcanzada”. Salienta o sábio jurista que o problema capital da determinação do quociente eleitoral é genuinamente matemático.

CARLOS MAXIMILIANO (*Comentários à Constituição Brasileira*, vol. II, 5.^a ed., pág. 83), resumindo a conciliação francesa de 1919 entre os sistemas majoritário e proporcional, escreve sobre este: “Se ainda restam lugares disponíveis, divide-se o número dos que às urnas compareceram, deduzidos os votos nulos ou em branco, pelo de deputados a eleger; assim se forma o *QUOCIENTE ELEITORAL*”.

Proporcionalidade de representação é, pois, conceito a que adere, integrando-o e condicionando-o, o de quociente eleitoral. Dito de outro modo, a aplicação do quociente eleitoral é que enseja a representação proporcional.

Sucede que o quociente é, por sua própria noção matemática, o resultado da divisão de uma quantidade por outra; em nosso caso, o resultado da divisão do número das manifestações do eleitorado (dividendo), pelo número dos lugares a serem preenchidos (divisor).

Ora, como o referido divisor, em eleição realizada pelo sistema proporcional, é pré-determinado e por isso conhecido de antemão, tem-se de atentar com redobrado cuidado para a quantificação do dividendo, que somente se apura por via do escrutínio. Com efeito, se se quantifica inexatamente o dividendo, deforma-se o quociente, que resulta de sua divisão pelo divisor, e fratura-se o princípio constitucional da representação proporcional.

Dito isso, ocorre perguntar-se o que efetivamente integra, para os fins tidos em vista, o dividendo em questão.

Integram-no, responde KELSEN (n.º 8, *retro*, terceiro parágrafo), os *votos emitidos*.

Que são, então, *votos emitidos*? São, retruca a lei francesa resumida por CARLOS MAXIMILIANO (n.º 8, *retro*, quarto parágrafo), os dos que às urnas compareceram, *deduzidos os votos nulos ou em branco*. Coincidentemente opina PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA (*Derecho Constitucional*, trad. esp., 1982, págs. 336-337): o número de *votos validamente emitidos* (portanto, não o de eleitores e tampouco o de *votes*, que inclui também os que votam em *branco* ou cujas cédulas são anuladas). Para SILVIO FURLANI, já antes invocado (ob. cit., pág. 439), o *quorum* dos votantes “non doveva comprendere ne i voti dichiarati nulli ne le schede bianche”.

Sufrágio, na concepção de MAURICE HAURIOU (*Derecho Público y Constitucional*, trad. esp., 2.ª ed., pág. 497), é assentimento: “Pero el sufragio no deja de ser un asentimiento en el otro empleo de que es susceptible: el de la elección. (...) Los electores responden, votan a estos candidatos o a los otros, asienten o no asienten a la candidatura y al programa”. Repete-a o filho ANDRÉ HAURIOU (*Derecho Constitucional y Instituciones Políticas*, trad. esp., 2.ª ed., pág. 281: “Sin lugar a dudas, el elector concede su asentimiento a una candidatura por medio de su sufragio”. E com ela concorda nosso DARCI AZAMBUJA (*Teoria Geral do Estado*, 4.ª ed., pág. 332).

De todo modo, mais como direito do que como função, o sufrágio não implica, necessariamente, manifestação sob forma positiva. “L’elettore è anche libero” — explica SILVIO FURLANI em outro de seus estudos (“Elettorato Attivo”, *Novissimo Digesto Italiano* VI/444-452, 451) — “di votare o non votare, di esprimere il proprio voto in senso positivo, per una lista o per la persona di un candidato, o di deporre nell’urna una scheda bianca od una resa di proposito nulla”.

A própria obrigatoriedade do voto, como adverte PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA (ob. cit., pág. 320), “no coarcta la voluntad individual, ya que obliga sólo a participar de la votación (si bien acaso con papeleta en blanco)”. Semelhantemente opina MORTATI, citado por SILVIO FURLANI (“Elettorato...”, cit., pág. 451), ao dizer que “oggetto dell’obbligo è non l’effettivo intervento dell’elettore nella scelta di un candidato (il che

sarebbe impossibile accertare, data la segretezza del voto) bensi la partecipazione formale alla votazione, anche se inducentesi alla deposizione nell'urna di una scheda bianca o nulla". E assim também entende JOSAPHAT MARINHO ("O cidadão e o direito de sufrágio", Revista de Informação Legislativa 10/3-8, 5), para quem, mesmo obrigado a votar, o eleitor "não é compelido, entretanto, ao ato de escolher. Pode comparecer à eleição, obediente ao imperativo constitucional ou legal, e votar em branco, recusando-se, legitimamente, à manifestação de preferência".

Daí a distinção, que alguns propõem, entre sufrágio e voto. Leia-se novamente JOSAPHAT MARINHO (ob. cit., págs. 5-6): "Cumpre assinalar, por isso mesmo, que, embora as duas expressões sejam empregadas, de regra, como equivalentes, há, em rigor, na teoria e na prática, diferença entre sufrágio e voto. Sufrágio é o direito; voto, a forma de exercê-lo. Um é a garantia, o outro o instrumento que a efetiva".

Parece lícito dizer-se, ao cabo das considerações deste número, que entre voto e sufrágio pode correr, posto não necessariamente, relação de continente a conteúdo. O voto em cheio, que exprime escolha ou preferência, contém sufrágio. O voto em branco, ao invés, não no contém. Para o direito constitucional-eleitoral, importa apenas o voto em cheio, aquele que veicula sufrágio e, portanto, exprime escolha ou manifesta preferência; não assim o voto em branco, cuja relevância não ultrapassa os confins da sociologia político-eleitoral.

Bem se compreende, dessarte, voltando-se ao tema da representação proporcional e do quociente eleitoral, seu ferramental característico, que a essência do sistema imponha a exclusão dos votos em branco, quando se apuram os votos emitidos e, portanto, se quantifica o dividendo (n.º 10, *retro*).

Aliás, não pode deixar de ser assim, salvo desvirtuando-se — como o desvirtuaram as leis eleitorais brasileiras, abrigadas na complacência da cláusula constitucional então impetrante, durante mais de meio século — o sistema proporcional.

Visa ele, por definição, à distribuição dos lugares de certo corpo representativo, proporcionalmente à força numérica das diferentes correntes de opinião identificadas na eleição. Para isso, divide pelo número desses lugares, o total das manifestações recolhidas do corpo eleitoral, isto é, das manifestações que se aglutinam nas correntes de opinião a serem aquinhoadas, e encontra, como resultado dessa divisão, o quociente eleitoral.

Como admitir-se, portanto, que sejam computados, nesse total de manifestações, os votos em branco?

Voto em branco, já se viu, é não-sufrágio, é não-escolha, é não-preferência, é em suma, não-opinião.

Só se conceberia, em termos lógicos e matemáticos, o cômputo dos votos em branco na quantificação do dividendo, se fossem eles tomados — qual o faz, mas para outros fins, a sociologia político-eleitoral — como formadores de mais uma corrente de opinião, a saber, a dos que opinam que nenhum partido e nenhum candidato devem integrar o corpo representativo. Só se conceberia, conseqüentemente, se o total de votos em branco também “concorresse” à distribuição das cadeiras, não para ocupá-las, senão para suprimi-las, de forma que a composição do corpo representativo ficasse afinal reduzida de tantos lugares quantos fossem os “conquistados” pela corrente negativista.

Somente nessa hipótese, de certo modo, caricatural, mas aqui acenada para ênfase da incoerência que vimos salientando, haveria compatibilidade entre o cômputo dos votos em branco na determinação do dividendo, e a operacionalização do sistema proporcional.

Como sabido, o cômputo dos votos em branco na determinação do dividendo, em matéria de eleições proporcionais, foi entre nós determinada, pela primeira vez, pela lei eleitoral de 1935. Repetiram-lhe a regra a de 1945 e os Códigos Eleitorais de 1950 e 1965.

Quando isso se deu, fez-lhe oposição o acatado DOMINGOS VELLASCO (*Direito Eleitoral*, 1935, pág. 50), nestes termos: “Esse artigo traz duas inovações. A primeira se refere ao cômputo da fração superior a meio, e a segunda, à contagem dos votos em branco. É sofrível a primeira e descabida a segunda, em face da doutrina eleitoral. É sabido que o Tribunal Superior, ao aprovar as eleições dos representantes das profissões à Câmara dos Deputados, realizadas em janeiro de 1935, mandou computar os votos em branco, sob o fundamento de que votar em branco é um meio do eleitor manifestar sua vontade contrária aos candidatos apresentados. Preferimos, entretanto, seguir a opinião de E. Pierre (*Droit Politique, Electoral et Parlementaire*), para quem as cédulas em branco não devem ser contadas para o cálculo do quociente eleitoral”. Logo adiante, após transcrever tópico do autor que citou, assim externou sua opinião: “Para nós, o voto em branco equivale a uma abstenção. O eleitor não quis exteriorizar sua preferência. É como se não tivesse votado. E, desde que ninguém aceita

a inclusão, no dividendo eleitoral, dos eleitores que se abstêm de votar, parece-nos mais justo que também não se computem os votos em branco. A inovação é má”.

Tinha razão o escritor, pois a equiparação entre abstenção e voto em branco resulta da própria natureza das coisas. Valem, ambos, o mesmo, isto é, nada. Exprimem, como ensina BISCARETTI DI RUFFIA (ob. cit., pág. 374), o mesmo sentido negativo de oposição a qualquer proposição, se se trata de deliberação congressual, ou a todos os candidatos, se se cuida de pleito eleitoral. Se se quiser entrever diferença entre uma e outro, quiçá possa ser procurada na motivação subjetiva de quem os pratica. Se o voto não for obrigatório, como geralmente ocorre nos Parlamentos, pode o parlamentar valer-se da pura abstenção. Se ele for compulsório, todavia, como acontece no Brasil em relação às eleições, fica ao eleitor a alternativa de praticar abstenção, deixando simplesmente de comparecer à mesa eleitoral e sujeitando-se às sanções cominadas, ou de fazer de conta que cumpre o dever de votar, isto é, comparecer à mesa e introduzir na urna o voto em branco. A uma figura, como a outra, é comum a mesma rigorosa desvalia.

A propósito de votos em branco ou ilegíveis, ensina A. CHANTEGRELLET (*Traité des Élections*, tomo I, pág. 631): “La nullité radicale de pareils bulletins s’explique d’elle-même: il n’y a pas de désignation de candidats, pourtant pas de vote émis. (...) Le bulletins blancs n’ont aucune valeur, ils doivent être absolument négligés dans le calcul de voix et mis de côté pour être joints au procès-verbal”. Em passagem anterior (ob. cit., pág. 611), este autor afirma que as cédulas eleitorais devem ser “une manifestation sérieuse et réelle de la volonté de l’électeur, c’est-à-dire, porter des noms pouvant être attribués à des candidats”. Explica ainda que, em toda eleição, há eleitores que não se conformam às prescrições legais e depositam cédulas de diversos tipos, entre outros, os irregulares por sua forma exterior ou sua cor, e os que “sont nets de toute inscription, c’est-à-dire blancs”. E pergunta, para logo responder. “Ces bulletins doivent-ils avoir la même valeur que les bulletins ordinaires et réguliers? Evidemment non; mais doivent-ils être tous annulés complement et au même titre? Non encore; il y en a qui sont nuls d’une façon absolue parce qu’ils ne contiennent l’expression d’aucun vote ou ils constituent une infraction trop grave (...)”. Há pois, para este doutrinador, nulidade igual, isto é, absoluta, assim no voto em branco como no voto gravemente irregular por sua força ou sua cor.

Ainda que se releve ou abstraia a desvalia do voto em branco, não há como computá-lo, em sã aplicação da doutrina proporcionalista, no dividendo eleitoral. Veja-se a lição do clássico MAURICE DUVERGER (*Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, vol. 1, 15.^a ed., pág. 132): “Dans le système du “quotient électoral” on divise, dans chaque circonscription, le nombre total des suffrages exprimés (ne pas confondre les ‘suffrages exprimés’ avec les ‘votants’ et les ‘électeurs’; tous les électeurs ne sont pas des votants, car il y a des abstentions; et certains votants mettent dans l’urne un bulletin blanc ou nul, qui ne compte pas comme suffrage exprimé) par le nombre de députés à élire”. É coincidente o ensinamento de ESMEIN (*Droit Constitutionnel*, vol. II, 8.^a, pág. 363): “Sont seuls comptés pour le calcul les suffrages réellement et valablement exprimés: les bulletins blancs, le bulletins nuls (...) n’entrent pas en ligne de compte”.

Há hipótese, certamente e por fim, em que o voto em branco, tanto quanto a pura abstenção, pode ter valor, e valor negativo. Explica-o ANTOINE SANTSCHY (*Le Droit Parlementaire en Suisse et en Allemagne*, 1982, pág. 92) em lição que, posto relacionada com o direito parlamentar, também é prestante em matéria constitucional-eleitoral: “A chaque fois que la constitution, la loi ou le règlement prennent pour base de calcul de la majorité non plus les voix, mais les membres ou les présents, les abstentions sont cependant valorisées. La plupart des dispositions dérogeant au principe de la majorité des votants assimilent en effet l’abstention à un non et lui donnent la nature d’un droit de veto”. Trata-se, é bem de ver, de hipótese inteiramente estranha à questão aqui versada.

III. *Inconstitucionalidade da regra questionada*

De quanto foi exposto, deve concluir-se pela incompatibilidade entre a cláusula “inclusive os em branco”, inserida no art. 47 da Resolução n.º 16.640, de 26-6-90, do Tribunal Superior Eleitoral, e o art. 45 da Constituição em vigor, que impõe a adoção do sistema proporcional, *tout court*, nas eleições para a Câmara dos Deputados. A mesma incompatibilidade existe, obviamente, entre o dispositivo constitucional e o parágrafo único do art. 106 do Código Eleitoral, o qual serviu de embasamento para a inserção, na norma regulamentar, da cláusula em questão.

Relativamente à regra legal, dir-se-á, se se adotar determinada posição teórica, haver ela sido revogada pela Constituição, ou se dirá, adotando-se posição teórica diferente, ter-se ela tornado inconstitucional. Trata-se de

questão controvertida que tem maior relevo no âmbito do controle concentrado e *abstrato de constitucionalidade*, vale dizer, para os fins da chamada ação direta de inconstitucionalidade.

Quanto à norma regulamentar, vale também a alternativa. Quem admite a inconstitucionalidade superveniente, pode averbá-la de inconstitucional, tanto quanto a própria regra legal regulamentada. Os que não a admitem, não de deslocar o enfoque para o plano da ilegalidade, consistente na adoção, como reprodução ou desdobramento, de regra legal revogada.

Poder-se-ia objetar que, não falando a Constituição senão em sistema proporcional, sem lhe fixar o conteúdo nem traçar os contornos, sua compreensão à *outrance* inviabilizaria toda tarefa legislativa de regulação do respectivo mecanismo.

A objeção, a que nos antecipamos, teria relevo e seriedade. É mister, pois, consignar que a norma constitucional comporta leitura *cum grano salis* e enseja distinções inelutáveis.

Haverá temas, relacionados com a representação proporcional mas não consubstanciais a ela, para os quais não se poderá negar ao legislador ordinário a reserva da opção política. Dê-se como exemplo, o relativo à distribuição dos restos, que é, porventura, o mais aflitivo e espinhoso dos problemas da proporcionalidade.

Em matéria, porém, que diga com a essência mesma do sistema proporcional — como certamente é, e ficou pontualmente demonstrado, a determinação do dividendo eleitoral e a exclusão, dele, dos votos em branco —, já não se poderá reconhecer liberdade ao legislador *infraconstitucional*. Para inibi-lo, basta a nua consagração, pela Constituição, sem qualquer ressalva de lei regulamentadora, da representação proporcional.

Merece ponderada, finalmente, a norma do art. 77, § 2.º, da Constituição, que trata da maioria absoluta necessária à eleição, em primeiro turno, do Presidente da República, e manda excluir do cômputo geral, para apuração daquela, os votos em branco e os nulos. Essa norma é *extensiva* à eleição dos Governadores dos Estados (art. 28) e do Distrito Federal (art. 32, § 2.º), bem assim à dos Prefeitos (art. 29, inciso II).

Trata-se de regra que, relativa à eleição, pelo sistema majoritário, para os cargos executivos, permitiria ao legislador constituinte a livre opção pelo cômputo ou, inversamente, pela exclusão dos votos em branco, sem que se

lhe exigisse, como ocorreria se se tratasse do sistema proporcional, qualquer dever de coerência intrínseca. Como ele mandou excluir os votos em branco, é visível que consagrou o princípio da maioria absoluta dos votantes; se, ao contrário, houvesse mandado computá-los, seria igualmente patente haver consagrado o da maioria absoluta dos presentes (n.º 13, *retro*, último parágrafo).

Em nossa evolução constitucional, o princípio da maioria absoluta foi adotado pela Constituição de 1891 (art. 47), deixando-se o pormenor para o âmbito da lei ordinária (id., § 3.º). Foi reportando-se a esse regime, mas adiantando-se na disciplina específica, que EDGARD COSTA advogou a permissibilidade de uma reeleição do Presidente da República, com a simultânea exigência da maioria absoluta de votos, calculada “sobre a totalidade dos sufrágios válidos adicionados aos votos em branco” (*A Legislação Eleitoral Brasileira*, 1964, pág. 313).

Muitos anos depois, voltou ele a ser abrigado, duas vezes, na Constituição, embora nenhuma delas contasse com a oportunidade de efetiva aplicação. Deu-se a primeira, com a redação atribuída ao art. 81 da Constituição de 1946, pelo art. 1.º da Emenda Constitucional n.º 9, de 22-7-64; e a segunda, com a reformulação, pelo art. 1.º da Emenda Constitucional n.º 25, de 15-5-85, do art. 75 da Constituição de 1967, na versão que lhe dera a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

Tanto numa, quanto noutra, determinou-se a exclusão, para apuração da maioria absoluta, dos votos em branco, contrariamente ao que propugnará EDGARD COSTA, mas precisamente na linha que viria a retomar o constituinte de 1987-1988. Pura opção política, pois, do elaborador do estatuto constitucional.

Ora, se o constituinte optou pela exclusão dos votos em branco, onde e quando poderia ter livremente optado por sua inclusão, não seria curial entender-se haver ele contemporizado com a inclusão, por obra de lei ordinária ou de ato regulamentar, desses mesmos votos, onde e quando a própria essência do sistema adotado haveria de impor sua exclusão.

IV. *Conclusão*

Ex positis, opinamos pela ilegitimidade, à face da Constituição vigente, assim do parágrafo único, do art. 106, do Código Eleitoral, como da cláusula “inclusive os em branco”, encartada no art. 47 da Resolução n.º 16.640, de 26-6-90, do Tribunal Superior Eleitoral.

Destinação e Utilidade do Mandado de Injunção

DERLY BARRETO E SILVA FILHO
Advogado no Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. *Apresentação.*
2. *Decisões do STF e do STJ quanto à finalidade do mandado de injunção.*
3. *Implicações.*
4. *Proposição de um entendimento.*
5. *Causas da criação do mandado de injunção.*
6. *Destinação e utilidade.*
7. *Inseparabilidade dos Poderes constituídos no cumprimento dos objetivos constitucionais.*
8. *Essência da decisão de injunção.*
9. *Conceito de mandado de injunção e identificação do ente sobre o qual recai.*
10. *Conclusão.*

1 — Apresentação

Instituído com a Carta de Direitos de 1988, ainda não se consolidou o entendimento idôneo a respeito da destinação e da utilidade do mandado de injunção como garantia fundamental, seja porque o texto constitucional do inciso LXXI do artigo 5.º é impreciso, seja porque não há lei específica sobre a matéria, seja porque a doutrina e os Tribunais, aos quais cabe edificar os princípios norteadores para a sua compreensão, até agora não alvitram a solução perficiente, quiçá dada a sua novidade na ordem jurídica brasileira.

O mandado de injunção é instrumento jurídico-processual incontinenti aplicável. Impende integrá-lo à ordem jurídica, dando-lhe eficácia de

garantia de direitos, assegurados abstratamente pela Constituição, mas que, na prática, dependem de providência do Estado para se efetivar.

Prescreve o seu dispositivo constitucional instituidor: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Pergunta-se: que providência jurisdicional tutelar aqui se suscita?

O intento deste trabalho é analisar e criticar as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que sob diferentes prismas compreendem esta questão, e aventar uma solução lídima à sua destinação e utilidade como garantia de direitos, liberdades e prerrogativas dos cidadãos.

2 — *Decisões do STF e do STJ quanto à finalidade do mandado de injunção*

O STF entende que o mandado de injunção é “ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa, a que alude o artigo 5.º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2.º, da Carta Magna)”¹. E mais: “nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado”².

Diferentemente, os STJ assevera que o mandado de injunção “destina-se a suprir, via judicial, lacunas legislativas na estrutura normativa”³.

1 Supremo Tribunal Federal. MI 107-3-DF (Medida Liminar). *Diário da Justiça*, Seção I, sexta-feira, 21 set. 1990, p. 9.782.

2 Supremo Tribunal Federal. MI 168-5-RS. *Diário da Justiça*, Seção I, sexta-feira, 20 abr. 1990, p. 3.047.

3 Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Injunção n.º 15-DF. *Diário da Justiça*, Seção I, segunda-feira, 4 set. 1989, p. 14.028.

3 — Implicações

Implica, das decisões dos citados Tribunais, o esvaziamento da prescricionalidade do mandado de injunção como garantia fundamental.

Primeiramente, porque o STF confunde a sua finalidade com a da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, dualidade instrumental que a boa sistemática constitucional deve repugnar. Para que dois remédios com o mesmo efeito?

O âmbito de atuação da inconstitucionalidade por omissão cinge-se à manutenção da ordem jurídica; coibir a inércia do Poder Público, figurada no descumprimento *in abstracto* (pois não há lesão a direito individual ou coletivo) de regra constitucional de proceder. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para que adote as providências necessárias. Tem, por conseguinte, efeito *erga omnes*. Ou seja, não se restringe às partes que compõem a relação jurídica processual.

O âmbito de atuação do mandado de injunção circunscreve-se à proteção de direitos individuais ou coletivos. Por ele, o titular de uma situação jurídica concreta tem viabilizado o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa que lhe fora obstado. Já que há lesão, tem efeito *inter partes*. Incidente somente sobre as partes.

O STJ, por sua vez, transmuta em Legislativo o Judiciário, ao legitimá-lo a suprir lacunas normativas, hipótese incompatível com a independência funcional dos Poderes.

Este entendimento cria a inadmissível figura do *judge made law*, o que gera a supremacia do Judiciário, ao imiscuir-se na atribuição de outro Poder e valorar, em seu lugar, mérito político, quando seu múnus é apreciar lesão ou ameaça a direito e decidir nos estritos limites do ordenamento jurídico.

Deste modo, as soluções experimentadas pelos preditos tribunais tornam o mandado de injunção simples *expectativa de direitos*, de sorte a subtrair a proteção jurisdicional efetiva a direitos cujo exercício fora tolhido pela omissão de providências do Estado. Desarrazoadas e ilíquidas são. Preconceituam a finalidade do mandado de injunção sem fundamento lógico.

O princípio institucional regente das garantias fundamentais é a satisfação de direitos, e, não, a expectativa deles.

Suponha, por exemplo, o *habeas corpus* sem a satisfação do direito à liberdade de locomoção. A violência ou a coação persistiriam. Mas, ao revés, para garantir este direito, a autoridade judiciária ordena, mediante ofício à autoridade coatora, a *soltura* do paciente, constringido ilegalmente. Eis, então, a *satisfação* do direito à liberdade de locomoção, assegurado abstratamente no inciso XV do artigo 5.º da Constituição.

Da mesma forma: se a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, o mandado de injunção deve torná-lo viável, efetivamente. Senão, qual a sua prestabilidade como garantia?

Até 5 de outubro de 1988, só havia garantias contra ações ilegais ou abusivas do Estado. Agora — com o mandado de injunção —, instituiu-se garantia destinada a proscrever, também, as suas omissões, que, como as ações, produzem lesões.

4 — *Proposição de um entendimento*

O entendimento acertado da destinação e da utilidade do mandado de injunção se constrói ao se perscrutarem, inicialmente, as causas de sua criação, para se conhecer a realidade social, política e econômica que motivou a sua instituição, de modo a se determinar, com exatidão, que providência jurisdicional tutelar o dispositivo constitucional do inciso LXXI do artigo 5.º suscita.

Tentar estabelecer a prestabilidade de uma garantia sem auscultar os seus fatores determinantes é divagar em vão caminho. Por isso, torna-se imprescindível firmar os fatos — precedentes necessários do Direito — para se entender a norma do mandado de injunção e dar-lhe a devida eficácia, da qual ainda carece.

Desde a primeira Constituição Republicana, de 1891, as ordens constitucionais diretoras do Brasil se preocuparam, precipuamente, com a limitação do poder. A nova Constituição, ao contrário, prima pela ordem social e pelos direitos e garantias fundamentais, consolidando o regime democrático.

Destarte, toda interpretação constitucional que se erija, deve sê-lo sobre os pilares da ordem jurídica social.

Em virtude desse novo norte tomado, o exegeta deve liar o trinômio motivo-fato-norma, objetivando conhecer o lastro social, não mais o político, das normas constitucionais.

5 — *Causas da criação do mandado de injunção*

O constituinte de 1987-1988, atento à inefetividade de certas normas constitucionais (principalmente as de ordem social) provocada pela inoperância dos Poderes Públicos em completar-lhes a eficácia para que produzissem os efeitos colimados pela Constituição, idealizou um instrumento processual voltado à realização dos direitos públicos criados genericamente pela Carta Jurídica ⁴.

Dimanou desse desígnio o mandado de injunção, meio de viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, postergado pela omissão das autoridades públicas.

6 — *Destinação e utilidade*

A que se destina o mandado de injunção?

Decerto se afirma: viabilizar o exercício de direitos (*lato sensu* considerados).

Para se saber da sua utilidade, urge investigar tão-somente o sentido da palavra cardeal do seu dispositivo constitucional instituidor: exercício.

Exercício é ação mecânica, movimento. Consiste, juridicamente, na atividade de o indivíduo pedir e ser atendido em algo (exercício de direito subjetivo público). Enfim, significa o movimento dentro da extensão que o próprio Direito faculta ao indivíduo.

Daí que a noção de inviabilidade do exercício se manifesta por uma situação jurídica concreta de recusa pelos entes estatais do dever de observar e cumprir o que determina a Constituição e, conseqüentemente, de denegação e restrição dos direitos públicos outorgados aos seus titulares.

⁴ SUGESTÕES DE NORMA CONSTITUCIONAL n.ºs 155-4 e 156-2, publicadas no *Diário da Assembléa Nacional Constituinte* (Suplemento), em 29-4-87, respectivamente às páginas 99 e 99-100. SUGESTÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL n.º 367-1, apresentada na Sala das Sessões da Assembléa Nacional Constituinte em 3 de abril de 1987 pelo Constituinte, Senador Ruy Bacelar.

Assim, tem-se que a utilidade do mandado de injunção está em investir concretamente o indivíduo em seus direitos.

7 — Inseparabilidade dos Poderes Constituídos no cumprimento dos objetivos constitucionais

Compete aos Poderes Constituídos, inseparavelmente, a efetivação, no mundo fático, das normas constitucionais. A todos eles incumbe este dever. E o cumprem integrados em objetivo (fim), mas independentes em sua consecução (meio). Todavia, a independência dos Poderes Constituídos não permite que um ou mais deles se abstenham de fazer o que estão constitucionalmente adstritos. Na falta de atuação destes, principalmente do Legislativo e do Executivo (aos quais cabe ditar o destino social, político e econômico do País), o Judiciário, mediante a ordem de injunção, deverá cumprir o objetivo estabelecido pela norma constitucional e atuar como Poder Integrado de objetivação dos fins, e, não, como Poder Independente de consecução dos meios.

8 — Essência da decisão de injunção

A essência da decisão de injunção reside na efetivação, no mundo fático, das normas constitucionais, ou melhor, o valor da decisão de injunção se expressa na vontade concreta da Constituição.

Mas como o Judiciário poderá atender a este mister sem ofender o princípio da tripartição funcional do Poder?

Insta, para tanto, conceituar mandado de injunção segundo os juízos fixados (fatos e fatores determinantes de sua criação) e identificar o ente sobre o qual recai, porque, como visto, o que incita correção por sua via é a denegação de direito constitucionalmente assegurado, que deve ser satisfeito, evidentemente, por determinado ente.

9 — Conceito de mandado de injunção e identificação do ente sobre o qual recai

Injunção significa imposição que recai sobre certo ente sob pressão de circunstâncias (sentido léxico).

Mandado de injunção é a ordem imperativa, emanada de órgão judiciário, que determina uma obrigação que incide sobre um ente por ter

se omitido em seu dever de observar e cumprir as normas constitucionais que outorgam direitos, liberdades e prerrogativas aos cidadãos.

O ente público, ou privado, sobre o qual recai a injunção nem sempre será o que omite providências normativas. Impetrado será o ente de execução concreta do comando jurídico-constitucional, isto é, aquele a quem a Constituição/Lei impõe um *dever* de prestar os serviços públicos necessários à satisfação do direito solicitado (ente de direito público), pois estes são o meio de execução e de efetivação das normas pelo Estado; ou aquele a quem a Constituição/Lei impõe uma *obrigação* de dar, fazer ou não fazer algo (ente de direito privado), com o mesmo intento (satisfação do direito), como, por exemplo, uma instituição financeira, que não pode cobrar taxas de juros reais acima de doze por cento ao ano, ou uma empresa, que tem de partilhar os seus lucros ou resultados com seus trabalhadores.

Admita-se a suposição: uma trabalhadora rural, de cinquenta e cinco anos de idade, exercita o seu direito à aposentadoria por motivo de velhice e requer ao serviço de previdência social o pagamento de prestações mensais no valor de um salário mínimo, segundo o que lhe assegura o art. 201, § 5.º, da Constituição. O INSS, ente público competente para executar concretamente o que determina o citado dispositivo, denega o pedido sob a justificativa de inexistir lei relativa aos planos de custeio e de benefício da previdência social, o que impede o exercício do direito à aposentadoria da trabalhadora rural.

Presentes os pressupostos específicos à admissibilidade do mandado de injunção — a falta de norma regulamentadora (causa) e a inviabilidade do exercício do direito (efeito) —, como concedê-lo?

A lacuna normativa é legal, do Poder Legislativo, que ainda não promulgou a devida lei. Contudo, quem deveria cumpri-la, se editada fosse, seria o INSS. Destarte, a ordem de injunção incidirá sobre este, determinando-lhe o cumprimento dos ditames constitucionais que conferem o direito à aposentadoria (art. 7.º, XXIV) e à participação nos benefícios da previdência social (art. 201, § 1.º), com a percepção de prestações mensais no valor de um salário mínimo (art. 201, § 5.º), até que sobrevenha outro valor mensal superior, estabelecido por lei.

Somente assim — dando efetividade concreta às prescrições da Constituição — o mandado de injunção terá utilidade de garantia de direitos. Afinal, a viabilidade do exercício de direito se traduz pela capacidade

de movimento dentro da extensão que o próprio Direito faculta aos seus destinatários. E é a isto que o mandado de injunção se presta.

10 — Conclusão

O mandado de injunção representa uma garantia de realização das promessas constitucionais.

O fundamento de sua instituição se encontra na falta de providências (ações) dos Poderes Constituídos, que importa na inefetividade das normas e, por conseqüência, dos direitos nelas contidos. Se aqueles não cumprem os mandamentos constitucionais, manifestam-se inertes, sendo a injunção o meio apto a viabilizar o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa, mediante a imposição, ao ente estatal, ou privado, competente para executar, de um dever ou uma obrigação já existentes na Carta de Direitos, mas que, por inobservância e indolência, não foram realizados.

Não se quer dizer com isso que o Poder Judiciário se transforme em poder jurígeno. Não cria direito novo. Apenas integra a norma ao mundo fático, emprestando-lhe eficácia e concreção.

O mandado de injunção tem o fito de quebrar o estado de hibernação em que habitualmente vivem as autoridades públicas ao longo da história constitucional brasileira. Revela-se como forma pela qual se processará a mudança da tradição das relações de direitos e deveres entre o Estado e os cidadãos, e entre estes mesmos. A ordem jurídica finalmente proveu o indivíduo de garantia frente às omissões do Poder Público.

Uma Constituição não deve ser uma engambelação. Deve dispor de instrumentos para a realização de suas promessas. De que adianta a República Federativa do Brasil autodenominar-se Estado Democrático de Direito, regulada por uma Carta provida de boas intenções, se não tem meios que encerrem a tão proclamada equidade social?

Ao legislador ordinário competirá dar ao mandado de injunção vigor de garantia fundamental, quando da legislação específica, principalmente elucidando a sua destinação e a sua utilidade e definindo o ente sobre o qual recairá, extirpando as controvérsias e as perplexidades hoje presentes.

O caminho para integrá-lo à ordem jurídica só se fará invio se interesses singulares e retrógrados se sobrepuserem aos interesses universais democráticos.

A Questão Ambiental e as Relações Internacionais

SHIGUENOLI MIYAMOTO

Doutor em Ciência Política pela USP.
Professor do Departamento de Ciência Política da Universidade de Campinas —
UNICAMP

Ao contrário do ocorrido em 1972, em Estocolmo, quando comparearam representantes de pouco mais de uma centena de países, à Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), a ser realizada no Rio de Janeiro em 1992, deverão estar presentes delegações de pelo menos 160 Estados¹.

A quantidade de pessoas previstas, de Estados representados e a cobertura dada pela mídia mostram a importância assumida pela questão ambiental nos últimos anos, principalmente na década de 80².

1 A bibliografia sobre a questão do meio ambiente é extremamente vasta, e acessível a qualquer interessado, principalmente em virtude do grande número de instituições que tem se dedicado ao tema. Para efeito deste texto são feitas apenas algumas referências que dizem respeito diretamente ao seu conteúdo, mesmo assim sem qualquer preocupação em listar bibliografias, ademais bastante conhecidas. Embora ciente da distinção que se deve fazer entre ambientalismo e ecologia, os mesmos são aqui utilizados indistintamente, com significados idênticos. Sobre esta diferença conceitual ver, por exemplo, Héctor R. LEIS (org.) — *Ecologia e política mundial*, Rio de Janeiro: Vozes/FASE/AIRI/PUC, 1991, pp. 11-12.

2 Nos anos 80, as publicações sobre ecologia se multiplicaram rapidamente. Especificamente sobre o tema em apreço consultar: Bernardo PERICÁS NETO — “Meio ambiente e relações internacionais”, *Contexto Internacional* (9): 9-17, jan./jun. 1989; Elmar ALTVATER — “Falência e destruição: ou de como a crise financeira internacional e a destruição da floresta tropical estão interligadas”, *Contexto Internacional* (10): 7-42, jul./dez. 1989; Márcia JABOR CANIZIO — “Ecologia e ordem internacional: uma discussão sobre os paradigmas de análise”, *Contexto Internacional* (12): 29-52, jul./dez. 1990.

A concorrência pelo local de realização também é outro indicador: a Noruega e o Canadá, que disputaram com o Brasil o privilégio de sediar o encontro, tinham consciência da dimensão que o assunto representa no contexto internacional.

O interesse e os debates sobre o meio ambiente que se têm verificado nos últimos anos não são gratuitos: as chuvas ácidas sobre os Estados Unidos e o Canadá, a destruição da camada de ozônio, a derrubada das florestas tropicais, a poluição dos ares, dos rios e dos mares têm-se convertido na ordem do dia.

Afinal de contas, todos são direta ou indiretamente afetados, sem exceção, pela queda de qualidade ambiental.

Se as relações internacionais se encontram, ainda, em grande parte, estruturadas e amparadas nas teorias de poder, onde as fronteiras são consideradas invioláveis e a soberania alardeada como absoluta, o mesmo não pode ser dito sobre as implicações de políticas públicas mal conduzidas, sem os devidos cuidados com o meio ambiente, fazendo com que as consequências se verifiquem não só no âmbito regional, mas podendo apresentar implicações mundiais.

Desta forma, como resultado da utilização maciça de *sprays*, a camada de ozônio tem sido progressivamente afetada. Um vazamento de petróleo, ainda que involuntário, acaba destruindo tudo ao seu redor, ao largo de centenas de quilômetros quadrados, sem respeitar as fronteiras de qualquer país, e com consequências ecológicas desastrosas.

Como exemplo deste último caso podem ser citados inúmeros acidentes ocorridos recentemente: em 24 de março de 1989, o *Exxon Valdez* deixou escapar 42 mil toneladas de óleo na entrada do Canal Príncipe William, na porção sul do Alasca, tendo a empresa responsável sido condenada a pagar US\$ 1 bilhão de indenização por danos à natureza;³ em 8 de fevereiro de 1990, o petroleiro *USA American Trader* derramou um milhão de litros de petróleo na costa da Califórnia, em frente à cidade de Huntington Beach;⁴ e do superpetroleiro *Haven* escoaram pelo menos 30 mil toneladas de petróleo no Mediterrâneo, próximo ao porto de Gênova, em 11 de abril de 1991⁵.

Na Eurásia, Mikhail Gorbachev, por exemplo, assume que somente nos anos mais próximos a União Soviética começou a se preocupar com a questão ecológica, considerando o tema de vital importância.

Para o dirigente soviético, o medo do confronto nuclear sempre restringiu a visão governamental que priorizou outros assuntos, motivo pelo

3 Cf. *Veja*, 5-4-89; *Folha de S. Paulo*, 14-3-91, 2-1.

4 *O Estado de S. Paulo*, 9-2-90, p. 12.

5 *Jornal da Tarde*, 18-4-91, p. 12.

qual os investimentos obedeciam “prioridades mais relevantes”. Isto é, desde o início da industrialização do país, a URSS não se preocupava em prestar atenção para assuntos considerados, naqueles momentos, “secundários”, como o meio ambiente. Além do mais, justifica Gorbachev, as dimensões do país e suas riquezas também encorajaram uma falta de cuidados ecológicos ⁶.

Por estes motivos, a poluição do lago Baikal e do mar Báltico, a contaminação do solo e do ar com resíduos de usinas petroquímicas nos Urais, além da própria desertificação do mar de Aral, devido à retirada de água para irrigação, nunca tinham sido objeto de maiores cuidados. ⁷

O vazamento de gás tóxico da empresa norte-americana Union Carbide em Bophal, na Índia, em 1984, ocasionando 1800 vítimas fatais, a bomba de hidrogênio “esquecida” pelos Estados Unidos no fundo do mar, ao Sul do Japão, o acidente da usina nuclear de Chernobyl, a poluição do ar na cidade do México, a contaminação do mar Adriático através de fosfato e outros poluentes, a erosão da bacia hidrográfica do Himalaia, a chuva ácida na Polônia, Alemanha e Checoslováquia, a cianida afetando 95% dos corais filipinos são outros exemplos que podem ser arrolados para demonstrar que em todo o mundo o pouco zelo para com a natureza é visível ⁸.

Como se vê, as grandes potências, independentemente de ideologias, sempre tiveram atitudes discutíveis perante o problema ambiental, ainda que críticas cerradas sejam feitas apenas às nações do Terceiro Mundo. Estes, por sua vez, nada mais têm feito do que repetir os mesmos erros cometidos pelos Estados Unidos, pela URSS.

Em função do desgaste progressivo da natureza, chegando a níveis alarmantes, e com possibilidade de converter-se em situações irreversíveis, a questão ambiental tornou-se alvo de atenção cada vez maior nos últimos anos.

Assim, a ecologia passou a fazer parte da agenda cotidiana de discussões dos mais diferentes Estados e entidades internacionais, servindo

⁶ Mikhail GORBACHEV — “Natureza, direito do homem”. *O Estado de S. Paulo*, 21-4-90, p. 2.

⁷ *Jornal da Tarde*, 14-1-89, Caderno de Sábado, p. 8. *Folha de S. Paulo*, 14-3-90, 2-1.

⁸ Segundo denúncias, a marinha norte-americana, durante a guerra do Vietnã em 1965, deixou cair uma bomba de hidrogênio a 110 quilômetros das ilhas Ryukiu, ao sul do Japão, próximo de Okinawa. Naquela ocasião o caça Skyhawk A-4 baseado no porta-aviões Ticonderoga, armado com bomba de hidrogênio de um megaton, escorregou e caiu no mar, a quatro quilômetros de profundidade sendo que nenhuma providência foi tomada para resolver o problema. Cf. *Isto é Senhor* (1026): 78, 17-5-89; *Jornal da Tarde*, 14-1-89, Caderno de Sábado, p. 8.

inclusive como ponto de referência para concessão ou não de fundos para os países que negligenciam a qualidade de vida ambiental.

Pode-se mencionar aqui instituições como o Banco Mundial, que apenas libera recursos quando obtém promessas de que o ecossistema será preservado, ou então que cuidados serão tomados para minimizar os danos, através de relatórios de impacto ambiental.

As agências internacionais de financiamento e as grandes potências — aqui entendidas como os países altamente industrializados — ao agirem desta maneira obviamente entendem o concerto das relações internacionais com ótica distinta dos países do Terceiro Mundo, operando com o conceito de soberania restrita, ou compartilhada, relegando a idéia de inviolabilidade territorial e de não ingerência em assuntos internos de outros Estados.

Uma análise ainda que superficial do funcionamento do sistema internacional é suficiente para confirmar que esse comportamento é rotineiramente adotado pelas grandes potências quando seus interesses são colocados em jogo. Mas estes mesmos países jamais aceitam que princípio idêntico se lhes aplique.

Como detentores de poder econômico e militar, e possuindo tecnologia mais avançada, controlam todas as instituições importantes, fazendo com que a ordem internacional seja ditada de acordo com a sua vontade e conveniência.

Se, ao nível retórico, discursos se fazem presentes em todos os momentos, na defesa da soberania deste ou daquele país, conclamando à integração e repudiando o conflito, a prática das grandes nações desmente este comportamento, comprovando que a igualdade existe apenas no plano das palavras.

A década de 1980 presenciou muitas atitudes contrariando as normas que deveriam reger a ordem internacional em busca de paz, e onde o temor da guerra fosse deixado de lado. Os Estados Unidos, por exemplo, desembarcaram em Granada e no Panamá; a União Soviética continuou no Afeganistão, e a Grã-Bretanha guerreou no Atlântico Sul, em defesa das terras geladas de sua Majestade, ainda que as ilhas objeto de disputa estejam próximas ao território argentino, cujo governo reivindica sua posse.

Verifica-se, concretamente, uma distância enorme entre o que se diz e aquilo que se faz. O que, realisticamente falando, não deve ser motivo de assombros maiores, porque as relações internacionais não se apóiam apenas em concepções sonhadoras de paz universal, mas moldam-se, em grande parte, pela ótica do conflito.

Não custa lembrar que a própria expressão Nações Unidas, utilizada pela primeira vez por Franklin D. Roosevelt, em 1.º de janeiro de 1942, em plena guerra, na "Declaração das Nações Unidas", constituía-se em

um compromisso de guerra quando representantes de 26 países se dispuseram a lutar contra as potências do Eixo.⁹

Enquanto se fala na necessidade de entendimento para a manutenção da paz mundial e para colocar fim às desigualdades sócio-econômicas, países como os Estados Unidos agem atendendo exclusivamente seus interesses e impondo condições à própria Organização das Nações Unidas, como de fato ocorreu na guerra movida contra o Iraque, à frente de uma aliança.¹⁰

A instrumentalização das entidades como a Organização das Nações Unidas (ONU), ou a Organização dos Estados Americanos (OEA), pelas grandes potências faz com que as intervenções destas em assuntos domésticos de outros países sejam até mesmo legitimadas em detrimento dos objetivos fixados pelas próprias organizações. Ou seja, as relações de força, de poder, ainda são determinantes no contexto internacional.

Se este modo de agir faz parte do cotidiano das políticas desenvolvidas pelas potências na defesa de seus interesses políticos, ideológicos, econômicos ou estratégico-militares, buscando resguardar suas soberanias, neste caso percebidas como invioláveis, idêntica postura é reproduzida no âmbito da questão ambiental.

Na verdade sempre houve grandes obstáculos para que a questão ambiental fosse tratada a contento, e visando apenas o bem comum. É um problema antigo, embora só nas últimas três décadas tenha adquirido uma dimensão verdadeiramente universal.

Defende-se a necessidade urgente de melhorar a qualidade de vida e de manter a paz, mas países como os Estados Unidos e a União Soviética (hoje abalada em seu império), mantêm seus arsenais atômicos; assinam tratados restringindo os mísseis nucleares, mas não os eliminam definitivamente. Nem mesmo diminuem sua capacidade destrutiva, visto que a redução quantitativa de mísseis de curto e médio alcance não implica na perda qualitativa de poder.

Como diz Henry Kissinger, ao comentar a ordem internacional, logo depois do acordo START (Acordo para redução de armas estratégicas), "após as reduções estipuladas, o número de ogivas ficou apenas ligeira-

9. Tais palavras foram posteriormente incorporadas à própria ONU, entidade maior de toda a história da Humanidade, que estabeleceu como fim, em seu art. 1º "manter a paz e a segurança internacionais, e, para isso, tomar coletivamente medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão". Antônio José FERNANDES — *Organizações políticas internacionais*. Lisboa: Editorial Presença, 1980.

10 Algumas considerações sobre este conflito podem ser encontradas em Christian G. CAUBET — *As verdades da guerra contra o Iraque*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

mente menor que o da época do início das negociações. Mas o aumento do grau de precisão dos mísseis compensa a pequena redução numérica".¹¹

As desconfianças mútuas reinantes entre as duas superpotências, todavia, sempre fizeram com que a política de equilíbrio de poder prevalecesse.¹² Mesmo as providências tomadas com a distensão iniciada nos anos 70, primeiro com os acordos SALT, seguidos de outros, como o assinado por Gorbachev e Reagan, em Washington, em 1987, restringindo os mísseis de médio alcance instalados na Europa, até o START, nunca foram suficientes para colocar ponto final ao equilíbrio do terror.

Tanto é assim que o *overkill* de ambos os Estados permanece inalterado, ainda que medidas sejam periodicamente tomadas, como em setembro de 1991, quando os Estados Unidos anunciaram a redução unilateral de mísseis nucleares táticos, seguidos pela URSS que prometeu adotar idêntica posição poucos dias depois, no início de outubro.

E também não abrem mão de sua condição de dominadores da ordem mundial (pelo controle do Conselho de Segurança e demais setores da própria ONU), se bem que estes gestos recentes de Washington e Moscou podem ser um novo marco no relacionamento internacional, culminando com eventual liquidação, até mesmo das armas nucleares de longo alcance.

Durante anos o tema do inverno nuclear se converteu, inclusive, em uma das grandes bandeiras levantadas contra a possibilidade de uma guerra atômica, mas que nunca sensibilizou significativamente os governantes das grandes potências. O projeto norte-americano "Guerra nas Estrelas" é um dado constatável da defasagem entre intenção e ação, pois, enquanto negociam a paz, investimentos em tecnologia militar são realizados envolvendo cifras de bilhões de dólares.

Assim, o próprio deputado Les Aspin, presidente da Comissão das Forças Armadas da Câmara dos Deputados norte-americana denunciou que o orçamento de defesa para 1991, estimado em 291 bilhões de dólares, sofreria uma redução de apenas 500 milhões de dólares.¹³

A ameaça de um conflito nuclear se constituiu, até recentemente, no perigo maior à destruição do meio ambiente, incluindo a própria Humanidade.

A longa noite da guerra fria finalmente terminou, sepultando, pelo menos em princípio, o confronto ideológico reinante desde a Segunda Guer-

11 Cf. Henry KISSINGER — "As superpotências na nova ordem internacional". *O Estado de S. Paulo*, 13-8-91, p. 2.

12 A bibliografia que trata do assunto é ampla, motivo pelo qual escuso-me de mencioná-la aqui.

13 Cf. *Veja*, 24 (40): 37, 2-10-91.

ra Mundial. Todavia, os armamentos nucleares acumulados são ainda prova suficientemente forte para colocar em dúvida as reais intenções das grandes potências em desfazer-se um dia de seu poder atômico.

Os inúmeros escritos de Henry Kissinger, que nunca considerou a União Soviética completamente insuspeita, sempre deixam margem a incertezas sobre as manifestações pacifistas de seu país pois ao ponderar a constituição dos grandes blocos, alertava para a necessidade de a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), pensar a defesa da Europa ligada diretamente à dos Estados Unidos. Certamente contra seu único opositor em termos estratégico-militares, o poder soviético.¹⁴

As transformações do império soviético, com a *glasnot* e a *perestroika* comandadas por Gorbachev, também tem-se demonstrado insuficientes para convencer o governo americano de que não há mais nenhum perigo a temer.

A ascensão de Boris Yeltsin, ao cenário internacional, face aos acontecimentos de agosto de 1991, com a redistribuição do poder soviético, também indica claramente que a questão nuclear não é algo resolvido. Não são gratuitas as divergências apresentadas entre as repúblicas para estabelecer quem ficaria com os arsenais atômicos espalhados por toda a União Soviética.

Apesar de não se falar em conflitos com outras potências, os armamentos nucleares continuam sendo elementos imprescindíveis no jogo de cena do poder mundial, tanto por parte de Washington quanto de Moscou. Dessa forma, o perigo de destruição do meio ambiente permanece e, na prática, os acordos até agora realizados pouco representam, ao nível estratégico-militar, já que se mantém inalterada a capacidade militar de ambos os países.

Prevalecendo no cenário mundial as relações de poder, é óbvio que o domínio da tecnologia nuclear é de vital importância para se ocupar papel de realce no mundo.

Por isso, aqueles que não fazem parte do clube atômico igualmente buscam alcançar o domínio da tecnologia nuclear, visando, com isso, à possibilidade de possuir sua própria bomba, como é o caso do Brasil e de outros países, ainda que se ressalva sempre que o objetivo dos programas nucleares visa a fins pacíficos.

Inúmeras são as nações que sempre se posicionaram contrárias ao Tratado de Não-Proliferação Nuclear (TNP), como é o caso da França

¹⁴ Cf. Henry KISSINGER — "EUA buscam um papel na nova OTAN". *O Estado de S. Paulo*, 24-12-89, p. 42.

e da China. Mais próximos, o Brasil e a Argentina adotam posição semelhante, ainda que recentemente tenham se manifestado favoráveis à assinatura do tratado de 1968, dependendo, óbvio, de outras negociações.

No caso brasileiro há uma dubiedade de comportamento: enquanto o Presidente Fernando Collor em 1990 lançava uma pá de cal nas instalações da base de Cachimbo, a Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE) utilizava, no primeiro semestre de 1991, 65 milhões de dólares em projetos secretos, de conteúdo militar, evidentemente.

Não se deve esquecer, também, que quando se propôs, por iniciativa de Brasília, a criação de uma "Zona de Paz e de Cooperação no Atlântico Sul", as Forças Armadas exigiram que ficasse nitidamente caracterizada a diferença entre desmilitarização e não-militarização.¹⁶

A corrida armamentista, com investimentos da ordem de bilhões de dólares, efetuados por vários países, em nada contribui para recuperar ou melhorar as condições ambientais do mundo. Os governantes declaram-se política e economicamente contrários à degradação do meio ambiente, mas ao nível estratégico-militar tomam decisões que contrariam frontalmente seus discursos. Tal afirmação é verdadeira tanto para os países desenvolvidos, quanto para aqueles outros que almejam fazer parte do clube atômico.

O armamento nuclear é, sem dúvida alguma, o tópico que mais preocupações tem causado à sociedade internacional, motivo pelo qual emergiram, a partir dos anos 60, movimentos pacifistas em grande quantidade, mormente na Europa, palco e espólio dos dois grandes conflitos.

Aliado à questão da guerra, as chuvas ácidas, a camada de ozônio, o extermínio das populações indígenas, e a destruição principalmente das florestas tropicais, converteram-se nos grandes temas que têm mobilizado e sensibilizado a opinião pública mundial.

A própria exploração da Antártica tem sido igualmente objeto de atenção e alvo de cobiça, tanto por parte dos grandes países, quanto de outros que, procurando garantir seu quinhão, instalaram bases e realizaram pesquisas para provar que têm direito adquirido sobre a região.¹⁶

15 Cf. *Resenha de Política Exterior do Brasil*, número especial sobre "Zona de Paz e de Cooperação no Atlântico Sul", edição suplementar, dezembro de 1986.

16 Apenas para efeito de ilustração consultar: Carlos J. MONETA "Antártida, América Latina e o Sistema Internacional na década de oitenta: para uma nova ordem Antártida? Fatores econômicos, estratégicos e tecnológicos". *Revista Brasileira de Política Internacional*, XXIII (89-92): 129-174, 1980 e os ensaios de H. R. LEIS e Clóvis Brigagao, in Héctor LEIS (org.), *op. cit.*

Considerada a última fronteira, com riquezas inexploradas, pelo menos à Antártica foi proibida toda atividade de mineração ou prospecção petrolífera até 2041, conforme estipulou a Conferência Antártica realizada em Madrid, em abril de 1991, e que contou com a presença de 26 países.

No cômputo geral, todavia, as recomendações feitas no encontro de Estocolmo, em 1972, não têm sido levadas a sério pelos países que lá compareceram.¹⁷

A queda acentuada da qualidade de vida, fundamentalmente dos países subdesenvolvidos, e mesmo dos industrializados, parece ter alertado os governos de que providências precisam ser tomadas para reduzir conseqüências de políticas incompetentes.

É certo que nos anos 70 algumas demonstrações de boa vontade surgiram, como o próprio relatório Brandt.¹⁸

As divergências sobre como resolver os problemas, entretanto, têm sido maiores que as soluções, impedindo que medidas eficazes sejam adotadas.

O obstáculo maior e que normalmente bloqueia os entendimentos é justamente quando se vão estabelecer os custos e benefícios das resoluções a serem tomadas, e sobre quem vai cair a responsabilidade de arcar com os prejuízos. Ou seja, como nenhuma das partes se dispõe a exercer tal papel, as negociações prolongam-se durante largo tempo, enquanto a situação interna dos países pobres vai se tornando cada vez mais aguda, seja pelas suas próprias contradições internas, com quadro político-institucional pouco consistente, falta de planejamento adequado, até o endividamento externo.¹⁹

As tentativas de resolver os problemas globais, com resultados pouco favoráveis aos países do Terceiro Mundo, tornam visíveis as razões por que as políticas a serem implantadas caminham a passos vagarosos.

17 Para uma observação rápida sobre a Conferência de Estocolmo e participação brasileira consultar Márcia Jabor CANIZIO — *O Brasil e a questão ambiental: um estudo da política externa brasileira*. Dissertação de mestrado em Relações Internacionais, apresentada ao IRI/PUC/RJ, 1991, mimeo. Anexos a este trabalho encontram-se, ainda, a Declaração de Estocolmo, o Plano de Ação de Estocolmo e a Declaração de Nairóbi.

18 Willy BRANDT — *Norte-Sur — un programa para la supervivencia*. Bogotá: Editorial Pluma Ltda., 1980.

19 Sobre o funcionamento do sistema internacional, os mecanismos de negociação, ver por exemplo, Celso LAFER, *Paradoxos e possibilidades*, Rio de Janeiro. Nova Fronteira, 1982.

Os culpados também são facilmente identificados, pelo menos na ótica dos países pobres. Segundo estes, são os países industrializados os responsáveis pela aceleração da queda de nível de vida. Ou seja, os países ricos que já alcançaram apreciável desenvolvimento científico e tecnológico, à custa da destruição de seu meio ambiente, tentam agora impor soluções aos outros. Assim, o alerta é para que não imitem seu próprio modelo de desenvolvimento, o que acarretaria conseqüências desastrosas para as gerações futuras.

Para os países subdesenvolvidos, reduzir a destruição do meio ambiente implica na necessidade de os demais apresentarem contrapartida, isto é, transferência de tecnologia e fundos que compensem a utilização menor de seus recursos naturais. E que os países ricos também abram mão de seu elevado consumo, utilizando menos elementos comprometedores da natureza como o clorofluorcarbono (CFC).

Sobre este comportamento adotado pelos países pobres, é interessante anotar aqui, observação feita por Lord WAYLAND KENNET, no mesmo ano da Conferência de Estocolmo. Ao refutar as solicitações dos países industrializados para que se preocupassem com o meio ambiente, os países pobres utilizavam-se dos seguintes argumentos: "Compreendemos as suas preocupações econômicas. Não há dúvida de que estragaram os seus países. Também apreciamos a sua preocupação para que não repitamos os seus erros. Contudo, é precisamente o que pensamos fazer. Vocês desenvolveram os seus países e os poluíram, visto que o seu povo era pobre. Agora o seu povo é rico e Vocês querem limpar o ambiente. Os nossos povos são pobres, muitos estão de fato morrendo de fome, e pensamos fazer como Vocês fizeram, e pagar mais tarde. Naturalmente se Vocês estiverem dispostos a nos pagar agora para nos desenvolvermos de maneira limpa e ecológica, aí a questão seria outra".²⁰

Pode-se lembrar aqui também frase atribuída ao então ministro do Planejamento brasileiro, João Paulo dos Reis Velloso, que teria dito quatro meses antes da conferência de Estocolmo, em 1972, que, se progresso é poluição, então vamos poluir. Tal afirmação, como se sabe, causou dissabores enormes, tendo os membros da comitiva brasileira utilizado depois, todo o tempo da conferência para desfazer o equívoco da frase do ex-ministro, sobre as reais intenções do governo acerca do assunto.²¹

20 Wayland Kennet — "The Stockholm Conference on the Human Environment", *International Conciliation*, jan./1992, p. 37. Apud G. E. NASCIMENTO E SILVA — "O meio ambiente e a política exterior". *Revista Brasileira de Política Internacional*, XXX (117-118), 1987/1, p. 58.

21 Cf. *O Estado de S. Paulo*, 19-5-91, p. 19.

Pelo que se viu nos anos posteriores, as considerações de Lord KENNET aplicavam-se não só aos países em desenvolvimento, mas a todo o resto da comunidade internacional, principalmente aos Estados industrializados.

A questão ambiental, contudo, não pode ser pensada, pelo menos ao nível das relações internacionais, amparada apenas na idéia de que se tem que eliminar as queimadas, a chuva ácida ou o CFC para resolver os problemas do mundo.

O problema tem uma dimensão mais abrangente e deve ser remetido à forma como a ordem internacional se encontra constituída. Se são os países do Terceiro Mundo os alvos maiores de críticas, devido à má implementação de suas políticas públicas, esses assim agem precisamente por não disporem de condições técnicas e recursos financeiros suficientes para sanar suas dificuldades, além, é claro, da própria incompetência governamental.

Às voltas com seus inúmeros problemas como o desemprego e a inflação, os países pobres sempre relegaram a questão ambiental. Por outro lado, providências são tomadas apenas quando impactos políticos favoráveis são capitalizados pelos governantes, interna ou externamente. Tal fato pode ser apreciado no exemplo brasileiro quando a explosão das pistas utilizadas pelos garimpeiros, a demarcação das terras indígenas ou a diminuição dos índices de queimadas das florestas, são utilizadas para efeito publicitário e largamente divulgadas pelo governo.²²

Para os países do Hemisfério Sul, a ecologia diz respeito à própria deterioração das condições de vida dos grandes centros urbanos, aí incluindo os serviços públicos, como os meios de transportes insuficientes, o precário serviço de saneamento básico, a deficiência do sistema educacional e da assistência médica, a carência de moradias, além do esvaziamento do setor rural (decorrente da falta de políticas agrícolas satisfatórias) etc.

Essas dificuldades que afetam a sociedade estão intrinsecamente ligadas ao modelo econômico adotado. O pagamento dos pesados serviços da dívida, a dificuldade para captação de novos recursos, aliados à malversação e incompetência na gestão dos recursos públicos, bloqueiam a possibilidade desses países adotarem políticas saudáveis para a melhoria das condições de vida da população, e que em sentido amplo constituem a questão ambiental.

A inserção no sistema internacional, como subdesenvolvidos e com poucas chances de alterar o quadro a seu favor, se tem convertido na questão crucial para os países pobres. Além de apresentarem elevadas dívidas externas e serem contemplados com processo inflacionário, dependentes de tecnologia, não possuem conseqüentemente capacidade de impor condições

22 Cf. *Folha de S. Paulo*, 29-6-91, 1-4.

ou de exercer influência nos foros mundiais, no que tange às decisões políticas, econômicas e, muito menos, no âmbito estratégico-militar.

Até porque os grandes países não raciocinam em termos de ordem justa ou injusta, mas sim considerando interesses. Como diz o embaixador RUBENS RICÚPERO, atual representante brasileiro junto ao governo norte-americano, "é nesse mundo áspero, sem compaixão, nem filantropia, que teremos de operar nossa inserção, não a desejável, ou ideal que requereria um mundo ideal e um país ideal, mas a necessária, a inevitável, a resultante do ponto de encontro entre as oportunidades e limitações do sistema internacional e as do Brasil."²³

Convém lembrar que a própria legitimidade da ordem internacional não é estabelecida levando em conta os interesses de todos os Estados, mas o sistema internacional é considerado legítimo quando as grandes potências chegam a um consenso sobre como ele deve funcionar.

O exercício do poder pelas potências, e a distribuição de influências entre elas mesmas, faz com que a ordem internacional assemelhe-se a um jogo com cartas viciadas, restringindo a ação de outros membros da comunidade e tornando difícil romper com esse arranjo pré-estabelecido.

Concretamente verifica-se uma distância insuperável entre o discurso e a prática das grandes nações frente aos demais países, interferindo em qualquer lugar do mundo e advogando a tese de soberania compartilhada quando seus interesses forem de alguma forma afetados.²⁴

A impossibilidade de influenciar decisões mundiais tem levado, portanto, à polarização de comportamentos: de um lado os países desenvolvidos que ditam as normas que regem o comportamento do sistema internacional, e, de outro, os que, apresentando limitada capacidade de barganha, mantêm-se ignorados mesmo nas decisões que os afetam diretamente, inserindo-se em um quadro pré-estabelecido francamente desfavorável, restando-lhes pequenas margens de manobra, mas que são insuficientes para alterar os rumos do vento a seu favor.

Destarte, a perenização da ordem mundial contribui para que os problemas ambientais se agudizem nesses países, uma vez que apenas detendo posse de seus recursos naturais, a sua má utilização é ainda mais prejudicada em função da carência de fundos e de tecnologia. O que contribui para que a distância entre ambos os lados vá aumentando gradativamente,

23 Cf. Rubens RICÚPERO — "A inserção internacional desejada e a possível para o Brasil". *Coleção Documentos*, nº 12, do IEA/USP, março de 1991, p. 11.

24 Sobre a estratificação do sistema internacional ver, por ex., Helio JAGUARIBE — "Autonomia periférica e hegemonia cêntrica" *Relações Internacionais* (UnB), 3 (5): 8-24, junho de 1980.

tornando cada vez mais difícil romper esta barreira quase intransponível, resultante da diferença de capacitação tecnológica.

Enquanto as nações industrializadas acumulam superávits — se bem que às vezes também apresentem suas próprias adversidades políticas ou econômicas —, investindo em pesquisa e desenvolvimento, o mesmo não se verifica no outro lado. Devedores aos primeiros, com inflação fora de controle e baixas expectativas de vida, a uma grande maioria dos países do Hemisfério Sul não sobram recursos suficientes para aplicações que precisariam ser feitas em escala maciça, em ciência e tecnologia, para superar suas dificuldades.

A própria formação dos megablocos é outro indicador de que a ordem internacional sofre reajustes, redividindo influências políticas, econômicas e militares entre os principais atores. Porém sem transferência substancial aos países pobres que compõem a outra face da moeda, muito menos alterando o *status quo* de poder vigente.

Apenas a consciência de que a queda sem limites da qualidade de vida dos países pobres acaba colocando em risco seus próprios interesses tem feito com que as potências se preocupem com as dificuldades do Terceiro Mundo.

Exatamente por não obedecer fronteiras, a degradação do meio ambiente, como a derrubada das florestas tropicais, pode ter conseqüências globais, o que não é de interesse para nenhum país, onde quer que se situe.

A preocupação é percebida não no sentido de eliminar os problemas dos países pobres, mas sim em procurar evitar que a má gerência adotada por esses acabe apresentando efeitos nocivos sobre outros Estados.

Por isso a ecologia tem sido colocada como um tema internacional, um assunto que diz respeito a toda a Humanidade. Partindo deste princípio a soberania deve, pois, ser colocada de lado, já que se trata de resolução de problemas comuns a todos os países, e não referidas especificamente a este ou aquele outro. Como são os países pobres os que mais críticas têm recebido, porque menos cuidados teriam com a poluição ambiental, são esses que devem arcar com os custos da soberania compartilhada.

A bem da verdade, a culpa é de ambos os lados: dos países industrializados que não desejam abdicar das vantagens adquiridas; e dos países pobres, cujos governantes têm-se pautado pela má utilização dos poucos recursos públicos, executando políticas na maior parte das vezes desastrosas para a sociedade, apenas exercitando o jogo do poder e distribuindo as benesses para seus grupos.

As acusações dos países industrializados têm, por outro lado, produzido efeitos contraproducentes, despertando a vertente nacionalista dos governos daqueles Estados que se julgam feridos em seus bríos, motivo pelo qual o deputado federal Fábio Feldman, em visita aos Estados Unidos, pedia moderação nas críticas ao Brasil.²⁵

A reação do ex-presidente José Sarney, ao final de seu governo, é esclarecedora sobre esse ponto, ao bradar que o Brasil jamais venderia um metro quadrado de seu território, e que não haveria no mundo dinheiro capaz de tal. Esta declaração, aliás, surpreendeu a todos, desde o Departamento de Estado norte-americano ao Banco Mundial, que consideravam a notícia de venda da Amazônia como uma novidade.²⁶

Em parte, posturas como essa têm razão de ser. Acuados, os governantes sentem-se obrigados a dar alguma satisfação para consumo do público interno.

Assim, o governo cria fatos para justificar sua importância na defesa dos interesses nacionais, ressaltando que o país é soberano, que não admite ingerências externas, que não aceita a idéia de ter que discutir seus assuntos internos com outros países, *nem submetê-los a foros internacionais, e outros argumentos semelhantes.*²⁷

Ainda que se observe uma polarização Norte-Sul na questão ecológica, os interesses envolvidos são tão acentuados que mesmo entre os países industrializados desacertos são percebidos para se tentar chegar a um denominador comum.

Para o governo norte-americano, por exemplo, os acordos sobre poluição são pouco interessantes, e freqüentemente se convertem em objeto de contestação nos foros adequados. Ao dar primazia às negociações bilaterais, que são mais flexíveis, Washington dá mostras de preferir jogar nesse campo onde pode propor, com maior desenvoltura, barganhas separadas com seus parceiros.

As posturas norte-americanas têm-se caracterizado por se apresentarem no mínimo dúbias. Apoiando inicialmente a redução de CO₂, a Casa Branca recuava nesta decisão quando George Bush, ao participar de um painel intergovernamental sobre mudança de clima, na Universidade de Georgetown (patrocinado pela ONU e pela Organização Meteorológica Mundial), em fevereiro de 1990, insistia para que os cientistas aprofun-

25 Cf. *Folha de S. Paulo*, 16-3-89, C-4.

26 Cf. *Folha de S. Paulo*, 11-2-89, A-5.

27 Sobre a questão ver Márcia JABOR CANIZIO — O Brasil e a questão ambiental ..., *op. cit.*

dassem mais em estudos específicos e econômicos, antes de adotar medidas que pudessem prejudicar as grandes indústrias.²⁸

Posição idêntica seria repetida em 17 de abril do mesmo ano perante representantes de 17 países reunidos na Conferência sobre Alterações Climáticas, na própria Casa Branca.²⁹

As discordâncias entre norte-americanos e europeus se fazem notar principalmente quando a pauta de discussões tenta fixar prazos para eliminar as emissões de carbono. Embora contribua com cerca de 26% para o efeito estufa e a Europa com 13%, os Estados Unidos se mantêm equidistantes da proposta europeia de reduzir drasticamente a emissão de carbono até o final do século.

Para justificar este comportamento a Casa Branca alega — aí tendo como aliados a Grã-Bretanha, o Canadá e o Japão — que alterar os padrões de consumo de combustíveis fósseis é uma tarefa muito difícil para os países industrializados.

Segundo esses governos, a necessidade de mais experiências é imprescindível, inclusive para se ter certeza de que o efeito estufa de fato é uma realidade incontestável, se está se agravando, em que níveis isto ocorreria, e se este provém da emissão de CO₂.

Esta forma de agir de Washington, ao defender tal posição, provavelmente encontra respaldo nos estudos realizados pela própria NASA. Nesses, afirma-se, embora sem assumir caráter definitivo, que o efeito estufa ainda não afetou o planeta, não tendo este se aquecido no período compreendido entre 1979 e 1989. De acordo com os cientistas da NASA, Roy Spencer e John Christy, em artigo publicado na revista *Science*, de março de 1990, “a composição da atmosfera foi afetada, o desmatamento está acontecendo, e a qualidade da água está caindo, mas não há qualquer sinal de que a temperatura da Terra esteja subindo.”³⁰

Por outro lado, ao encerrar a mesma conferência sobre clima, em fevereiro de 1990, Bush fazia um *mea culpa*, afirmando que a ação ambiental não pode esperar a ciência.³¹

Em anos anteriores, o governo norte-americano também se manteve hesitante, quando se trata de adotar medidas drásticas. O próprio encontro em Londres, realizado em junho de 1989, para fortalecer o Protocolo de Montreal existente desde 1987 é outro exemplo da conduta daquele país. Como se sabe, aquele protocolo fixava a obrigação de reduzir em

28 Cf. *O Estado de S. Paulo*, 6-2-90, p. 12.

29 Cf. *O Estado de S. Paulo*, 18-4-90, p. 10.

30 Cf. *Folha de S. Paulo*, 31-3-90, C-4; *O Estado de S. Paulo*, 3-4-90, p. 10.

31 Cf. *O Estado de S. Paulo*, 18-4-90, p. 12.

50% a produção dos CFCs, ainda na década de 90, conforme compromisso firmado por 56 países.

Os Estados Unidos além de sempre rejeitar proposta nesta direção, recusavam-se igualmente a contribuir para a constituição de um fundo especial no montante de 160 milhões de dólares, destinado aos países subdesenvolvidos, com a finalidade de auxiliá-los a utilizar e desenvolver tecnologias que não coloquem em risco a camada de ozônio.

Mas em junho de 1989, em Londres, o governo norte-americano assumia estratégia de atuação diferente da adotada até então. Ao invés de negar-se a cumprir o protocolo, o que mostraria sua face intransigente e pouco afeita a obedecer acordos, Washington decidiu aceitá-lo. Mas propunha, em contrapartida, que o dinheiro fosse administrado por um comitê executivo com peso proporcional à contribuição de cada país, ou seja, assegurando aos Estados Unidos, como maior contribuinte, o controle dessa própria instância.³²

Na ótica dos países subdesenvolvidos, a proposta americana não só deveria ser desconsiderada, como também alvo de protesto por parte deles. Assim, Juan Matcos, representante mexicano no Programa do Meio Ambiente das Nações Unidas (PNUMA) considerava inaceitável a idéia de que um país pudesse ter uma participação passível de prejudicar os demais.³³ E defendia a necessidade de existir um comitê executivo forte, com competência para agir independentemente, como era o desejo dos delegados dos países ali presentes.

Com gestos cambiantes, George Bush em um momento afirmava uma coisa e na próxima oportunidade defendia postura diametralmente oposta à anterior. Orientado por John Sununu, chefe de gabinete, em outra ocasião Bush se negava a acatar compromisso anteriormente assumido de destinar 25 milhões de dólares para um fundo de ajuda às nações pobres, com a finalidade de criar condições para que esses países fossem capazes de arcar com os custos visando substituir os CFCs por outros produtos químicos.³⁴

Em junho de 1990, porém, o presidente norte-americano mudaria de posição, considerando princípios estritamente econômicos. Considerando que a China e a Índia detêm juntas cerca de 40% da população mundial, o abandono dos CFCs por esses significaria a possibilidade de se criar um novo mercado para os Estados Unidos. Isto é, aqueles dois países teriam que encontrar produtos alternativos, por exemplo, para seus sistemas de refrigeração, momento em que os Estados Unidos aproveitariam para au-

32 Cf. *O Estado de S. Paulo*, 22-6-90, p. 13.

33 *Idem*.

34 Cf. *O Estado de S. Paulo*, 22-6-90, p. 13.

mentar suas vendas nesses locais, oferecendo produtos manufaturados, obtendo, conseqüentemente, lucros altamente significativos.³⁵

Como se vê, a questão ambiental não só para os Estados Unidos, como para as grandes potências é, acima de tudo, um grande negócio.

A resistência em transferir recursos e tecnologia para os países sub-desenvolvidos é percebida nitidamente por alguns dos representantes dos países industrializados como o canadense Maurice Strong, Secretário-Geral da Eco 92.

Para ele, este comportamento dos países industrializados é um dos obstáculos que bloqueiam a possibilidade de se alterar a ordem econômica e ambiental do planeta.³⁶

De acordo com Strong, um dos objetivos da Eco 92 será justamente o de colocar à mesa de negociações a criação de um imposto internacional que incidirá sobre a poluição do ar. Esta taxa deverá se constituir em elemento-chave para a sustentação de uma Convenção Mundial de Atmosfera, destinada a fazer com que o crescimento do efeito estufa seja restringido, da mesma forma que a deterioração da camada de ozônio, e as constantes chuvas ácidas. A existência de recursos desta natureza poderia, assim, possibilitar o repasse de tecnologias destinadas à melhoria de produtividade e de lucros, orientadas não só para a própria conservação de energia, como também para limpeza ambiental.³⁷

Nisto, aliás, tinha o apoio do atual Ministro da Educação José Goldenberg, para quem "somente com tal transferência de tecnologia paga por um fundo internacional custeado pelos países poluidores poderemos avançar rumo ao equilíbrio ambiental com prosperidade e justiça social".³⁸

A ex-primeira Ministra norueguesa Gro Harlem Brundtland, ao defender a mesma idéia de Strong, acredita que debates desse porte poderiam amadurecer a idéia e efetivamente resultar na criação de um fundo mundial, quando os países ricos contribuiriam com 0.1% de seu PIB. Esses recursos, por sua vez, seriam obrigatoriamente repassados para programas de desenvolvimento sustentável, e utilizados pelos países que atualmente se descuidam de seu patrimônio florestal por falta de caminhos alternativos.³⁹

Ao propor a formação do fundo, Gro Brundtland criticava, simultaneamente, o argumento de que a interação entre Estados para se tentar resolver problemas comuns que afetam a todos, pudesse ferir a soberania

35 Cf. *O Estado de S. Paulo*, 22-6-90, p. 13.

36 Cf. *Folha de S. Paulo*, 25-4-91, 4-3.

37 Cf. *Jornal da Tarde*, 8-6-90, p. 10.

38 *Idem*.

39 Cf. *Jornal da Tarde*, 3-2-90, p. 10.

dos povos. Ou seja, aludia à necessidade de se implementar diálogos onde pudessem imperar maior interdependência e cooperação internacional.

E explicava o que deveria ser entendido por soberania no atual contexto das relações internacionais: "A verdadeira soberania, num mundo que se assemelha a um condomínio, onde todos precisam estabelecer entendimento e acordos recíprocos sob pena de a casa comum perecer na desordem, consiste na integração de esforços em prol de um desenvolvimento sustentado da Humanidade".⁴⁰

A falta de unanimidade no trato de questões ambientais não só é patente no eixo Estados Unidos—Europa, mas também no próprio continente europeu, onde divergências cotidianas são observadas.

Para o eterno herdeiro do trono britânico, príncipe Charles, o problema não se resume apenas em colocar a culpa nos países em desenvolvimento pela deterioração do meio ambiente. Segundo ele, os países industrializados deveriam perguntar-se primeiro em quantos casos o processo de deterioração foi iniciado pela ação de indivíduos e companhias das nações hoje desenvolvidas.⁴¹

Mas, por outro lado, a Holanda pode ser considerada um bom exemplo de país que leva a sério o meio ambiente. E ainda que por motivos estritamente particulares, mantém-se francamente favorável a redução de CO₂. Jogando com a possibilidade de existência do efeito estufa, o que significaria elevação da temperatura, o derretimento do gelo das calotas polares elevaria o nível dos mares, ocasionado um desastre sem precedentes inundando os Países Baixos.⁴²

Mas se essas posturas diferenciadas se sucedem, propostas também são apresentadas. Conforme Lauren J. Brinkshorts, responsável pela política ambiental da comunidade européia, um plano de ação necessitaria contemplar a conversão da dívida por investimentos e conservação ambiental. Ao mesmo tempo deveriam estabelecer-se códigos de conduta para indústrias dos países ricos, importadores de madeira, e facilitar a liberação de recursos adicionais para os países do Terceiro Mundo, visando à preservação da floresta e sua exploração econômica de forma racional e sustentável.⁴³

Para resolver, pelo menos em parte, os problemas ambientais que afligem os países do Terceiro Mundo, o Parlamento alemão elaborou inclusive um projeto de conservação que tornará possível, a partir de 1994, a transferência de cerca de 6 bilhões de dólares anuais para a preservação

40 *Idem.*

41 *Cf. O Estado de S. Paulo*, 8-2-90, p. 4.

42 *Cf. O Estado de S. Paulo*, 7-11-89, p. 14.

43 *Cf. O Estado de S. Paulo*, 11-7-90, p. 16.

de florestas tropicais, sendo o Brasil considerado um dos países prioritários para recepção de parte desses recursos.⁴⁴

Essas verbas poderão ser utilizadas a partir de um fundo especial a ser criado e administrado pela própria ONU, sendo que o projeto deverá ser ratificado na reunião da Eco 92. Quer dizer, leva-se em consideração que se os países desistem voluntariamente da exploração predatória de seus recursos naturais, principalmente as florestas, nada mais justo de que os mesmos devam ser recompensados por esta atitude.

Deve-se observar que estas propostas, além de ofertas da Itália, da Grã-Bretanha, da França etc., para a resolução de problemas dos países subdesenvolvidos não se constituem em gestos de caridade. Ao agirem desta forma, procurando auxiliar países como o Brasil a implementar políticas que visem ao desenvolvimento, sem a necessidade de destruição do meio ambiente, estão simultaneamente cuidando de seus próprios interesses. Isto é, a conservação da Amazônia, por exemplo, implicaria em ter, como acentua José Goldenberg, uma usina biológica retentora de carbono, neutralizando as ameaças climáticas, que poderiam afetar o mundo inteiro.⁴⁵

Segundo tais interpretações, os países ricos conscientizaram-se de que a Terra forma um ecossistema frágil, fechado, e que as políticas adotadas no Terceiro Mundo, despreocupadas com a conservação do meio ambiente, acabam afetando globalmente todas as nações, indistintamente, ricas ou pobres, independente de fronteiras e soberanias.

O combate à destruição da natureza, por parte dos países industrializados, não significa que estejam comportando-se como bons samaritanos, mas o fazem movidos por extrema necessidade de preservar um bem comum, o meio ambiente, de que todos dependem em igual proporção. Quer dizer, o Terceiro Mundo, ao evitar sua política de destruição do meio ambiente, fará com que o mundo inteiro se beneficie com tal atitude. Então, diz Strong, a solução para se resolver o problema encontra-se justamente na necessidade de que todos ajudem.⁴⁶

Este, aliás, é o mesmo veredito da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1983, em relatório apresentado quatro anos depois, sobre o futuro comum da Humanidade, onde se afirma que o meio ambiente é limitador da natureza, e não o contrário.

De acordo com o relatório, a adoção de políticas viáveis, para o meio ambiente é necessária e faz sentido, não a curto, mas a longo prazo, eco-

44 Cf. *Jornal da Tarde*, 2-6-90, p. 10.

45 *Idem*.

46 Cf. *Veja*, 24 (22): 7-9, 29-5-91.

nomicamente falando. Por outro lado, também se vislumbra, igualmente, a possibilidade de “a curto prazo serem necessários grandes gastos financeiros em campos como o do desenvolvimento da energia renovável, equipamento de controle de poluição e desenvolvimento rural integrado”, sendo que, “para tanto, os países em desenvolvimento precisarão de assistência maciça, e mais generalizada, para reduzir a pobreza. Atender a essa necessidade financeira significa fazer um investimento coletivo no futuro”.⁷⁴

Mas para Maurice Strong não são medidas isoladas que resolverão a degradação ambiental. Deve-se partir de um entendimento de que o componente ambiental está incorporado definitivamente ao processo produtivo. E isso exige que os países pobres tenham que ser ajudados pelos países ricos. Os primeiros, por sua vez, têm que se conscientizar de que se torna impossível insistir em formas de desenvolvimento que não tenham retorno para a natureza, ou seja, políticas irresponsáveis para com a própria natureza. Isto porque a economia poluidora é mais pesada, gera produtos caros e se torna pouco competitiva no mercado internacional.⁴⁸

O próprio GATT também foi envolvido nas discussões sobre meio ambiente, ao perceber a relação direta entre ecologia e comércio mundial. Quando se reuniu em 30 de maio de 1991, a agenda do GATT apontava a necessidade de se aprofundar as análises para determinar as interferências do meio ambiente na expansão do próprio comércio internacional.

A onda ecológica que varre o mundo há algum tempo pressionava não só governos, mas inclusive o GATT, exigindo providências de entidade, no sentido de proibir a importação de qualquer produto considerado nocivo à natureza.⁴⁹

Tal preocupação tinha fundamento, visto que os países ricos ao subsidiarem produtos agrícolas incentivam a utilização em massa de agrotóxicos, aumentando a produção, porém dificultando a comercialização dos produtos oriundos dos países pobres que se tornam pouco competitivos no mercado mundial.

Polêmica onde este caráter é ressaltado pode ser verificada, por exemplo, no primeiro semestre de 1991. Apesar de estar em vigência acordo entre Brasília e Buenos Aires, dentro do marco de integração regional, o governo brasileiro mostrou-se disposto a importar trigo norte-americano em virtude da diferença de preços do produto, deixando de privilegiar o similar portenho. O trigo americano, subsidiado pelo governo, saíria a um custo sensivelmente inferior ao produto argentino, criando desconten-

47 Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento — *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988, pp. 374-375.

48 Cf. *Veja*, 24 (22): 7-9, 29-5-91.

49 Cf. *Folha de S. Paulo*, 31-5-91, 2-5.

tamento dos empresários daquele país, que viam o processo de integração ser relegado em favor de uma grande potência.

Partindo do princípio de que o controle do meio ambiente é benéfico para todos, os países ricos sempre se arvoraram em defensores da ordem mundial, ditando normas para os demais, considerando-os imaturos etc.

O presidente François Mitterrand chegou a apontar, em Londres, que a posição dos 7 grandes países sempre foi arrogante, tomando ares de um pequeno grupo que quer influenciar o futuro do mundo. Para ele, o Grupo dos 7 não pode ter vocação para ser o diretório do mundo. E dizia que o grupo anterior surgido por iniciativa de Valéry Giscard D'Estaing, quando ainda eram 6 membros (sem o Canadá), se reunia discretamente, sem a presença da imprensa, e nem sequer elaboravam qualquer documento final. Hoje, verifica-se uma completa alteração dos objetivos iniciais, com a arrogância medida pelo PNB.⁵⁰

O problema, contudo, não pode ser visto estritamente pela ótica de que os países desenvolvidos querem impor uma ordem mundial segundo sua exclusiva vontade. Se isto é uma realidade amparada na idéia de que as influências mundiais são distribuídas através de relações de poder assimétricas, entre os diversos Estados do mundo, é fato, também, que grande parte da culpa cabe aos próprios governantes dos países criticados.

Neste caso, sem dúvida alguma, o Brasil tem-se destacado como "vilão mundial", em virtude da depredação da Amazônia, abarcando aspectos variados como as queimadas, as populações indígenas e a contaminação dos rios pelo mercúrio.⁵¹

Alvo de atenção internacional nos anos 80, o Brasil viu-se cercado por todos os lados, tanto por setores ligados à Igreja, como o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), como por grupos ecológicos que criticavam o governo não só pelas grandes queimadas verificadas na segunda metade da década passada, mas também pela exploração dos garimpos, com o avanço da fronteira econômica, colocando em risco a existência dos yanomamis. As preocupações governamentais foram de tal ordem que acabaram culminando no Projeto Calha Norte, de inspiração militar.⁵²

Aliás, a questão ambiental, no país, sempre foi tratada sob o viés militar, pelas próprias características do regime no período anterior a 1985. A permanência dessa concepção, onde os interlocutores governamentais da questão ambiental se apóiam em conceitos de segurança na-

50 Cf. *O Estado de S. Paulo*, 18-7-81, p. 8.

51 Esse tópico está melhor desenvolvido em meu texto "Amazônia: política e ecologia" (em fase final de elaboração).

52 Cf. meu texto: "Diplomacia e militarismo: o Projeto Calha Norte e a ocupação do espaço amazônico". *Revista Brasileira de Ciência Política*, 1 (1): 146-163, março de 1989.

cional, pode ser observada através de relatórios elaborados pela Secretaria de Assessoramento de Defesa Nacional-SADEN (atual Secretaria de Assuntos Estratégicos-SAE), ao Presidente Sarney, alertando sobre a atuação dos movimentos ecológicos, que desejariam transformar a Amazônia em patrimônio da Humanidade.⁵³

O próprio "Programa Nossa Natureza", de abril de 1989, caminha nesta direção, adotando critérios embasados na perspectiva castrense.⁵⁴

A incapacidade que os países subdesenvolvidos têm demonstrado na formulação e implementação de suas políticas públicas pode, em grande parte, ser responsabilizada pelos danos à causa ambiental.

Se bem que haja recursos internacionais à disposição, os mesmos não são devidamente aproveitados pelos países pobres. O que é confirmado pelo próprio coordenador da Rede de Formação Ambiental para a América Latina e Caribe, Enrique Leff Zimmerman, para quem os países subdesenvolvidos têm perdido muitas oportunidades de financiamento para preservação do meio ambiente por falta de projetos bem elaborados.⁵⁵

O Tropical Forest Protection Plan, por exemplo, aprovado pela Alemanha em 1989 para contemplar nações do Terceiro Mundo, destinou ao Brasil cerca de 250 milhões de marcos. Todavia, o governo brasileiro perdeu em 1991 cerca de 60 milhões de marcos, exclusivamente por culpa própria, pois elaborou planos, mas não cumpriu outras exigências anteriormente assumidas de pagamento da dívida.⁵⁶

A falta de ações concretas de governos, como o de Brasília, fizeram também com que bancos internacionais suspendessem financiamentos a serem aplicados em áreas da região amazônica, visando à construção de usinas elétricas, condicionando a liberação dos recursos a medidas efetivas de proteção ambiental por parte do governo brasileiro.

O Brasil é, certamente, o país que mais tem sido alvo das pressões internacionais para cuidar de seu meio ambiente. As atitudes reticentes do governo brasileiro em aceitar "ingerências" em seus negócios internos têm levado freqüentemente a desacordos com os países ricos.

Considerando o assunto como elemento da soberania nacional, o ex-Presidente Sarney recusou-se até o final de seu governo a acatar qualquer sugestão para a preservação da Amazônia.

53 Cf. *O Estado de S. Paulo*, 9-2-89, p. 13.

54 Ver, por exemplo, a entrevista do General Bayma Denis concedida ao *Jornal O Estado de S. Paulo*, 6-4-91, p. 72 e *Resenha de Política Exterior do Brasil* (61): 11-24, abr./jun. 1989.

55 Cf. *Folha de S. Paulo*, 29-3-89, C-8.

56 Cf. *Folha de S. Paulo*, 29-3-81, 4-3.

Essa atitude brasileira de evocar a soberania não é sequer recente. Ao final dos anos 60, o país divulgou memorando criticando os países detentores de tecnologia nuclear pelo fato de desejarem que o Brasil assinasse o TNT.⁵⁷

Ao recusar tal acordo, o Brasil considerou importante a obtenção de tecnologia nuclear porque só com a sua posse seria possível um salto qualitativo no desenvolvimento nacional. Naqueles anos, o relacionamento internacional não era visto sob a perspectiva adotada por Castello Branco. Sob Costa e Silva se pensou na segurança econômica coletiva, com o tema do desenvolvimento/subdesenvolvimento permeando as discussões brasileiras, orientadas segundo a perspectiva Norte—Sul.

Refutando as tentativas de fazer com que o país aderisse ao TNP, ainda que tivesse concordado com o Tratado de Prescrição de Armas Nucleares na América Latina, o Embaixador Araujo Castro discorreu sobre o “congelamento do poder mundial”. Nesta ótica, o mundo estaria polarizado em dois grupos: de um lado os países detentores da tecnologia nuclear, considerados adultos, maduros; e de outro lado, aqueles que deveriam subordinar-se a este fato, visto serem imaturos, irresponsáveis.⁵⁸

Esta postura brasileira de referir-se a quase todos os assuntos evocando a soberania e a segurança nacional foi constantemente reproduzida pelo governo nas últimas décadas. Desde o Tratado de Cooperação Amazônica (TCA), firmado em 1978 com mais sete países da região, o meio ambiente foi convertido em tema de segurança nacional.

Comportamento idêntico era também repetido por outros chefes de Estado regionais. Na III Reunião de Chanceleres do Tratado de Cooperação Amazônica, em março de 1989, em Quito, o Presidente equatoriano Rodrigo Borja realçava que a “defesa da Amazônia é tarefa que compete somente aos países amazônicos sem intervenções estrangeiras”.⁵⁹

A Declaração da Amazônia assinada pelos presidentes do TCA reunidos em Brasília, dois meses depois, reproduz o discurso de defesa da soberania.⁶⁰

Após a morte de Chico Mendes, em dezembro de 1988, as críticas estrangeiras, tanto pela mídia, quanto pela visita de políticos e artistas ao país, começaram a se tornar mais aguda, fazendo com que José Sarney

57 Sobre o assunto ver Celso SOUZA E SILVA — “Proliferação nuclear e tratado de não-proliferação”. *Revista Brasileira de Política Internacional*, XXX (117-118): 5-8, 1987/1.

58 Cf. J. A. ARAUJO CASTRO — “O congelamento do poder mundial”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (33): 7-30, jan. 1972.

59 Cf. *O Estado de S. Paulo*, 7-3-89, p. 16.

60 Cf. *Resenha de Política Exterior do Brasil* (61): 25-34, abr./jun. 1989.

passasse a assumir um discurso nacionalista e agressivo frente às acusações de pouco cuidado dispensado à natureza e aos povos da floresta.

O governo brasileiro nunca viu com bons olhos essas visitas, cada vez mais constantes, tendo como objetivo principal a questão amazônica. Ainda que tolerasse, não admitia que opiniões fossem manifestadas por essas pessoas.

Quando o país recebeu 5 congressistas norte-americanos, acompanhados de jornalistas, em janeiro de 1989, em viagem de duas semanas à América do Sul, para tratar a dívida externa e a proteção ambiental, o Secretário-Geral do Itamaraty Paulo Tarso Flecha de Lima reagiu afirmando que "a maior responsabilidade pela poluição ambiental do mundo era dos países industrializados, com destaque para a Europa".⁶¹

No mesmo diapasão Sarney reafirmava mais uma vez que são os ricos que agridem o meio ambiente.⁶²

O final da década de 80 foi um período que muito trabalho deu ao Itamaraty, face às fortes críticas internacionais. Entre os motivos que deram margem à agressividade do discurso brasileiro pode ser mencionada a própria querela em torno da rodovia BR-364. Segundo o governo brasileiro, o presidente Bush teria solicitado ao Japão para que não liberasse recursos para aquele projeto, tido como prejudicial ao meio ambiente. O Japão, por sua vez, negava tal intenção em 18 de março de 1989, e poucos dias depois publicava no *The New York Times* carta afirmando que não estava envolvido no projeto.⁶³

A afirmação de François Mitterrand de que os países deveriam abrir mão de sua soberania também foi alvo de irada resposta do governo brasileiro.⁶⁴ Houve mesmo reclamação contra o anúncio da Declaração de Haia, mandado publicar pelo governo francês, ao final da Conferência Internacional sobre a Proteção da Atmosfera do Globo, realizada em março de 1989, na Holanda, e que contou com a presença de 26 países.⁶⁵ Conforme o teor da declaração, os signatários se dispunham a abrir mão de sua soberania em favor do combate à poluição.

Para fazer frente a todas essas críticas o Ministério das Relações Exteriores chegou mesmo a criar um departamento especial para tratar a questão ambiental, assumindo a diplomacia do verde.

Sob uma avalanche de críticas, o país inclusive sentiu que poderia ser isolado internacionalmente, convertendo-se em uma nova África do

61 Cf. *Jornal da Tarde*, 14-1-89, p. 11.

62 Cf. *Jornal da Tarde*, 27-2-89, p. 5; *Folha de S. Paulo*, 4-3-89, A-5.

63 Cf. *Folha de S. Paulo*, 24-2-89, B-1; *Folha de S. Paulo*, 25-2-89, A-1; *Jornal da Tarde*, 25-2-89, p. 7; *O Estado de S. Paulo*, 9-3-89, p. 19 e 19-3-89, p. 29.

64 Cf. *Folha de S. Paulo*, 12-3-89, C-3.

65 Cf. *Folha de S. Paulo*, 5-4-89, C-6.

Sul, como se manifestava Fernando Cesar Mesquita, então Presidente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis.⁶⁶

O governo sequer cogitou de discutir a conversão da dívida em projetos ambientais — já em negociação em outros países como a Bolívia, o Paraguai, a Costa Rica e as Filipinas — considerando que propostas deste gênero, além de ferir a soberania nacional, não resolviam, nem os problemas do meio ambiente, nem solucionavam a questão da dívida, motivo pelo qual, nos anos Sarney, este tema se converteu em verdadeiro tabu.⁶⁷

Mas ao mesmo tempo, o país prometia colaborar com 20 mil dólares para criação de uma rede mundial de informações sobre meio ambiente.⁶⁸

Em parte, o governo brasileiro tinha motivos para tratar com cautela as visitas estrangeiras porque os congressistas americanos em janeiro de 1989 afirmavam através de Peter Benclev, que a ecologia não era mais uma questão local. Pouco tempo depois, o chefe da comitiva, Senador Timothy Wirth, manifestava receio de que o prolongamento da BR-364 pudesse representar um aumento das relações comerciais entre o Brasil e o Japão, com nova saída para o Pacífico.⁶⁹

A carência de recursos deixou claro, todavia, que, embora áspero nas críticas às tentativas de ingerências externas, o governo brasileiro passou a considerar que a questão ambiental deveria ser tratada de forma compatível com as necessidades do país. Assim, o Ministro Clodoaldo Hugney Filho comparecia a Washington na sede do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) para apresentar o novo Plano de Proteção do Meio Ambiente e às Comunidades Indígenas (PMACI).⁷⁰

No decorrer do tempo, as posturas do governo brasileiro tornaram-se mais flexíveis. O chanceler Francisco Rezek chegou a admitir que o Brasil estava inclinado a assinar o TNP, justificando que o Secretário de Estado norte-americano James Baker considerava a possibilidade de os países desenvolverem tecnologia nuclear com objetivos não militares.⁷¹

E se a conversão da dívida era tabu no governo Sarney, o atual Ministro das Relações Exteriores declarava ao ex-Primeiro Ministro francês Michel Rocard que esse assunto era perfeitamente discutível, desde que não houvesse afronta ao direito internacional e à soberania nacional.⁷²

66 Cf. *O Estado de S. Paulo*, 25-4-89, p. 12.

67 Cf. *O Estado de S. Paulo*, 23-12-89, p. 4.

68 Cf. *Folha de S. Paulo*, 27-3-89, C-3.

69 Cf. *Veja* (1073): 32-33, 29-3-89.

70 Cf. *O Estado de S. Paulo*, 21-9-88, p. 11.

71 Cf. *Folha de S. Paulo*, 12-5-90, A-7.

72 Cf. *Jornal da Tarde*, 30-6-90, p. 8.

Como se verificou depois, o próprio Banco Central regulamentou a conversão da dívida externa em projetos ambientais estabelecendo teto de 100 milhões de dólares.⁷³

Apesar de crítica, a imprensa internacional às vezes reconhecia que a questão ambiental não era tratada a contento. Em editorial de 24 de julho de 1990 o jornal *The New York Times* considerava hipocrisia dos Estados Unidos criticarem o Brasil por devastar suas florestas, quando aquele país destruiu as florestas de Porto Rico e do Havaí, sendo que neste último, 75% da flora foram por eles devastados.⁷⁴

Mesmo na Suécia, que costumeiramente é vista como modelo de preservação do meio ambiente, críticas também são observadas. Pelos dados estatísticos, na Lapônia calcula-se que apenas 5% de florestas naturais sobraram, ainda que o resto tenha sido replantado devido à obrigatoriedade de reflorestamento. Por outro lado, constitui-se no terceiro maior exportador mundial de papel e madeiras, sendo que 49% das florestas encontram-se em mãos de pessoas físicas, 25% em mãos do Estado e 26% são posse de pessoas jurídicas.⁷⁵

Esta política desenvolvida pelo governo sueco é objeto de críticas por parte de seus próprios habitantes. Ake Aronsson, naturalista da Agência Nacional de Proteção Ambiental, em Gallivare, diz o seguinte sobre as florestas suecas: "Nunca paramos de derrubá-las. Florestas antigas abrigam espécies únicas e enraizam a identidade escandinava. Florestas cultivadas são um desastre cultural e biológico; árvores iguais, mesma idade, mesmas cores, menos espécies e menos animais".⁷⁶

Como se pode constatar, tanto os países subdesenvolvidos como desenvolvidos igualmente depredaram e continuam devastando a natureza. Deve-se admitir, porém, que uma das causas do estrago da natureza no Terceiro Mundo é, sem dúvida alguma, a pressão para o pagamento da dívida externa, que induz o países pobres a adotarem políticas derrubando florestas e aumentando o consumo de recursos naturais de forma predatória.⁷⁷

A preservação através de desenvolvimento de tecnologias adequadas de menor consumo energético e o uso racional de fontes de energia ainda não se converteram em realidade para os países pobres. Mesmo porque não dispo de desses recursos também não os recebem dos países industrializados sem exigências que lhes parecem completamente descabidas. O que também não é totalmente verdadeiro.

73 Cf. *O Estado de S. Paulo*, 17-7-91, p. 9.

74 Cf. *Folha de S. Paulo*, 25-7-90, C-3. A íntegra do editorial do *The New York Times* foi publicada por *O Estado de S. Paulo*, 25-7-90, p. 11.

75 Cf. Ricardo ARNT — "Suecos cortam floresta da 'Amazona fria'". *Folha de S. Paulo*, 24-6-91, 2-1.

76 *Idem*.

77 Cf. por exemplo, Elmar ALTVATER, op. cit.

De Biodiversidade; ONG's e Direito Internacional

Prof. Dr. CHRISTIAN G. CAUBET
Da Universidade Federal de Santa Catarina.
Pesquisador do CNPq.

S U M Á R I O

1 — Devastação ambiental e empobrecimento genético: o Terceiro Mundo a serviço do Primeiro. 2 — As convenções planetárias e a efetividade do Direito Internacional Público. 3 — O papel das ONG's na implementação do Direito Internacional Ambiental. 4 — Considerações finais. 5 — Bibliografia.

Um dos principais obstáculos à elaboração e à implementação de normas jurídicas internacionais relativas à proteção da biodiversidade reside no fato de que estas deverão definir um direito que regule comportamentos sociais e valores ainda não-dominantes. Elas seriam destinadas a permitir, proibir e exigir condutas precisas da maioria da população dominante do mundo, em nome das convicções de uma minoria ("ecologista"). O fato de que essa minoria tenha um grande número de argumentos objetivos ou racionais à sua disposição, para sustentar suas teses, ainda não constitui um elemento de pressão para alterar os comportamentos econômico-socialmente dominantes da cultura ocidental atual.

Em outras palavras, deve-se enfrentar uma questão de legitimidade. Os valores dos movimentos ecológicos e as provas científicas de que dispõem já surtiram o efeito de criar uma tomada de consciência incipiente, em relação às consequências da devastação ambiental. Os profissionais da

Estudo para a *International Environmental Law Conference*, Hália (Países Baixos), 12 a 16/8/1991.

política, sejam eles das democracias norte-ocidentais, dos países de capitalismo de Estado ou até de países considerados não-democráticos, não podem mais ignorar esses valores, nem as provas científicas. No entanto esses profissionais fazem um aproveitamento muito mais retórico do que real, dos diversos aspectos da problemática ambiental. Continuam, na prática, acobertando a ação expansionista e predatória das sociedades "desenvolvidas", em nome de uma visão implicitamente economicista das condições de vida. Rejeitam, explicitamente, as tentativas e pressões, no sentido de alterar os rumos das economias dominantes. Deixam um minúsculo espaço, ainda assim com severo controle, aos movimentos alternativos e ecológicos. Afinal, a repressão aos protestos dos ecologistas, pelo governo da democrática Noruega, durante a Conferência de Bergen (maio de 1990), inclusive com o uso de cães adestrados, não se diferencia muito da repressão às manifestações ecológicas que ocorrem em outras partes do mundo. A sabotagem de pesquisas tecnológicas alternativas, no intuito de preservar a tecnologia nuclear (Jim Jeffery, 1990), ou o automóvel-individual-à-gasolina para finalidade de transporte, revela a distância que separa a grande maioria dos discursos oficiais das imperiosas necessidades de mudança.

Essas considerações lembram o contexto, no qual se situam a International Environmental Law Conference e a Conferência Eco 92 (Brasil, junho de 1992).

A IELC poderá ter a utilidade, muito significativa, de nortear a ação das pessoas envolvidas na proteção ambiental. Da mesma maneira como um farol, no meio da tempestade, serve de ponto de referência para as tripulações dos navios conhecerem sua própria posição e fornecer pelo menos uma informação segura, a Conferência poderá ser uma luz e guiar indivíduos e associações desamparados. Porém, da mesma maneira como o farol não é um recurso para enfrentar as condições da própria tempestade, a Conferência não poderá ser, no contexto atual e por muito tempo ainda, um instrumento efetivo para exigir o respeito a normas socialmente necessárias. Para retomar uma distinção cara aos juristas (neo-) positivistas, ela pertencerá à área do *sollen* e não do *sein*. Essas afirmações são amplamente respaldadas pelos exemplos de esforços empreendidos para codificar o Direito Internacional Público, quer se trate dos resultados da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar ou do estatuto jurídico interminavelmente esboçado pela Comissão do Direito Internacional da ONU, sobre o "Uso das Águas dos Rios Internacionais para Fins Distintos da Navegação".

É por essas razões que o presente estudo coloca ênfase sobre questões políticas, a partir da observação de fatos cuja conotação essencial é considerada econômica. Sem descurar-se da necessidade da elaboração de uma Convenção Internacional para resguardar o biodiversidade do planeta, pretende-se focar outros meios e vias de defender esse objetivo. Inclusive porque uma nova convenção deverá ter um aspecto estritamente tópico ou

pontual, deixando de contemplar aspectos fundamentais de uma mudança nas mentalidades e nos comportamentos. Um desses aspectos fundamentais é a questão da estrutura internacional da criação, transmissão, estocagem e divulgação da informação. O presente estudo cita fontes de informações "marginais" de imprensa "nânica" ("underground", na terminologia norte-Us dos anos 60) ou de informes com pequena divulgação. São justamente as fontes que apresentam os problemas vividos pelas populações, em seu próprio habitat. Porém não são as fontes que embasam os relatórios do GATT, BIRD, UNCTAD/CNUCED e outros relatórios como o *Our Common Future*.

Por outro lado, deve-se colocar dimensões concretas no lema: "Pensar globalmente, agir localmente". Com efeito, os que pensam globalmente, raramente se envolvem em ações locais e pontuais, que são o indispensável primeiro passo para induzir mudanças. Os que agem localmente estão carentes de informações e recursos para otimizar seus empreendimentos. O presente estudo intenta mostrar diversos níveis (conceituais e espaciais) de ação, bem como a necessidade de organizar articulações entre esses níveis, no intuito de aumentar o grau de eficácia das ações em prol do meio ambiente.

Serão usados diversos exemplos para mostrar que, na grande maioria dos casos, verificam-se fenômenos de transferência, cujos efeitos acumulam-se, no sentido de: 1) provocar cada vez mais danos às populações e ao meio ambiente, nos países do Terceiro Mundo provedores de matérias-primas; 2) garantir e promover o bem-estar das populações dos países predadores, beneficiários dos saldos das transferências; 3) concentrar o poder de decisão, sobre o uso dos recursos naturais, nas mãos de pessoas e instituições situadas no hemisfério norte ou controladas pelo conjunto dos países desenvolvidos. Isso inclui as instituições especializadas do sistema da ONU.

Na primeira parte do estudo, serão evocados diversos casos de exploração de recursos naturais, renováveis ou não, em países do Terceiro Mundo. A intenção é de mostrar que a noção de biodiversidade não possui apenas um fundamento biológico, mas também tem conotações industriais, comerciais, tecnológicas etc. Na segunda parte, chama-se a atenção sobre a precariedade das convenções internacionais ou do Direito Internacional em geral, quando se trata de promover comportamentos que não despertam o interesse dos representantes oficiais dos Estados. A terceira parte pretende evidenciar, através de dois exemplos, que a aplicação do Direito, seja este formal ou não, pode ser procurada por engajamentos efetivos, que nada mais expressam do que as dimensões da própria cidadania, dentro e fora das fronteiras nacionais. Afinal, se o comércio, a indústria e as finanças já se tornaram multi ou transnacionais, é indispensável que adquiramos uma percepção multi ou transnacional de nossa cidadania, sob pena de nos condenarmos à ineficiência.

1. *Devastação ambiental e empobrecimento genético: o Terceiro Mundo a serviço do Primeiro*

Os diversos exemplos citados, nesta parte do estudo, parecem ilustrar o esquema global que caracteriza a exploração madeireira praticada na Malásia, que exporta 40% de sua produção para o Japão. As citações seguintes são recolhidas no informe *Panchar Penemu* (Sarawak, Malásia), que denuncia a política iniciada pela ITTO — Internacional Tropical Timber Organization.

“A ITTO, amplamente subsidiada pelo Japão, foi instituída faz quatro anos como grupo de promoção de matérias-primas, de 36 nações que importam ou exportam madeira.

Um relatório da ITTO estima que todas as florestas primárias do Estado de Sarawak, em Borneo, desaparecerão em 11 anos, à taxa atual de desflorestamento. Um outro estudo estima em sete anos.

Sarawak produziu 54.38 milhões de pés cúbicos de toras em 1989, em aumento em relação aos 45.5 milhões de pés cúbicos de 1988. [...]

Mas em relação ao tema do desflorestamento, que tem sido ligado ao efeito estufa, a ação política da indústria de importação de madeira japonesa conseguiu impedir que o governo se dobrasse à pressão internacional para regulamentar as práticas ultramarinhas das companhias madeireiras japonesas.

A ITTO fixou-se como meta, no início de 1990, chegar ao “manejo sustentado” das florestas tropicais no ano 2000.

Até recentemente, o Japão havia assumido a posição de que suas companhias madeireiras e de comércio não podem fazer nada mais, para evitar o desflorestamento, do que é exigido delas pelos governos nos países produtores de madeira.”

A ITTO apresentou um plano, em parceria com outros países importadores, no sentido de financiar medidas conservacionistas, a serem implementadas pelo governo da Malásia. Porém nega-se a monitorar dito plano. . . , que inclui a demarcação de áreas territoriais para alguns grupos tribais. Segundo Yoichi Kuroda, Coordenador do Japan Tropical Forest Action Network, o plano não passa de uma “cortina de fumaça”. (*Panchar Penemu*, March 1991, pp. 6 a 8).

Outro exemplo resulta do balanço mais do que cauteloso que deve ser feito a respeito da *Revolução Verde*. Em primeiro lugar, o balanço oficial da Revolução Verde exagera os aumentos de colheitas que podem ser

observados com a aplicação das técnicas utilizadas. Além disso, e ainda que esse aumento seja verdadeiro, a população local produtora dispõe de quantidades menores de alimentos.

Houve aumento na produção de certos cereais (um grande volume dos quais serve para alimentar o gado dos países desenvolvidos), em prejuízo dos legumes e outras colheitas.

O aumento da dependência dos agricultores e países do Terceiro Mundo, em insumos básicos, conduziu ao endividamento e à quebra da auto-suficiência. A maior parte do aumento da produção está exportada, o que diminui as possibilidades de alimentação da população local.

Muitas das áreas plantadas com variedades altamente produtivas estão agora passando por experiências de rendimentos decrescentes. Com o uso dos fertilizantes e pesticidas, também surgiu a degradação ecológica dessas áreas e o abandono de terras agricultáveis. Finalmente, também cresceram muito as perdas de produtos, em razão das condições de estocagem.

Essas são algumas das constatações que constam da Declaration of the International Movement for Ecological Agriculture: *From Global Crisis Towards Ecological Agriculture*, resumindo a posição dos representantes de 23 entidades, de 15 países, em Penang (13-1-1990).

Outra consequência da aplicação das teorias de escala encontra-se na promoção da construção de grandes barragens, de preferência em países do Terceiro Mundo. Sobre esse assunto, pode-se selecionar alguns trechos do estudo: "Of dams, damage and secrecy" (Ann Danaiya Usher, 1990). O contexto é um emaranhado de informações constantemente sonegadas ou falsificadas e de decisões tomadas à revelia das populações diretamente implicadas.

"Os mais imponentes obstáculos para sanar a política ambiental nos países da Ásia/Pacífico são possivelmente o segredo, o controle da informação e a supressão da discussão pública de megaprojetos — particularmente por aqueles que seriam diretamente afetados. [...]"

É duvidoso que a barragem de Kaeng Krung [Sul da Tailândia] vá para frente, por causa da oposição pública maciça no Sul, embora a decisão final dependa, de alguma maneira, do desfecho de um estudo ambiental que está sendo empreendido pelo Banco Mundial — e que os ambientalistas têm a esperança de ver publicado."

Entretanto, a barragem Kaeng Krung é pequena (80 megawatts), perto de outros projetos gigantescos, espalhados pela Ásia. O maior projeto do mundo é o de Three Gorges, na China. Deveria criar um lago de repre-

samento a 600 km a montante do rio Yang Tse; deslocaria cerca de um milhão de pessoas e geraria de 15000 a 20000 MW's. A seu respeito, A. D. Usher observa que:

“O mais recente conjunto de estudos de viabilidade, subsidiado pelo governo canadense, foi mantido secreto até o final do ano passado quando, com base no *Access to Information Act*, uma ONG canadense teve comunicação do estudo de 13 volumes.

A revisão feita em seguida por um grupo internacional de cientistas, [permite] argumentar que o transtorno social e as considerações ambientais têm sido omitidos, no intuito de facilitar a aprovação do projeto.”

O complexo hidroelétrico de Narmada, na Índia, deverá deslocar 300.000 pessoas. Sob a pressão de movimentos ecológicos da Índia, o governo japonês retirou sua proposta de financiamento. Mas o Banco Mundial aceitou emprestar dinheiro para duas das maiores obras do complexo, as de Gujarat e Madhya Pradesh.

Existe outro possível projeto de 2.400 MW's: o de Kalabagh, no Paquistão; com apoio do Banco Mundial e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Deslocaria 120.000 pessoas.

O pequeno Estado de Santa Catarina, situado no Sul da Federação brasileira, oferece exemplos numerosos e dramáticos da superexploração caótica de recursos naturais, renováveis ou não. O cruzamento das informações produzidas pela FIESC (Federação das Indústrias do Estado de SC) e pela Superintendência regional do IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais não-Renováveis) produz interessantes matérias para reflexão.

Segundo a revista *Expressão* (Ano I, n.º 1, fev. 1990), a indústria catarinense destaca-se, no cenário nacional, por virtudes que incluem a “consciência do meio ambiente”. Entre suas características, essa indústria inclui a de ser exportadora de enormes quantidades de sua produção. A revista não menciona, todavia, os estragos provocados pela procura e transporte da matéria-prima que serve para fabricar certos produtos.

No entanto, podem ser considerados impressionantes. O registro de autuações do IBAMA fornece algumas indicações sobre o suprimento energético das indústrias exportadoras, no Estado. A 20-11-90, a *Sadia* foi multada em 1.200.000 BTN (cerca de US\$ 36.600, pelo câmbio da época), por armazenar madeira sem autorização. Sofreu outra multa, de igual valor, por transporte não-autorizado de madeira. Pelos mesmos motivos, foram multadas outras grandes indústrias catarinenses: a Cerâmica *Cecrisa*, a 20-9-90, em 33.600 BTN; a *Ceval Agro-Indústria*, a 19-10-90, em 2.000 BTN; e a 20-9-90, em 50.000 BTN; a Cerâmica *Eldorado*, a 20-9-90, em 87.150 BTN; a *Gerber*, por “desmatar sem autorização”, em um milhão

de BTN. A lista de autuações, em poder do IBAMA/SC, à data de 4-4-1991, incluía mais de 1.100 infrações à legislação ambiental, que tinham ensejado multas não pagas pelos seus autores.

Entre as atividades autuadas, constavam indústrias de: madeira, serriaria, esquadrias, cerâmicas, alimentos, pescados, pesca, erva-mate, agroindustriais, frigoríficos, metalúrgicas, olarias; sem contar um certo número de Prefeituras municipais.

Entre os motivos das infrações, encontram-se muitas atividades de exploração da madeira: desmatar, explorar, transportar, armazenar, comercializar, beneficiar toras, madeira, carvão vegetal ou lenha. Também são registrados outros comportamentos prejudiciais ao meio ambiente (e à conservação da biodiversidade), como: pescar em área proibida ou em período defeso, ou sem licença ou registro: manter animais em cativeiro; despejar detritos poluentes.

Quando se considera que poucos, entre os cerca de 200 funcionários do IBAMA/SC, são fiscais e podem, conseqüentemente, autuar infrações durante o seu serviço, e que, por outro lado, eles flagram esse número considerável de infrações, chega-se à conclusão de que parte relevante da economia catarinense processa-se à margem de qualquer respeito à lei e à "consciência do meio ambiente". Nessas condições, não faz muito sentido a *Sadia* queixar-se do *dumping* promovido pelos Estados Unidos, para exportarem seus produtos avícolas. Segundo o vice-presidente-executivo do Grupo *Sadia*, os EUA estão vendendo a tonelada de frangos para o Oriente Médio com preços US\$ 200 abaixo do mercado internacional, i.é., por US\$ 1,200 ou 1,300/t., enquanto que o preço real da tonelada do frango norte-americano seria de US\$ 1,600/t. (*Folha de S. Paulo*, 18-6-91, pp. 3-6).

A rigor, também não faz muito sentido insistir tanto sobre a exportação de produtos alimentícios em um país como o Brasil, onde tantas pessoas vivem abaixo do nível da pobreza absoluta.

Outros efeitos ambientais negativos e não assinalados nos balanços estabelecidos pela FIESC são os que dizem respeito à produção de dejetos animais ou os que são induzidos pelo tipo de agricultura organizado para a criação de frangos e de suínos. Os 200.000 suínos criados em SC para abastecer a *Sadia*, e cujos dejetos são lançados às águas dos rios, "representam diariamente o equivalente aos dejetos de 2 milhões de pessoas" (*Zero Hora*, Porto Alegre-RS, 12-5-91, p. 36).

No contexto internacional atual, tal como foi parcialmente esboçado, qual pode ser a função de convenções internacionais globais ou planetárias? Esboçar normas e definir obrigações para proteger a biodiversidade poderá ser mais eficaz do que as convenções relativas a assuntos ou áreas específicas que já foram proclamadas ou estão sendo estudadas para tratar de outros problemas específicos?

2. As convenções planetárias e a efetividade do Direito Internacional Público

Podem parecer que a maneira de encaminhar essa questão já prejulga das conclusões que podem ser tiradas. E não há dúvida de que isso seja verdadeiro. Porém a base de estudos que servem para escorar o raciocínio não permite ser nem moderadamente otimista. Aliás, as noções de "otimismo", "pessimismo" ou "realismo" não são categorias científicas. Para explicar o mundo real, é necessário lidar com critérios de coerência, abrangência, não-contradição, suficiência ou necessidade. Nesse sentido, a obra *O Príncipe*, de Maquiavel, não é "otimista", porém explica muito mais o mundo da política do que o Manual de Comportamento do Movimento Escoteiro Internacional. Se as convenções internacionais globais são consideradas com desconfiança, não é em razão de preconceito *a priori* desfavorável, e sim porque a experiência demonstra que quanto mais abrangente uma convenção, e quanto mais multilateral em relação ao número de seus signatários, menos efeitos tem e mais mistificador o seu conteúdo.

Os dois exemplos escolhidos neste estudo são relativos ao Direito do Mar e ao Direito Fluvial.

A 17 de dezembro de 1970, a Assembléia Geral da ONU adotou a sua Resolução n.º 2.749 (XXV): "Declaração de princípio sobre o fundo dos mares e dos oceanos, e de seu subsolo, além dos limites da jurisdição nacional". No seu art. 1.º, afirmava que: "o fundo dos mares e dos oceanos, bem como seu subsolo, além dos limites da jurisdição nacional (doravante chamados a zona), assim como os recursos da zona, são o patrimônio comum da humanidade". Segundo o art. 2.º: "A zona não pode, seja de que maneira for, ser objeto de apropriação pelos Estados ou por pessoas físicas ou jurídicas, e nenhum Estado pode exercer soberania ou direitos soberanos sobre nenhuma de suas partes".

A 10 de dezembro de 1982, assinava-se a Convenção de Montego Bay, fruto de mais de dez anos de esforços, principalmente concentrados nas obras da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. A expectativa engendrada pela Declaração n.º 2.749 (XXV) fora dupla: 1) colocar um ponto final à corrida para as apropriações e 2) definir a exploração do patrimônio comum, de maneira a promover uma repartição equitativa de suas riquezas. Portanto, a imagem que se impõe, com o conceito de patrimônio comum da humanidade, é a de uma harmonia planetária na qual todos os povos do mundo deverão unir suas forças para alcançar um objetivo generoso.

Assim nasceu um *mito*. A função real do conceito de patrimônio comum foi a de uma alquimia retórica, que dissolveu os verdadeiros termos do problema, para restituí-los em um produto novo e inofensivo. É por isso que estão reunidas as condições necessárias à gênese de um mito,

explicação fraudulenta de uma realidade confiscada. É bom lembrar aqui as palavras de Roland Barthes:

“O mito é uma palavra roubada e devolvida. Frequentemente, a palavra entregue já não é mais exatamente a que foi roubada. Ao devolvê-la, não foi recolocada exatamente no seu lugar. É esse breve furto, esse momento escondido de uma manipulação, que constitui a conotação negativa da palavra mítica.”

O conceito de patrimônio comum sugere, com muita densidade, que leva em conta, de maneira prioritária, o interesse geral; considerado, este, como um ideal acima de qualquer suspeita. Dessa sugestão, nasceu a crença, muito bem aceita, de que resultariam vantagens substanciais para a comunidade internacional. A força do mito também resulta do fato de que a crença vale como explicação da realidade à qual se aplica. O valor operacional do mito depende do grau de adesão que ele provoca, i.é., de sua legitimidade, e não de sua coerência em função de critérios lógicos. Porém, a noção de legitimidade coloca simultaneamente a questão da função de controle que se exerce através do mito. Na medida em que o mito não é um produto natural, nem está concebido, por todos, de maneira idêntica, é preciso observar que o processo de mitificação está acompanhado por um processo de mistificação. Pelo viés da criação do mito, a manipulação da realidade objetiva institucionalizar relações determinadas.

O que realmente sobrou do conceito em pauta, vinte anos depois de ter aparecido no vocabulário efetivo das relações internacionais? Sobrou o que era de se prever, ao reler a análise que foi feita por dois especialistas, já em 1972. A gestão do patrimônio resume-se a uma “coordenação das apropriações para evitar os conflitos de soberania; a própria gestão em prol da humanidade representando apenas o “subproduto”, incessantemente evocado, de uma situação de força, típica da sociedade relacional” (R-J. Dupuy e A. Piquemal, 1972). Invoca-se a humanidade para melhor revogá-la. A invocação funciona como um exorcismo, que pretende extirpar as relações hegemônicas, quando sua função real consiste em legitimá-las.

Que a “coordenação das apropriações” tenha sido realizada sob a égide da Corte Internacional de Justiça, constitui-se em ponto positivo, para a dinâmica das relações internacionais. Procurar-se-ia em vão, porém, nas sentenças baixadas pela Corte, alguma alusão ao patrimônio comum da humanidade. O que não impediu que o conceito prosperasse e se divulgasse na doutrina e pela doutrina. Foram e continuam sendo inúmeras as propostas de se considerar patrimônio comum da humanidade, espaços tão diversos como a Antártica ou o espaço extraterrestre. Os grandes mitos nunca morrem, eles apenas definham com o passar do tempo. . .

Um segundo exemplo constitui-se nos trabalhos realizados, a partir de 1974, pela Comissão do Direito Internacional — CDI da ONU. Na

realidade, é a Resolução 1901 (XIV), da Assembléia Geral da ONU, que pediu, a 21-11-1959, que a CDI estudasse a questão das utilizações dos cursos de água internacionais para fins diversos da navegação. De 1974 até hoje, sucederam-se quatro *Rapporteurs Spéciaux*, no âmbito da CDI, para apresentar seus estudos. O vai-e-vem entre a CDI e a VI Comissão da Assembléia Geral ainda não foi interrompido e não permitiu, portanto, que o assunto passasse a ser examinado por uma conferência internacional especial, como foi o caso para o Direito dos Tratados (Conferência de Viena) ou o Direito do Mar. Não é que, em quase vinte anos de pesquisa e estudos, os temas do Direito Fluvial Internacional não tenham sido suficientemente amadurecidos. Ao contrário, praticamente tudo já foi examinado. Porém, os trabalhos realizados evidenciam muito claramente que as soluções dos muitos problemas de uso das águas requerem iniciativas e comportamentos incompatíveis com as conseqüências drásticas do tradicional conceito de soberania dos Estados.

O primeiro *Rapporteur* da CDI sintetizou os aspectos mais relevantes do problema:

“Um sistema de cursos de água é formado por elementos hidrográficos tais como riachos e rios, lagos, canais, geleiras e águas subterrâneas constituindo, por causa de sua relação física, um conjunto unitário; qualquer utilização que tenha um efeito sobre as águas de uma parte do sistema pode, pois, ter um efeito sobre as águas de outra parte.”

Em seguida, o Relator ameniza um pouco essa visão holística do problema e afirma:

“Na medida que certas partes das águas que se encontram dentro de um Estado não são afetadas pelas utilizações das que se encontram em outro Estado e não têm efeito sobre essas utilizações, elas não são consideradas como fazendo parte do sistema de cursos de água internacional. Assim é unicamente na medida que as utilizações das águas do sistema têm um efeito umas sobre as outras que o sistema é internacional; o caráter internacional do curso de água não é portanto absoluto, mas relativo.” (Stephen M. Schwebel, 3.º Relatório, 1981, p. 12.)

O que está em jogo são concepções diferentes e eventualmente incompatíveis nas relações interestatais. Para resumir os termos da questão, duas visões se opõem. A primeira, tradicional desde o Congresso de Viena (1815), considera a questão a partir da existência de diversas soberanias, cujas esferas de influência determinam direitos, os mais absolutos possíveis, e justificam o fato consumado como método preferencial de ação: os outros que se adaptem às minhas necessidades. A segunda concepção, nascida apenas após 1945, preconiza que se leve primeiro em consideração o conjunto das possibilidades de uso da totalidade das águas de uma

bacia hidrográfica, para determinar a utilização ótima e uma divisão equitativa dos benefícios entre todos os ribeirinhos dos rios de uma mesma bacia. A noção do rio-tronco ou rio-segmeneto opõe-se, portanto, a de rio-rede (Caubet, 1991).

É óbvio que, em se tratando de preservar a biodiversidade, a segunda concepção é muito mais adaptada ao objetivo. Mas os interesses e egoísmos estatais não querem abrir mão de sua soberania, o que emperra a discussão do assunto, sem sequer mencionar a possibilidade de negociar uma convenção internacional relativa ao estatuto e aos usos das águas dos rios internacionais.

Isso significa que, durante 17 anos, dezenas de pessoas, peritas em Direito Internacional, trabalharam milhares de horas *para não produzir* um texto básico relativo a um dos assuntos mais fundamentais das relações internacionais. O único consenso que se manifesta, neste particular, é no sentido de uma omissão caracterizada. Só alguns poucos interessados conseguem acompanhar os trabalhos da SDI e ninguém tem condições de alterar esse processo de não-decisão.

Nesse contexto de inércia, não se deve nutrir muitas expectativas em torno da Conferência ECO-92, a reunir-se no Brasil em junho de 1992. Duas razões essenciais podem ser apontadas para justificar a descrença nos propósitos dos organizadores. Em primeiro lugar, os patrocinadores são exclusivamente os (representantes dos) Estados. Em segundo lugar, o máximo está sendo feito para que as ONG's não perturbem o desenrolar da Conferência do *Establishment*; seu papel foi determinado pela própria AG da ONU. Esse papel é o seguinte:

“O documento da Assembléia Geral que fixa o papel das ONG's, contudo, o determina preto no branco: a “forma e a maneira da participação (das ONG's) no processo preparatório e na Conferência... podem ser determinadas à luz dos arranjos preparatórios a serem aprovados pelo Comitê (Preparatório da Conferência)”. A comunidade das ONG's deverá ser autorizada, no máximo, a “enriquecer e fortalecer as decisões da Conferência” e a “servir como canal importante de disseminação de seus resultados, bem como para mobilizar o apoio público”. Nem precisa de tradução. São os governos que decidem quem está autorizado a dizer o quê, do mesmo jeito que são os governos que estarão assinando acordos em 1992. Espera-se da ONG's que elas levem a mensagem dos governos ao povo e que os ajudem a ficar no poder. (Larry Lohmann, 1990, p. 84.)

Esse tipo de análise pode levar ao desânimo ou, ao contrário, a uma atitude de tomada de consciência mais aguda dos problemas e de sua implicação; no sentido de enxergar melhor o que deve e pode ser o papel das ONG's.

3. O papel das ONG's na implementação do Direito Internacional Ambiental

Em primeiro lugar, deve-se evitar um equívoco importante. Como o próprio nome indica, as ONG's *não são governamentais*. Portanto não faz muito sentido pretender que elas tenham um papel de líderes na elaboração de normas jurídicas. Sua tarefa essencial é de conscientizar a todos, o que inclui os profissionais da política, cuja ignorância em matéria ambiental é das mais imponentes. As possibilidades das ONG's situam-se em outras esferas de atuação: denúncias e propostas alternativas; educação; mobilização. Eventualmente, e dependendo de seus recursos e credibilidade, elas também podem empreender atividades de pesquisa científica ou realizar atividades "espetaculares, que chamam a atenção para os problemas ambientais. Entretanto, não é comum que se disponha de recursos em tal quantidade, que grandes campanhas ou ações possam ser conduzidas. Em outras palavras, nem todas as ONG's podem ser *King* ONG's. Porém todas estão em condições de desenvolver ações relevantes e de impacto.

Dois exemplos de atividades relevantes serão citados agora: o *Finnish Forest Action Group* e o *Tribunal Internacional da Água*. São dois casos extremamente diferentes, que oferecem idéias para alterar o rumo dos acontecimentos.

O *Finnish Forest Action Group* começou suas atividades neste ano de 1991; pelo menos em termos de divulgação de suas intenções. Fez contato com dezenas de ONG's, através de uma simples carta, assinada por Thomas Wallgren. Explicava os propósitos do Grupo e fazia muitas sugestões e pedidos, para tornar operacional sua ação.

O ponto de partida da FFAG é a decisão finlandesa de produzir um *Forestry Sector Master Plan (MP)* para a Tailândia.

As *Jaakko Pöyry Corporations (JP)* é um consultor finlandês para pasta e papel, que trabalha em dezenas de países e possui uma influência internacional considerável. A *JP* fez *lobby* para o *MP* tailandês a partir de 1986 e recebeu concessão para realizar o trabalho em 1988. Suas atividades na Tailândia são financiadas pelo *Finnish Development Aid Money*. O parceiro tailandês de *JP* é o *Royal Forestry Board*. A ação de *JP* e o conjunto do *MP* foram criticados, com detalhes e uma boa sustentação, desde o seu início. O caso tornou-se público, na Finlândia, quando as denúncias feitas pelos ecologistas tailandeses foram publicadas na imprensa (pelo *Hel-singin Sanomat*, a 26-1-1991). Esse fato já levou *JP* a declarar que iria adotar uma nova posição em relação ao *MP*. Para garantir que essa retórica seja seguida de providências concretas, o FFAG planeja diversas ações.

Pretendiam organizar um seminário internacional para examinar o *MP*. E fariam-no na Finlândia, no sentido de conseguir um impacto má-

ximo sobre JP e o FINNIDA. Esta é a Agência de Desenvolvimento Finlandesa; faz parte do Ministério das Relações Exteriores e possui um orçamento anual de ajuda de cerca de um bilhão de US\$. O objetivo era de responder a perguntas do tipo: JP e FINNIDA podem permanecer na Tailândia, ou devem ser jogados fora? O MP pode ser revisto, ou deve ser abandonado? Como influenciar o Royal Forest Board?

Em seguida, tratar-se-á de saber em que outros países JP está presente e em que consistem o debate internacional e os trabalhos relativos ao Plano de Ação da Floresta Tropical.

A ação do FFLAG é das mais interessantes, por diversas razões. Primeiro, porque se trata de uma ação possível; i.é.: uma ação empreendida a partir de relações concretas, que podem ser alteradas com um empenho individual e coletivo organizados, no próprio lugar onde vivem as pessoas envolvidas. Além disso, essa ação aplica-se nos diversos pontos geográficos, onde ocorrem os diversos fatos que, correlacionados, caracterizam o tipo de relações em cadeia que se tornaram corriqueiras no mundo contemporâneo. Com efeito, o responsável pelo desflorestamento não é apenas o lenhador que corta as árvores. O responsável é um conjunto de cumplicidades que une o lenhador tailandês ao consumidor finlandês, passando por JP, FINNIDA, o Royal Board e alguns outros. Finalmente, deve-se enfatizar o fato de que o autor da carta esteve pessoalmente na Tailândia e constatou, com os próprios olhos, uma série de fatos, comportamentos, situações, que ele nunca poderia entender, se deles tomasse conhecimento através de textos ou mesmo de imagens filmadas. Essa atitude, de viajar até a outra ponta do eixo da relação em foco, deveria tornar-se uma rotina de atuação das ONG's do hemisfério norte. Muitas vezes, seus integrantes têm uma visão indireta e, portanto, distorcida das pessoas que pretendem ajudar ou das situações que devem ser alteradas.

Outras atitudes relevantes consistem em coordenar e federar os esforços de diversas ONG's, em torno de objetivos concretos comuns; bem como auxiliar diretamente as ONG's do terceiro Mundo, para que possam profissionalizar-se. Neste caso, pode-se financiar entidades que não conseguem ter muito êxito nas suas ações, por falta de pessoas que possam dedicar-se *full time* às atividades de proteção ou preservação ambiental, muito embora tenham conhecimentos técnicos ou outras competências necessárias.

O Tribunal Internacional da Água — TIA — representa uma iniciativa de outro tipo e quem tem a particularidade de pretender aplicar diretamente as normas jurídicas, consideradas necessárias para obter comportamentos sociais desejáveis. No início dos anos 80, diversas organizações neerlandesas constataram que seus esforços, no sentido de despoluir o Reno, estavam colhendo poucos resultados concretos. O TIA nasceu como uma nova estratégia para alterar essa situação. Foi então decidido oferecer

aos queixosos a possibilidade de apresentar casos de poluição das águas, na Europa Ocidental, e aos acusados, a oportunidade de se defenderem em condições equitativas.

Nesse intuito, foi organizada uma entidade independente, a Fundação do TIA, com as seguintes tarefas:

— a formação de um Tribunal, que funcionasse segundo os padrões normais da Justiça comum, com um processo imparcial e todas as garantias para os queixosos e acusados;

— a formação de um júri independente, integrado por personalidades científicas e políticas conhecidas;

— a supervisão e a coordenação do mérito dos casos apresentados ao Tribunal;

— a elaboração de uma base processual equitativa.

O Tribunal reuniu-se de 3 a 8-10-1983 para examinar 19 casos: 6 relacionados a poluições por metais pesados, 9 ligados a hidrocarbonos clorados, 2 a dejetos radioativos e 2 reunindo diversas causas. Os acusados não levaram as queixas a sério e tiveram, em seguida, boas razões de se arrependem por não terem apresentado sua defesa. Um total de 125 jornalistas e um amplo público assistiram às audiências (públicas) e a repercussão dos julgamentos, na imprensa, foi notável. Milhões de pessoas, em toda a Europa, mas também em outras regiões, aprenderam muito sobre a poluição da água, suas causas e o papel de muitas atividades econômicas e industriais que costumam ser apresentadas como fator de progresso, sem que se diga nunca o quanto esse "progresso" traz de inconvenientes para a saúde humana e a qualidade da vida em geral.

Como consequência da ação do TIA, a maioria das empresas condenadas adotou providências concretas para diminuir ou até suprimir as poluições que provocavam. Em alguns casos, são as autoridades públicas e administrativas que tomaram essas providências.

O II Tribunal Internacional da Água deverá reunir-se, em Amsterdam, de 17 a 21-2-1992. Diversos casos já estão sendo instruídos, oriundos de diversos países do Terceiro Mundo. A idéia geral, para essa segunda sessão, é de sublinhar que a qualidade da água é de interesse de todos: pessoas físicas e jurídicas, tenham essas um estatuto jurídico e a qualidade para agir em juízo, ou não. Isso é da maior importância para resguardar os direitos das populações cuja organização é tribal e que podem ter um estatuto jurídico discriminatório, nos Estados dos quais dependem nominalmente; inclusive sob o pretexto, muitas vezes falacioso, de que este estatuto serve para "protegê-las".

Dentro desse enfoque, o TIA pretende privilegiar o exame de casos em que a poluição resulta de uma ação internacional concertada, quando, por exemplo, uma instituição financeira nacional ou internacional financia

um projeto em um país do Terceiro Mundo e que os efeitos da poluição se fazem sentir nesse país, enquanto os bens ou produtos que resultam da atividade financiada são geralmente exportados para os países "desenvolvidos".

Um dossiê potencial para o II TIA é o do já citado caso da barragem das Três Gargantas (Three Georges), na China. A população envolvida poderia dirigir sua ação contra o Banco Mundial, o governo do Canadá e o consórcio canadense de sociedade de engenharia que planejou, com muita leviandade e imperícia (a não ser que tenha sido simplesmente para maximizar os seus lucros), a destruição das condições de vida de 1.200.000 pessoas, cujo deslocamento seria tornado necessário pela construção da barragem.

Nesse caso e em muitos outros, será possível denunciar comportamentos anti-sociais e antiecológicos de governos e de entidades privadas, desde que a instrução dos dossiês seja feita de maneira objetiva e que as provas sejam suficientes. A secretaria do TIA distribui documentos de orientação aos interessados e indica especialistas que ajudam a preparar os processos. Portanto, é possível trazer a público as violações cometidas e informar a todos, como primeiro passo para tentar reverter situações graves, a respeito das quais pouco se poderia fazer nos países onde as ocorrências se produzem.

4. *Considerações finais*

De maneira um pouco esquemática, este estudo tentou mostrar a gravidade dos desrespeitos ao meio ambiente, em diversos países. Elaborar um projeto de convenção internacional é uma providência insuficiente e eventualmente contraproducente. É insuficiente, porque não há mais razões de as autoridades respeitarem mais o *Direito Internacional* do que o *Direito interno* de seu próprio país. Ora, o *Direito interno* pode até ser suficiente, como é o caso no Brasil, cujas autoridades públicas não se cansam de afirmar que possuem a Constituição mais avançada do mundo, em relação à proteção ambiental. É a pura verdade, porém as obrigações definidas pela Constituição não são respeitadas, nem fiscalizadas e muito menos implementadas por essas mesmas autoridades; ... a menos de um ano da empolgante retórica que será usada para receber delegados de todo o planeta, em uma conferência ambiental mundial.

Não se trata apenas, pois, de dispor de normas bem redigidas. O essencial do problema reside na implementação do *Direito*. Para isso parece mais produtivo enfrentar os problemas no lugar da vida cotidiana, porém com o apoio de pessoas situadas além-fronteiras e que vivem as conseqüências desses mesmos problemas ou se dispõem a conhecer, *in loco*, as complexidades das situações locais. Da federação dos esforços, pode resultar o respeito ao *Direito*, inclusive ao *Direito Internacional*, existente e a ser criado.

5. Bibliografia

- CAUBET, Christian G. La mer comme patrimoine commun de l'humanité: réflexions sur un mythe et une mystification. In: Centre d'études des relations internationales. Faculté de droit de Reims. *Réalités du droit international contemporain* 3. (Discours juridique et pouvoir dans les relations internationales; l'exemple des sujets de droit). Reims, 1980, pp. 115-121.
- CAUBET, Christian G. *As grandes manobras de Itaipu*. Energia, Diplomacia e Direito na Bacia do Prata. São Paulo: Editora Acadêmica, 1991. 430 p.
- Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso Futuro Comum*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas. 1988. 430 p.
- DUPUY, René-Jean e PIQUEMAL, Alain. Les appropriation nationales des espaces maritimes. In: Société Française pour le Droit International. Colloque de Montpellier. *Actualités du droit de la mer*. Paris: Editions A. Pedone. 1973, pp. 109-157.
- Folha de São Paulo. SADIA acusa os EUA de "dumping". 18-6-1991, pp. 3-6. International Water Tribunal. *A Summary of the Results*. Drukkerij Rob Stolk by: Amsterdam, 1983.
- . Newsletter 1. Amsterdam, 1983. 19 p.
- . Newsletter 2. Amsterdam, 1991. 22 p.
- International Movement for Ecological Agriculture. *From Global Crisis Towards Ecological Agriculture*. Penang (Malaysia): Jutaprint, 1990.
- JEFFERY, Jim. Dirty tricks: How the Nuclear Lobby Stopped the Development of Wave Power in Britain. *The Ecologist*. Vol. 20, nº 3. May./Jun. 1990, pp. 85-90.
- LOHMANN, Larry. Whose Common Future? *The Ecologist*. Ibidem, pp. 82-84.
- PANCHAR PENEMU. Japan will pay Malaysia to save Tropical Forests. Nº 10, March 1991, pp. 6-8.
- SCHWEBEL, Stephen M. *Troisième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*. Documento ONU: A/CN.4/348, 11 décembre 1981, p. 441.
- USHER, Ann Danalya. Of Dams, Damage and Secrecy. *The Nation* (Thailand) 15-10-1990.
- WALLGREN, Thomas. Carta de 23-2-1991, aos: Selected Forest Action Groups and NGOs concerned with tropical forest especially in areas where Finnish agents are active or are suspected to be active. [Endereço: Finnish Forest Action Group. Varistorget 5 A 8. 20 100 Abo. Finland]
- ZERO HORA, (Porto Alegre, RS). 12-5-1991, p. 36.
- Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina. *Expressão*. Florianópolis (SC), Ano I, nº 1, Fev. 1990.

Homenagem a Nelson Hungria

RENÉ ARIEL DOTY

Professor Titular de Direito Penal, Advogado

Os advogados brasileiros comparecem a esta solene audiência para prestar também o seu depoimento de apreço e admiração pela vida e obra de NELSON HUNGRIA HOFFBAUER. Não porém, na condição de simples testemunhas ou meros espectadores deste processo de restauração parcial da memória jurídico-penal. Comparecem como qualificados e antigos habitantes das moradias da sensibilidade, do talento, do vigor e da esperança que ao longo de sua vida construiu NELSON HUNGRIA através de seus iluminados e antológicos textos.

A teoria e a prática do direito criminal em nosso país não conheceram expressão mais fulgurante de mestre e humanista. Nos mais diversos e longíquos mundos da realidade e da imaginação dos casos criminais, ele foi — e continua sendo pela obra imortal — o personagem, o ator e o espectador da *divina comédia da existência*. Infernos, purgatórios e paraísos, todos os cenários dantescos da vida cotidiana foram esculpidos e interpretados em suas lições.

* Parte do discurso proferido na sessão solene de homenagem ao centenário do nascimento de NELSON HUNGRIA (Supremo Tribunal Federal, 5 de junho de 1991) e ao qual se acrescentaram notas.

A imensa obra de NELSON HUNGRIA é um dos modelos ambulantes da vida, da paixão, da morte e da ressurreição da palavra como sagração e canto da condição humana.

Se existem duas grandes classes de escritores geniais — os que pensam e os que fazem pensar —, NELSON HUNGRIA foi o exemplo permanente e aliciante de ambas as categorias. Ele não somente pensava o universo do ser humano, como protagonista da tragicomédia do delito, como também fazia pensar a grande multidão de seus leitores: os profissionais e os estudiosos do Direito Penal.

Os seus *Comentários ao Código Penal* constituem a reencenação da aventura da existência, assim como o fizeram as sagradas escrituras. Com uma diferença, porém: os profetas que falam através das páginas de NELSON HUNGRIA não são os místicos que flutuam sobre a realidade. São as criaturas de carne e osso que escrevem, dirigem, interpretam e montam a representação da vida. Os profetas do incomensurável espólio intelectual de NELSON HUNGRIA são os réus, as vítimas, as testemunhas, os juízes, os advogados, os promotores, os peritos, todos, enfim, que fazem e reconstituem a história do delito e do delinqüente e decidem em nome da consciência e da lei.

Os profissionais do Direito Criminal, especialmente os professores e alunos, sabem que as lições de NELSON HUNGRIA constituem a melhor e a mais informada síntese dos estágios do Direito Penal brasileiro ao longo de sua formação histórica, a partir do tempo da colonização.

Desde o ano de 1933, quando obteve a livre-docência na antiga Faculdade Nacional de Direito, com a sua primeira obra publicada (*Fraude Penal*¹), e até os dias presentes, NELSON HUNGRIA é o combativo advogado, o aguerrido acusador e o empolgado árbitro das doutrinas em transição, principalmente aquelas já desgastadas no Velho Mundo — como o positivismo criminológico do final do século passado — mas aqui assumidas

1 Segundo refere CID FLAQUER SCARTEZINI, em texto biográfico, a imensa obra jurídica de NELSON HUNGRIA alcança "sem qualquer exagero" o número superior a 20.000 (vinte mil) escritos entre artigos jornalísticos, discursos, monografias, ensaios, conferências, sentenças, votos, acórdãos, arrazoados, pareceres e livros (*Nelson Hungria: o homem e o jurista*, discurso de posse na Academia Paulista de Direito, em 23 de setembro de 1974, homenageando o patrono da Cadeira nº 18).

pelos *novos cristãos*. Àqueles tradutores de idéias superadas, como pintores de *naturezas mortas*, NELSON HUNGRIA destinava a imagem crítica muito sugestiva: "Enquanto a Europa faz fogo, o Brasil arde em fumaça"².

Ele foi o líder intelectual da comissão encarregada de redigir o Código Penal de 1940³ e o seu grande arquiteto, não obstante o crédito concedido a Alcântara Machado, autor do projeto que serviu de base aos trabalhos da Comissão⁴. Declarou que o projeto Alcântara Machado estava para o Código Penal assim como o projeto Clóvis Bevilacqua esteve para o Código Civil⁵.

E na defesa do Código Penal, NELSON HUNGRIA proferiu conferências e redigiu textos, no início dos anos 40, que iluminaram o roteiro histórico das idéias e dos movimentos difundidos nos vinte e cinco anos anteriores. Referindo-se à bibliografia daquele tempo, NELSON HUNGRIA afirmou ser "escassa, enfezada e carrasqueira. Apenas arranhava a epiderme da lúdima ciência penal cujo estudo, por isso mesmo, tornava-se desinteressante e tedioso"⁶.

2 Esta comparação foi também apresentada sob outra forma: "Já não emitíamos fumaça quando a Europa acendia fogo" ("A evolução do Direito Penal brasileiro nos últimos 25 anos", em *Novas questões jurídico-penais*, Editora Nacional de Direito Ltda., Rio de Janeiro, 1945, p. 25). Outra saborosa crítica à importação servil de idéias e teorias, se contém no trecho do artigo "Ortotanásia ou eutanásia por omissão", nos seguintes termos: "Mercê de Deus que no Brasil, à parte uma irriquete e ínfima minoria de camelots a apregoar o súbito mérito de idéias extravagantes, só porque trazem o cachet de novidade e da procedência européia, não há clima para o ceticismo que avassala a mentalidade do Velho Mundo" (*Comentários ao Código Penal*, (Apêndice), ed. Forense, Rio de Janeiro, 1977, vol. I, tomo I, p. 349).

3 Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Além de NELSON HUNGRIA, integraram a Comissão VIEIRA BRAGA, ROBERTO LYRA e NARCELIO DE QUEIROZ. Colaborou na redação final do projeto, ABGAR RENAULT. No epílogo da Exposição de Motivos do projeto, assinada pelo Ministro FRANCISCO CAMPOS, é feita a recomendação especial dos mencionados membros da Comissão e também de ALCÂNTARA MACHADO e ANTONIO JOSE DA COSTA E SILVA.

4 *Projeto do Código Criminal Brasileiro*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1938. Em 15 de maio de 1938, estava pronta a parte geral, contendo 131 artigos. A parte especial, com 259 artigos, foi publicada em 11 de agosto daquele ano.

5 "A autoria intelectual do Código de 1940", em *Comentários ao Código Penal* (Apêndice), ed. Forense, Rio de Janeiro, 1958, vol. I, tomo I, p. 210. Este artigo foi reproduzido na 5ª edição dos *Comentários*, 1977, pp. 350 e s.

6 "A evolução do Direito Penal brasileiro nos últimos 25 anos", conferência realizada na Faculdade de Direito de São Paulo e publicada em *Novas questões jurídico-penais*, cit., pp. 17, 18.

Ressalvando exceções marcantes como as contribuições de Galdino Siqueira⁷, Antonio José da Costa e Silva⁸, José Hygino Duarte Pereira⁹ e outros mais¹⁰, referia-se à época dos *anotadores* do Código Penal em torno dos quais Emeraldino Bandeira escrevia, “molhando a pena em vinagre”, que não faziam avançar um passo na evolução da ciência jurídica e estavam para esta como certos indivíduos para a indústria nacional: “Mandam vir do estrangeiro um por um dos elementos que compõem

7 A propósito do *Direito Penal Brasileiro*, de GALDINO SIQUEIRA, cuja primeira parte foi publicada em 1921, NELSON HUNGRIA dirigiu as seguintes palavras: “Foi um acontecimento verdadeiramente notável. Tênhamos, afinal, escrita com mão de mestre, uma exposição clara e reconstrutiva do nosso direito penal positivo, interpretado dentro do raciocínio lógico-jurídico, retraçado nas suas fontes e no seu desenvolvimento histórico, coordenado nos seus princípios e corolários, exaustivamente comentado à luz da doutrina e jurisprudência modernas. Foi como se tivéssemos subido a um alcantil, descortinando a vastidão da paisagem circundante, divisando sítios nunca dantes percebidos, perscrutando toda a dilatada sucessão dos acidentes geográficos. Através do livro de Galdino, o Código de 90, que tão injustamente fora chamado ‘o pior Código Penal do mundo’, aparecia-nos sob aspectos novos, reabilitado de muitas acusações que lhe faziam, explicado nos seus pontos obscuros ou incompreendidos, reintegrado no verdadeiro sentido dos seus dispositivos, cientificamente reajustado ao seu sistema orgânico e habilmente remoçado por uma exegese adaptativa” (...) (“A evolução do Direito Penal brasileiro”, cit. pp. 18, 19). A segunda parte do *Direito Penal*, tratando da parte especial do Código Penal de 1890, veio a lume em 1924, edição de Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro.

8 *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, Companhia Editora Nacional, São Paulo, vol. I publicado em 1930 e vol. II editado em 1938. A propósito, disse HUNGRIA: “Foi por essa época que Antonio José da Costa e Silva, então Ministro do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicou, para glória e orgulho da nossa cultura jurídica, o primeiro volume do seu ‘Código Penal’ (1930). Dir-se-lhe que atingiramos o ponto culminante de gradativa ascensão. Pela fiel informação doutrinária, pela riqueza e solidez de ensinamentos, perfeição técnica, concisão e clareza de estilo, esse livro foi, e continua sendo, a obra máxima do direito penal brasileiro. Atualizou conhecimentos, devassou distâncias, retificou caminhos, fixou certezas diretrizes” (...) (“A evolução do Direito Penal brasileiro”, cit., p. 24).

9 Existe unanimidade entre os estudiosos no sentido de que a tradução e os comentários de JOSÉ HYGINO DUARTE PEREIRA ao *Tratado de Direito Penal Alemão*, de FRANZ VON LISZT (F. Briguiet G & C Editores, Rio de Janeiro, 1899), constitui uma das mais importantes obras da literatura jurídico-penal brasileira. O prefácio do tradutor é, sem sombra de dúvida, um dos mais lúcidos e eruditos textos onde a qualidade da forma e a riqueza do conteúdo completam-se magistralmente.

10 Não sendo injusto para com seus contemporâneos, NELSON HUNGRIA refere-se a “sérios estudos, consubstanciados em livros e monografias. Toda uma pleiade de autores novos, em concorrência com os já consagrados, surgia na liza”. E destaca alguns nomes como: LEMOS SOBRINHO, OSMAN LOUREIRO, PEDRO VERGARA, LEMOS BRITO, MONIZ SODRÉ, RAUL MACHADO, VICENTE DE AZEVEDO, ARY FRANCO, ROBERTO LYRA, BASILEU GARCIA, NOÉ AZEVEDO, SOARES DE MELLO, CANDIDO MOTTA FILHO, ATALIBA NOGUEIRA, ALOÍSIO DE CARVALHO, NARCELIO DE QUEIROZ, DEMOSTENES MADUREIRA DE PINHO, JORGE SEVERIANO, MAGALHAES DRUMOND, JOSÉ DUARTE, ANIBAL BRUNO, OSCAR STEVENSON e outros (“A evolução do Direito Penal brasileiro nos últimos 25 anos”, cit., p. 25).

determinado produto, inclusive o invólucro. Reúnem e colam estes elementos e, metendo-os no invólucro referido, os expõem à venda como produto nacional. *Mutatis mutandis*, é o que praticam aqueles anotadores. Apanham aqui e recortam ali as lições de uns juristas e as decisões de uns tribunais, reúnem e colam tudo isso e metem depois num livro, que fazem publicar. Põe na lombada o seu nome de *autor*, e nesse nome circula e é citado o livro”¹¹.

Ainda analisando a produção jurídico-penal daqueles “últimos vinte e cinco anos”, isto é, de 1918 a 1943, o príncipe dos criminalistas brasileiros mandou *chumbo grosso* contra a jurisprudência que “não voava mais longe que um curiango. Salvo um ou outro julgado de maior fôlego, limitava-se à obsedante enunciação de algumas regrinhas, de contestável acerto, mas que, à força de se repetirem, haviam adquirido o cunho de verdades axiomáticas”¹².

As expressões e as imagens com as quais NELSON HUNGRIA cunhava pessoas, atitudes e situações, compõem um repertório saboroso da literatura brasileira e justificariam, por si sós, o seu assento na mais importante Academia de Letras.

Com efeito, a propósito da *Consolidação das Leis Penais*, que o Desembargador Vicente Piragibe editou em 1932, disse tratar-se de obra feita com “paciência beneditina e habilidade de um mosaísta”¹³. Sobre a Antropologia, que na formação e desenvolvimento do positivismo criminológico assumiu a condição de grande estrela a partir do universo desvendado por Lombroso, Ferri e Garófalo, o nosso feroz crítico afirmou ser ela “o ramo seco da ciência”¹⁴.

Não era de se estranhar tal adjetivação partindo de quem já aos sete anos de idade, uma criança portanto, fundou o semanário *A vespa*, com o qual, certamente, ferreteava os dissidentes e antagonistas de seus pensamentos e seus desejos.

A virtude e o talento de crítico acompanharam-no durante toda a vida intelectual. Advogou a causa da validade científica do Código Penal

11 *A evolução do Direito Penal nos últimos 25 anos*, cit., p. 18.

12 *Idem*, *ibidem*.

13 *Idem*, p. 24.

14 “Acontece, entretanto, que com estes meus ângulos de vista não se conforma o conhecido professor e meu particular amigo Dr. LEONIDIO RIBEIRO, que se especializou, entre nós, no estudo desse ramo seco da ciência que se chama antropologia criminal” (“O Código Penal e as novas teorias criminológicas”, em *Novas questões jurídico-penais*, cit., p. 61).

de 1890, "o caluniado Código de 90" (que) "fora metamorfoseado pela espetacular e profusa oratória criminal, desorientadora da justiça ministrada pelos juízes de fato, num espantalho ridiculamente desacreditado"¹⁵.

Possuído da "ira santa" vituperou contra o *passionalismo* sanguinário que andava à solta, licenciado sob a estapafúrdia rubrica da privação dos sentidos" (...) "A literatura psiquiátrica a lobrigar o *patologismo* nas mais fugidias discordâncias de conduta, era piamente acreditada e abria a porta da prisão a uma privilegiada chusma de sicários e rapinantes"¹⁶.

Ninguém melhor que HUNGRIA definiu o homicídio como "o ponto culminante na orografia dos crimes"¹⁷. Comentando o delito de sedução, disse que "a promessa feita no momento erótico, com a voz empastada da libido estuante", ia muito além da promessa do anel de casamento. Se a ofendida pedisse, o agente lhe prometeria o "anel ... de Saturno"¹⁸.

A alguns jovens penalistas que divergiam de aspectos de seu Anteprojeto de Código Penal, editado em 1963, disse que a crítica nada mais refletia "que sua adesão aos 'aranhóis' em que se compraz o doutrinarmismo jurídico-penal dos mais recentes autores alemães"¹⁹.

15 *A evolução do Direito Penal brasileiro nos últimos 25 anos*, cit., p. 17. E prossegue com veemência: "Foi o período áureo do *passionalismo sanguinário*, que andava à solta, licenciado sob a estapafúrdia rubrica de 'privação dos sentidos'. As teorias revolucionárias da chamada 'nova escola penal' difundidas à *la diable*, mal compreendidas ou tendenciosamente utilizadas, eram a moeda que, embora sem autorização legal, mas sob o pretexto de deplorável atraso (*sic*) da nossa lei escrita, livremente circulava nos recintos do tribunal de jurados".

16 *A evolução do Direito Penal brasileiro nos últimos 25 anos*, cit., p. 17.

17 *Comentários ao Código Penal*, ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1965, vol. V, p. 26.

18 *Comentários ao Código Penal*, ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1966, vol. VIII, p. 173. A ironia foi também uma das virtudes com as quais NELSON HUNGRIA desarmava opositores, persuadida espíritos em dúvida ou comentava os casos de rotina. Após examinar os aspectos da violência e da grave ameaça no estupro e concluir que, de modo geral "um só homem, sem outro recurso que as próprias forças, não conseguirá, ao mesmo tempo, tolher os movimentos defensivos da vítima (sendo esta mulher adulta, normal e sã) e possuí-la sexualmente", arrematou com esta *pérola de humor*: "Conta-se de um juiz que, ao ouvir de uma pseudoestuprada que o acusado, para conter-lhe os movimentos de defesa, se servira, durante todo o tempo, de ambas as mãos, indagou: 'Mas quem foi que conduziu o *ceguinho*?' E a queixosa não soube como responder ..." (*Comentários ao Código Penal*, vol. VIII, cit., p. 123).

19 "Em torno ao anteprojeto do Código Penal", em *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 5 (abril-Junho, de 1963), p. 7.

NELSON HUNGRIA sempre advogou a causa da dignidade do Direito Penal como ciência a salvo do que ele chamava de “capilarismo de conceitos e critérios, numa infundável, miúda e árdua análise dos versículos da lei”²⁰.

A guerra decretada no início dos anos 40 contra o extravio de método diante da confusão de conceitos e objetivos entre o Direito Penal e as ciências afins, não teve trégua nas décadas seguintes. A legislação nova tinha “mandado para o limbo as denominadas ciências criminológicas”,²¹ razão pela qual não mais poderiam ser reconhecidas como ciências penais.

Em célebre conferência no ano de 1942, concitou os juízes, promotores, advogados, professores e demais estudiosos da ciência penal a pugnam pela “nossa doutrina de Monróe: o direito penal é para os juristas, exclusivamente para os juristas. A qualquer indébita intromissão em nosso *lebensraum*, em nosso indeclinável *espaço vital*, façamos ressoar, em toque de rebate, os nossos tambores e clarins”²².

Continuam fortes em nossa memória e em nossos corações de enamorados do direito e da justiça criminais, as suas adamantinas palavras: “Ciência penal não é só a interpretação histórica da lei, mas, antes de tudo e acima de tudo, a revelação do seu *espírito* e a compreensão de seu *escopo*,

20 “Direito Penal e Criminologia”, em *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 1 (abril-junho, de 1963), p. 5. Do mesmo artigo é esta eloqüente declaração de amor à verdadeira ciência do Direito Penal: “Precisamos de defender a ciência penal debruçada sobre o agitado cenário da vida, a identificar os fatos na sua fragrância, na sua caleidoscópica realidade, e não adstrita aos ápices de acrisolado jurismo, que, por amor a si mesmo, procura entestar com as estrelas. Precisamos de reivindicar o direito penal como direito que deriva de almas para almas, de consciências para consciências, de homens para homens. Precisamos de rastrear o direito penal como direito destinado, não a um homem convencional, mas ao homem de carne e espírito, ao *homem nascido da mulher*, ao homem tal qual é, por vezes com o demônio no sangue, mas, afinal, sempre homem, e sempre com a possível recuperação de si mesmo, na plasticidade da sua natureza e na virtude prodigiosa de seu autodeterminismo (...). O direito penal que deve ser aprendido e aplicado não é o que se contenta com o eruditismo e impecável elegância da construção teórica, mas o que, de preferência, busca encontrar-se com a vida e com o homem, para o conhecimento de todas as fraquezas e misérias, de todas as infâmias e putrilagens, de todas as cóleras e negações, e para a tentativa, jamais desesperada, de contê-las e corrigi-las na medida da justiça e assistência sociais” (p. 7).

21 “Introdução à ciência penal”, em *Novas questões jurídico-penais*, cit., p. 15. No mesmo rumo o texto da conferência “O Código Penal e as novas teorias criminológicas”, em *Novas questões*, cit., p. 49 e s.

22 “Introdução à ciência penal”, em *Novas questões*, cit., p. 15.

para ajustá-la a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida. O crime não é somente uma abstrata noção jurídica, mas um fato do mundo sensível e o criminoso não é um “modelo de fábrica”, mas um trecho flagrante de humanidade. A ciência que estuda e sistematiza o direito penal não pode fazer-se cega à realidade, sob pena de degradar-se num formalismo vazio, numa platitude obsedante de mapa mural de geometria. Ao invés de librar-se aos pináculos da dogmática, tem de vir para o chão do átrio onde ecoa o rumor das ruas, o vozerio da multidão, o estrépito da vida, o fragor do mundo, o bravido da tragédia humana. Não pode alçar-se às nuvens, no rumo do céu, pois tem de estar presente ao entrevero dos homens, ao dantesco tumulto humano de *diverse lingua / orribili javelle / Parole di dolore, accenti d'ira / Voci alte, e fioche, e suon de man con elle*”²³.

Esta marcante passagem lembra os caminhos da esperança e da angústia sintetizados de forma lapidar na poesia de Oscar Wilde: “Lancei minh'alma ao espaço / À procura de um bem sempiterno / E quando ela a mim tornou / Trouxe um pouco do céu e um pouco de inferno”.

A causa da autonomia do Direito Penal relativamente aos institutos e métodos de Direito Civil nos proporcionou outro inesquecível texto, pronunciado em 1949: “Os pandectistas do Direito Penal”. E salienta que na sua demasiada reação contra a escola antropológica ou positiva, o movimento vitorioso do tecnicismo jurídico-penal não vacilou em tomar de empréstimo os processos e os critérios da dogmática do Direito Civil. As teorias penais foram assimiladas aos institutos civilísticos como a teoria das obrigações. Ele proclamou que “o direito penal contemporâneo perdeu a luminosidade de sol mediterrâneo com o que ensinava Carrara, o excelso e imortal professor da Universidade de Pisa” (...) “Foi deplorável a transusão de sangue que o direito penal recebeu, sem necessidade alguma, do direito civil”²⁴.

A inflação de leis penais dos últimos anos, e em especial no campo econômico-financeiro, caracteriza um *novo direito penal do terror*. Não po-

23 “Introdução à ciência penal”, em *Novas questões*, cit., pp. 6 e 7.

24 Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais e publicada nos *Comentários ao Código Penal* (Apêndice), ed. Forense, Rio de Janeiro, 1958, vol. I, tomo II, pp. 443 e s. e, especialmente, p. 24. O texto foi republicado na 5ª edição (1978) da mesma obra, atualizada por HELENO CLAUDIO FRAGOSO, pp. 443 e s.

dendo mais recair contra os hereges e os dissidentes políticos como antigamente, dirige-se agora contra os intérpretes e aplicadores da lei. Reagindo a essa babélica produção, o pranteado HUNGRIA certamente iria repetir que: "o prurido legiferante no Brasil é coceira de urticária"²⁵.

No final dos anos 50, NELSON HUNGRIA liderou uma histórica campanha contra a pena de morte, conclamando à revisão da sentença que condenara Caryl Chessman a morrer na câmara de gás, no Estado da Califórnia.

O movimento abolicionista não impediu a consumação do *homicídio legal*. Mas reafirmou as virtudes de humanidade e esperança do grande criminalista que sempre foi contrário à pena capital. A propósito, merecem releitura seus trabalhos editados no Brasil²⁶ e em Portugal, este referente ao *colóquio do centenário da abolição da pena capital* naquele país²⁷.

No momento em que um projeto de lei flagrantemente inconstitucional tramita no Congresso Nacional visando implantar a pena de morte em tempo de paz e aguardando contar com a cumplicidade de um plebiscito alimentado pelo *discurso político do crime*, o exemplo do Mestre deve ser retomado.

Nos seus últimos anos de vida física, o nosso homenageado retornou ao exercício viril da advocacia. Recebeu inúmeras homenagens de apreço,

25 "A nova lei de imprensa", em *Comentários ao Código Penal* (Apêndice), ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1955, vol. VI, p. 269.

26 "Sobre a pena de morte", Conferência pronunciada na Faculdade de Direito de Belo Horizonte, em 26 de maio de 1951, publicada nos *Comentários ao Código Penal* (Apêndice), ed. Forense, Rio de Janeiro, 1958, vol. I, tomo II, pp. 459 e s. e republicada no vol. III, edição de 1959 e no vol. I, tomo II, de 1978, atualizada por HELENO CLAUDIO FRAGOSO, pp. 459 e s.; "A pena de morte e as medidas de segurança". Muitas outras conferências, teses e artigos foram divulgados nos apêndices dos *Comentários ao Código Penal*. Vale referir, pela ordem, os textos que ainda não foram mencionados. Vol. I, tomo I (1958): "Direito Penal comparado: histórico, objeto e finalidade" e "Asilo político", republicadas na mesma obra, edição de 1977. Vol. I, tomo II (1958): "Um novo conceito de culpabilidade", republicado na mesma obra, edição de 1978. Vol. III (1959): "A criminalidade dos homens de cor no Brasil"; "A emasculação como medida de segurança"; "Criminosos habituais"; "Métodos e critérios para avaliação da cessação de periculosidade"; "O acaso e o crime" e "Classificação dos criminosos". Vol. V (1955): "O arbítrio judicial na medida da pena" e "Ainda sobre a aplicação da pena". Vol. VI (1955): "A legítima defesa putativa em face do novo Código Penal"; "Da responsabilidade penal"; "Ainda sobre a aplicação da pena — Carta a um magistrado" e "O crime de genocídio".

27 "A pena de morte no Brasil", em *Pena de morte*, edição Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967, vol. II, pp. 173 e s.

inclusive a láurea de uma coletânea em seu nome e com a doutrina de notáveis escritores ²⁸.

Foi o tempo de várias reconciliações. Com a Criminologia — por exemplo e em termos — porquanto os criminólogos “afinal se deixaram possuir da *dúvida metódica* ou *dúvida cartesiana* e, com renovado espírito, reviram suas próprias idéias programáticas ²⁹. Revisou, parcialmente, a

28 *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Néelson Hungria*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1962. Escreveram para a coletânea: LUIS JIMENEZ DE ASUA, “La ‘ceguera jurídica’ y el remanente imputable en el error de prohibición”; OSCAR STEVENSON, “Concurso aparente de normas penais”; ANIBAL BRUNO, “Sobre o tipo no Direito Penal”; JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, “O conceito ético-jurídico da responsabilidade penal — Valor deste conceito — Deverá manter-se ou pôr-se de parte?” GIUSEPPE BETTOL, “Em tema de relações entre a política e o Direito Penal”; REINHART MAURACH, “Os caminhos do Direito Penal alemão ao projeto de 1960”; FRANCISCO P. LAPLAZA, “Beocaria y la cultura italiana del setecientos”; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Encerramento da formação da culpa no processo penal do Júri”; NOÉ AZEVEDO, “A repressão penal da usura”; HELENO CLAUDIO FRAGOSO, “Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade”; JORGE ALBERTO ROMERO, “A noite no Direito e no Processo Penal”; DARCI ARRUDA MIRANDA, “O crime de aborto”; E. MAGALHAES NORONHA, “Questões acerca da tentativa”; JOAO BERNARDINO GONZAGA, “Crimes comissivos por omissão”; BENJAMIM MORAIS, “O delito de contrabando”; ROBERTO LYRA FILHO, “A classificação das infrações penais pela autoridade policial”; F. M. XAVIER DE ALBUQUERQUE, “Conceito de mérito no Direito Processual Penal”; ROMEU PIRES DE CAMPOS, “O interrogatório do acusado e o princípio da verdade real”; ODIN AMERICANO, “Da culpabilidade normativa”; ALÍPIO SILVEIRA, “A sentença indeterminada nos Estados Unidos”; EVERARDO DA CUNHA LUNA, “A personalidade do criminoso e a caracterologia de Heymans e Wierzma”; LAERTES M. MUNHOZ, “A imputabilidade e o princípio psiquiátrico-psicológico jurídico”; GEBER MOREIRA, “A pena de morte nas legislações antigas e modernas”; ANTENOR BOGÉA, “Do concurso de agentes na suposta criminalidade animal” e J. A. CESAR SALGADO, “A sobrevivência do Direito”.

29 “Direito Penal e Criminologia”, cit., p. 14. Vale transcrever o contexto de seu pensamento: “Abolido, enfim, da parte dos juristas e criminólogos, o fanatismo que impedia quaisquer entendimentos, arrefeceu a recíproca intolerância ou idiosincrasia entre o direito penal e a criminologia. A ciência do direito penal, que por tanto tempo recalcitara em não reconhecer o alcance das novas indagações experimentais no campo da criminologia, acabou por endossar as menos incertas ou menos contestáveis, no mesmo passo que a criminologia, por sua vez, acedeu e, admitiu, até certo limite, o fundamento básico do direito penal, que é a culpabilidade moral. Desapareceram os dogmatismos e apriorismos de ambas as partes. Os criminólogos afinal se deixaram possuir da *dúvida metódica* ou *dúvida cartesiana* e, com renovado espírito, reviram suas próprias idéias programáticas, para admitirem uma possível solução de continuidade entre os fenômenos psicológicos, pela presença e ação de fatores que rompem o binômio “causa e efeito”. De sua banda, os juristas convieram em aceitar muitas das conclusões e sugestões dos criminólogos, sobreindo um direito penal em que, entrocado com o *juízo de culpabilidade moral*, adquiriu subido e renovado relevo o estudo ou conhecimento da personalidade do delinqüente, em cuja estruturação se reconhece que coopera, de par com os fatores orgânicos e ambientais a vontade livre e ativa, não alheada aos valores morais como “motivos de consciência”. (*Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 1, cit. pp. 14 e 15).

sentença de maldição lançada contra o Júri³⁰, admitindo a grandeza dos debates do tribunal popular³¹. Mudou o *eixo de rotação* de seu pensamento sobre a pena retributiva, reconhecendo expressamente em seu anteprojeto a necessidade da função ressocializadora do delinqüente³². Em mag-

30 Em inúmeras ocasiões, NELSON HUNGRIA se rebelou contra a instituição do Júri, basicamente pela sujeição dos jurados ao poder do *coronelismo* como fenômeno político e social das cidades menores. No artigo "A justiça dos jurados" (*Revista Forense*, 1956, vol. 166) qualifica o tribunal popular como "o culto da incompetência", e que pratica uma "justiça de vispora, justiça de roleta, justiça de loteria".

31 Apesar do vigor da crítica, nunca porém o sensível e talentoso penalista deixou de admirar o *torneio de inteligência* em que se envolvem acusadores e defensores. Na carta-prefácio ao livro editado por CARLOS DE ARAÚJO LIMA, *Os grandes processos do Júri*, essa admiração é confessada: "Talento, erudição, habilidade de expressão, tudo se conjuga para o realce dos debates de que V. nos dá notícia. Há ali cintilações de espírito que obrigam a gente a ler, uma e outra vez, os trechos que as contêm... O seu livro vem desvelar o segredo da *encruzilhada de dúvidas* a que são comumente levados os juizes de fato (...). E como vocês do *barreau* conseguem tirar de vulgares pedras no meio do caminho sonoridade e reflexos de cristal! Sinto-me tão envaidecido com isso que quase chego a me reconciliar com o tribunal do povo..." (Ed. Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1955, vol. II p. 7).

32 Durante os debates relativos ao tema "Orientações contemporâneas sobre a reforma dos códigos penais", constante da pauta das *Jornadas de Derecho Penal* (Buenos Aires, agosto de 1960), NELSON HUNGRIA admitiu: "Também fui partidário convencido da pena-retribuição. Tenho sido, como tal, um dos autores de um Código eminentemente retribuicionista, que é o Código Penal brasileiro. Mas a lição, a experiência dos acontecimentos do mundo atual, levaram-me a uma revisão do pensamento, a uma revisão de raciocínio, para renegar, para repudiar, uma vez para sempre, a pena-castigo, a pena-retribuição, que de nada vale, que é de resultado ineficaz..." (*Jornadas de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1962, p. 88). E ao redigir o art. 35 de seu anteprojeto de Código Penal (1963), NELSON HUNGRIA expressamente consignou na rubrica a "Função finalística das penas privativas de liberdade". O texto do mencionado dispositivo é o seguinte: "A pena de reclusão e a de detenção, aquela sob regime mais rigoroso que esta, são cumpridas em estabelecimentos separados ou em seções especiais do mesmo estabelecimento, e devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado uma individualizada ação educacional, no sentido de sua gradativa recuperação social".

níficos artigos doutrinários repensou dogmas e convicções³³ e demonstrou grandes preocupações com a tragédia carcerária³⁴.

A esse notável e imortal defensor de grandes causas humanitárias, a esse inquebrantável patrono de idéias, os advogados brasileiros, sob a lúcida e sensível orientação do *Battonier* Marcello Lavenère Machado prestam a homenagem de sua perene gratidão. Esta homenagem é extensiva à sua digníssima família, neste ato representada pelo ilustre colega Doutor Clemente Hungria.

NELSON HUNGRIA viveu com dignidade soberana as provações da dúvida e o processo de contradição do ser humano.

Valem, para ele, as palavras de Franz Von Liszt:

“Há pessoas que só conhecem tese e antítese, corpo e alma, natureza e espírito, realidade e valor, poder e dever, ou como quer que lhe chamem. Elas podem gabar-se do seu método puro, dos seus conceitos claros, da sua argumentação segura. Pelo contrário, aquele que, para além das antinomias procura, tateando, a unidade superior, não tem nenhum guia a protegê-lo contra passos errados. Mas só ele pode esperar que uma hora feliz lhe abra caminho para o ponto alto, do qual, na síntese criadora de uma concepção unitária do mundo se superem todas as antinomias”³⁵.

Afinal, como disse muito bem a sabedoria romântica de Alvaro Mo-reyra:

“Há o determinismo. Há o livre arbítrio. Não há nada e há de tudo. A questão é não ter pressa”³⁶.

33 Entre os textos através dos quais o ilustre homenageado revela grande sensibilidade — e também a *humildade dos grandes espíritos* — para rever seu pensamento, pode-se indicar o artigo “Novos rumos de Direito Penal” e a conferência “Novas teorias e diretrizes de Direito Penal”, publicados, respectivamente, na *Revista Forense*, vol. 198, de 1962, p. 21 e s.; vol. 222, de 1968, p. 26 e s. e nos *Comentários do Código Penal*, cit., edição de 1977, vol. I, tomo I, pp. 284 e s. e 271 e s.

34 Ao invés da pena limitada ao seu sentido etimológico, ou da pena-castigo, ou como exclusivo mandamento de justiça ou como imperativo categórico, ou com fundamento em transcendentes razões filosóficas, o que presentemente se preconiza é a pena como meio e instrumento de utilidade social, atendendo, acima de tudo, ao fim prático de tentar, na medida do possível, a ressocialização do delinqüente, pelos meios educativos indicados pela experiência. A recuperação social do criminoso, de simples epifenômeno, passa a ser o preponderante, o precípua escopo da pena. Não mais, entre as paredes da prisão, o drama de sofrimento de um culpado, por antecipação do Inferno, mas o edificante espetáculo de resgate e salvação de um ser humano” (“Novos rumos do Direito Penal”, cit., p. 21).

35 FRANZ VON LISZT, citado por EDUARDO CORREIA em *A influência de Franz V. Liszt sobre a reforma penal portuguesa*, Coimbra, 1971, p. 87, nota nº 5.

36 *As amargas, não... Lembranças*, ed. Instituto Estadual do Livro, Porto Alegre, 1969, p. 372.

Dos Crimes Hediondos

LICÍNIO BARBOSA

Advogado. Professor Titular de Direito Penal das Universidades Federal e Católica de Goiás. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (Rio de Janeiro) e da "Société Internationale de Défense Sociale" (Paris)

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Conceito.* 3. *Espécies.* 4. *Crimes assemelhados.* 5. *Peculiaridades da nova lei.* 5.1. *Benefícios interditados.* 5.2. *Regime penitenciário.* 5.3. *Recursos.* 5.4. *Prisão temporária.* 5.5. *Estabelecimentos de segurança máxima.* 5.6. *Livramento condicional.* 5.7. *Aumento da pena privativa da liberdade.* 5.8. *O genocídio.* 5.9. *O tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.* 5.10. *A tortura.* 6. *Crítica.* 7. *Apreciação final.*

1. *Introdução*

A gênese dos crimes hediondos pode ser rastreada, ao longo da história das ciências penais, a partir da Escola Positiva, criada por Lombroso e desenvolvida por Ferri, durante a segunda metade do século XIX. A teoria do criminoso nato, ideada por LOMBROSO, no seu *L'uomo Delinquente*, destaca tendências para a prática do crime, que seriam inatas no indivíduo, as quais se manifestariam em caracteres formais e substanciais do chamado criminoso nato. As características externas compreenderiam o tamanho do cérebro, a estrutura do crânio, a conformação do esqueleto, e quejando; as de natureza substancial: resistência à dor, secreção, odor, paladar, gestos, postura, tatuagem. O criminoso nato caracterizar-se-ia, também, pela prática de crimes os mais execráveis, com requintes de perversidade, que poderiam ser adjetivados como hediondos.

Numa de suas obras fundamentais, LOMBROSO assinala que "le délinquent-né (...) est poussé au crime par une force intérieure, acquise ou innée, d'où lui vient l'étrange plaisir qu'il goûte à mal faire" (in *L'Anthropologie Criminelle et ses Récents Progrés*, Félix Alcan, Éditeur, Paris, 1891, 2.ème édition, págs. 92/3).

Outro cientista penal que pode ser evocado, ao tratar-se dos crimes hediondos, é Carlos Davi Augusto Roeder, professor da Universidade de Heidelberg, Alemanha. Roeder considerava o crime uma distorção psíquica do homem normal, preconizando que a pena deveria ter por fim corrigir

o criminoso. Daí a Escola que viria a criar, o Correcionalismo, segundo a qual a pena deveria durar enquanto o criminoso não se corrigisse. Como consequência, ter-se-ia a pena indeterminada: absolutamente, sem tempo para terminar; e relativamente indeterminada, quando o legislador fixasse um máximo de aplicação e cumprimento dessa pena (vide, a propósito, BASILEU GARCIA, in *Instituições de Direito Penal*, volume I, tomo I, Editora Max Limonad, 5. ed., págs. 75 usque 78).

Mais recentemente, coube a ERNST KRETSCHMER estabelecer estreita relação entre os caracteres corporais e os temperamentos, dando embasamento científico à helênica teoria dos humores (vide *Constitución y Carácter*, trad. José Solé Sagarra, Editorial Labor, Barcelona, 2 ed.).

Entre nós, a figura do criminoso que revela tendência para a prática do crime surgiu, em documento pré-legislativo, no Anteprojeto Hungria, de 1963, elaborado pelo saudoso Ministro Nelson Hungria, cujo art. 60, § 2.º, assim dispunha:

“Art. 60 — (Omissis)

“§ 1.º — (Omissis)

“§ 2.º — Considera-se *criminoso por tendência* aquele que comete *homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave*, e, pelos *motivos determinantes e meios ou modo de execução*, revela *extraordinária torpeza, perversão ou malvadez.*” (Grifou-se.)

No art. 60, *caput*, o Anteprojeto Hungria estabelecia que, “em se tratando de *criminoso habitual ou por tendência*, a pena ou soma de penas, *pode ser aumentada até o dobro*” (grifou-se).

Com o advento do natimorto Código Penal de 1969, o instituto do criminoso por tendência foi cristalizado no art. 64:

“Em se tratando de criminoso habitual ou *por tendência*, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado (Omissis).

§ 1.º — *A duração de pena indeterminada não poderá exceder a dez anos, após o cumprimento da pena imposta.*” (Grifou-se.)

Tomava-se, de Roeder, a figura da pena indeterminada, limitando-a, contudo, *a dez anos* — “após o cumprimento da pena imposta”, ou seja, além da pena normalmente aplicada ao criminoso comum, aplicar-se-ia a pena relativamente indeterminada, cujo *quantum* não poderia exceder de dez anos à pena que teria de cumprir, se se tratasse de criminoso comum.

O Código Penal de 1969, contudo, jamais entrou em vigor.

Com a reforma introduzida no Código Penal de 1940, pela Lei número 6.416, de 1967; e, mais recentemente, pela Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984 (que alterou toda a Parte Geral de referido Código Penal),

1940), e de *genocídio* (arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei n.º 2.889, de 1.º de outubro de 1956), tentados ou consumados” (grifou-se).

Não foram, assim, incluídas no elenco dos chamados crimes *hediondos*, as várias hipóteses de *homicídio* qualificado, de que trata o art. 121, § 2.º, do Código Penal de 1940 (Dec.-Lei n.º 2.848, de 7-12-40), quais sejam:

I) mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II) por motivo fútil;

III) com emprego de fogo, explosivo, asfixia ou outro meio insidioso ou cruel;

IV) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V) para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

Ainda no que tange ao homicídio qualificado, somente foram incluídas entre os crimes hediondos as hipóteses de *tortura* e as condutas “de que possa resultar perigo comum” (art. 121, § 2.º, inc. III, c/c os arts. 267 e 270 do Código Penal de 1940).

O homicídio somente é considerado *crime hediondo*, pela Lei número 8.072/90, quando o agente *matar*, “com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso”, *ex vi* do art. 1.º, letra a, da Lei n.º 2.889, de 1.º-10-56, c/c o art. 1.º *in fine*, da Lei número 8.072/90; ou seja, crime de *genocídio*.

Fora dessas hipóteses, o *homicídio* simples, qualificado, ou preterintencional, não é definido como crime hediondo.

4. Crimes assemelhados

O art. 5.º, inc. XLIII, da Constituição Federal de 1988, enuncia os crimes assemelhados aos crimes hediondos: *tortura*, *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*, *terrorismo*, como tais, elencados no art. 2.º, *caput*, da Lei n.º 8.072, de 1990.

Curioso é que o constituinte de 1988 não tenha, também, incluído entre os crimes *hediondos a tortura*, o *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*, o *terrorismo*, embora lhes haja dado tratamento idêntico (art. 5.º, inc. XLIII, da CF), considerando-os *inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia*; e que tenha considerado o *racismo* crime imprescritível (portanto, mais grave que os crimes *hediondos*), *ex vi* do art. 5.º, inc. XLII, da Constituição Federal.

5. Peculiaridades da nova lei

A lei dos crimes *hediondos* tem algumas peculiaridades que a singularizam. Com efeito, o legislador de 1990, na esteira do constituinte de 1988, evidenciou algumas particularidades inerentes aos crimes *hediondos*.

5.1. Benefícios interditados

Pela Constituição Federal de 1988, os crimes hediondos e assemelhados são insuscetíveis de fiança, de graça e de anistia.

A fiança é instituto essencialmente processual, eis que sua finalidade consiste em permitir que o indiciado ou o acusado se defenda em liberdade. Como tal, está regulada nos arts. 322 e seguintes do Código de Processo Penal.

Com autoridade incontrastável pontifica, a propósito, ROGÉRIO LAURIA TUCCI:

“É a fiança criminal, indubiosamente, instituto de Direito Processual Penal, em cujas regras encontra sua regulamentação e a disciplina do seu procedimento” (in *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*, Editora Saraiva. S. Paulo, 1980, pág. 272).

E mais adiante:

“Trata-se (...) de uma *caução*, a um só tempo assecuratória da liberdade provisória do interessado, e garante, outrossim, do compromisso de se fazer ele presente em todos os atos do processo, aos quais deva comparecer pessoalmente, bem como do pagamento das custas processuais, do valor correspondente à indenização do dano causado pelo crime e da pena pecuniária, afinal, e eventualmente, imposta por órgão jurisdicional pronunciante da condenação” (in *op. cit.*, pág. 274).

A graça é a *Indulgentia principis*, reminiscência do antigo poder que o monarca detinha de perdoar o condenado que houvesse praticado uma infração penal. Na Constituição Imperial de 25 de março de 1824, essa *indulgentia* era inerente ao Poder Moderador, exercido pelo Imperador, e estava cristalizada no art. 101, 8.º:

“Art. 101 — O Imperador exerce o poder moderador:

(*Omissis*)

“8.º — Perdoando ou moderando as penas impostas aos réus condenados por sentença.”

É um instituto essencialmente de natureza substantiva, no âmbito da ciência penal.

ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, o grande penalista baiano, define, assim, o instituto:

“A graça é favor individual, quer dizer, a pessoa agraciada é determinada. Pode ser uma só pessoa, ou mais de uma (in *Comentários ao Código Penal*, atualizados por Jorge Alberto Romeiro, Editora Forense, Rio de Janeiro, Vol. IV, págs. 163/163, 5. ed.).

No governo republicano, é atribuição do Presidente da República, se o sistema é o presidencialismo; ou do “Premier”, se o parlamentarismo.

Na Constituição de 10 de novembro de 1937, “exercer o direito de graça” era uma das “prerrogativas do Presidente da República”, *ex vi* do art. 75, letra *f*. As demais Constituições republicanas, anteriores e posteriores à de 1937, não cuidaram, nominalmente, deste benefício, dentre as atribuições do Presidente da República.

O *indulto* muito se assemelha à graça. Como esta, é, também, instituto de natureza penal, material. Mas se distingue de graça por ser, em princípio, de natureza coletiva.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 84, inc. XII, como competência privativa do Presidente da República, “conceder *indulto* e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei” (grifou-se).

Ao propor, como presidente do Conselho Penitenciário do Estado de Goiás, o Indulto da Abolição, na justificativa a Anteprojeto de Decreto encaminhado ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em fevereiro de 1988, assinalamos:

“O indulto é um gesto de clemência, oriundo do monarca, do chefe de Estado ou do chefe do governo, consoante a organização política e administrativa de um povo.”

“Pode ser genérico ou específico: genérico, quando se destina a um número indiscriminado de beneficiários; específico, quando seu destinatário é um determinado delinqüente.”

“Causa extintiva da punibilidade, a sua abrangência pode ser total ou parcial. *Total*, se a pena, por inteiro, é perdoada a quem aproveitar; *parcial*, se opera tão-só a redução da *sanctio* imposta.”

Na Lei das Execuções Penais (Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984), o indulto está disciplinado nos arts. 188 *usque* 193, como desdobramento do novo Código Penal, art. 107, inc. II com a redação que lhe deu a Lei n.º 7.209/84. Para a concessão do benefício, o Conselho Penitenciário do Estado onde o condenado esteja cumprindo a pena deve-se manifestar, conclusivamente, de acordo com o art. 70, inc. I, da referida Lei n.º 7.210/84.

Diferentemente da graça e do indulto, a anistia tem alcance bem mais amplo, porquanto vai à raiz da infração penal, eliminando-lhe a criminalidade. Erradicando a figura típica, extingue, por consequência, a *sanctio*.

Também dissentindo daqueles institutos, a anistia é atribuição do Congresso Nacional, pois que não pode ser concedida por decreto, mas tão-só mediante lei. Daí por que a Constituição Federal de 1988, nas atribuições do Congresso Nacional, insere, art. 48, inc. VIII, a "concessão de anistia."

Autêntica *abolitio criminis*, "a anistia é lei penal de efeito retroativo, constituindo verdadeira revogação parcial da lei anterior. Tratando-se de lei, é interpretada e aplicada pelo Poder Judiciário, como uma lei comum, podendo o interessado recorrer a ele quando é mal executada pelo Poder Executivo" ("Damásio E. de Jesus, in *Comentários ao Código Penal*, Parte Geral, 1.º volume, pág. 818, Editora Saraiva, SP, 1985).

Liberdade provisória, no entendimento de Rogério Lauria Tucci, é "medida preventiva, *contracautelar*, concedida pela legislação processual penal ao suposto ou imputado agente de atuação ou omissão tida como infringente de preceito do Direito material, ou seja, enquadrada no modelo legal (*fato típico*), é assecuratória de sua liberdade pessoal em todo o transcorrer do procedimento instaurado para apurá-la" (in *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*, Ed. Saraiva, 1980, págs. 260/261).

Por sua vez, José Armando da Costa conceitua a liberdade provisória como "uma medida contracautelar que, tomando por pressuposto uma das modalidades de prisão provisória e tendo por escopo elidir os efeitos deletérios defluentes de um trancafiamento precipitado e desnecessário, é concedida ao indiciado ou réu com a imposição de deveres processuais, os quais, uma vez descumpridos, provocam a sua revogação e o emprisionamento do seu beneficiário" (in *Estrutura Jurídica da Liberdade Provisória*, Editora Saraiva, São Paulo, SP, 1989, pág. 21).

Veja-se, também, *Liberdade Provisória*, de Weber Martins Batista, Forense, 1981, Rio (RJ), págs. 35 *usque* 42.

Pelo seu caráter de provisoriedade, a qualquer momento pode ser revogada através do órgão jurisdicional, que a concedeu.

Em se tratando de benefícios concedíveis ao condenado, o art. 2.º, *caput*, da Lei n.º 8.072/90, interdita a concessão da *anistia*, da *graça*, do *indulto*, da *fiança* e da *liberdade provisória*, desde que o apenado tenha sido condenado por crime *hediondo* ou *assemelhado*.

5.2. Regime penitenciário

O art. 33, *caput*, do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei n.º 7.209/84, prevê três regimes, nos quais a pena privativa da liberdade pode ser cumprida: a) o *regime fechado*, no qual a pena é executada "em estabelecimento de segurança máxima ou média" (art. 33, *caput*, c/c o § 1.º, a); b) o *regime semi-aberto*, cumprido "em colônia agrícola, industrial, ou estabelecimento similar" (art. 33, *caput* c/c o § 1.º, b); c) o *regime aberto*, em que "a execução da pena (é operacionalizada) em casa de albergado ou estabelecimento adequado" (art. 33, *caput*, c/c o § 1.º, c).

O art. 33, *caput*, do Código Penal, estabelece, ainda, que somente o condenado a pena de reclusão cumpre, em princípio, essa pena em *regime fechado*; o condenado a pena de detenção cumpri-la-á, desde o início, no *regime semi-aberto*, ou no *aberto*, “salvo necessidade de transferência a regime fechado” (art. 33, *caput*, *in fine*).

Doutra parte, mesmo o condenado a reclusão somente a cumprirá, desde o início, em regime fechado, se superior a 8 (oito) anos (art. 33, § 2.º, *a*); o condenado, *primário*, à pena de reclusão superior a 4 (quatro) anos e de até 8 (oito) anos, poderá cumpri-la, desde o início, em regime semi-aberto (art. 33, § 2.º, *b*); e o condenado à reclusão de até 4 (quatro) anos, *não reincidente*, poderá cumpri-la, desde o início, em *regime aberto* (art. 33, § 2.º, *c*).

Estabelece, a propósito, o art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, em foco, que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”. Qualquer que haja sido o seu *quantum*, fixado pelo titular do órgão jurisdicional. Assim, a Lei dos crimes hediondos revoga, tacitamente, as disposições concernentes aos regimes *semi-aberto* e *aberto*, previstas no Código Penal, quando as infrações penais se situassem no âmbito da *hediondez*.

5.3. Recursos

Em princípio, se o condenado for *primário* e de bons antecedentes, poderá recorrer à instância *ad quem* sem ter que se recolher à prisão, *ex vi* do art. 594 do Código de Processo Penal.

Todavia, se o criminoso houver sido condenado por crime *hediondo* ou assemelhado, somente poderá recorrer em liberdade, após madura decisão do juiz, em sentença fundamentada.

É o que dispõe o art. 2.º, § 2.º, da Lei n.º 8.072/90:

“Art. 2.º § 1.º — (Omissis)

§ 2.º — No caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu pode apelar em liberdade.”

5.4. Prisão temporária

A Lei dos crimes hediondos faz expressa referência, no § 3.º do seu art. 2.º, à prisão temporária, remetendo à Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

Já o Código de Processo Penal, de 1941, contemplava, na sua estrutura, o instituto da *prisão provisória*, no Livro I (Dos Processos em Geral), ao disciplinar, no título IX, a prisão e a liberdade provisórias.

Pode-se conceituar a prisão temporária como toda constrição da liberdade, determinada pelo órgão jurisdicional, antes de transitar em julgado

a sentença penal, condenatória ou absolutória. Pode ser de quatro ordens: em flagrante, preventiva, voluntária (quando o indiciado se apresenta espontaneamente) e administrativa. Uma quinta espécie, a prisão para averiguações, de que o aparelho policial usava e abusava, até há pouco, antes de promulgada a Constituição Federal de 1988 — eis que pode ser caracterizada como abuso de autoridade (Lei n.º 4.898, de 9-12-65), insere-se, ainda, no elenco da prisão provisória, de fato, mas não de direito.

O Código de Processo Penal prevê a prisão em flagrante nos arts. 301 *usque* 310; a prisão preventiva, nos arts. 311 *usque* 316; a apresentação espontânea do acusado, nos arts. 317 e 318; e a prisão *administrativa*, nos arts. 319 e 320.

No antigo Distrito Federal, ainda na vigência da Carta Magna de 18 de setembro de 1946, o instituto da prisão provisória foi disciplinado pelo Decreto n.º 26.401, de 24 de fevereiro de 1949, no seu art. 16, determinando o encaminhamento “ao Presídio do Distrito Federal, o mais cedo possível, todo aquele que for *preso provisoriamente*” (grifou-se). No parágrafo único deste dispositivo, o decreto enumera as pessoas objeto da prisão provisória, as quais deveriam ser recolhidas “a quartéis ou a prisão especial”.

Questiona-se a justeza da prisão provisória, eis que, como constrição da liberdade, toda prisão é um mal. Principalmente, antes de o órgão jurisdicional manifestar seu juízo de censura ou de absolvição, a propósito do acusado.

TORNAGHI, por isso mesmo, é categórico, acentuando que

“a prisão provisória é certamente um mal, como também é um mal a privação de dinheiro (impostos), do tempo (gasto por quem depõe como testemunha), da vida (soldado), como também é um mal a lesão feita pelo cirurgião. É um mal para o indivíduo e deve ser evitado tanto quanto possível. Mas a questão está em saber se é injusto ou justo que o Estado exija do indivíduo (ainda que inocente) esse sofrimento. A resposta somente pode ser afirmativa: é justo; cada um de nós, cada indivíduo, terá de tolerar certas privações, algumas dores, algumas cousas que em si mesmas não são boas, se forem necessárias para o bem comum. São males, mas o não sofrê-las seria mal maior. E entre dois males, o justo, o correto, o direito é que ocorra o mal menor” (in *Curso de Processo Penal*, volume 2, págs. 6 e 7, Editora Saraiva, S. Paulo, 6. ed., 1989) (grifou-se).

Como os agentes dos crimes hediondos são, em princípio, indivíduos dotados de maior periculosidade, a Lei n.º 8.072/90 estabelece que “a prisão temporária (...) terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”. Essa ampliação

do prazo de constrição da liberdade deve ser justificada pelo juiz, na sentença que a decreta — diante da prova de sua extrema necessidade, v.g., a probabilidade de fuga do indiciado ou acusado ou de voltar a praticar novas infrações penais, ou sua resistência a ordem judicial ou convocação policial.

Daí por que, no § 3.º do art. 2.º, a Lei dos crimes hediondos disciplina, minudentemente, a duração máxima da *prisão provisória*, estabelecendo:

“Art. 2.º e §§ 1.º e 2.º — (*Omissis*)

§ 3.º — A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, *terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade*” (grifou-se).

5.5 Estabelecimentos de segurança máxima

Embora as leis penal, processual penal e executório-penal sejam federais, as prisões são estaduais e municipais: estaduais, os presídios, para cumprimento da pena imposta, mediante sentença definitiva, de mérito; municipais, as prisões para acolhimento dos presos destinatários de prisão provisória. Nada impede, contudo, que o Estado-Membro construa, também, nos municípios, cadeias para abrigo dos presos provisórios.

O que o art. 3.º prevê, sabiamente, é que a União tome a seu cargo a construção de “estabelecimentos penais de *segurança máxima*” (grifou-se), que se não confundem com os estabelecimentos para cumprimento da pena privativa da liberdade em regime fechado. Certo que os condenados a pena privativa da liberdade, no regime fechado (se superior a oito anos), devem cumprir essa pena em estabelecimento de segurança máxima; podendo, entretanto, cumpri-la em estabelecimento de segurança média (art. 33, § 1.º, letra *a*, *in fine*, do Código Penal).

O que caracteriza o estabelecimento de segurança máxima, onde cumprem pena os condenados ao regime fechado, é todo um aparato de obstáculos visando a dificultar-lhes a fuga. Daí, devem nele ser presos os condenados dotados de maior periculosidade.

No que tange a esse aparato, a ilustre penóloga ARMIDA BERGAMINI MIOTTO resume-o em “precauções materiais e físicas contra a fuga: grades, muralhas ou fossos; portões (*de ferro*) reforçados; guarda militar (armada); sistema de alarme (aperfeiçoando-se, para a sua eficiência, conforme o progresso da ciência e da técnica); outras precauções, quer reais ou objetivas, integradas ou não na arquitetura, quer pessoais”.

E acrescenta que o estabelecimento de segurança máxima se caracteriza, ainda, pelo “regime celular, destina-se a sentenciados perigosos, a

disciplina é garantida por imposição (e) por coerção" (in *Curso de Direito Penitenciário*. Ed. Saraiva, SP, 1975, 2.º vol. pág. 623).

Como exigem investimento mais volumoso, a União tomou a si promover sua construção. E não somente agora, com a Lei dos crimes hediondos, cujo art. 3.º recomenda que a União deva edificá-los. O legislador de 1984, com a edição da Lei 7.210 (Lei de Execução Penal), já estabelecia, no seu art. 86, § 1.º:

"A União federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher, mediante decisão judicial, os condenados à pena superior a quinze anos, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado" (grifou-se).

O dispositivo diz *poderá*, quando o correto seria *deverá*, até porque o recolhimento do condenado a pena superior a 15 anos foi determinado por *decisão judicial*, a que o Poder Executivo não pode resistir.

Agora, com o art. 3.º da Lei n.º 8.072/90, a eventual dúvida sobre a obrigatoriedade de a União, através do Poder Executivo, construir presídios de segurança máxima, cessa de vez; porquanto o legislador de noventa empregou o verbo *manter* (no futuro, *manterá*) de forma a inferir obrigatoriedade.

Diz, com efeito, o art. 3.º da Lei n.º 8.072/90:

"Art. 3.º — A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a *condenados de alta periculosidade*, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública" (grifou-se).

É preciso, porém, que "a ordem ou incolumidade pública" nos "presídios estaduais", justifiquem o aprisionamento do condenado de alta periculosidade no estabelecimento de segurança máxima, o que o magistrado verificará, mediante os exames que promoverá, no curso do processo de conhecimento.

5.6 *Livramento condicional*

O benefício do livramento condicional, quando se tratar de crime hediondo ou assemelhado, foi dificultado, com o advento da Lei n.º 8.072/90.

Quando a hipótese for de crime comum —, e os crimes hediondos são uma espécie de crimes *sui generis*, dentro do Código Penal —, basta que o "condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos" tenha cumprido "mais de um terço da pena se o condenado *não for reincidente em crime doloso* e tiver bons antecedentes"; ou tiver cumprido "mais da metade se o condenado *for reincidente em crime doloso*", *ex vi* do art. 83, incs. I e II do Código Penal (grifou-se).

Se se cuidar de condenado pela prática de crime *hediondo* ou assemelhado, necessário será que tenha “cumprido mais de dois terços da pena” (art. 5.º da Lei n.º 8.072/90, que acrescentou ao art. 83 do Código Penal o inc. V). Isto, mesmo “se o apenado *não for reincidente específico em crime dessa natureza*”, ou seja, em crime *hediondo* ou assemelhado. Se o for, *a contrario sensu*, terá direito, o condenado por crime *hediondo* ou assemelhado, ao benefício do livramento condicional.

É o que se infere do art. 5.º da Lei n.º 8.072/90, que deu nova redação ao art. 83 do Código Penal, acrescentando-lhe o inc. V, assim:

“Art. 83 — O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

(*Omissis*)

“V — cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime *hediondo*, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado *não for reincidente específico em crimes dessa natureza*”.

5.7. Aumento da pena privativa da liberdade

A Lei dos crimes *hediondos* não se limitou a cercear a concessão dos benefícios aludidos: também enrijeceu dispositivos da Parte Especial do Código Penal de 1940 para elevar-lhes as sanções dos crimes que rotulou como *hediondos*. Assim é que o art. 6.º da Lei n.º 8.072/90 deu nova redação aos arts. 157, § 3.º; 159, §§ 1.º, 2.º e 3.; 213, *caput*; 214, *caput*; 223, parágrafo único; 267, *caput*; e art. 270, *caput*. E, pelo art. 7.º, acrescentou ao art. 159 (“extorsão mediante seqüestro”), um dispositivo, (o § 4.º) — causa específica de diminuição de pena. Esta, uma exceção.

Essas figuras típicas passam a ter a seguinte redação:

a) — roubo qualificado pelo resultado (art. 157, § 3.º):

A segunda parte do § 3.º foi alterada, elevando-se a pena privativa da liberdade de 15 para 20 anos, no seu limite inferior, mantido o limite superior de 30 anos, “sem prejuízo da multa”. As penas, contudo, são acrescidas de metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 224 do Código Penal, ou seja, havendo *violência presumida*, o que se verificaria nas seguintes circunstâncias: a) se a vítima não é maior de 14 (quatorze) anos; b) “se a vítima é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância”; c) “se a vítima não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”. Em qualquer dessas hipóteses, o roubo qualificado pelo resultado, ou, como diz a lei, na hipótese de *latrocínio*, tentado ou consumado, passa a ser punido com as seguintes penas: “se da violência resulta lesão corporal de natureza grave”, a pena é de reclusão de 7 anos e seis meses a 22 anos e seis meses; se resulta morte, a reclusão é de 30 (trinta) anos: “Sem prejuízo da multa”. Assim, no *latrocínio* consu-

mado, a pena é de reclusão de, no mínimo, 30 (trinta) anos, o máximo da pena privativa da liberdade (art. 75 do CP).

b) — extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput*, e §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º):

A extorsão mediante seqüestro, simples — art. 159, *caput*, passa a ser punida com reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, elevando-se o mínimo da pena privativa da liberdade, que era de 6 (seis) anos; e eliminando-se a multa, o que nos parece um equívoco.

Se, contudo, ocorre a presunção de violência, a pena privativa da liberdade passa a ser reclusão de 12 (doze) a 22 (vinte e dois) anos e seis meses.

Se se cuida do crime de extorsão mediante seqüestro qualificado pela duração (“mais de 24 horas”), e pela faixa etária da vítima (“menor de 18 anos”), ou pela condição do agente (“se o crime é cometido por bando ou quadrilha”), a pena privativa da liberdade eleva-se para 12 (doze) anos (no mínimo) e 20 (vinte) anos, (no máximo), eliminada a multa. E se ocorre violência presumida, as penas serão de 18 a 30 anos (art. 9.º da Lei n.º 8.072/90).

Se da extorsão mediante seqüestro “resulta lesão corporal de natureza grave” (§ 2.º do art. 159 — CP), a pena de reclusão eleva-se para 16 (dezesseis) anos, no mínimo, e 24 (vinte e quatro) anos, no máximo, eliminada a multa. E se há violência presumida (art. 9.º da Lei n.º 8.072/90), essas penas se elevam para 24 (vinte e quatro) anos, no mínimo, e 30 (trinta) anos, no máximo.

Se a extorsão mediante seqüestro é qualificada pelo resultado morte (§ 3.º, art. 159, CP), a reclusão eleva-se para 24 (vinte e quatro) anos, no mínimo; e, no máximo, 30 (trinta) anos, *eliminada a multa*. A pena, contudo, será de 30 (trinta) anos, no mínimo, se ocorre a presunção de violência (art. 224/CP, c/c o art. 9.º da Lei n.º 8.072/90).

O art. 7.º da Lei dos crimes *hediondos* prevê para a extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput*, e §§/CP) uma causa de diminuição de pena — quando o crime “é cometido por quadrilha ou bando” (art. 288/CP). Nesta hipótese, o co-autor que delatar o crime à autoridade (policial, judicial etc.) será beneficiado com redução da pena, no *quantum* de *um a dois terços* — desde que, com essa delação, o agente propicie ou facilite “a libertação do seqüestrado”.

c) estupro (art. 213/CP):

O crime de estupro passa a ser punido com o mínimo de 6 (seis) e o máximo de 10 (dez) anos de reclusão, quando os limites anteriores eram, respectivamente, de três a oito anos. Se, contudo, da violência resulta lesão corporal de natureza grave, a pena se eleva para, no mínimo, 8 (oito)

anos; e, no máximo, 12 (doze) anos de reclusão. E se resulta morte, a reclusão passa a ser de, no mínimo, 12 (doze) anos; e, no máximo, de 25 (vinte e cinco) anos. Se ocorre qualquer das hipóteses do art. 224 (“presunção de violência”), o mínimo da reclusão será de 12 (doze) anos, e o máximo de 18 (dezoito) anos, para o estupro, “se da violência resulta lesão corporal de natureza grave”; e será de 18 (dezoito) a 30 (trinta) anos, “se da violência” empregada “resulta morte”.

d) atentado violento ao pudor (art. 214/CP):

O crime de atentado violento ao pudor, com a sua rotulação de crime hediondo, passa a ser punido com o mínimo de 6 (seis) e o máximo de 10 (dez) anos de reclusão.

Se, contudo, da violência resulta lesão corporal de natureza grave (art. 223, *caput*, CP), a pena será de 8 (oito) a 12 (doze) anos de reclusão. Se resulta morte, como consequência da violência empregada, a pena será, no mínimo, de 12 (doze) anos; e, no máximo, de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão.

Essas penas, porém, se elevam de metade (art. 9.º da Lei n.º 8.072/90) se ocorre qualquer das hipóteses de presunção de violência. Assim, o atentado violento ao pudor, simples (art. 214/CP), será punido com reclusão de 9 (nove) a 15 (quinze) anos; o *atentado violento ao pudor* qualificado pela lesão corporal de natureza grave (art. 223/CP) passa a ser punido com reclusão de 12 (doze) a 18 (dezoito) anos; e o crime qualificado pelo resultado morte (art. 213 c/c o art. 223, *parágrafo único/CP*) será punido com reclusão de 18 (dezoito) a 30 (trinta) anos.

e) epidemia (art. 267, caput, e §§/CP):

O crime de epidemia, simples, passa a ser punido com reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

Não houve alteração quanto à hipótese do § 1.º: “Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro”.

Igualmente, no que concerne ao § 2.º: No caso de culpa, a pena é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, ou, se resulta morte, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos”.

É que, no caso do § 1.º, a elevação da pena cominada à conduta típica do *caput* se reflete na hipótese qualificada pela morte; e no caso previsto no § 2.º, a atenuação branda se justifica pela ausência de dolo; bem assim, de preterdolo.

f) envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal (art. 270, caput, e §§/CP):

Esta figura típica, na sua forma simples (art. 270, *caput*), teve a pena mínima elevada de 5 para 10 (dez) anos; e a máxima mantida em 15 (quinze) anos de reclusão.

A conduta típica prevista no § 1.º — entrega da água potável ou de *substância alimentícia ou medicinal*, envenenadas, para consumo; ou para quem as tenha em depósito, para serem distribuídas — não experimentou nenhuma alteração, com a Lei dos crimes *hediondos*. Pois que a elevação prevista para o *caput* do art. 270 se reflete no seu § 1.º: A pena é a mesma.

E no que tange à modalidade culposa do delito (§ 2.º do art. 270/CP), não se justificaria qualquer elevação da pena; porquanto, a maior censura somente se justifica quando o agente procede dolosamente, ou preterintencionalmente.

O crime previsto no art. 270 deve ser visto em sua combinação com os arts. 258 e 285 do Código Penal. Se não bastasse a sistemática do estatuto penal *standard*, o art. 1.º da Lei n.º 8.072/90, *in fine*, faz expressa remissão a esse inter-relacionamento.

Com efeito, o art. 285 manda aplicar “o disposto no art. 258 aos crimes previstos” no capítulo concernente aos “crimes contra a saúde pública”, exceto “quanto ao definido no art. 267” (“epidemia”). Por sua vez, o art. 258 do Código Penal dispõe:

“Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.”

Este dispositivo se aplica, pois, aos crimes, ou às hipóteses criminosas previstas no art. 270 do Código Penal, ora examinado — “envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal”, nas suas condutas dolosas (art. 270, *caput*, e § 1.º); e na sua hipótese culposa (§ 2.º do art. 270/CP).

Assim, o crime previsto no art. 270, *caput*, e o § 1.º — hipóteses dolosas —, terá como pena reclusão de 15 (quinze) a 22 (vinte e dois) anos e seis meses, *se do envenenamento resultar lesão corporal de natureza grave*; e será reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos se do envenenamento doloso resultar morte. Idêntico tratamento é reservado para a situação delineada no § 1.º do art. 270.

Se, contudo, o envenenamento é *culposo*, e “se do fato resulta lesão corporal”, a pena prevista no § 2.º do art. 270 do Código Penal é aumentada de metade, passando, de seis meses para 9 (nove) meses, no mínimo; e, no máximo, de dois para 3 (três) anos, de detenção.

Se do envenenamento culposo “resulta morte”, a pena será detenção de 1.1/3 (um ano e um terço), no mínimo; e, no máximo, detenção de 4 (quatro) anos.

Vejam-se, a propósito, o art. 270, *caput* e §§, c/c os arts. 121, § 3.º, 258 e 285 do Código Penal.

g) quadrilha ou bando (art. 288, *caput*, e seu parágrafo único/CP):

O art. 8.º, *caput*, da Lei n.º 8.072/90, estabelece que “será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo” (grifou-se).

Com este dispositivo, o crime de *quadrilha* ou *bando*, que passa à condição de crime hediondo (nas circunstâncias assinaladas), deve ser visto com a seguinte redação:

“Art. 288 — Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1.º — A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

§ 2.º — Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

§ 3.º — O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

É o que se impõe fazer, na reedição do Código Penal, com a redação que lhe deu ao art. 288 a Lei n.º 8.072/90.

5.8. O genocídio

A Lei n.º 8.072/90 não redesenhou figura alguma das condutas típicas constantes da Lei n.º 2.889, de 1.º-10-56, que definiu o crime de genocídio. Em verdade, a lei do genocídio não criou novas figuras típicas; apenas redefiniu condutas criminosas já tipificadas no Código Penal.

A Lei dos crimes hediondos faz remissão aos arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei n.º 2.889, de 1956, que são as condutas típicas do *genocídio*.

O art. 1.º da Lei n.º 2.889/56 abrange condutas típicas integrantes de várias hipóteses criminosas do Código Penal: a) homicídio qualificado (art. 121, § 2.º/CP); b) lesões corporais gravíssimas (art. 129 § 2.º/CP); c) envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal (art. 270, *caput*/CP); d) aborto provocado por terceiro (art. 125/CP); e) seqüestro e cárcere privado (art. 148, *caput*, CP). As penas são as mesmas do Código Penal.

O art. 2.º da Lei do genocídio concerne ao crime de *quadrilha* ou *bando* (art. 288, *caput*): “Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para a

prática dos crimes mencionados no artigo anterior (o art. 1.º): Pena — metade da cominada aos crimes ali previstos”. Ou seja: metade das penas cominadas às figuras típicas contidas nos arts. 121, § 2.º, 129, § 2.º; 270, *caput*; 125; e 148, *caput*, do Código Penal.

Por sua vez, o art. 3.º da Lei do genocídio traça novo perfil da figura típica do art. 286 do Código Penal — incitação ao crime, com a seguinte descrição: “Incitar, direta e publicamente, alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o art. 1.º (quais sejam: arts. 121, § 2.º; art. 129, § 2.º; arts. 125, 148 e 270 do Código Penal): Pena — metade das penas ali cominadas”.

No § 1.º, o referido art. 3.º estabelece que “a pena pelo crime de incitação será a mesma do crime incitado, se este se consumir”; e, no § 2.º, que “a pena será aumentada de um terço, quando a incitação for cometida pela imprensa”. Isto é, o delito de “incitação ao crime” de genocídio delinea, nos §§ 1.º e 2.º do art. 3.º, duas figuras típicas qualificadas: a) quando o crime, cuja prática é incitada, se consuma — a pena prevista no *caput* do art. 3.º se eleva ao dobro; b) e se eleva de 1/3 (um terço), se a incitação se opera através da imprensa.

O art. 4.º da Lei do genocídio define, ainda, mais uma figura típica, qualificada, prevendo o aumento da pena de 1/3 (um terço), quando as condutas típicas previstas nos arts. 1.º, 2.º e 3.º forem praticadas “por governante ou funcionário público”. Assim, além das duas figuras típicas, qualificadas, do art. 3.º — define, o art. 4.º, uma terceira figura delituosa qualificada.

Já o art. 5.º da Lei do genocídio disciplina a pena da *tentativa* desses crimes: “Será punida com dois terços das respectivas penas a *tentativa* dos crimes definidos nesta Lei” (grifou-se).

Quando de sua promulgação, a 1.º-10-56, estava em vigor, na sua redação original, o Código Penal de 1940, cujo art. 12, parágrafo único dispunha sobre a apenação da *tentativa*: “. . . pune-se a *tentativa* com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços” (grifou-se). Com a redação que lhe deu a Lei n.º 7.209/84, a *tentativa* passou a ser descrita no art. 14, parágrafo único, mas com idêntica redação. O Código Penal deixa ao magistrado o arbítrio de efetuar a diminuição de um a dois terços da pena cominada ao crime consumado. Preferiu, contudo, o legislador de 1956, estabelecer para a *tentativa* do *genocídio*, em qualquer de suas formas —, dois terços da pena cominada ao crime de *genocídio* consumado.

O art. 6.º da Lei do *genocídio* exclui as figuras típicas previstas nos arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei n.º 2.889/56 dentre os crimes *políticos*, para fins de extradição. Ou seja: o genocida pode ser extraditado, se não for brasileiro nato; ou se se houver naturalizado após ter praticado a conduta genocida, pela qual esteja sendo processado, e em razão do que se tenha pleitea-

do a extradição, ao Governo brasileiro, *ex vi* do art. 77, inc. I, da Lei n.º 6.815, de 19-8-1980.

O legislador de 1990 incluiu o genocídio entre os crimes *hediondos*, não com o intuito de elevar a pena das aludidas figuras típicas. Mas apenas para que os genocidas não pudessem beneficiar-se da *anistia*, da *graça*, do *indulto*, da *fiança*, da *liberdade provisória*; e para que cumprisse a pena imposta em estabelecimento de segurança máxima (se necessário) e em regime fechado; e, ainda, para dificultar a concessão do livramento condicional etc. O que é justo, em se tratando de crime contra a humanidade, praticado “com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso”, matando, causando lesões corporais gravíssimas, envenenando água potável (ou substância alimentícia ou medicinal), abortando, sequestrando (ou pondo em cárcere privado).

5.9. *O tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*

O tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins não foi definido, na Constituição Federal de 1988, como crime *hediondo*. Todavia, o constituinte lhe deu idêntico tratamento, no art. 5.º, inc. XLIII, de referida Carta. Daí por que o legislador de 1990, ao regulamentar esse dispositivo constitucional, incluiu na Lei n.º 8.072, em foco, algumas das figuras típicas que compõem a Lei n.º 6.368/76: o art. 12, tráfico ilícito de entorpecentes, em suas várias modalidades previstas no *caput* e nos §§ 1.º e 2.º; o art. 13, fabrico de maquinismo; e o art. 14, associação de traficantes, ou seja, o bando de traficantes, que não é, propriamente, quadrilha — eis que o número mínimo pode ser constituído de apenas duas pessoas.

No art. 10 da Lei n.º 8.072, o legislador de 1990 timbrou em acrescentar ao art. 35 da Lei n.º 6.368/76 um parágrafo único, com a seguinte redação: “Os prazos procedimentais deste Capítulo (“Do Procedimento Criminal”, capítulo IV, da referida Lei) serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14”.

Como só há referência a essas três figuras típicas da Lei n.º 6.368/76, infere-se que somente essas condutas delituosas situar-se-iam nas hipóteses assemelhadas a crimes *hediondos*.

Doutra parte, é de se destacar que a ampliação dos referidos prazos procedimentais tem sua razão de ser: conferir à autoridade competente mais tempo para apurar a prática criminosa e formar, a respeito do agente, adequado juízo sobre sua inocência ou sua culpabilidade.

5.10. *A tortura*

Tortura não é crime, mas *modus faciendi* de o agente praticar um crime *hediondo*.

Com o aprimoramento da legislação penal moderna, a tortura —, na antigüidade meio lícito empregado no processo criminal, para chegar-se ao *desideratum* perseguido pelo órgão inquisitorial —, passou a ser exorcizada

dos textos legais, hodiernos, do estado de direito democrático. Sem embargo, é muito freqüentemente empregada, clandestinamente, no procedimento inquisitorial, onde o contraditório ainda não se instaurou; o que ocorrerá com o recebimento da denúncia ou da queixa.

Tão freqüentemente utilizada no procedimento medievo, como meio de chegar-se à "verdade" processual, que o eterno BECCARIA se refere à *tortura* com palavras candentes, em página memorável:

"Uma crueldade consagrada pelo uso na maior parte das nações é a tortura do réu durante a formação do processo, ou para obrigá-lo a confessar um crime, ou pelas contradições em que houver incorrido, quer para apontar os cúmplices, quer por não sei qual metafísica e incompreensível purgação da infâmia, quer finalmente por outros crimes de que seria culpado, mas de que não está sendo acusado" (in *Dos Delitos e das Penas*, trad. de Vicente Sabino Jr., Editora Juriscredi, SP., 1972, pág. 170)."

E mais adiante:

"A lei que impõe a tortura é uma lei que diz:

'Homens, resisti à dor; e se a natureza criou em vós um irresistível amor próprio, se vos deu um direito inalienável para a vossa defesa, não acredito que haja em vós um afeto completamente oposto, ou um ódio heróico contra vós mesmos, e ordeno-vos que vos acuseis e que digais a verdade, em meio ao descontrolado de vossos nervos e o desconjuntamento de vossos ossos.'

Este infame crisol da verdade é um monumento que ainda subsiste da antiga e bárbara legislação, quando se denominavam 'juízos de Deus' as provas do fogo e da água fervente, e a incerta sorte das armas; como se os anéis da eterna cadeia que se encontra no seio da Primeira Causa devessem, a cada instante, desagregar-se ou separar-se por causa das frívolas decisões dos homens" (in *op. cit.*, pág. 171).

No Direito Penal pátrio, a *tortura* não é crime autônomo, tão-só circunstância qualificadora do homicídio. E, como tal, prevista no art. 121, § 2.º, inc. III — dentre várias outras circunstâncias que agravam a pena —, de sorte que o homicídio simples, punido com reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos, passa a ser punido, se praticado mediante tortura, com reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Ao estudar o tema, in *Direito Penal na Constituição*, PAULO JOSÉ DA COSTA JR., opina:

"Referiu-se ainda a Constituição, no art. 5.º, inc. XLIII, à prática da *tortura*, que considerou crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Não definiu, entretanto, a Magna Charta, o que entende por *tortura*. Se recorrermos ao Código Penal, iremos constatar que

lá ela se encontra prevista como meio para a prática delituosa. Assim, por exemplo, o crime de homicídio, que vem a qualificar-se pelo emprego da *tortura*, como meio cruel (art. 121, § 2.º, III). Vê-se que a *tortura*, perante o estatuto penal vigente, não configura um crime autônomo, mas um meio para execução de outro crime” (*op. cit.* pág. 233, Ed. Revista dos Tribunais, SP., 1990) (grifou-se).

Este é, igualmente, o entendimento de DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, autor do Anteprojeto da Lei dos Crimes Hediondos:

“A tortura ainda não existe em nossa legislação como delito autônomo. Em face disso, o fato, quando presente essa circunstância como fim ou meio de execução, deve ser considerado crime comum ou especial, como homicídio, lesão corporal, abuso de autoridade etc.” (in *Crimes Hediondos*, capítulo de “Sistema Penal para o Terceiro Milênio — Atos do Colóquio Marc Ancel”, organizado por João Marcello de Araújo Jr., Editora Revan, Rio de Janeiro, 1991, pág. 148).

Por certo, o legislador ordinário, ciente e consciente de que a tortura, — objeto de tratamento justificadamente assaz severo —, não constitui crime, há de preencher a lacuna, regulamentando, mais minudentemente, o preceito constitucional, inclusive quem sabe, com a reformulação da própria Lei dos crimes hediondos.

É de estranhar, contudo, que, a despeito da severa punição cominada aos crimes hediondos, eles sejam suscetíveis de prescrição. Enquanto o *racismo*, punido com sanção bem mais branda, foi disciplinado na *Magna Charta* de 1988, art. 5.º inc. XLII, como “crime inafiançável e *imprescritível* (grifou-se).

A disparidade de tratamento é transparente, e, assim, deve ser objeto de adequado tratamento legislativo, de *lege ferenda*. Quer considerando *imprescritíveis*, igualmente, os crimes hediondos; quer excluindo o *racismo* da *imprescritibilidade* que, hoje, incide sobre sua prática, simplesmente por um mínimo de coerência.

5.11. O terrorismo

Historicamente ligado à Revolução Francesa, especificamente à revolução camponesa, como parte da revolução popular, na França dos anos 1787-1788, com o enforcamento de 33 camponeses (vide, a propósito, *A Revolução Francesa*, de Georges Lefebvre, trad. de Ely Bloem de Melo Pati, Ed. Ibrasa, SP, 2. ed., pág. 130) — “o terrorismo atual, considerado como o mal do século, por tingir de sangue vastas áreas do globo terrestre, pela sua persistência e por seu aspecto internacional, pouco tem a ver com as cabeleiras brancas e nobres que rolaram, há dois séculos, decepados pela guilhotina do Terror” (PAULO JOSÉ DA COSTA JR., in *op. cit.*, pág. 227).

Atualmente, o *terrorismo* é um fenômeno criminoso que se internacionalizou, freqüentemente com características políticas. Não raro, patrocinado por Chefes de Estado e Chefes de Governo. Assim, vêmo-lo, em todos os quadrantes do planeta, oriundo da Líbia, da Síria, do Irã, do Iraque — uma postura política contra o Ocidente, genericamente; e, especificamente, contra Israel, cuja existência os árabes não admitem.

Está igualmente, muito atuante na Alemanha, na Inglaterra, na França; e, de forma intrinsecamente organizada, na Itália, onde as “Brigadas Vermelhas” vêm desafiando o poder de polícia, muitas vezes levando vantagem sobre as forças estatais.

Alguns assinalam que esse fenômeno ocorre, mais acentuadamente, nos países onde inexistem franquias democráticas — como na Espanha de Franco, onde os separatistas bascos procuravam e não encontravam espaços. Todavia, há de se convir que o fenômeno ocorre, com muita similaridade, tanto nos regimes fechados quanto nos abertos, politicamente. Isto é tão verdadeiro que, num dos países mais democráticos do mundo moderno, a Itália, o *terrorismo* é uma epidemia, sobressaltando a sociedade civil e abalando as próprias estruturas políticas.

Na América Latina, o *terrorismo* tem sido o flagelo de alguns países, como a Colômbia, onde a máfia da cocaína vem promovendo ataques terroristas com acentuada freqüência e vasto poder devastador.

PAULO JOSÉ DA COSTA JR., conceitua o *terrorismo* destacando que “o fenômeno se caracteriza por sua finalidade de destruição das instituições democráticas e pelo meio de que se servem os agentes terroristas, sempre de natureza violenta, para infundir o pânico entre a população. Além do mais, os atos terroristas se destacam pelo requintado tecnicismo, executado por pessoas recrutadas nas mais diversas camadas sociais” (in *op. cit.*, pág. 227).

A legislação ordinária, no Brasil, não previu ainda o crime de *terrorismo*. A matéria, até o momento, está definida como *crime contra a segurança nacional*, e, como tal, disciplinada na legislação específica.

Com efeito, o Decreto-Lei n.º 898/69, art. 28, *caput*, prevê o crime de *terrorismo* — uma hipótese delitiva de ação múltipla, punida com reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Mais tarde, a Lei n.º 6.620/78, art. 26, consideraria a prática de *terrorismo* igualmente como crime de ação múltipla, punido com reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão.

Mais recentemente, a Lei n.º 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que “define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências”, define o *terrorismo*, no art. 20, juntamente com várias outras hipóteses delitivas;

e pune a infração com reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos de reclusão, estabelecendo, no parágrafo único, que “se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo”. Isto é, o terrorismo, qualificado pelo resultado *lesão corporal de natureza grave* é punível com reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos; e o crime qualificado pelo resultado *morte* é sancionável com reclusão de 9 (nove) a 30 (trinta) anos.

Ao contrário do que registra PAULO JOSÉ DA COSTA JR., ao dizer, com certo equívoco ufanismo, que, “com a graça de Deus, o mal do século ainda não nos atingiu” — lembramos que o *terrorismo*, desgraçadamente, já se manifestou, entre nós, quer nos movimentos terroristas urbanos de Lamarca, quer no terrorismo rural, v.g., a chamada *guerrilha* do Araguaia, história que ainda não foi levantada com a imparcialidade reclamada pela perspectiva do tempo.

Pela sua repercussão e aspecto devastador, o *terrorismo* merece o tratamento severo que o Constituinte de 1988 lhe reservou (art. 5.º, incs. XLIII e XLIV), e minudenciado pelo legislador ordinário, através da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, art. 1.º — a lei dos crimes hediondos.

6. Crítica

Louvável a iniciativa do Governo, promovendo a regulamentação do preceito constitucional (art. 5.º, inc. XVIII, da Constituição Federal), que preconizou a definição dos crimes hediondos.

Todavia, o novo estatuto penal, cuja promulgação foi alardeada aos clangores de trombeta da *mídia orquestrada*, padece de vários defeitos de forma e conteúdo, alguns dos quais oriundos do próprio dispositivo constitucional, ora regulamentado.

Eis alguns desses equívocos, apenas a título de enunciação, já que o exame mais aprofundado da matéria será feito alhures.

1 — Os crimes hediondos e o racismo

Dispõe o texto constitucional, no art. 5.º, inc. XLII, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e *imprescritível*, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (grifou-se).

Todavia, os crimes *hediondos*, embora igualmente inafiançáveis, e insuscetíveis de graça e anistia, *ex vi* do inc. XLIII, da Constituição Federal — e apesar de serem, obviamente, mais graves que o racismo —, são *prescritíveis*.

Na euforia da representação da raça negra, na Constituinte de 1988, inseriu-se na Constituição Federal preceito penal de pertinência duvidosa, apesar de todo o respeito que a justa intenção merece, e de todo o desprezo que o racismo provoca no seio da *sociedade brasileira*, resultante da *miscigenação* das três raças básicas — a branca, a índia, a negra.

Para tratamento equânime, ou se exclui a imprescritibilidade dos crimes concernentes ao racismo ou se estende a essa imprescritibilidade aos crimes hediondos.

Acreditamos ser mais consentâneo com o atual estágio do Direito Penal, moderno e democrático, excluir-se a imprescritibilidade.

Como muito pertinentemente pontifica PAULO JOSÉ DA COSTA JR.:

“Discutível apenas o fato de considerar imprescritível um crime. Poder-se-á, quando muito, dilatar o lapso prescricional, tornando-o praticamente inatingível, diante da gravidade do crime. Todos os crimes, entretanto, deverão ser passíveis de prescrição” (in *op. cit.*, pág. 232).

Em vez de se dizer que o crime é imprescritível, melhor seria estabelecer prazo prescricional bem superior, v.g., 30 (trinta) anos, quando o máximo prazo prescricional, *ex vi* do art. 109, inc., I, do Código Penal, é de 20 (vinte) anos, apenas.

A imprescritibilidade dos crimes e das penas é incompatível com a estrutura e os postulados do Direito Penal moderno, de natureza liberal e democrática.

2 — Anistia, graça e indulto

O art. 5.º, inc. XLIII, da Constituição Federal exclui a *graça e a anistia* dentre os benefícios que os agentes de crimes hediondos e assemelhados podem receber.

Estranho que não haja, o Constituinte de 1988, incluído o *indulto*, dentre esses benefícios interditados aos criminosos hediondos, — eis que este instituto é muito semelhante à *graça*, e de efeito bem menos amplo que a *anistia*.

Por isso, agiu corretamente o legislador ordinário, ao incluir o *indulto* entre os benefícios que os criminosos hediondos não podem fruir — apesar de esse benefício não estar inserido no referido preceito constitucional.

3 — O latrocínio

No seu art. 1.º, a Lei n.º 8.072/90 insere entre os crimes hediondos o latrocínio, como tal o art. 157, § 3.º, *in fine*, do Código Penal.

Ora, o Código Penal de 1940, como sabido, não disciplinou o crime de latrocínio, ao contrário dos estatutos penais, precedentes. O que se acha previsto no aludido art. 157, § 3.º, *in fine*, nada mais é que o crime de roubo, qualificado pelo resultado morte.

O crime de latrocínio foi previsto, na legislação penal brasileira, desde o Código Criminal do Império até o Código Penal de 1969, exceto no Código Penal de 1940.

No Código Criminal do Império, de 1830, foi esculpido no art. 271, com a seguinte redação:

“Art. 271 — Se para verificação do roubo, ou no ato dele, se cometer morte:

Penas — de morte no grau máximo, galés perpétuas no médio, e por vinte anos no mínimo.”

Além dessas penas, a multa, variando de 20% (vinte por cento) a 3.1/3% (três e um terço por cento) do valor ou objeto roubado.

No Código Penal de 1890, o latrocínio foi tipificado no art. 359, com a seguinte descrição:

“Art. 359 — Se para realizar o roubo, ou no momento de ser perpetrado, se cometer morte:

Pena — de prisão celular por doze a trinta anos.”

Estranhamente, não previu, o legislador de 1890, pena pecuniária — apesar de se tratar de crime contra o patrimônio, e, simultaneamente, contra a vida.

Com idêntica redação e igual apenação, a Consolidação das Leis Penais tipificou o *latrocínio*, no art. 359.

Com melhor técnica que todos os estatutos precedentes, o Código Penal de 1969 extremou o crime de *roubo* qualificado pelo resultado *morte*, do crime de *latrocínio*, inclusive com apenação diversa.

No art. 167, § 3.º, o Código Penal de 1969 disciplinou o crime de *roubo* qualificado pela morte:

“Art. 167 e §§ 1.º e 2.º — (Omissis).

§ 3.º (Formas qualificadas pelo resultado)

Se resulta lesão grave, a pena é reclusão de cinco a dezesseis anos, além da multa; se resulta morte, reclusão, de seis a dezoito anos, além da multa” (grifou-se).

É o roubo qualificado pelo resultado *morte*.

Diferente do *latrocínio*, que o legislador de 1969 tipificou no art. 167, § 5.º, com idêntico *nomen juris*:

“§ 5.º Se, para praticar o roubo ou assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa, o agente causa dolosamente a morte de alguém, a pena será reclusão, de 15 (quinze) a 30 (trinta) anos, além da multa, sendo irrelevante se a lesão patrimonial deixa de consumir-se. Se há mais de uma vítima dessa violência à pessoa, aplica-se o disposto no art. 65” (*curso de crimes*).

Não se confundem, pois, roubo seguido de morte (que é o crime de roubo qualificado), com *latrocínio* (em que o agente mata, dolosamente,

“para praticar o roubo ou assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa”).

Assim, em vez de latrocínio, o legislador ordinário de 1990 deveria ter dito *roubo seguido de morte* (art. 157, § 3.º, *in fine*, do CP).

Distinção técnica e substancial, imprescindível.

4 — A multa

A pena pecuniária é uma sanção sempre presente em todos os crimes contra o patrimônio — arts. 155 *usque* 183 —, cumulativamente ou alternativamente. Como tal, prevista nos crimes de *roubo* e de *extorsão* (artigos 157 *usque* 160, do Código Penal de 1940).

Estranhamente, a Lei n.º 8.072/90, ao dar nova redação aos crimes de *roubo seguido de morte*, e de *extorsão* mediante *seqüestro* (em todas as modalidades), exclui a pena de multa.

Sem razão. Porquanto, se elevou, consideravelmente, a pena privativa da liberdade; e dificultou a concessão do *livramento condicional*; além de interditar aos criminosos *hediondos* os benefícios da *anistia*, da *graça* e do *indulto*, não poderia, o legislador de 1990, ter excluído a pena de multa das sanções a esses crimes.

5 — Outros crimes hediondos

Todas as figuras típicas incluídas no rol dos crimes *hediondos*, o são, efetivamente.

Entretanto, ficaram de fora desse rol inúmeras figuras típicas que bem poderiam ser nele incluídas, tais como: o *homicídio* qualificado pelas hipóteses dos incisos I a V do § 2.º, art. 121; o crime de *incêndio*, artigo 250, § 1.º, incs. I e II; os crimes de *explosão*, simples, e qualificada, artigo 251, §§ 1.º e 2.º, todas do Código Penal de 1940.

7. *Apreciação final*

A despeito desses defeitos e incoerências, a Lei n.º 8.072 de 25 de julho de 1990, deve ser saudada como mais uma tentativa de combater a criminalidade violenta, nas cidades e nos campos, mediante sanção mais rigorosa, e a restrição de benefícios de que são destinatários criminosos que não penetram o âmbito da *hediondez*.

De nada valerá, no entanto, a nova lei, apesar de toda a provável boa intenção de seus preconizadores, se o Governo deixar de cumprir a parte que lhe toca, nessa cruzada, — a construção dos estabelecimentos de segurança, prevista no art. 3.º da Lei n.º 8.072/90 — eis que, à exceção de São Paulo, nenhuma outra unidade federativa teria condições de arcar com os dispêndios que a construção desses estabelecimentos prespõe.

E sem a edificação e manutenção desses estabelecimentos, a Lei dos crimes *hediondos* é quase letra natimorta.

Repressão ao Abuso do Poder Econômico e Direitos Humanos

WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA
Professor de Direito Econômico na Faculdade
de Direito da UFMG. Presidente da Fun-
dação Brasileira de Direito Econômico

SUMÁRIO

1. O Direito Internacional Econômico 2. O abuso do Poder Econômico no Direito Interno. 3. Conclusões.

1. O Direito Internacional Econômico

A fonte do tratamento jurídico do Poder Econômico, em sede de Direitos Humanos, deve ser identificada no artigo XXII da “Carta Universal dos Direitos do Homem”, de 17 de dezembro de 1947, que assim dispõe:

“Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos DIREITOS ECONÔMICOS¹, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.”

O exercício destes direitos se fará por relações jurídicas a um tempo de “poder” e de “dever” como, de resto, todas as relações desta natureza. Porém, em se tratando dos Direitos Humanos, relacionam-se intimamente com o direito à “segurança social”, envolvendo Estado nacional e comunidade internacional, em respeito à “dignidade” e ao “desenvolvimento da personalidade” do seu sujeito, ou seja, do homem.

Destacando-se nas “relações de poder” a modalidade do *poder econômico*, teremos aquelas relações jurídicas já permeadas de sentido de *relações econômicas*, cujas motivações deverão ajustar-se ao objetivo de *justiça*, sob pena de se contraporem aos *direitos* que devem assegurar. O exercício do *poder econômico*, portanto, far-se-á em obediência a um *equilíbrio de interesses* postos em jogo de acordo com uma linha traçada como delimitadora do *justo* e do *injusto* e que, traçada pela lei jurídica, coincidirá com o *lícito* e o *ilícito*.

A conduta *lícita* ou *ilícita* na prática do poder econômico, definirá, por sua vez, o seu *uso* ou o seu *abuso*. Em sentido circunstancial, um mesmo ato pode ser considerado como lícito ou ilícito, ou seja, como *uso* ou como *abuso* do *poder econômico*, conforme os dispositivos legais. Estes, porém, não de ter como substrato elementos mais consistentes e duradouros, que se

1 O grifo é do autor.

identificam nos princípios fundamentais e nas modalidades dos Direitos Humanos, tais como a *dignidade* e a *personalidade* do seu sujeito.

Trazido para a área da atividade econômica em toda a sua amplitude, portanto, destacam-se as suas íntimas relações com a problemática nacional e a sua projeção internacional, levando a questão do "abuso do poder econômico" a extrapolar os limites do direito interno, nacional, para projetar-se no amplo espaço internacional dos Direitos Humanos declarados e reconhecidos pelos organismos desta mesma dimensão.

Em verdade, estamos diante de uma duplicidade de Ordens Econômicas não raramente gerando conflitos que ao direito cabe resolver.

As primeiras leis sobre abuso do poder econômico atrelavam-se à ideologia liberal pura, pela qual a economia de mercado baseava-se na *concorrência livre* e na *propriedade privada* de todos os bens. O sentido privatista de sua tradução jurídica assegurava tais princípios no conceito de uma Ordem Jurídico-Econômica Nacional, voltada para as regras do direito interno. Tratava-se, em verdade, de uma Ordem Econômica Privada cujas manifestações mais visíveis prolongam-se do auge do liberalismo, por mais de um século, chegando até à Guerra de 1914. Verifica-se um autêntico período de transição entre as duas Guerras para se chegar até à configuração de uma Ordem Internacional Econômica, componente da Nova Ordem Internacional², que substituiu a *ideologia da concorrência* pela da *equidade*, em suas versões de *compensação* e de *harmonia*. Seus traços bem nítidos podem ser vistos na "Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados", de 1974, nos documentos que a antecederam, assim como na "carta do Desenvolvimento" proposta pelo Brasil e acolhida pela Resolução n.º 2.218, da CNUCED (Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento), de 1966. Despontavam-se, desta forma, uma ética e um direito novos, que se manifestavam sobretudo a partir de 1972, e que não conseguiam ignorar os efeitos das crises monetárias e do petróleo, dos movimentos de controle das riquezas naturais e econômicas do Terceiro Mundo, tudo isto conduzindo à "Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados", à qual nos referimos.

Abordado pelo prisma científico, o assunto conduz-nos ao terreno do chamado Direito Internacional Econômico³ em íntima relação com o Di-

2 BERMEJO, Romualdo, *Vers un Nouvel ordre Economique International*, Editions Universitaires Fribourg, Suisse, 1982, pp. 23, 170, 317.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, pp. 12 ss.

3 Sobre a autonomia do Direito Internacional Econômico: Dominique Carreau, Patrick Juillard e Thiébaud Fleury, "Droit International Economique", LGDJ, Paris 1980, 2ª edição, pp. 15 ss.

BERMEJO, Romualdo, obra citada, pp. 7 ss.

BERANGER, Michel, *Institutions Economiques Internationales*, 5ª edição, Paris, 1969, pp. 10 ss.

reito Econômico *tout court*. Enquanto aquele amplia o horizonte do Direito Internacional tradicional, ultrapassando os limites dos Tratados, das Convenções e demais categorias que o compõem, estes os trata de modo mais dinâmico e sob prisma atualizado das relações de que se ocupa. Sua relação se faz com o Direito Econômico no que toca à prática da política econômica exercida, possibilitando o melhor entrosamento entre a Ordem Econômica Internacional e a Nacional.

Por outro lado, esta conexão se cumpre especialmente pela “implementação” dos princípios definidores dos “Direitos Econômicos” que passam ao direito interno. De toda forma, porém, quando tomada no sentido de “Ordem Jurídica” oferece dificuldades pela necessidade de se encontrar e regulamentar a “coexistência” entre as “ordens antigas” e as “novas” ante a realidade dos interesses contrapostos dos países desenvolvidos e dos subdesenvolvidos. A busca de sua “interdependência”, em substituição à “dependência”, destina-se a afastar procedimentos que em face dos “Direitos Humanos”, constituem autênticos “abusos de poder”.

De qualquer forma, se temos para a Ordem Econômica Privada uma estrutura judiciária, que se encarrega do direito interno, na Ordem Econômica Internacional temos as entidades que cumprem vocação internacional ou regional nesse mesmo sentido, porém ambas defrontam com situações novas como as provocadas pelas Sociedades Transnacionais, de difícil definição. Estas, não se afirmam como categoria jurídica, marcando-se pela sua estrutura organizacional e pela sua gestão ao que nos diz Beranger⁴, que as chama pela expressão “Sociedades Multinacionais”, utilizada pela ONU. Afirma que a sua percepção é “econômica”, sendo uma empresa gigante com atividade internacional de certa amplitude. Pelo prisma gestor, é uma unidade organizacional, tendo comportamento específico. Pelo prisma jurídico é “concebida como uma soma de problemas jurídicos, que se manifestam pelo aspecto quantitativo, pelo organizacional e pela prospectividade da firma”⁵.

Ante a atuação daqueles órgãos internacionais, vamos ter as regras que uma vez contrariadas, constituirão “abusos do poder econômico”. Porém, diante das Sociedades Transnacionais, deparamos com uma criação da engenharia jurídica que vem desafiando tanto a Ordem Internacional como a Nacional. Na maioria dos casos possuem o maior e o mais seguro condicionamento para a transgressão tanto frente às normas estabelecidas,

4 BERANGER, Michel, *Institutions Economiques Internationales*, 5ª edição, Paris, 1989, pp. 15 ss.

5 BERANGER, Michel, obra citada, pp. 100 ss.

como para impor as que lhes convêm, e furtando-se, por este expediente, ao entendimento do que tradicionalmente é considerado "abuso do poder econômico", se o definimos apenas pela linha do lícito e do ilícito, visto como exercem o abuso do poder ao influírem na própria elaboração das leis a que se irão submeter.

Para estas, não se elaborou no plano mundial uma regulamentação objetiva referente a estes tipos de atuação, tal como, ao contrário, se fez, por exemplo, com as destinadas aos negócios comerciais (pelos princípios econômicos e jurídicos do GATT), ou monetários (para as regras do FMI), ou a política social (com a OIT), ou o Código sobre as práticas comerciais restritivas (AGONU, 1980), ou o Código de comercialização dos substitutos do leite materno (OMS, 1981), ou o Código de liberação dos movimentos de capitais (OCDE), ou o Tratado de Roma, instituindo a Comunidade Econômica Européia (CEE), ou o Pacto Andino (1970), ou a Declaração sobre investimento internacional e as empresas multinacionais (1975, 1976, OCDE). Acrescente-se que um sem número de diplomas pode ser relacionado com outros tantos textos indicativos e limitativos na busca de estabelecer "controle" do poder no exercício dessas práticas que podem assumir a condição de abusos do poder econômico.

Uma extensa faixa de temas enquadra-se no conceito de "atividade econômica" e portanto, como objeto dos Direitos Econômicos constituem campo de manifestações de abusos. Entretanto, o modo pelo qual estes têm sido tratados enquanto Direitos Humanos pelos órgãos internacionais, carece de mais nítida configuração e dificulta os procedimentos de sua implantação. De tal modo se verifica esta falha, agravada por efeito de sua implementação "progressiva" e não imediata, que muitos deles já se vão inserindo nos textos legais internos independentemente dos Protocolos estarem devidamente consagrados pelos países que assim procedem.

Reclama-se, inclusive, um aperfeiçoamento a respeito, como a consideração e definição, por exemplo, do conceito de "vítima"⁶, que nas relações econômicas internacionais e seus reflexos na ordem interna tem decisiva importância na caracterização de "abuso de poder econômico". Efetivamente, a influência econômica de uma nação poderosa sobre outra mais frágil é exercida em profundidade sobre as estruturas de cada uma delas, atingindo não somente firmas, porém a população de um modo geral, quando a tomamos do ponto de vista do consumidor, dos direitos ao trabalho, da transferência de riqueza do país fornecedor de produtos primários ao país industrializado, e todos os demais fatores, que traduzindo modelos de qualidade de vida, envolvem a própria "dignidade" da pessoa.

6 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Ed. Sindicato dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro, 1988, pp. 215 ss.

Em verdade, não há como excluir do relacionamento entre países, o sentido permanente dos "Direitos Econômicos", na própria medida em que o conceito de "mercado" se globaliza e se amplia, em que Estados e indivíduos neles se envolvem e em que as figuras do autor do abuso e de sua "vítima" devem ser claramente identificadas.

A observação mais atenta, aliás, revela não haver nenhum fato novo na estrutura destas relações em toda a formação da sociedade contemporânea. Apenas a valoração jurídica destas duas figuras exige revisão. Desde o Mercantilismo, com o "pacto colonial", ao Liberalismo com o livre-cambismo, que as razões profundas do encadeamento destas relações são as mesmas. Daí não compreender-se até certo ponto, a razão de os organismos internacionais insistirem por tanto tempo pela ativação dentre os Direitos Humanos da "Ordem Jurídica" interna, apenas pelos Direitos Cíveis e Políticos e, ao contrário, postergarem a implementação dos demais, especialmente os Direitos Econômicos. Estes oferecem inevitavelmente implicações que se manifestam na Ordem Econômica Internacional com componentes cada vez mais profundos nas relações econômicas nacionais e que os modelos tradicionais não possuíam.

Na elaboração dos textos legislativos referentes ao "abuso do poder econômico" no direito interno, estes "elementos de dominação" acabam por comparecer, sob pena da lei se tornar inóqua e se destinar a restringir a ação econômica mais progressiva dos seus próprios cidadãos.

Não é o simples registro da existência das Sociedades ou Empresas multinacionais, entretanto, que deve despertar a atenção dos legisladores do direito interno para o problema deste abuso de poder. Além da sua existência, e juntamente com ela, a própria ação política-econômica dos países geralmente configura "brechas de submissão" que perante os princípios de Direitos Humanos são facilmente enquadráveis como abusos do poder econômico.

Esta nos parece a mais importante face do problema porque lhe confere a correta e verdadeira dimensão.

Basta verificarmos a experiência das leis nacionais de combate aos abusos do poder econômico no Japão, país não habituado a tais instrumentos, para confirmarmos a afirmativa.

2. O abuso do poder econômico no direito interno

O caminho a seguir na análise do abuso do poder econômico no direito interno logicamente passará pelo texto constitucional para chegar até à legislação ordinária.

Tomaremos como fonte dos princípios supraconstitucionais a serem absorvidos na ideologia adotada pela Lei Magna, os “Direitos Econômicos” componentes do conjunto de “Direitos Humanos”. Por certo, a adesão do país às Resoluções e Tratados internacionais lhes garantirá a necessária eficácia, porém, mesmo sem esta formalidade, podem figurar na legislação interna, passando a ter neste direito a mesma força, embora faltando-lhe a eficácia externa em termos de representação e recursos aos órgãos internacionais. Neste particular temos, por exemplo, as Constituições Espanhola e Portuguesa, de nações que aderiram àquelas convenções, e a Brasileira de país que não o fez, de vez que o nosso país ainda não se dignou assinar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, e os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas (Pacto de Direitos Civis e Políticos e Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) de 1966. Encaminhados ao Congresso Nacional em mensagens presidenciais, em 28 de novembro de 1985, submetendo-os à apreciação parlamentar, para posterior ratificação ou adesão pelo governo brasileiro, ali repousam ainda.

A partir destes “Direitos Econômicos” tomados como dados ideológicos absorvidos pela Constituição para a ordem jurídica vigente, alguns autores os consideram mesmo como direitos subjetivos dos cidadãos, o que ainda mais vem reforçar o seu tratamento nos moldes que lhes estamos conferindo.

Por outro lado, uma vez assim admitidos, estes direitos passam a ser objeto de proteção legal, assumem “liceidade”, o que leva o seu descumprimento à condição de “ilícito” e, portanto, de “abuso”. Por se tratar de “Direitos Econômicos”, este exercício significa afirmação de Poder Econômico, sendo a transgressão autêntico “abuso de poder econômico”.

Nesta esteira de raciocínio prosseguimos na análise da “recepção” destes “Direitos Econômicos” no texto constitucional.

Desde logo se percebe que a expressão “repressão ao abuso do poder econômico” vem sendo tomada em sentido mais restrito do que estes que vimos seguindo, pois continua atrelada ao compromisso da ideologia liberal da “concorrência” e por ela definindo as possibilidades de “abuso”. O mais moderno meio de considerá-la, porém, não admite tais limitações, ainda mesmo quando o texto constitucional repita expressões como “monopólio” ou “eliminação da concorrência”⁷. Embora venhamos nos situar mais adiante sobre este tipo de abordagem, desde já esclarecemos a nossa

7 CANOTILHO, J. J. Gomes e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2ª ed. revista e ampliada, 1º volume, Coimbra Editora, p. 403

posição de que o tema deva ser tratado quanto ao “abuso” deste poder em todas as espécies possíveis de sua manifestação no atendimento ao cidadão e ao país enquanto portadores destes direitos, quer no âmbito nacional, quer no internacional. Gomes Canotilho e Vital Moreira chegam a afirmar que na Constituição Portuguesa a eliminação dos monopólios privados e a repressão ao abuso do poder econômico “é uma tarefa ligada não à idéia da concorrência — que aparece mencionada logo a seguir —, mas sim ao princípio fundamental da constituição econômica que consiste em subordinar o poder econômico ao poder político...” “Daí que, neste contexto, o termo “monopólio” deva abstrair-se da sua definição técnico-econômica, para ser entendido no sentido político de excessiva acumulação de poder econômico através de posições de domínio de um ou mais setores econômicos”.

Não menos significativo para a análise é ver que somente poucas Constituições cuidam expressamente do tema. Subentende-se, talvez, que para o mesmo assumir “status” constitucional, o mais razoável é que os respectivos países se sintam vulneráveis ao ponto de não se contentarem apenas com a legislação ordinária. As principais leis neste sentido, que funcionam como paradigma para as demais nações, compõem sistema jurídico de países economicamente fortes, tornando o assunto um problema apenas de leis ordinárias, ao passo que os demais, como o Brasil e, mesmo Portugal, conhecem muito mais o efeito dominante de agentes econômicos estrangeiros e mesmo nacionais, que exercem diretamente, ou por interpostas pessoas ou firmas, aquele abuso.

Na seqüência das Constituições Brasileiras, a partir da Carta de 1946, o assunto esteve presente e, de certo modo, conservou-se sob uma mesma redação. A topologia hierárquica seguida, entretanto, não permaneceu sempre a mesma.

Assim, como a Carta de 1946 não adotou a técnica de referência geral e introdutória ao Título “Da Ordem Econômica e Social” pelo enunciado de “princípios” sobre os quais esta repousava, o assunto foi apresentado na condição de simples primeiro artigo (art. 148) do conjunto que oferecia os elementos conceituais situando a sua posição:

“Art. 148 — A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as reuniões ou agrupamentos de empresas, individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

Repressão, qualquer forma de abuso com destaque indicativo para reuniões ou agrupamento de empresas, domínio dos mercados nacionais, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros, são elementos típicos de um modelo de mercado bastante diverso do brasileiro, àquela época, no qual as grandes empresas existiam em número pequeno em uma estrutura mercadológica acomodada, e o grande número de pequenas unidades não dispunha de condições para aquele tipo de domínio. Afinal, desde a implantação do neo-liberalismo no país, o caminho encontrado pelas administrações para enfrentar as crises dos principais setores econômicos privados, foi a “cartelização”. Este se fez pelos diversos “institutos”, marcando a presença do Estado naquelas áreas, como se fosse a mão protetora sobre a iniciativa privada. A política de preços tabelados ou impostos, administrada pelo próprio governo, não dava chances ao domínio abusivo. A primeira lei completamente enquadrada nesta linha, retomada de decreto anterior de igual redação, justificou-se mais pela repressão à ação de certa empresa jornalística que então se opunha ao governo⁸.

A estrutura seguida pelas Cartas Brasileiras, daí por diante, foi modificada. Nas de 1967 e Emenda Constitucional de 1969, o primeiro artigo do Título “Da Ordem Econômica e Social” enumerava os “Princípios” sobre os quais repousava o conjunto. Na de 1967, figuram como o “princípio” VI — Repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”, afastando, o sentido abrangente de *qualquer forma de abuso*, da Carta de 1946. Na Emenda Constitucional de 1969 a redação é mantida também como “princípio” (V).

Na Carta de 1988 os “princípios” que podemos tomar como referentes a “Direitos Econômicos” são a “defesa do consumidor”, “defesa do meio ambiente”, “busca do pleno emprego”, ao lado daqueles característicos do neo-liberalismo, ou seja, “propriedade privada”, “função social da propriedade” e “livre concorrência”. Seguindo uma linha de certo modo voltada para a defesa contra os “monopólios” ou os seus efeitos, também presentes em documentos internacionais, inclui na mesma categoria o “tratamento favorecido às empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte” uma demonstração de que se deva protegê-las contra o abuso do poder econômico praticado pelas unidades de grande porte nacionais ou estrangeiras.

8 BARACHO, José Alfredo de Oliveira, “O abuso do Poder Econômico nas Constituições Brasileiras”, R.EP nº 71, julho de 1990.

Nesta Carta, o “abuso do poder econômico” decai da condição de “princípio” para a de mero parágrafo de artigo:

Art. 173. § 4.º — “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

Voltou-se ao estágio de 1946. Passou-se à obrigatoriedade da lei. Esta de certo modo existiu desde 1962 e se tem mantido em vigência pelo próprio princípio da “recepção” constitucional dos dispositivos anteriores. As limitações de campo ainda a situam fora da realidade atual, o que talvez se compense pelo tratamento dos demais temas de “Direitos Econômicos” como “princípios”, autorizando o seu mais amplo emprego e levando a medidas de “repressão”, como já aconteceu com o “Código de Proteção e Defesa do Consumidor” (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) ao fixar a vulnerabilidade do consumidor (art. 4.º, I) e ao *coibir e reprimir* “todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal” . . . , além de tratar nomeadamente das “práticas abusivas” (art. 39), das “cláusulas abusivas” (art. 51) e de estabelecer tanto sanções administrativas quanto penais para transgressões, o que vale dizer, “abusos do poder econômico”.

É necessário lembrar que o assunto não esteve totalmente ausente dos textos constitucionais brasileiros antes da Carta de 1946, embora se localizasse em visão mais genérica. Na Carta de 1934, comparece sob a responsabilidade do Estado “proteger a economia popular”. Na Constituição de 1937 constam os “crimes” contra esta modalidade de economia, exaltando o sentido *penal* do tratamento⁹.

Passando do nível constitucional à legislação ordinária, são muito ricas as práticas das medidas tendentes a reprimir o abuso do poder econômico, embora as dificuldades enfrentadas para a sua elaboração e, sobretudo, para a sua execução, não permitam o registro de sucesso satisfatório.

Dividindo o seu comportamento entre *impedir* e *evitar a prática do abuso*, ou penalizá-lo, para ambos objetivos os instrumentos são eivados mais de precariedade do que de eficiência.

Por outro lado, a própria filosofia do comportamento adotado não modifica substancialmente os resultados. Dois modelos ou sistemas são geralmente apontados como paradigmas seguidos de maneira mais ou menos

9 SOUZA, Washington Peluso Albino, “Regime Jurídico da Concentração de Empresas”, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário e Empresarial*, nº 8 ano 2, out./dez. 1978, pp. 120 ss.

completa pelas demais legislações nacionais. Pelo modelo norteamericano, segue-se a orientação de defender a concorrência, tanto quanto possível em sua plenitude. Nascida em pleno florescimento do liberalismo econômico, no período em que a Marcha para o Oeste e o surto industrial do País se consolidavam por todo o decorrer de 1800, a garantia da concorrência entre as sociedades comerciais e os efeitos da federação com as legislações diferentes entre os Estados, que facilitavam as reuniões de capitais, de firmas e de direção das mesmas com o intuito do domínio dos mercados pela eliminação da concorrência, surge a Lei Sherman Anti-Trust, em 1890. Só veio a revelar alguma eficiência em 1904, quando Woodrow Wilson providenciara a criação de uma estrutura administrativa capaz de dar sentido real aos seus dispositivos, daí surgindo a Federal Trade Commission, modelo seguido pelos demais países. Introduzida a orientação de se estabelecer uma primeira admoestação ao transgressor, com o expediente do "Cesse e Desista" e a remessa ao Judiciário em caso de desobediência, a repressão a esse abuso tomava corpo e se fazia mais eficaz. O estabelecimento da Anti-Trust Division, no Departamento de Justiça, completava este instrumental preventivo e repressivo. Basta dizer que a Lei Sherman só veio a ter aplicação na fase anterior, em 1911, com decisões da Suprema Corte. Posteriormente, pela lei Clayton foram definidas as práticas consideradas injustas ao comércio e abusivas da livre concorrência e que deveriam ser submetidas à apreciação da Federal Trade Commission, com isto introduzindo-se o sistema de "tipificação" do ilícito, seguido praticamente pelas legislações posteriores de todos os países, apesar do risco inevitável nesta metodologia, sobretudo pela capacidade que tem a iniciativa privada concorrente de criar novos artifícios ante cada proibição especificada.

O outro modelo é oferecido pela legislação alemã, nascida no período em que essa nação praticamente estava sendo organizada pela unificação e em que sentia a necessidade de reunir forças econômicas em lugar de pulverizá-las. A filosofia seguida, portanto, recomendava a reunião de empresas, o aumento da dimensão destas unidades, com o que logrou, dentro de curto espaço de tempo, fortalecer-se a ponto de competir no mercado mundial com as nações economicamente já consolidadas. O caminho seguido foi especialmente o da "cartelização". Este expediente definido como "ilícito" na legislação de inspiração norte-americana, recebia "liceidade" na legislação alemã. O mesmo princípio manteve-se com as modificações oferecidas à legislação anterior e introduzidas em 4 de abril de 1974.

Por ela, o cartel foi oficialmente aceito e institucionalizado por intermédio da Repartição Federal de Cartel. Estabeleceu-se o Registro dos Cartéis, solicitado mediante requerimento dos interessados e que são cumpridos

como contratos lícitos, levando o seu descumprimento à revogação da autorização. A reunião das empresas se faz dentro de hipóteses tipificadas tais como a aquisição de quotas de outras empresas, a fusão, a transformação ou qualquer outra forma de concentração, contratos entre empresas formando grupos, e assim por diante.

São mantidas oportunidades para empresas que não desejam funcionar no sistema cartelizado, conservando-se também a hipótese do Serviço de Cartéis manter proibições.

A estrutura do sistema é composta pelo Serviço Federal de Cartel, como autoridade superior autônoma, cabendo ao Judiciário as decisões finais. A lei abrange tanto as pessoas físicas como as jurídicas e as empresas que se encontrem total ou parcialmente sob o poder público ou sejam por ele exploradas ou administradas, desde que não haja disposição em contrário.

A legislação brasileira tem mantido a orientação liberal de inspiração norte-americana com a defesa da concorrência como regra fundamental. Iniciada com características meramente penais, no espírito de "defesa da economia popular" da Constituição de 1937 corporificou-se no Decreto-Lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938. Na vigência da Constituição de 1946 foi aprovada a Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, que estendia o tratamento do tema para uma amplificação de natureza administrativa. Nesta, já se configuravam os elementos de uma estrutura completa, com a tipificação dos "ilícitos" e pela criação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), com jurisdição em todo o país e a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos da lei. Contam também com uma Procuradoria e, embora as suas decisões não façam "coisa julgada", que se reserva ao Poder Judiciário, tem competência para averiguações preliminares, instauração de inquérito administrativo, apurar ilícitos, ordenar a cessação de práticas abusivas, decidir sob a existência ou não de abuso, notificar interessados nas decisões, requisitar servidores, determinar providências à Procuradoria, requerer intervenção, cominar multas, propor desapropriação de acervo, instruir o público sobre firmas de abuso, e assim por diante.

Uma série de decretos sucederam à Lei n.º 4.137, regulamentando ou alterando dispositivos que se referiam ao abuso do poder econômico.

Ante a permanente alegação de que esta lei não encontrara a necessária sensibilidade de parte da sociedade civil ou de que não traduzia a realidade econômica brasileira, como afirmaram os autores do Segundo

Plano Nacional de Desenvolvimento, que preferiram o combate ao abuso por medidas de fortalecimento às pequenas empresas, ditas predominantes no mercado brasileiro, e para que possam enfrentar a luta com as mais poderosas, nada menos de cinco projetos e outros estudos provocados pelo Poder Executivo correm os trâmites do Legislativo ou se desenvolvem nas repartições administrativas, com o intuito de modificá-la ou de substituí-la totalmente.

A partir destas indecisões, a situação legislativa tumultuou-se de modo inusitado. No período entre 2 de agosto de 1990 e 14 de fevereiro de 1991, salvo erro, foram editadas nada menos de quatro medidas provisórias, duas leis e um decreto, que praticamente nenhuma inovação elogiável apresentaram em termos de uma legislação consentânea com as atuais condições e exigências da realidade do país e do mundo. Jamais passou por qualquer delas a preocupação para com os "Direitos Econômicos" em projeção de Direitos Humanos. Esta falta de criatividade fez com que algumas outras leis estejam de certo modo implementando tais direitos como, por exemplo, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Esta falta de criatividade, aliás, é a marca de todos os demais diplomas elaborados sobre o tema. Quando muito, modificações ou deslocamentos dos órgãos administrativos são impostos, tudo fazendo crer que, em obediência às figuras humanas que eventualmente ocupam os postos e que passam a dispor de poder neste particular, enquanto se apresenta a alegação de simplificar, de diminuir entraves burocráticos, e outros, somente sanáveis pela capacidade funcional e não por movimentações desta natureza.

Assim, as Medidas Provisórias n.º 204, de 2 de agosto de 1990; n.º 218, de 3 de setembro de 1990; n.º 246, de 5 de outubro de 1990, e n.º 276, de 5 de dezembro de 1990, afirmam instituir normas para a defesa da concorrência e dar outras providências.

A Medida Provisória n.º 204 passa à Secretaria Nacional de Direito Econômico, órgão do Ministério da Economia, competências e funções do CADE definidas pela Lei n.º 4.137.

A Medida Provisória n.º 218 praticamente mantém o mesmo teor.

A n.º 246 e a n.º 276 também oferecem pouca contribuição apreciável.

A Lei 8.173, de 27 de dezembro de 1990, que se anuncia como definindo "crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo", no tocante à Ordem Econômica é praticamente transcrição da tipificação levada a efeito pela Lei 4.137, com igual procedimento

a respeito do Código de Proteção e Defesa do consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) que em matéria de tipificação pouco acrescentou à Lei 4.137, tendo oferecido contribuição louvável no tocante à defesa do consumidor em juízo, com a inclusão dos interesses difusos, dos coletivos e dos interesses ou direitos individuais homogêneos e as modernas ações que lhes correspondem; com as ações coletivas para a defesa desses interesses, com a convenção coletiva de consumo, a desconsideração da personalidade jurídica e outros.

Ao mesmo tempo em que assim se procede, tem-se notícia de que o Japão teme que a sua lei a respeito, venha possibilitar concorrência externa destrutiva, apesar da potencialidade econômica de que dispõe.

Os elementos aqui apresentados devem contribuir para indicar alguns pontos vitais das condições de repressão ao abuso do poder econômico na atualidade e que giram em torno, sobretudo, de se ultrapassar a ênfase dada em torno da concorrência do tipo liberal puro, como meta de retorno a ser atingida, embora sabendo-se da sua impraticabilidade para condicioná-la à defesa dos Direitos Humanos. Será a introdução de elementos outros, como a dignidade humana que leva a ampliar o espaço da idéia de repressão ao abuso do poder econômico, incluindo na tipificação legal problemas como a miséria, o subdesenvolvimento, a depredação do meio ambiente, a política recessiva levando ao desemprego e outros Direitos Humanos arcaicamente tipificados sem a sua clara configuração e que neles se enquadram insofismavelmente como áreas nas quais o abuso do poder econômico se afirma de modo inquestionável.

Tomadas as presentes informações, deve ser considerado o rumo que vem sendo dado à busca de soluções do assunto no âmbito dos organismos internacionais.

De início, percebe-se que a menor atenção dada aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais durante todos estes anos, contribuiu para que os mesmos não fossem convenientemente identificados.

Com a adoção dos diversos países quanto a tipificação dos ilícitos, ou seja, quanto a definição do que se deva considerar como normas referentes a estes direitos para que a sua transgressão receba o tratamento de "abuso" de poder, um primeiro obstáculo se refere à sua implementação eficaz.

No tocante aos Direitos Econômicos, a identificação dos sujeitos passivo e ativo, aos quais correspondam direitos e deveres, não dispensa a

nomeação clara do Poder Econômico tanto Privado, quanto Público, como possível transgressor, e nem do indivíduo, a empresa e o próprio Estado como vítimas.

Como valiosa sugestão e procurando manter a necessária seqüência no tratamento do assunto, tomaremos as conclusões retiradas do Seminário "Presente y Futuro de los Derechos Economicos en America Latina", realizado na Argentina em dezembro de 1989, para identificação das áreas nas quais estes abusos habitualmente se verificam e que ali estão considerados como obstáculos que têm impedido a concretização dos objetivos da Carta:

— estrutura e funcionamento do comércio internacional, com a deterioração dos termos de troca, a manipulação dos mercados e preços, a política protecionista dos países desenvolvidos com a exigência concomitante da abertura e do livre comércio dos países subdesenvolvidos;

— o controle do desenvolvimento e da transferência científico-tecnológica;

— a dívida externa com todos os tipos de pressão por parte de organismos internacionais (como o FMI, impondo políticas recessivas e situação de dependência crescente dos países devedores. Considere-se o desemprego gerado por esta política e será nítida a caracterização do abuso de direitos econômicos dos cidadãos com a anulação do direito ao emprego);

— a imposição, por qualquer outro motivo, além da dívida externa, de políticas econômico-sociais pelos organismos internacionais ou pelos próprios governos nacionais;

— o ajuste das finanças públicas por expedientes recessivos e por "experiências" que se sucedem, desintegrando ou comprometendo em profundidade as estruturas para o seu funcionamento;

— o engodo da liberação de preços em economia monopolizadas e oligopolizadas, consentidas e apoiadas pelos respectivos governos sob a alegação de preferência pela iniciativa particular e pelo prestígio à concorrência, ao mesmo tempo em que se anula o "risco" característico desta;

— política de excessiva concentração do capital, seja por processos de finanças públicas voltadas para acumulação no Tesouro sem a correspondente distribuição em benefícios gerais (Estado rico e povo pobre), seja em mãos de agentes da economia privada, beneficiados pela legislação e pelos estímulos governamentais. Estes expedientes são impostos na exe-

cução da política de concentração mundial do poder quando se eterniza a bipolaridade metrópole-colônia, traduzida modernamente por economia dominante ou dominada, onde o subdesenvolvimento continua na posição de dependência historicamente mantida;

— engodo nas legislações destinadas a profundas modificações estruturais das economias nacionais, entre as quais impõem-se destacar as referentes à *Reforma Agrária*. A *impossibilidade desta, pela clara falta de vontade política dos governos e pela insatisfatória legislação*, define a manutenção das velhas oligarquias alimentadoras dos quadros dos Três Poderes da República;

— elaboração de planos de desenvolvimento econômico propositalmente incompletos, somente executados em áreas e setores que obedeçam a mesma linha de alienação dos interesses nacionais, figurando estes apenas como molduras programáticas jamais destinadas à efetivação;

— política inflacionária consciente e tecnicamente implantada e alimentada com finalidade a reduzir as resistências morais e cívicas das populações e a dependência estrangeira;

— desemprego, provocado além das políticas recessivas circunstanciais, pelas medidas permanentes de abandono do meio rural e eterno adiamento de Reforma Agrária, com o intuito de alimentar as correntes migratórias do campo para as cidades e especialmente para os grandes pólos de industrialização, levando mão-de-obra explorável por salários aviltantes a ser oferecida às grandes empresas industriais, especialmente às multinacionais. O permanente fluxo de oferta permite a imposição de baixos salários e a manutenção do desemprego como forma de pressão à propalada política de negociações empregatícias e salariais, assim comprometida em sua base.

3. *Conclusões*

Considerando:

— a desnecessidade de retomar o conhecimento e repetido elenco de fatos definidores da angustiante situação dos países subdesenvolvidos onde a miséria já se sobrepõe à própria pobreza, com cenas degradantes de vida que vão além da possibilidade de um mínimo de sobrevivência, nem mais com dignidade, porém, até mesmo comprometido por ações governamentais de eliminação física de crianças, adolescentes e adultos por um tratamento discriminado entre as faixas sociais levando à tortura como atitude habitual das autoridades para com as mesmas e a ausência absoluta de medidas permanentes da iniciativa governamental que concretizem as promessas democráticas de campanha de oportunidade;

— as falsas e inadequadas medidas de política econômica tomadas demagogicamente como planos ou programas e chegando ao absurdo de serem praticados como experiências, sem que se cobre os efeitos dos seus erros contra o interesse das populações;

— os resultados das políticas inflacionárias implantadas e mantidas com as portas abertas à corrupção, aos enriquecimentos ilícitos e sem causa e ao exarcebado poder conferido às autoridades econômicas em geral e monetárias em particular, sem que sejam cobrados os efeitos pelos erros e desmandos;

— a inocuidade das legislações internas de Repressão ao abuso do Poder Econômico, insistentes em manter o objetivo da concorrência e suas deturpações segundo modelo elaborado para a realidade do fim do século XIX em países então em fase de industrialização e, deste modo, absolutamente irrealis para os países subdesenvolvidos, especialmente no caso do Brasil, conforme analisado acima,

Parece-nos imprescindível:

— tratar de maneira clara e precisa o que se considera Direito Econômico, em complementação às referências imprecisas a este respeito nos textos dos organismos internacionais;

— atuar com eficiência no trabalho de implementação dos direitos econômicos, corrigindo os efeitos prejudiciais de sua implantação progressiva que deixou estes textos completamente defasados da própria legislação interna dos países que o abordaram;

— estabelecer claro conceito de *vítima* do abuso dos Direitos Econômicos, o que leva a igual identificação da figura do transgressor deste, seja detentor do Poder Econômico Público ou Privado, nacional ou internacional;

— enumerar corretamente os atos de Abuso do Poder Econômico no Direito interno dos países, uma vez seguida a condenada técnica de tipificação em “*numerus clausus*”;

— abranger nas tipificações de Direito interno, as ações de capital estrangeiro e as empresas multinacionais com base em decisões a serem claramente tomadas nos organismos internacionais e que não têm efeito de modo concreto e satisfatório;

— definir e implantar processualística capaz de permitir o pleito de direitos econômicos pelo indivíduo, por empresa e Estados, desde os órgãos judicantes nacionais até a mais alta competência internacional.

Apontamentos sobre Política Criminal e a “Plea Bargaining”

WÁLTER FANGANIELLO MAIEROVITCH

Juiz de Direito em São Paulo. Professor de Direito Processual Penal e Penitenciário no Curso de Preparação de Ingresso à Magistratura e ao Ministério Público do Instituto dos Advogados de São Paulo. Professor de Direito Processual Penal no Curso de Extensão Universitária da O.S.U.C. — Obras Sociais, Universitárias e Culturais. Conselheiro do Instituto Pimenta Bueno — Associação Brasileira dos Constitucionalistas

O instituto da *plea bargaining* encontra justificação à luz da *política criminal*. Razões de política criminal geraram a adoção, pelo ordenamento jurídico norte-americano, do supracitado instituto, que é conhecido também por *plea negotiation*.

A *política criminal* direciona-se à prevenção e repressão dos ilícitos. O iniciador do direito penal moderno, o alemão FEUERBACH, definiu a *política criminal* como “a sabedoria legislativa do Estado”. Ao definir a execução penal como sendo a “forma de mostrar que a ameaça de punir prevista na lei é séria”, acabou por afirmar, no campo repressivo, princípio de política criminal.

O professor BASILEU GARCIA lembrou poder ser a Política Criminal conceituada “como a ciência e a arte dos meios preventivos e repressivos de que o Estado, no seu tríplice papel de Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, dispõe para atingir o fim da luta contra o crime. Como ciência, a Política Criminal firma princípios e, como arte, aplica-os”.¹

A deficiente política criminal compromete a segurança social. Mal planejada acaba, até, inviabilizando a resposta penal do Estado. Tudo, passando, por vezes, pelos indesejados conflitos entre o legal e o justo. Podem seus princípios, quando incorporam o direito positivo,

atritar com o direito natural: “as imutáveis e não escritas leis do Céu, que não nasceram hoje nem ontem, que não morrem e que ninguém sabe de onde provieram”, na observação de ARISTÓTELES ^{1.1}

As regras de *política criminal* acompanham as mutações sociais. O professor HEINZ ZIPF, das universidades de Würzburg e Salizburg, a respeito das mudanças sentidas no campo da política criminal, destacou interessante situação:

“In uno studio legale giunge un cliente e narra che, la notte precedente, dopo una festa di carnevale, nel tornare a casa la sua automobile, a causa del fondo scivoloso, aveva sbandato e ferito leggermente un passante; che la polizia aveva quindi effettuato su di lui un’analisi del tasso alcoolico del sangue, in cui valore era risultato di 1,4 per mille; che la polizia gli aveva ritirato immediatamente la patente; egli spiega inoltre di essere molto preoccupato di ciò che, a causa di questo incidente potrebbe accadergli, e che è stato citato come responsabile per quanto causato dalla sua auto. Egli sa poi che in precedenza, per un fatto simile, un collega di lavoro era stato condannato a quattro mesi di prigione senza condizionale e al ritiro della patente per una durata di tre anni. Se anch’egli dovesse scontare una pena detentiva la sua famiglia si troverebbe, durante tale periodo, praticamente priva di reddito. La reazione dell’ordinamento giuridico di fronte ad un caso di guida in stato di ubriachezza pone un’importante questione di politica criminale. Infatti fino all’entrata in vigore della 1.^a StrRG era molto probabile che anche un incensurato dovesse, in un caso di guida in stato di ubriachezza, mettere in preventivo una pena detentiva senza sospensione condizionale. La non concessione della sospensione condizionale era basata — invero con notevoli differenze nella prassi dei singoli tribunali — per lo più sul § 23 cpv. 3 n. 1 a.F StrGB, dato che l’interesse pubblico richiedeva l’espiazione di una pena detentiva. La 1.^a StrRG del 1969 ha comportato, con l’introduzione del § 14 e con la riforma del § 23 StGB, importanti innovazioni di politica criminale. Oggi una notevole pena pecuniaria rappresenta per un incensurato il mezzo di reazione primario, anche nell’ipotesi prevista dal § 315 c.StrGB, quella cioè di guida in stato di ubriachezza con gravi conseguenze; nei casi gravi e in presenza di una prognosi sociale positiva la regola è la sospensione condizionale della pena nelle ipotesi in cui venga inflitta una condanna detentiva di oltre sei mesi. Questa modificazione giuridica si fonda su una decisione ben ponderata di politica criminale.”^{1.2}

Como inicialmente colocado, o direito positivo norte-americano adotou, como medida de política criminal, há mais de trinta anos, o instituto da *plea bargaining*.

Grosso modo, referido instituto, constitui forma de solução de conflitos de interesses, em face da presença do ilícito penal.

Para o professor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a *plea negotiation*, nas suas várias formas e graus, "consiste fundamentalmente na negociação entre o MP e a defesa, destinada a obter-se uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave"². A professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, considerou a *bargaining* como autêntica transação entre a acusação e a defesa, para a imposição de pena referente a delito de menor gravidade que aquele que é imputado ao réu.³

No direito norte-americano, até o ano de 1968 e como instrumento de autocomposição de litígios penais, a *bargaining* era empregada de maneira oculta, sem publicidade *under the table*, conforme os críticos. Conhecia-se, também, a sua forma extraprocessual, na polícia, e o *agreement* levada ao não-ajuizamento da ação penal. Confissão e dedoduragem eram os componentes da barganha, na fase policial.

Na técnica processual, consiste numa *transação*, acordo (*agreement*), que abrevia a solução do processo pela eliminação da colheita da prova e supressão dos debates entre as partes. O imputado, em troca de benefícios, admite sua culpabilidade e declara-se responsável pelo crime cometido (*plea of guilty*). Em regra, acusador (*prosecutor*) e imputado celebram acordo na audiência pré-debatimental (*arraignment*). Nela o juiz, feita a leitura da acusação, convida o argüido ao *pleading* (declarar se confessa a sua culpabilidade). Admitida a culpabilidade (*pleads guilty*), o juiz designa audiência para lançar sentença acerca da pena (*sentencing*). Em alguns Estados-federados, por exemplo Illinois, o juiz participa das tratativas tendentes a concretizar a *plea bargaining*.

No processo norte-americano admite-se três formas da *plea bargaining*, ou seja, de confissão negociada: a *charge bargaining*; a *sentence bargaining* e uma forma *mista*.

Na *charge bargaining* o argüido declara-se culpado e o Ministério Público (*prosecutor*) muda a acusação. Substitui o delito original por outro de menor gravidade.

Na *sentence bargaining*, sempre depois do reconhecimento da culpabilidade, o acusador postula a aplicação de uma sanção mais branda. Quanto participa o juiz, promete-se a aplicação de determinada pena ou, dentre várias, uma delas, a ser anunciada na fase procedimental reservada à *sentencing*.

A terceira forma, *mista*, combina benefícios das duas anteriores, ou seja, a *charge* e da *sentence bargaining*. Pode também, frente ao *plea of guilty*, haver a designação de estabelecimento prisional anteriormente acor-

dado. Mesmo, a detração penal, referente a tempo de encarceramento provisório por outro delito. É comum, nas transações, o olvido de alguns crimes.

Na visão aguda de Jeff Brown, defensor público na Cidade de São Francisco, em qualquer das formas, ao imputado que se declara culpado, promete o órgão da acusação, ou até o juiz, um especial tratamento de favor.⁴

A *plea bargaining*, embora poucos saibam, foi utilizada no caso de James Earl Ray, assassino do pranteado Martin Luther King. Na Carolina do Norte, para se livrar de acusação de crime de homicídio em primeiro grau, sancionado com a pena de morte, o americano Alford negociou sua declaração de culpabilidade (*plea of guilty*). Foi acusado de autoria de homicídio em segundo grau, sem risco, portanto, de receber a pena capital.

O acidente de Chappaquiddick que envolveu o Senador Edward Kennedy mereceu solução por meio da *bargaining*. A respeito, escreveu e anotou o citado Figueiredo Dias: "a par de fatores de colaboração tendencialmente neutra, outras há que relevam já de juízos político-criminais mais ou menos explícitos. É, por exemplo, extremamente reduzida a disponibilidade dos *prosecutors* americanos para aceitar a *guilty plea* nos crimes de grande envolvimento emocional coletivo e que polarizam as reivindicações de *law and order*". "De acordo com a observação de K. Schumann (n.º 22), p. 227, nota 39, a aceitação da *guilty plea* de Edward Kennedy em relação ao acidente de Chappaquiddick ou de Early Ray no caso do homicídio de Luther King, valem como exceções que terão na sua base a sobreposição de interesses políticos ao interesse do esclarecimento cabal dos fatos".⁵

A *bargaining* é largamente aplicada, com os mais surpreendentes e espantosos acordos. Inúmeros são os casos, quando esquecida a vinculação à *política criminal*, de avenças inexplicáveis: admite-se trocar homicídio doloso por culposo; tráfico por uso de drogas; roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo por furto simples. Para críticos severos, trata-se de prática lúdica, como se nota quando dez crimes variados são trocados pela declaração de culpabilidade (*plea of guilty*) de apenas um, que pode ser até o menos grave.

Para os seus defensores, a *plea bargaining* visa, fundamentalmente, à punição, ainda que branda e socialmente injusta. É justificada como poderoso *remédio contra a impunidade*, diante do elevado número de crimes a exigir colheita de prova indubitosa da autoria, com a conseqüente pletora de feitos e insuportável carga de trabalho judiciário.

Reportando-se a uma pesquisa desenvolvida, no ano de 1979, pelo Bureau of Justice Statistic, em quatorze órgãos judiciários norte-americanos, RICHARD DALEY, Cook County State's Attorney, frisou que, em média, 92% das condenações havidas decorreram de transações. Mais, em nenhuma das unidades judiciárias o percentual foi inferior aos 80%⁶. Citando

mais de uma dezena de estatísticas, o professor FIGUEIREDO DIAS escreveu: “quanto ao alcance prático da *plea bargaining* nos EUA, convirá recordar que é através dela que são solucionados de 80% a 95% de todos os crimes”.⁷

Os resultados estatísticos e as justificativas enumeradas pelos defensores do instituto não contrariaram a vetusta observação do precursor do direito penal moderno: um dos maiores freios inibidores dos delitos é a infalibilidade da pena.⁸

Sob o enfoque da política criminal, ética à parte, a *plea bargaining* tem demonstrado ser remédio eficaz no combate ao tráfico de drogas e às organizações criminosas do tipo mafioso: casos Noriega (Panamá) e Buscheta (preso no Brasil). Por outro lado, é remédio de vários efeitos colaterais como, por exemplo, o de desestimular a investigação científica.

Não se deve confundir a *plea bargaining* com o instituto italiano do *patteggiamento*, que diz respeito a simplificação do rito processual, em razão do pedido das partes de aplicação da pena. De observar que a fase preliminar (*indagini preliminari*) já foi vencida e a “denúncia” (*richiesta di rinvio*) recebida. Lança-se, então, sentença conforme o estado do processo: art. 444. *Applicazione della pena su richiesta*:

“1. L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera due anni di reclusione o di arresto, soli o congiunti a pena pecuniaria.”

Possuem referidos institutos, no entanto, ponto em comum, ou seja, o do acordo das partes poder resultar em premiação. Convém assinalar, para melhor marcar as diferenças, não haver no *patteggiamento* alteração da imputação (causa de pedir). O delito atribuído ao réu continua sendo o mesmo e a relação jurídica processual já se encontra estabilizada. Admite-se, tão-somente, o aditamento restrito, a alcançar crimes concorrentes ou atos a evidenciar continuação do delito primitivo⁹. Ainda mais, o art. 112 da Constituição da República Italiana prevê que “il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale”.

O professor PAOLO TONINI, da Universidade de Firenze, cuidando da versão renovada do instituto (a Lei n.º 689/81 havia introduzido uma forma experimental), destacou:

“Quando si manifesti un accordo tra imputato e pubblico ministero sulla pena che deve essere applicata in concreto, il giudice nell'udienza preliminare acquista il potere di ratificare l'accordo stesso emanando una decisione definitiva alla quale sono ricollegati alcuni benefici. La pena sulla quale si può formare l'accordo

puó arrivare fino a due anni di reclusione o di arresto, soli o congiunti ad una pena pecuniaria. 'E previsto un incentivo per l'imputato, consistente nella possibilità di godere di un'attenuante fino ad un terzo, oltre ad altri benefici su quali torneremo in proseguito" 9.1.

A concessão de benefício ao imputado já havia sido anteriormente prevista. Legislação emergencial italiana, como medida de política criminal necessária ao combate ao terrorismo, já havia contemplado estímulos. Admitiu, v.g., a redução das penas dos colaboradores, eufemisticamente chamados de *terroristi pentiti* (arrepentidos).

Os benefícios, contemplados no *plea bargaining* e no supracitado *patteggiamento*, merecem consideração à luz do denominado *diritto premial*. A propósito, em recente exposição em Veneza, o juiz GIOVANNI FALCONE recordou a intuição, em pleno século XIX, do jurista alemão Ihering: um dia os juristas voltarão a se ocupar com o direito premial e o farão não só no interesse do aspirante ao prêmio, mas no interesse superior da coletividade.¹⁰

A *bargaining* não é prevista na nossa legislação ordinária. Conhece-se, aqui, por força da *praxis*, reservadas tratativas entre acusação e defesa em processos da competência do Tribunal do Júri. Mas, são acordadas pelas partes, de modo a não obrigar ou ferir a soberania do Conselho de Sentença.

Quanto ao direito premial, a lei de repressão aos crimes hediondos disciplinou hipótese de redução da pena do delator arrependido (Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990). Essa novidade legislativo-premial, no entanto, chegou velha. O *pentimento*, consoante concluiu o professor VITTORIO FANCHIOTTI, da Universidade de Genova, é tema superado: l'argomento è attualmente fuori moda dato il revirement della politica penitenziaria, ormai chiaramente indirizzata verso la valorizzazione dell'aspetto retributivo della pena, dopo la crisi del rehabilitati ideali^{10.1}.

O Professor VITTORIO FANCHIOTTI referia-se à crise de 1982, que mereceu profunda abordagem de VASSALLI, atual Ministro da Graça e Justiça, mencionada pelo penitenciarista LUIGI DAGA:

"da questa generalizzata crisi della funzione rieducativa del penitenziario nasceva il rischio di un ritorno ad un puro retribuzionismo (Anchel e Cemithe, 1981, 34) e ad un abbandono di programmi penitenziari aventi per effetto obiettivo l'umanizzazione della pena. Da ciò il fermo richiamo (Vassalli, 1982) alla necessità di non abbandonare il principio rieducativo nella gestione concreta dei sistemi penitenziari"^{10.2}.

Entre nós, eventual adoção, por lei ordinária, do modelo norte-americano esbarraria em obstáculos constitucionais, sem contar a descaracterização da natureza retributiva da pena e o desrespeito às vítimas pela falta

de ajuizamento da ação penal. No direito norte-americano vigora o princípio da oportunidade da ação penal; o *prosecutor* detém poder discricionário, podendo deixar de aforar ação penal. Ao contrário, no Brasil vigora o princípio da legalidade, sendo, por imperativo constitucional (art. 5.º, incisos XXXV e LIX), obrigatória a propositura da ação penal pública.

Ainda, o princípio constitucional obriga à perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal previsto em abstrato na lei. A experiência norte-americana, no particular, não recomenda: o Ministério Público “dispõe, por outro lado, da irrecusável vantagem de escolher o tipo de crime por que se propõe acusar e o tipo de reação que se propõe a reclamar. Daí a frequência da *overcharging*, recorrentemente denunciada pelos criminólogos americanos: o MP começa por apontar para formas particularmente drásticas de responsabilidade criminal, com o propósito de, por via de negociação, acabar por acordar numa acusação — vale dizer numa sentença — muito mais benigna. O que constitui um normal e perigoso expediente de coação e pressão psicológicas, destinado a explorar a insegurança e o medo do argüido, compelindo-o a acolher-se à segurança do mal menor da declaração de culpa”.¹¹

Nossa jurisdição penal é sempre contenciosa, sendo vedada a imposição de pena sem o devido processo (*nulla poena sine iudicio*). Tal fato levou a professora ADA PELLEGRINI GRINOVER a afirmar que, no nosso ordenamento jurídico, não há lugar para a *bargaining*.¹²

O nosso país, dada a escalada da criminalidade e a propalada impunidade, carece implantar, *rapidamente*, uma nova *política criminal*. Para tanto, exige-se bem menos que a sabedoria de Salomão, que tanto impressionou a rainha do Meio Dia, a rainha de Sabá¹³; muito, no entanto, do alerta de Paulo, apóstolo do Senhor: eu luto, mas não como quem fustiga o ar (Cor.9.26).

A Itália cuidou rapidamente da reforma processual penal. Entre a Lei Delegada (“che e la norma emanata dal Governo in seguito a *delezione delle Camere*”) ¹⁴ e a *publicação do novo Código transcorreu menos de um ano e oito meses*. A Lei Delegada n.º 81 foi publicada em 16 de março de 1987 e o Código em 24 de outubro de 1988.

As linhas mestras de política criminal, inspiradoras da mencionada lei processual, foram grafadas no Projeto Preliminar, apresentado por uma comissão presidida pelo professor GIAN DOMENICO PISAPIA, da Universidade de Milão.

Entendeu-se superado o Código Rocco de 1930, editado por Musso-
lini, em pleno regime fascista. E, como lembrou o Professor FABRIZIO CORBI, docente de Execução Penal na Universidade de Firenze: é não só o primeiro código da Itália Republicana, mas, também, a primeira experiência que o país é chamado a realizar, de um processo penal inspirado no princípio acusatório.¹⁵

Bibliografia

1. *Instituições de Direito Penal* — BASILEU GARCIA — Vol. I, Tomo I, p. 37 — Ed. Max Limonad — 1975.
 - 1.1. *Retórica* — ARISTÓTELES; apud: CELSO LAFER — *A Reconstrução dos Direitos Humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt* — Ed. Companhia das Letras, p. 35.
 - 1.2. *Politica Criminale* — HEINZ ZIPF, pp. 8/9 — Giuffrè Editore — 1989.
2. *Criminologia — O homem delinqüente e a sociedade criminógena* — JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, pp. 484/485 — Coimbra Editora Limitada, 1984.
3. *Teoria Geral do Processo — Grinover, Cintra e Dinamarco*, pp. 10/11 — Editora Revista dos Tribunais — 3ª edição de 1981.
4. *Meriti e Limiti del Patteggiamento* — JEFF BROWN — apud: *Il Processo Penale Negli Stati Uniti D'America* — p. 131 — Giuffrè Editore.
5. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS — Ob. cit., pp. 489/490 e nota nº 40, da p. 490.
6. "The Prevalence of Guilty Pleas" — in *Bureau of Justice Statistics*, Washington. D.C. 1984.
7. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS — ob. cit. — p. 484 e nota 28.
8. *Del Delitti e delle Pene* — CESARE BECCARIA, p. 93 — Giuffrè, 1964.
9. *Revista dos Tribunais* — pp. 480/350. Relator DÍNIO GARCIA.
 - 9.1. *L' Investigazione Privata Nel Nuovo Processo Penale* — PAOLO TONINI, p. 227 — CEDAM. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990.
10. *Un Nuovo Codice Per Una Nuova Giustizia — Giunta Regionale del Veneto* — GIOVANNE FALCONE, p. 12 — ed. Dott. Giuffrè — 1989.
 - 10.1. *Giustizia Contrattata: spunti per un dibattito sul plea bargaining* — VITTORIO FANCHIOTTI — p. 290 — Giuffrè Editore, 1988.
 - 10.2. *Trattato di Criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense, a cura di FRANCO FERRACUTI*, vol. 11º, Carcere e trattamento, p. 36 — Giuffrè Editore, 1989.
11. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS — Ob. cit. p. 486.
12. ADA PELLEGRINI GRINOVER — Ob. cit. p. 11.
13. *Falar com Deus* — FERNANDEZ CARVAJAL — vol. 4º, p. 157, Editora Quadrante — tradução Ricardo Pimentel Cintra.
14. *Manuale di Diritto Processuale Penale* — GIOVANI LEONE, p. 18 — Jovene Editore, 1988.
15. *L'investigazione Privata nel Nuovo Processo Penale* — FABRIZIO CORBI, p. XIII — presentazione dell'opera — CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990.

Direito à Vida — Processo Legislativo e Constituição

JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA
Procurador da República

SUMÁRIO

I — Direito à vida — Sua inviolabilidade na Constituição atual. II — Controle da constitucionalidade — Projetos de lei e de emendas à Constituição, fiscalização. III — Processo Legislativo. O controle prévio da constitucionalidade de proposta de lei ou de emendas internamente no Poder Legislativo. IV — Conclusão.

I — Direito à vida

A atual Constituição do Brasil, no Título II — Os Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I — Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no seu art. 5.º é expressa em garantir “aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade do direito à vida*” e no inciso XLVII do mesmo artigo diz que “*não haverá pena de morte, salvo no caso de guerra declarada*”. Mas é claro que ninguém em sã consciência admite que está vivo apenas por uma mera concessão da Constituição, antes o contrário, a Constituição neste caso garante porque já se tem de antemão o direito.

Disto decorre que qualquer *projeto de lei tendente a abolir a inviolabilidade do direito à vida* seria inconstitucional. Por inviolabilidade deve-se entender intangibilidade, intocabilidade. A vida do indivíduo não responde a título de pena ou indenização por nenhum ato praticado por ele a que título for. Assim, projetos de lei visando à introdução do aborto, eutanásia, infanticídio ou outra forma de extinção da vida humana como a pena de morte, por exemplo, são manifestamente inconstitucionais. Esbarram na garantia que a Carta Magna atribui à vida humana sem distinguir idade e condição do indivíduo.

Restaria, portanto, aos partidários da tese oposta a opção por uma *emenda à Constituição* que alterasse o artigo 5.º acima mencionado e o artigo 1.º que trata da “dignidade da pessoa humana” e ainda dentre outros o art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança a ao adolescente, com absoluta prioridade, o *direito à vida...*, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

As normas constitucionais acima definidoras destes direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, não dependem de uma lei regulamentadora. É inegável portanto que, ressalvado o caso de guerra externa declarada, o nosso legislador constituinte quis dar absolutas garantias de vida a todo ser humano que se encontrasse no território nacional independente do seu estado físico e mental, da sua raça, cor, ou credo religioso, ou qualquer outra forma de discriminação. Nem mesmo no caso de extradição se admite a pena de morte para o estrangeiro no seu País de origem. O Supremo Tribunal Federal, em inúmeras e reiteradas decisões ao conceder a extradição de criminosos a pedido de outro país, tem limitado na extradição, as penas ao máximo previsto na legislação brasileira.

Assim em tempo de paz, não há forma de se legalizar qualquer meio de se subtrair, através de lei ordinária, a inviolabilidade do direito à vida de quem quer seja, por qualquer forma que seja, tendo em vista a manifesta inconstitucionalidade de que esta lei estaria eivada; ter-se-ia que tentar o recurso de uma *emenda* ao texto constitucional. Esta a possibilidade que passamos a examinar:

Do ponto de vista exclusivamente técnico-jurídico a propositura de uma emenda constitucional que viesse a surprimir esta inviolabilidade nos parece, não seria também viável tendo-se em vista o que dispõe o art. 60, § 4.º da Constituição, que afirma: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”.

Ora, como o direito à vida e a sua inviolabilidade se constituem em direitos e garantias individuais fundamentais amparados pela Constituição, como já demonstrado, é exata a conclusão de que ao Congresso Nacional ou a qualquer das suas Casas é vedado deliberar sobre esta matéria, ou seja, ela não pode ser objeto de discussão e votação em plenário, diante da proibição tão expressa.

II — Controle de constitucionalidade

Na ação direta de inconstitucionalidade n.º 466-2 requerida recentemente pelo PSB perante o Supremo Tribunal Federal este, em respeito à tradição brasileira e à harmonia dos Poderes, como toda razão se absteve

de apreciar a constitucionalidade de proposta no sentido de abolir a inviolabilidade do direito à vida, em curso na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, ao fundamento de que ao STF cumpre o controle e o exame de normas já promulgadas, editadas e publicadas e não as em fase de elaboração, que isto é parte do processo legislativo, matéria *interna corporis* do Poder Legislativo.

Contudo, o relator, Ministro CELSO DE MELLO, ao assentimento em tese do plenário daquela Corte Suprema asseverou, doutrinariamente, que:

“O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade Constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibidoras do poder reformador (CF, art. 60 § 1.º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4.º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade.”

Vale dizer, qualquer emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, a par de não poder ser objeto de votação pelo Congresso Nacional, se por acaso o fosse e chegasse a ser promulgada e publicada, seria passível de ser argüida de inconstitucionalidade, seja por via de ação direta ao STF, seja perante o juiz de direito, pela parte que se sentir concretamente prejudicada.

III — *Processo Legislativo*

Porém, no campo interno do Congresso o projeto em tramitação é submetido a um controle prévio de constitucionalidade que pode e deve ser exercido internamente na forma do Regimento de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

Assim, sendo evidentemente inconstitucional qualquer proposição tendente a ferir a inviolabilidade do direito à vida, cumpre ao Presidente da Câmara dos Deputados a responsabilidade de rejeitá-la *in limine* à vista do disposto no art. 137, § 1.º do Regimento daquela Casa: “a Presidência

devolverá ao autor qualquer proposição que versar matéria evidentemente inconstitucional". A mesma vedação se repete no art. 201, II do mesmo Regimento.

Se passar, por equívoco, por este crivo uma proposição de emenda desta natureza poderá ainda, e deverá ser, coarctada na Comissão de Constituição e Justiça, em caráter preliminar, pela sua inconstitucionalidade evidente na forma do art. 53, I do mesmo Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que atribui àquele órgão o controle de constitucionalidade das proposições. É de se ressaltar que o Regimento do Senado Federal possui normas análogas (art. 48, n.º 11; art. 101, I e 354, § 1.º, IV) referente ao seu Presidente e a sua Comissão de Constituição e Justiça, atribuindo-lhes internamente o controle de proposições que contrariem a Constituição.

Se, finalmente, apesar de todos estes órgãos de controle a proposição chegar a ser votada e aprovada em plenário, após a sua promulgação e publicação, poderá então ter atuação o STF que, através de Ação Direta, então agora oferecida no momento oportuno, terá a chance de suspender-lhe os efeitos definitivamente com base no § 4.º do art. 60 da Constituição Federal que restará desrespeitado porque, sendo a inviolabilidade do direito à vida um direito e uma garantia individual fundamental, não pode ser objeto de qualquer emenda que a modifique ou suprima.

IV — Conclusão

Em conclusão, em matéria de direitos e garantias fundamentais e particularmente no que se refere ao respeito ao direito à vida em qualquer das suas formas, cabe em primeiro lugar aos Presidentes da Câmara e do Senado a grave responsabilidade do exame de constitucionalidade das proposições que o ferem, cumprindo indeferi-las de plano à luz da Carta de 1988, e dos Regimentos Internos das respectivas Casas legislativas. Não o fazendo, poderão fazê-lo as Comissões de Justiça de ambas as Casas do Congresso Nacional e, por fim, se não rejeitadas em plenário, caberá ao STF suprimir-lhes a eficácia mediante provocação dos entes para tanto legitimados, entre eles a OAB, os Partidos Políticos e o próprio Ministério Público, através do Procurador-Geral da República; ou à parte prejudicada ou quem a represente e ainda o Ministério Público no caso dos incapazes e nascituros, perante o juiz de direito competente diante de cada caso em concreto.

Claro está, portanto, que a Constituição não admite modificação no seu texto no que concerne ao direito à vida, que fica assim juridicamente a salvo de quaisquer arremetidas neste campo. Pelo menos, com certeza, até à próxima Assembléia Nacional Constituinte, ou seja, enquanto a Constituição de 1988 estiver em vigor.

Algumas Palavras sobre Confissão Espontânea

VITOR FERNANDES GONÇALVES

Promotor de Justiça do Distrito Federal.
Professor de Direito Penal na U.D.F.

“Direi ainda que é monstruoso exigir de um
homem que seja acusador de si mesmo.

(MARQUÊS DE BECCARIA, 1758)

SUMÁRIO

I — Introdução. II — Evolução histórico-positiva do tema no Brasil. III — A confissão como atenuante na doutrina. IV — O conceito de espontaneidade firmada pela jurisprudência. V — Conclusão. Bibliografia.

I — Introdução

Dentre os meios de provar a autoria dos crimes, admitem as leis a chamada confissão, que logo se destaca como evidência *sui generis*, posto que viola aquele instinto de autoconservação inerente a todo ser humano.

E isto se dá porque realmente não é fácil contribuir para a própria condenação, falando a verdade. Na maioria das vezes, a voz do interesse próprio predomina, no coração do homem, sobre a moral e a integridade.

A história humana de todos os séculos prova que este dom divino — a virtude da sinceridade — se opõe diametralmente aos sentimentos naturais humanos de auto-estima, ante o perigo de sofrimento.

E tanto é assim que o trato prático com as Cortes de Justiça pátrias vai confirmar tal assertiva, pois preponderam na maior parte dos processos criminais os acusados que tudo negam.

Por isto, sob a justificativa de premiar a integridade de caráter e o arrependimento humano, se aceita hodiernamente a confissão do crime como atenuante, desde que espontânea.

Mas o que vem a ser exatamente confissão espontânea?

Qual a amplitude deste termo para a ciência do Direito?

Será válida a confissão colhida mediante procedimento inquisitório, na polícia?

Os institutos da revelia (confissão ficta) e da retratação produzem efeitos quanto à pretérita confissão?

Estes os principais questionamentos que se pretende debater.

A conclusão empírica que se faz acerca do tema é de que há alguma dificuldade na aplicação de tal atenuante no cotidiano pois, sem embargo do inegável brilhantismo dos magistrados brasileiros, inúmeros são os processos em que deixa de ser considerada quando aplicável ou é utilizada quando não incidente à hipótese.

O que se pretende no presente trabalho, portanto, é posicionar a atenuante da confissão espontânea da forma que esta se apresenta para o bom direito, assim ajudando àqueles estudiosos que lidam com tal questão, seja nas faculdades ou nos tribunais e que, por vezes, encontram alguma dificuldade na sua interpretação.

Assim, espera-se contribuir para a adoção de um conceito uniforme, de aplicação pacífica nos tribunais criminais.

Nesse sentido, a noção histórica do tema, a posição dos nobres juriconsultos que já o estudaram, bem como as mais recentes decisões dos pretores não serão esquecidas.

II — *Evolução histórico-positiva do tema no Brasil*

Antes de se comentar como a confissão, espontânea ou não, foi e é tratada no Brasil, releva observar que todas as civilizações sempre reconheceram a confissão como meio de prova.

O que variou muito desde os primórdios da civilização foi a forma como a confissão era obtida, preponderando o entendimento de que a mesma constituía prova absoluta do crime.

Assim é que na maior parte dos sistemas penais a confissão sempre opera efeitos de reconhecimento suficiente do crime para a condenação que, no entanto, observa penas mais brandas, exatamente em razão da confissão.

O abrandamento da pena pela confissão é, portanto, regra mundial e não exceção.

Resulta em um aperfeiçoamento do sistema penal, pois o ato de confessar revela integridade de caráter e responsabilidade, o que deve ser premiado.

Nos países anglo-saxões como, por exemplo, nos Estados Unidos da América, a confissão espontânea de um crime é indubitavelmente a rainha das provas. O fato do acusado se afirmar "guilty" (culpado) impede a produção de qualquer outra prova e põe fim à instrução. A respeito, convém transcrever a explicação do jurista norte-americano ERNST PUTTKAMMER, *in verbis*:

"After the preceding steps have been completed, the defendant will be brought before the court which will ultimately try him. This first appearance is, however, merely preliminary. It is know as the "arraignment". At it he is informed of the charges against him, either by reading the indictment to him or by informing him of its substance. He is then asked what his answer to them is. Thus his choice of answer dealing with the real merits of the charges is limited: he can plead guilty or not guilty. The plea of guilty admits the entire charge against the defendant. It admits totally and severally, item by item, all the elements of the crime that the indictment charges. In other words, it is a sweeping expression of his failure to contest anything that the state has brought up against him and puts the case at once in the same stage that, on a not-guilty plea, would be reached only after the trial had taken place and a verdict of guilty had been brought in by the jury."

Outrossim, ainda no que tange ao direito norte-americano, a confissão também opera um abrandamento da pena a ser imposta, às mais das vezes por meio de um acordo entre a promotoria e o acusado, conforme comenta o Professor DELMA KARLEN, da Universidade de Nova Iorque, quando trata em seu livro do tema em questão:

"A frequent occasion for the exercise of the prosecutor's discretion is in connexion with the negotiated guilty plea. In the United States this practice is a predominant feature of criminal procedure. In most localities a very large number of guilty pleas are entered as a result of bargains struck by defendants and the district attorney. Usually the accused agrees to plead guilty on the prosecution's agreement to reduce the charge from a felony to a misdemeanor. And often he does so on the prosecutor's promise to recommend a lenient sentence."

Como se vê, em tal sistema, a confissão, espontânea ou não, é prova absoluta e bastante para a condenação. O acusado enfrenta ou não a acusação que lhe faz o povo. Se confessa desde logo sua culpa, será

condenado, mas com a pena atenuada. Resta adotado o sistema regular de provas, denominado positivo, em que cada prova tem valor tarifado, inalterável, previsto *ex ante*, ficando o juiz adstrito a apreciá-la de acordo com a eficácia que a lei lhe atribui.

Já o sistema pátrio segue atualmente a linha da livre apreciação da prova, também chamada de íntima convicção, no que tange aos crimes dolosos contra a vida, e o sistema de persuasão racional, nos demais crimes, ambos caracterizados por uma maior discricionariedade na análise das provas, devendo o julgador, no último sistema, à conclusão lógica destas se limitar.

Discriminado o sistema utilizado no Brasil, há que se retroceder algumas centenas de anos e perquirir como o assunto foi tratado na época da colonização portuguesa.

A codificação criminal no Brasil Colônia pode ser encontrada nas Ordenações dos Reis de Portugal.

Durante o período de vigência das Ordenações, a confissão não só era admitida como meio de prova, como constituía prova plena e bastante para condenação.

Tal entendimento vigorou com as Ordenações Afonsinas (Livro V, Título IV — até 1.511), Manuelinas (Livro V, Título I — até 1.680) e Filipinas (Livro V, Título CXXXIV — até 1844).

Ressalte-se que o sistema adotado pelas Ordenações Filipinas era *sui generis*: A defesa (contrariedade) só era aceita se negada a acusação por uma tese razoável (§ 1.º) e a confissão superveniente era válida e punha fim à instrução (§ 8.º). As únicas exceções à condenação imediata em caso de confissão ficavam no Título 35, § 7.º, que cuidava da legítima defesa, e 71, § 5.º, que tratava do caso de arrependimento em crime de peita (corrupção).

O advento do Código Processual Criminal de 1844 em nada alterou a qualidade da prova da confissão: continuou sendo considerada como prova bastante para a condenação, podendo findar a instrução (art. 94).

O Código Imperial difere das Ordenações porque nele não mais eram permitidas as torturas para obtenção das confissões, comuns na vigência destas últimas.

Destarte, com o surgimento da República, o povo brasileiro recebeu nova codificação em que se permitia, pela primeira vez, que uma confissão fosse apreciada conforme o arbítrio do juiz, tendo em vista as demais provas dos autos. Findou, por conseguinte, a preponderância da confissão como prova no Brasil. Registre-se, por oportuno, que o art. 42 do Código Penal de 1890 não elencava entre as atenuantes a confissão, espontânea ou não.

O tratamento da confissão espontânea como atenuante só foi adotada pelo legislador em 1940, o que foi mantido, com diferenças, pela reforma da Parte Geral do Código Penal, havida com a Lei n.º 7.209/84, atualmente em vigência.

III — A confissão como atenuante na doutrina

Abstraindo-se o subjetivismo a que chegaram os iluministas, ao, explicitamente, tentarem de todas as formas anular o despotismo esclarecido então reinante, assim repudiando as formas de sujeição dos cidadãos ao poder punitivo estatal, releva observar que a confissão sempre foi admitida pelos juriconsultos e doutrinadores como meio direto de prova.

Quanto à confissão, na ordem jurídica nacional, nem sempre sua espontaneidade atenuou a pena.

Como já se observou, na época das Ordenações e, ainda, na vigência dos Códigos Imperial de 1830 e Republicano de 1890, a confissão não abrandava a pena.

Foi somente com o advento do Código de 1940 que o direito positivo pátrio acolheu a pré-falada atenuante, no art. 48, inciso IV, letra *d*.

Contudo, a aplicação da atenuante da confissão ficava restrita aos casos de confissões de fatos ignorados ou atribuídos a outrem.

Assim se referiu o mestre BASILEU GARCIA, em relação à confissão espontânea adotada pela Lei de 1940, *verbis*:

“O agente que confessa, espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime que praticou e que, todavia, era ignorada ou imputada a outrem, denota, em regra, possuir sentimentos morais que o distinguem da massa comum dos criminosos. Ou quer evitar que um inocente seja imerecidamente castigado, ou se arrependeu sinceramente, ou mesmo não arrependido, reconhece a soberania da ação da Justiça — à qual se sujeita, colaborando com ela. Merece atenuação da pena a ser-lhe imposta.”

Do mesmo entendimento era o notável jurista ROBERTO LYRA, que assim se posicionou, acerca do tema:

“A espontaneidade da confissão não diz respeito, é claro, à sua prestação, em que seria redundante a referência, mas ao comparecimento do agente, ainda livre de qualquer suspeita, para dizer a verdade contra si mesmo.

A autoridade ignora a autoria ou a atribui a outrem. Trata-se da espontaneidade, com que se acusa o culpado, evitando o erro ou omissão da Justiça.

Não é necessária indagação sobre os móveis da confissão, concedendo-se a atenuante, quer o agente se apresente por temer a descoberta da autoria ou a sua justa imputação, quer pelo sincero arrependimento e pela ânsia de sofrer a reação defensiva da sociedade.”

Ainda partilhava de semelhante ponto de vista o professor MAGALHÃES NORONHA, ao lecionar que:

“Não se pode dar à minorante a elasticidade que alguns pretendem. A confissão que a lei tem em vista é a espontânea e de crime cuja autoria é desconhecida ou está sendo erroneamente imputada a outrem. A confissão do denunciado não é contemplada pelo dispositivo, o mesmo ocorrendo com a do indiciado, isto é, daquele contra quem se instaurou o inquérito policial.

Tanto pode a confissão ser feita perante a autoridade policial como à judiciária. Os móveis não contam; basta, como já se escreveu, que seja espontânea.”

Contudo, a reforma penal de 1984 extinguiu tais exigências ou pressupostos objetivos de aplicação, como facilmente se observa pela redação da letra *d* do inciso III do art. 65 do vigente Código Criminal, assim posta:

“Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

.....
.....

III — Ter o agente:

.....
d — confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.”

Não há mais a obrigação de a autoria ser ignorada ou atribuída a outrem.

A lei fala em espontaneidade.

O que só pode querer dizer toda e qualquer confissão não obtida por meio de coação ou qualquer outro vício do consentimento, isto é, licitamente.

Se o legislador, propositadamente, retirou a proibição de se atenuar crimes com autoria já conhecida, não se pode em detrimento do direito público subjetivo do réu, exigir mais do que a própria lei requer.

Assim se posiciona, aliás, o festejado professor CELSO DELMANTO, conforme abaixo:

“Antes da reforma penal de 84, esta atenuante exigia, como requisito, que a confissão fosse referente a delito cuja autoria

era ignorada ou atribuída a outrem. Agora, foi dispensado esse requisito. Basta para a atenuante a simples confissão da autoria. Tal confissão deve ser espontânea, embora não se exija a voluntariedade. A lei apenas quer que a confissão seja espontânea, não havendo razão legal alguma para exigir-se que ela seja resultante de "arrependimento" do agente. Ainda que este confesse, até mesmo movido pelo único propósito de vir a beneficiar-se, no futuro, com a atenuante, ela não pode deixar de ser reconhecida, se houver espontânea confissão de autoria. Pode ocorrer tanto na fase policial como em juízo, mas não valerá como atenuante, se confessou no inquérito, e depois se retratou em juízo."

O mesmo ocorre com o eminente jurista ALBERTO SILVA FRANCO que assim se manifesta, *verbis*:

"A alínea *d* do n.º III do art. 65 da PG/84 modificou, sensivelmente, o texto anterior. Para que se reconheça a atenuante, basta agora ter o agente confessado perante a autoridade (policial ou judiciária) a autoria do delito, e que tal confissão seja espontânea. Não mais é mister que a confissão se refira às hipóteses de autoria ignorada do crime, ou de autoria imputada a outrem. Desde que o agente admita o seu envolvimento na infração penal, incide a atenuante para efeito de minorar a sanção punitiva. O propósito do legislador foi, portanto, o de estimular o autor da infração penal a reconhecer sua conduta como um ato pessoal, dando-lhe, em contrapartida, como um prêmio, a atenuação da pena. Mas a confissão, só por si, não é suficiente. É necessário que seja espontânea, isto é, que a vontade do confitente seja determinada sem a intercessão de fatores externos. A confissão, forçada ou induzida, não serve para efeito de caracterização da minorante. Obviamente a retratação de confissão espontânea anterior não comporta a atenuante."

Por todo o exposto se verifica que a doutrina moderna se encontra mais consentânea com a realidade, bem como com a hodierna ciência penal, em que se verifica um abrandamento das penas privativas de liberdade como forma de punição.

Os mais modernos penalistas não exigem para a configuração da confissão espontânea nem a ignorância da autoria, nem que a idéia de confessar tenha partido do confitente (voluntariedade). O que se exige, e somente isso, é que a confissão não seja obtida de forma viciosa, ilícita.

IV — O conceito de espontaneidade firmado pela jurisprudência

As decisões dos pretórios acerca do presente assunto esclarecem alguns dos pontos mais discutidos em doutrina, inobstante não se tenha, conforme referido na introdução, um conceito uniforme a respeito.

A jurisprudência é pacífica no sentido de que, com o advento da Reforma Penal de 1984, não mais se exige que a confissão o seja acerca de fato ignorado ou imputado a terceiro. Nesse sentido, dentre muitos outros, os seguintes arestos, bastante elucidativos: RT 619/360, RT 608/301 e RJTJSP 102/441.

Além do exposto, há entendimento predominante de que não importa se a confissão é feita para a polícia ou para o juiz, nem se a confissão é total ou parcial do crime. O que se entende necessário é a espontaneidade, antítese da confissão forçada ou induzida. Citem-se, à guisa de exemplo, os julgados da RTJ 95/563 e 91/750.

Não obstante o referido, a posição do Supremo Tribunal Federal é de buscar o *animus* do confitente, deixando de considerar a atenuante de forma objetiva para perquirir do "motivo" da confissão como, por exemplo, o arrependimento sincero, demonstrando merecer pena menor, com fundamento na lealdade processual — STF, HC 65286, D.J.U. de 25-9-1987, RTJ 88/37 e RTJ 46/273.

A respeito de confissão retratada, entende-se que tal circunstância exclui a atenuante (TACrim/SP, AP. 470.903, BMJ TACrim SP 55/22). Mas o Supremo Tribunal Federal registra decisão no sentido de que se a retratação não se coaduna com as demais provas dos autos, o juiz deve considerar a anterior confissão e aplicar a atenuante (STF, RECrIm 1.261, D.J.U. de 24-4-76, p. 2.225). Ainda sobre o mesmo tema: RT 435/365.

Por derradeiro, é da jurisprudência a tarefa de criar posturas não previstas em lei, como em relação ao fato de que a confissão espontânea deve ser entendida como circunstância preponderante sobre as demais (TACrim/SP, A. Crim. 487.675, JUTACRIM — SP n.º 93/221 e BMJTACrim/SP 55/19).

V — Conclusão

Após expor as opiniões dos juriconsultos e dos pretores, pode-se concluir que:

- 1) a confissão espontânea, no atual regime, não exige que o fato confessado seja ignorado ou atribuído a outrem;
- 2) a idéia de espontaneidade que predomina na jurisprudência é a de que só não é espontânea a confissão forçada ou induzida;
- 3) a consideração da atenuante, desde que a confissão não tenha sido forçada ou induzida, é direito público subjetivo do confitente e constitui assim medida obrigatória para o julgador;
- 4) a confissão vale não pelo lugar em que é prestada, mas pela força de convencimento que nela se contém. Porisso, aplica-se a atenuante à

confissão feita na polícia ou em juízo, indistintamente, sendo irrelevante se a confissão é parcial ou total;

5) A confissão retratada vale como atenuante se o juiz desconsidera a retratação e condena o acusado com base da confissão pretérita, dentre outras provas.

De lege ferenda:

1) a confissão deveria ser erigida em causa genérica minorante;

2) a confissão deveria constituir prova plena e suficiente para a condenação, com o fim da instrução;

3) a revelia deveria confirmar como verdadeiros os fatos articulados na inicial (confissão ficta), máxime se tais fatos forem espontaneamente confessados na polícia.

É fato que tais conclusões a par das sugeridas para um futuro próximo, não são unanimemente adotadas no cotidiano, inobstante se coadunem com a mais moderna doutrina e com a predominante jurisprudência.

O atual sistema brasileiro de provas criminais revela preocupação com o humanitarismo, mas peca pela lógica e pela falta de praticidade na forma da prestação jurisdicional.

A confissão, por sua própria natureza, não deve comportar prova em contrário.

O processo criminal brasileiro muito iria ganhar se confessada a infração por quem dela fosse acusado, se passasse imediatamente para a sanção como, aliás, era a nossa tradição desde as Ordenações Portuguesas até o surgimento da República.

A punição seria rápida e exemplar, além de consentânea com o entendido pelo próprio acusado.

E para falar a verdade, ao se admitir a prova em contrário da confissão, sem ao menos conferir a esta presunção de veracidade, reconhece-se que as confissões no Brasil não são obtidas por meios sérios, nem de forma lícita, mas por meios vergonhosos e escusos, muitas vezes hediondos.

Ora, é notório que a confissão deve prevalecer sobre as demais provas, pois como se absolver um acusado que confessa minuciosamente a prática delituosa, sem perverter os princípios da lógica e da boa-razão?

Além de tudo, a confissão como medida autorizadora de imediata condenação abreviaria um enorme contingente de processos, com mais rápida e justa prestação jurisdicional e prestígio para o Poder Judiciário e

o organismo repressor estatal, da mesma forma como ocorre em países mais desenvolvidos, menos entusiasmados com esta amplíssima defesa nossa, cujo preço para a sociedade às mais das vezes é mais alto que o benefício.

De outra parte, também beneficiado ficaria o confitente, com o abrandamento da pena a ser infringida, por meio do estabelecimento da mino- rante genérica da confissão.

A única ressalva que se faz a este sistema, ora proposto, é que a con- fissão feita na polícia, para ter o condão de encerrar a instrução, teria de ser ratificada em juízo, pois do contrário valeria como prova comum, pena de se afrontar o princípio constitucional da garantia de juiz imparcial.

Quanto à revelia, deveria operar efeitos de confissão ficta, gerando presunção *juris tantum* de veracidade dos fatos articulados na inicial, pois resta nítida a desconsideração do acusado para com os seus semelhantes e a sociedade como um todo, ao levemente procurar furtar-se de suas responsabilidades.

Com estas desprezenciosas sugestões e singelos comentários se espera ter contribuído para a discussão do aperfeiçoamento do processo penal brasileiro, que, definitivamente, não tem correspondido aos anseios da classe jurídica nacional, nem aos da coletividade.

Bibliografia

DELMANTO, Celso, *Código Penal Comentado*, 2ª Edição, 1988, Ed. Renovar.

FRANCO, Alberto Silva, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 3ª edição, 1990, Ed. Revista dos Tribunais.

GARCIA, Basileu, *Instituições de Direito Penal*, Volume I, Tomo II, 4ª edição, 1977, Ed. Max Limonad.

JESUS Damásio Evangelista de, *Código Penal Anotado*, 1ª edição, 1990, Ed. Saraiva.

_____. *Código de Processo Penal Anotado*, 7ª edição, 1989, Ed. Saraiva.

LYRA, Roberto, "Comentários ao Código Penal", Volume II, 3ª edição, 1958, Ed. Forense.

NORONHA, Magalhães, *Direito Penal*, 1º volume, 2ª edição, 1963, Ed. Saraiva.

PUTTKAMMER, Ernst W., *Administration of Criminal Law*, The University of Chicago Press, 1953, CHAPTER 12, pp. 164/173.

KARLEN, Delmar, *Anglo American Criminal Justice*, Oxford University Press, GB, 1967, (Part II), CHAPTER 7, p. 155.

Alguns Aspectos da Prescrição Retroativa em Direito Penal

CARLOS VITOR MARANHÃO DE LOYOLA
Juiz do Tribunal de Alçada do Paraná

Com a alteração do Código Penal introduzida pela Lei n.º 7.209, de 11 de junho de 1984, a prescrição retroativa, até então admitida pela Súmula 146, do Supremo Tribunal Federal, passou a ter previsão legal, constando do artigo 110 e seus parágrafos, do estatuto penal substantivo.

Estabelece o parágrafo 1.º:

“A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.”

O parágrafo 2.º, por sua vez, preceitua que

“a prescrição de que trata o parágrafo anterior pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa.”

Pois bem, em primeiro lugar cumpre observar ser pacífico, ante a nova redação e análise de tais dispositivos, que a prescrição retroativa

ou intercorrente reveste-se em causa extintiva da pretensão punitiva do Estado. Decorrido o lapso temporal entre a consumação do crime e o recebimento da denúncia, ou entre este ato processual e a publicação da sentença condenatória recorrível, opera-se a extinção da punibilidade pela prescrição da pena concretizada, desde que a acusação não tenha recorrido para agravá-la, ou seja improvido o recurso por ela interposto. E, consumada tal modalidade prescricional pela fluência do lapso temporal previsto em lei, ocorre por si só a própria *rescisão da sentença condenatória*, no exato momento do trânsito em julgado para a acusação, impedindo, assim, a constituição da coisa julgada material e o conseqüente surgimento da pretensão executória do Estado. A respeito do tema, aliás, com indiscutível acerto leciona DAMÁSIO E. DE JESUS:

“A prescrição retroativa atinge a pretensão punitiva, rescindindo a sentença condenatória e seus efeitos principais e acessórios” (*Direito Penal*, v. 1.º, 1985, p. 633).

Surge, então, diante de tais considerações, a debatida questão a respeito de dispor ou não o próprio juiz da condenação competência para declarar extinta a punibilidade, ante a ocorrência da prescrição retroativa, se a competência é dos Tribunais, ou mesmo do Juiz de Execuções Penais.

A orientação doutrinária prevalente tem sido no sentido de que após o trânsito em julgado o juiz de primeiro grau exaure sua jurisdição, estando impossibilitado processualmente em declarar extinta a punibilidade, por haver cessado a sua competência. Adotam tal posição, dentre outros, PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR (*Comentários ao Código Penal*, v. 1/489, Saraiva, 1986); JÚLIO FABRINI MIRABETE (*Manual de Direito Penal*, vol. 1/401, Atlas, 1987); PEDRO BARCELOS (*Prescrição Retroativa*, em RT 620/267); DAMÁSIO E. DE JESUS (*Prescrição Penal*, p. 150,

Saraiva, 1987); JOÃO ESTEVAM DA SILVA (“Prescrição Retroativa só no Tribunal”, in *O Estado de S. Paulo*, ed. de 20-3-91, Seção Justiça, p. 21).

Entretanto, há doutrinadores que entendem que a prescrição retroativa pode ser declarada em 1.º grau, reunidos os pressupostos legais, dentre eles ALBERTO SILVA FRANCO e outros (*Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 2.ª ed., Ed. RT, 1987, p. 366), sendo que alguns acórdãos do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já adotaram tal posição (RT 607/322; RT 633/313; JTACrimSP 86/161).

Perfeitamente delineadas as teses divergentes, parece-me que o posicionamento mais adequado está com os que admitem que a prescrição retroativa pode ser declarada pelo próprio juiz da condenação, independentemente de qualquer recurso.

Com efeito, conforme afirmam ALBERTO SILVA FRANCO e outros (obra citada, p. 366),

“guarda inteira pertinência a conclusão de que a prescrição retroativa pode ser reconhecida em 1.ª instância. Ao declarar rescindida a sentença condenatória, não está o juiz de 1.º grau nem reformando seu próprio ato, exaurida a sua jurisdição, nem cuidando de matéria que não lhe está afeta. Em verdade, ao reconhecer a incidência da prescrição retroativa, o juiz do processo ou o juiz da execução atende apenas a um imperativo legal, pois é a lei e não ele quem atribui à declaração o efeito de invalidar a sentença condenatória, obstando-lhe a formação da coisa julgada e a constituição do título penal executório.”

Ora, sem dúvida alguma, ocorrendo a prescrição retroativa, jamais poderá o Estado cumprir a sua pretensão executória, mesmo ainda inexistindo declaração judicial a respeito, desde que a prescrição ocorre natu-

ralmente, pela simples fluência do lapso temporal. Por tal motivo, o juiz de 1.º grau, ao declarar extinta a punibilidade, não está modificando a sentença condenatória que não chegou a formar coisa julgada, nem tratando de matéria que não é de sua competência, mas sim, em decorrência de uma situação jurídica já consumada (fluência do prazo prescricional retroativo), cumpre ele o dever que lhe é determinado pelo artigo 61 do Código de Processo Penal, que preceitua:

“Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.”

Nem se diga, por outro lado, que a competência para declarar a extinção de punibilidade, pela prescrição retroativa, seja do Juiz de Execuções Penais, posto que, em casos tais, conforme já foi dito, o Estado não tem constituído, em nenhuma oportunidade, título penal executório.

Acresce observar, por fim, que o processo penal, em sendo fundamentalmente instrumental, só conserva utilidade enquanto persistir alguma expectativa de punibilidade por parte do Estado; extinta a punibilidade, pela simples consumação do período prescricional, não mais existe qualquer interesse do Estado no processo, perdendo toda e qualquer significação sua manutenção que, subsistindo em razão de qualquer rigor formal, estará causando evidente constrangimento ilegal ao réu, que deve ser evitado.

Em suma, transitada em julgado a sentença para a acusação, pode o próprio juiz da condenação declarar a prescrição retroativa, uma vez constatada a ocorrência, revestindo-se a providência em medida não vedada processualmente, que se identifica com a premente necessidade de adoção de conceitos desapegados ao exagerado formalismo, proporcionando maior agilidade e racionalização à prestação jurisdicional, mormente quando trata de questão ligada à liberdade individual do cidadão.

La División del Proceso Penal en Dos Fases

(Preguntas desde la Constitución Española)

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático de Derecho Penal
San Sebastián

SUMARIO

1. Preguntas desde la globalidad. 2. Perspectiva jurídico-penal sustantiva. 3. Perspectiva procesal. 4. Organización judicial et cetera.

1. Preguntas desde la globalidad

Varios especialistas, particularmente el Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Enrique Ruiz Vadillo, hablan con frecuencia en sus publicaciones de la *globalidad* del sistema de justicia penal o, en terminología del Consejo de Europa, de las *mallas*, de las *redes*, de la justicia penal. Acertados nos parecen los cuatro elementos que Enrique Ruiz Vadillo (en su ponencia sobre "Relaciones entre organización judicial y Derecho penal" presentada en las *I Jornadas de magistrados, fiscales y profesores de Derecho penal — Trabajos preparatorios del Congreso de Viena de la AIDP*, Albacete, mayo 1988)¹ considera necesario integrar armónicamente: el Derecho penal sustantivo, el Derecho procesal penal, el Derecho penitenciario y la organización judicial.

1 E. RUIZ VADILLO, "Relaciones entre organización judicial y Derecho Penal", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7, agosto 1989, pp. 23 ss.

En estas páginas intentamos subrayar la importancia del punto tercero (el Derecho procesal penal) que, para desarrollarse, necesita el apoyo de los otros tres. También se intenta sugerir que sería conveniente introducir la división del proceso penal en dos fases, con todo lo positivo que ello implica de presupuestos y de consecuencias.

Supongo conocida la excelente tradición española en el campo de las instituciones penitenciarias y procedimentales; y en el empeño por encontrar y/o crear el armónico desarrollo de la totalidad y "una cohesión íntima y una gran congruencia entre todas sus partes", conscientes, sin embargo, del "conjunto de incoherencias y contradicciones" que subyacen entre la realidad objetiva y los múltiples aspectos de conocimiento de ella, como escribió, ya en 1902, Dorado Montero (*Bases para un nuevo Derecho penal*, p. 172).

Ello no obsta para cuestionarnos sobre la oportunidad de introducir importantes reformas desde la perspectiva del principio constitucional (artículo 25.2 de la Constitución española), según el cual "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social" del condenado.

2. *Perspectiva jurídico-penal sustantiva*

A la luz de diversos trabajos de penalistas y, en concreto, de la ponencia del Prof. Ruiz Vellido, surge la pregunta de si los profesores de Derecho penal debíamos hablar más en nuestras cátedras del problema penitenciario y de la división del proceso penal en dos fases, con su incidencia directa en el Derecho penal sustantivo. Surge también la pregunta de si debíamos escribir más sobre el tema y si debíamos *hacer* algo más al respecto.

En algunas Universidades se corre el peligro de que los temas últimos del programa, que suelen ser los dedicados a los problemas penitenciarios, no se expongan con la debida profundidad por falta material de tiempo al final del curso académico. Quizás también, ojeando los índices de las revistas de Derecho penal sustantivo, se deplora el prestar no suficiente atención y espacio al mundo penitenciario y al tema de la división del proceso penal en dos fases de tal manera que, desde el punto de vista sustantivo, se analicen los pros y los contras, así como los modos de llevarla a cabo, en caso de considerar deseable la división, al estilo inglés, norteamericano y escandinavo.

Algunos catedráticos de Derecho penal dudamos si *hacemos* lo suficiente con nuestros alumnos en cuanto a visitas a las instituciones peni-

tenciarias y a los Palacios de Justicia para conocer y resolver las cuestiones relacionadas con la determinación de la pena y de las medidas penales correspondientes.

No pocos penalistas se han preocupado y se siguen preocupando seriamente de las aporías penitenciarias en la teoría e incluso en la práctica, ocupando (en tiempos cercanos y difíciles) puestos de suma responsabilidad en la Dirección General de dichas instituciones y elaborando una ley orgánica penitenciaria (el año 1979) que ha merecido el aplauso general (aunque después su desarrollo reglamentario y fáctico deje bastante que desear).

Conviene insistir en la línea tradicional española que considera como fin principal de las penas “la corrección del delincuente para hacerle mejor si se puede, y para que no vuelva a perjudicar la sociedad... la enmienda del delincuente es un objeto tan importante, que jamás debe perderle de vista el legislador en el establecimiento de las penas. Pero ¿cuántas veces por defecto de éstas, en vez de corregirse el delincuente, se hace peor y tal vez incurable hasta el punto de verse la sociedad en precisión de arrojarle de su seno como miembro acangrenado, porque ya no le puede sufrir sin peligro de que inficione a otros con su contagio”?, como escribió Lardizábal, en el cap. III, núm. 4 de su *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma* (Madrid, 1782).

3. *Perspectiva procesal*

A los procesalistas quizás se les pueda formular, poco más o menos, las mismas interrogaciones que nos autocuestionábamos en el campo penal. Sus trabajos de investigación y de divulgación en las revistas, su docencia del Derecho procesal en las aulas universitarias, las visitas con sus alumnos a las cárceles y a las Audiencias... no sé si prestan la atención que hoy en día exigen el respeto y el desarrollo de los derechos humanos de los delincuentes y de los inocentes, de los victimarios y de las víctimas.

Aunque mis conocimientos en el sector procesal no alcancen el nivel deseable, me permito abogar en favor de la división del proceso penal en dos fases.

Como resultado de la evolución de las modernas investigaciones criminológicas y de las ciencias del hombre afines al campo penal sustantivo, procesal, penitenciario y de la organización judicial, se impone introducir ciertas reformas radicales en el procedimiento penal tradicional. Quizás estas reformas deban ser más profundas que las pergeñadas generalmente

en los textos de Derecho procesal penal. Con F. Ramos, sentimos una irresistible tentación de cruzar el Rubicón de un siglo de historia. ¿Ha llegado ya el momento para que en España se imite, sin copiar textualmente, las innovaciones introducidas tiempo ha en otros países que dividen en dos fases el enjuiciamiento criminal? Me refiero al juicio ora después de los pasos previos, sumarial e intermedio, que comentan algunos especialistas como Gimeno Sendra, Moreno Catena, Almagro Nosete y Cortés Domínguez en su *Derecho procesal*², y últimamente Francisco Ramos en su documentado y sugerente *El proceso penal. Lectura Constitucional*³.

Dentro del procedimiento que considero oportuno establecer *de lege ferenda*, en el juicio oral corresponde al Juez o al Tribunal determinar primeramente la culpabilidad o la inocencia del acusado, es decir, decidir el *sí* o el *no* a la imputación objetiva y subjetiva del hecho delictivo. Posteriormente el mismo Juez o Tribunal, pero con la colaboración de especialistas de las ciencias del hombre, deberá llevar a cabo otra tarea muy distinta de la anterior, deberá formular en concreto el *qué* y el *cómo* de la sentencia, es decir, determinar las concretas penas y medidas penales correspondientes, tomando científicamente en consideración la personalidad del delincuente, su contexto familiar, social, laboral, etc. Y su relación pasada y futura con la víctima.

En el estadio anterior (la *conviction*) se conocen y se juzgan los hechos probados y su calificación jurídica, imputabilidad, culpabilidad, etc. Después, en esta segunda y última etapa (la *sentencing*), se establece con la ayuda de los especialistas extrajurídicos una prognosis futura para poder formular la sanción concreta (dentro de las varias alternativas que permiten los artículos 650 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que facilitará, en cuanto sea posible, la repersonalización del delincuente y la asistencia debida a la víctima. Esta división del proceso penal en dos fases tiene una incidencia notable no sólo en la posterior ejecución de la sentencia penal sino también, y sobre todo, en la técnica y el método para especificar y cuantificar la sanción concreta que se impone al condenado con miras a su reinserción social, exigida por la norma constitucional.

Quizás de nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal deba actualizarse, entre otros, el artículo 650 cuando dice que "El escrito de

2 V. GIMENO SENDRA, V. MORENO CATENA, J. ALMAGRO NOSETE y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal*. Tomo II (Vol. I). El proceso penal (1), Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, pp. 468 ss. (Cfr. 3ª edición de 1990, pp. 463 ss.).

3 F. RAMOS, *El Proceso Penal. Lectura Constitucional*, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 317 ss., 369 ss. (Cfr. 2ª edición de 1991).

calificación se limitará a determinar en conclusiones precisas y numeradas: ... 5.^a Las penas en que hayan incurrido el procesado o procesados, si fueren varios, por razón de su respectiva participación en el delito", y el art. 653 que permite a las partes presentar "sobre cada uno de los puntos que han de ser objeto de la calificación dos o más conclusiones en forma alternativa". También al art. 655, párrafo segundo, cuando determina que el Tribunal "dictará sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada".

El dictar la sentencia concreta parece hoy mucho más complicado de lo que deja entender el texto de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y algunos de sus comentarios y comentaristas, especialmente si se concede importancia al Juez de Vigilancia Penitenciaria, como indica G. Blau ⁴.

Como desarrolla ampliamente J. Herrmann ⁵, los juristas deben tomar más en serio la urgencia de acomodar el Derecho procesal penal a la evolución actual del derecho penal *de hecho* hacia el derecho penal *de autor* (en el sentido positivo de la expresión, no en el sentido hitleriano), a la luz de las modernas investigaciones sobre la personalidad del delincuente y con mayor atención a los previsibles efectos de las sanciones. Lógicamente, Herrmann propone la división del proceso alemán en dos fases: una para juzgar el hecho delictivo con sus circunstancias fácticas, y otra posterior para decretar y determinar las sanciones individualizadas con la ayuda científica y seria de los especialistas en prognosis personal y social, sin olvidar la atención a (y la participación de) la víctima ⁶.

En este sentido pueden y deben interpretarse los artículos 75, 1.^a; 84,3.^a; 87, 2.^a y 100, 3, de la Propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal, de 1983, que piden informes de carácter criminológico formulados por expertos.

4. *Organización judicial et cetera*

El pasado día 12 de abril, al concluir un acto académico en el interior del Centro Penitenciario de Martutene en San Sebastián, dos altos funcionarios (que han estado de servicio anteriormente en una decena de centros penitenciarios) indicaron que en San Sebastián han constatado por

⁴ G. BLAU, *Die Strafvollstreckungskammer*, en H. D. SCHWIND und G. BLAU, *Strafvollzug in der Praxis*, Walter de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 339 ss.

⁵ J. HERRMANN, *Ein neues Hauptverhandlungsmodell*, en *ZgStW*, 1988, pp. 44 ss., 74 ss., IDEM, *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens*, 1971, pp. 103 ss.

⁶ J. HERMANN, *Ein neues ...*, p. 80.

primera vez que los "operadores" de la administración de la justicia cumplen fielmente los preceptos legales respecto a la frecuencia y manera de visitar las instituciones penitenciarias.

Si ojeamos las revistas especializadas (oficiales y no oficiales) desde el punto de vista de las 30.000 personas que están privadas de libertad en España, quizás se pueda concluir que debía prestarse más atención y espacio a estos problemas carcelarios en relación con la presente y futura organización judicial.

Plausible parece la importancia que la revista del Poder Judicial otorga a algunas cuestiones del sistema y funcionamiento penitenciario.

Por otra parte, es de lamentar que, desde al año 1983-1984, no se haya publicado (según mis noticias) la Memoria que la Dirección General de Instituciones Penitenciarias solía editar cada año.

Afortunadamente, el hasta hace poco tiempo Defensor del Pueblo, Joaquín Ruiz-Giménez, en su Informe último se ha manifestado con inteligencia y valentía constatando que el respeto de los derechos humanos en las Instituciones Penitenciarias de España deja bastante (mucho, digo yo, aunque menos que en varios países centroeuropeos) que desear por diversos motivos y diversas circunstancias.

Capítulo aparte merecería el tanto de culpa de la Universidad Española en general. Creo que la institución en cuanto tal (no los profesores) está muy por debajo de la altura de Europa⁷. Prueba patente de ello es el escaso aprecio y el escaso lugar que se presta a los Institutos y cátedras (?) de Criminología que a la luz de la ciencia contemporánea parecen indispensables para el normal funcionamiento de las instituciones penitenciarias y la debida actualización del Derecho Penal, y en concreto, para responder a la pregunta de cómo debe determinarse y concretarse individualmente la respuesta penal, la sanción, que *hic et nunc* debe aplicarse a cada condenado con sus peculiaridades y circunstancias tan diversas y diferenciales. La Universidad podría investigar los pros y los contras de la división del proceso penal en dos fases desde la perspectiva interdisciplinar propia de la Criminología y de la Política Criminal.

7 R. LANGE, *Auf dem Wege zur anthropologischen Kriminologie*, en *ZgStW*, 1988, pp. 81 ss.

N.B. Texto levemente actualizado, de la comunicación presentada en las *I Jornadas de magistrados, fiscales y profesores de Derecho Penal — Trabajos preparatorios del Congreso de Viena de la AIDP*, celebradas en Albacete (España), en mayo de 1988.

A Reforma Monetária de 1990 - Problemática Jurídica da Chamada "Retenção dos Ativos Financeiros" (Lei n.º 8.024, de 12-4-1990)

GILMAR FERREIRA MENDES

Procurador da República. Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria-Geral da Presidência da República. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Doutor em Direito pela Universidade de Münster

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Análise crítica das posições. 2.1. Considerações preliminares. 2.2. Retenção dos ativos financeiros como empréstimo compulsório. 2.3. A retenção dos ativos financeiros e a garantia do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. 2.3.1. Considerações preliminares: direito adquirido e a modificação de institutos jurídicos. 2.3.2. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e mudança do estatuto legal da moeda. 2.4. A retenção dos ativos financeiros e o direito de propriedade. 2.4.1. Considerações preliminares. 2.4.2. Estrutura básica dos direitos fundamentais. 2.4.3. Estrutura básica do direito de propriedade. 2.4.3.1. Considerações preliminares. 2.4.3.2. Definição e limitação do conteúdo do direito de propriedade. 2.4.4. A alteração do padrão monetário e a garantia da propriedade. 2.4.4.1. Considerações preliminares. 2.4.4.2. Significado da garantia constitucional da propriedade e alteração do padrão monetário. 2.4.4.3. O direito de propriedade e a Lei n.º 8.024, de 1990. 2.5. A restrição ao direito de propriedade e a observância do "princípio de proporcionalidade ou da razoabilidade". 2.5.1. Considerações preliminares. 2.5.2. O direito de propriedade e o princípio da proporcionalidade. 2.5.3. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2.5.4. O princípio da proporcionalidade e a Lei n.º 8.024, de 1990. Bibliografia.

1. Introdução

É possível que a retenção dos ativos financeiros, determinada pela Medida Provisória n.º 168, posteriormente convertida na Lei n.º 8.024, de 12 de abril de 1990 (arts. 5.º, 6.º e 7.º), constitua um dos mais tormentosos temas do Direito Constitucional brasileiro. As múltiplas e contraditórias posições manifestadas na doutrina dão conta, por si só, da alta complexidade do tema.

Não são poucos os doutrinadores e juízes que sustentam a inconstitucionalidade manifesta dessas cláusulas por diversos fundamentos. Afirma-se, em síntese, que:

a) as normas em questão ferem a garantia constitucional que assegura a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5.º, XXXVI);

b) as disposições impugnadas consagram modalidade de empréstimo compulsório sem observância do preceituado no art. 148 da Constituição, que impõe seja essa espécie de tributo instituída apenas mediante lei complementar;

c) ao decretar a indisponibilidade dos ativos financeiros, os preceitos legais em apreço violaram, de forma flagrante, a garantia constitucional da propriedade (CF, art. 5.º, XXII);

d) ter-se-ia aqui a configuração de confisco, eventualmente, a configuração de *confisco temporário*, pois a indisponibilidade desses ativos acabaria por descaracterizar o próprio direito de propriedade;

e) as disposições impugnadas configurariam espécie de desapropriação realizada ao arrepio da Constituição.

Alguns cogitam de que se cuidaria, na espécie, de peculiar requisição, que estaria viciada *ab initio*, porquanto realizada em desconformidade com a Constituição.

Pelo seu lado, os serviços jurídicos da União¹ afirmam a legitimidade das disposições questionadas, sustentando, fundamentalmente, que:

a) quando a nova Constituição atribui competência à União para legislar sobre sistema monetário (CF, art. 22, VI), confere-lhe, implícita e necessariamente, poderes para criar e extinguir tal ou qual moeda, atribuir-lhe ou retirar-lhe o curso forçado, fixar-lhe o respectivo padrão, estabelecer regras de conversão da moeda antiga para a nova, seja ao par, seja em outra proporção, inclusive prescrevendo taxas diferenciadas, segundo a natureza dos valores representados na moeda antiga, e dispendo sobre o prazo e as condições, gerais ou diversificadas, para a conversão;

1 Cf. Informações prestadas no MS n.º 21.142-3, in: *Diário Oficial* de 10 de setembro de 1990, pp. 17141-17145.

b) o plano estabeleceu regras de conversão de Cruzados Novos para Cruzeiros, sem afetar a titularidade dos ativos financeiros, os quais foram transferidos para o Banco Central, mas continuam em contas individualizadas, em nome dos respectivos titulares, sob sua integral propriedade, com correção monetária e pagamento de juros, sendo passíveis de utilização, nos casos admitidos em lei. Não se poderia, portanto, cogitar de empréstimo compulsório.

Como se vê, as teses sustentadas contra a legitimidade da retenção dos ativos financeiros afirmam, fundamentalmente, a existência de afronta (a) ao direito de propriedade, (b) ao princípio do ato jurídico perfeito, e (c) à forma constitucional de instituição de empréstimo compulsório.

No sentido de que se cuida de empréstimo compulsório inconstitucional, manifestou-se o Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, com sede em São Paulo.

Aquela Egrégia Corte houve por bem acolher, por unanimidade, posição sustentada no voto do eminente Juiz Américo Lacombe. Propôs-se Sua Excelência a verificar se as disposições contidas na Lei n.º 8.024, de 12 de abril de 1990, se enquadravam no esquema lógico do empréstimo compulsório.

A resposta é afirmativa, como se pode constatar na seguinte passagem de sua longa manifestação:

“Após modificar a denominação da moeda (art. 1.º) e estabelecer a paridade com a moeda antiga (art. 1.º, § 2.º), estabeleceu o art. 5.º:

Os saldos dos depósitos à vista serão convertidos em cruzeiros, segundo a paridade estabelecida no § 2.º do art. 1.º, obedecido o limite de NCz\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos).

§ 1.º As quantias que excedam o limite fixado no *caput* deste artigo serão convertidas, a partir de 16 de setembro de 1991, em 12 (doze) parcelas mensais iguais sucessivas.

§ 2.º As quantias mencionadas no parágrafo anterior serão atualizadas monetariamente pela variação do BTN fiscal, verificada entre o dia 19 de março de 1990 e a data da conversão, acrescida de juros equivalentes a 6% (seis por cento) ao ano ou fração *pro rata*.

O *caput* determina conversão dos cruzados novos em cruzeiros até o limite de NCz\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos). O *caput* estabelece o limite de isenção.

Temos, assim, o seguinte esquema lógico da primeira norma:

Hipótese de incidência: Núcleo: ser titular de depósito à vista em instituição bancária; coordenada específica de espaço: a instituição bancária depositária; coordenada específica de tempo: 15 de março de 1990 (data da Medida Provisória 168).

Mandamento: Base de cálculo: o montante do depósito superior a NCz\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos); alíquota: 100% (cem por cento); Sujeito Ativo: Banco Central (art. 9.º); Sujeito Passivo: depositante na instituição bancária.

A segunda norma tem o seguinte esquema lógico:

Hipótese de incidência: Núcleo: ser depositário do saldo de cruzados novos acima de NCz\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos); coordenada genérica de espaço: sede do Banco Central; coordenada de tempo: 16 de setembro de 1991, 16 de outubro de 1991, 16 de novembro de 1991... e sucessivamente até 16 de setembro de 1992.

Mandamento: Base de cálculo: o montante de cruzados novos não convertidos em cruzeiros, em 15 de março de 1990, corrigidos pelo BTN fiscal e acrescidos dos juros de 6% ao ano; alíquota: 100% (cem por cento); Sujeito ativo: depositante na instituição bancária; sujeito passivo: Banco Central.”

Após desenvolver operação semelhante em relação ao disposto no art. 6.º da Lei n.º 8.024, de 1990, que disciplinou a retenção dos ativos financeiros constantes de saldos das cadernetas de poupança, concluiu o eminente juiz, de forma lapidar:

“Criou, assim, a Lei n.º 8.024, de 12 de abril de 1990, oriunda da Medida Provisória n.º 168, de 15 de março de 1990, um empréstimo compulsório, incidente sobre os saldos de depósitos à vista, saldos de caderneta de poupança, depósitos a prazo fixo, letras de câmbio, demais ativos financeiros e recursos captados pelas instituições financeiras por meio de operações compromissadas. O tributo foi criado com uma alíquota de 100% (cem por cento) incidente sobre as diversas bases de cálculo, depois de subtraídos os limites de isenção, sendo restituível após 16 de setembro de 1991, em 12 parcelas iguais, mensais, sucessivas, atualizadas pela variação do BTN fiscal e acrescidas dos juros de 6% ao ano ou fração *pro rata*.”

Enfatizou-se que o empréstimo compulsório não teria sido instituído para atender despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou de sua iminência (CF, art. 148, I). Assim, o fundamento somente poderia “ter sido retirado do inciso II (investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional)”. Nesse caso,

estaria, porém, o empréstimo compulsório sujeito ao princípio da anterioridade.

A essa primeira inconstitucionalidade aduzir-se-ia uma outra: “por disposição expressa do art. 148, o empréstimo compulsório só poderia ser criado por lei complementar, e a medida provisória não é instrumento idôneo para iniciar o procedimento legislativo de lei complementar”. Como somente cabe a utilização de medida provisória em matéria de lei ordinária, a instituição do empréstimo compulsório mediante essa providência excepcional estaria a configurar uma outra inconstitucionalidade.

Ademais, inexistiria a urgência (*sic*), pressuposto inarredável para a edição de medida provisória, o que estaria a configurar ilegitimidade formal autônoma da Medida Provisória e, portanto, da Lei n.º 8.024, de 1990.

Por último, identificou o v. acórdão uma quarta inconstitucionalidade, decorrente do tratamento indiscriminado que se conferiu aos depósitos em conta corrente e as demais formas de aplicação.

Sintetizando o entendimento, deixou-se assente no v. acórdão que:

“1) a serem consideradas requisição, as medidas de bloqueio serão inconstitucionais, por não ter ocorrido o pressuposto do iminente perigo público, previsto no inciso XXV do art. 5.º, e por inexistir lei que discipline a medida; 2) a serem consideradas confisco, serão inconstitucionais, visto que, em primeiro lugar, o art. 150, IV, veda inclusive o efeito do confisco nos tributos, e, em segundo lugar, conforme o inciso LIV, do art. 5.º, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; 3) a serem consideradas servidão de uso, serão inconstitucionais, por não terem sido instituídas por acordo ou sentença judicial, violando ainda a disposição acima que exige o devido processo legal; 4) a serem consideradas empréstimo compulsório, as medidas serão inconstitucionais porque: a) não foram criadas por lei complementar; b) violaram o princípio da anterioridade; c) não poderiam ser veiculadas por medida provisória, por faltar o pressuposto da urgência e por ser este veículo normativo impróprio para iniciar procedimento legislativo de matéria própria e específica de lei complementar; d) foi violado o princípio da capacidade contributiva.” (Fl. 22.)

Essa posição do eminente Relator foi secundada pelo Juiz Marcio Moraes, que qualificou a retenção dos ativos financeiros como “puro ato de força que, antes de atentar ao ato jurídico perfeito e ao direito de propriedade (art. 5.º, XXXVI e XXII, da Constituição), agride a concepção de *Direito*”.

Assinale-se que também o Tribunal Regional Federal da 6.ª Região, com sede em Recife, decidindo a *Apelação* em Mandado de Segurança

n.º 2.379, em 20 de março de 1991, afirmou a inconstitucionalidade da referida retenção. Vale registrar passagem do voto proferido pelo emi-
nente Juiz Lázaro Guimarães, *verbis*:

“No momento em que determinou a transferência da qual-
idade de depositário dos valores em cruzados excedentes do
NCz\$ 50.000,00 da instituição financeira para o Banco Central,
a Lei MP n.º 168 atingiu diretamente o contrato de abertura e
movimentação de conta corrente, obstando o exercício do direito
de crédito do correntista que poderia ser exercido a qualquer
momento, mediante emissão de cheque.

Por mais que se busque um meio de justificação do ato, nada
se encontrará na Constituição que permita o cerceamento da
disponibilidade dos valores depositados. (...)

Como o Banco Central foi instituído depositário, isso signi-
fica que se transferiu a qualidade que tinha a instituição dep-
ositária e, em consequência, a propriedade do dinheiro depositado.
Houve um empréstimo compulsório mascarado, prevendo a lei
o pagamento a partir de setembro de 1991, em doze parcelas,
com juros de 6 por cento ao ano e correção monetária pela va-
riação do BTN fiscal.

Tudo isso sem lei complementar a com modificação do
contrato de depósito bancário em plena execução.

Há, também, quem considere que o depositante — titular
da conta bancária — permanece com o domínio sobre os valores
depositados. Para esses, como o ato de bloqueio não afetou a
titularidade da conta, não se poderia caracterizar empréstimo
compulsório, nem confisco, mas simples ato administrativo de
regulação do modo de conversão de cruzados em cruzeiros.

Nesse caso, persiste o vício da inconstitucionalidade, porque
atingido o direito de propriedade no seu elemento essencial con-
sistente na livre disponibilidade dos valores depositados.

Como se vê, quer se compreenda o contrato de depósito
bancário, ou de caderneta de poupança, como depósito irregular,
quer se o entenda como depósito regular especial em que o
depositante permanece como proprietário dos valores depositados,
há sempre, no ato de bloqueio, a violação de uma garantia cons-
titucional, seja a do ato jurídico perfeito — art. 5.º, XXXVI, CF,
uma garantia constitucional, seja a do direito de propriedade —
artigo 5.º, XXII, CF.”

Vê-se, pois, que os dois acórdãos repisam os argumentos sobre a
caracterização de empréstimo compulsório inconstitucional, de ofensa ao
ato jurídico perfeito e ao direito de propriedade. A argumentação algo

difusa constante dos dois arestos, que se esforçaram por consolidar todos os argumentos suscitados contra a retenção dos ativos financeiros, está a revelar a dificuldade que o tema prepara para os próprios órgãos jurisdicionais. Na impossibilidade de tipificar adequadamente o fenómeno jurídico, opta-se por uma censura ampla e genérica da providência questionada.

2 — *Análise crítica das posições*

2.1. *Considerações preliminares*

Essa orientação fez com que não fossem contemplados argumentos relevantes que deveriam ter sido considerados, ainda que para serem afastados por impertinentes ou incabíveis. Não! Tem-se preferido infirmar a legitimidade da retenção dos ativos financeiros com uma argumentação genérica, difusa, que, por isso, dispensaria um estudo mais acurado e contextualizado da problemática. Não se emite uma palavra sobre a peculiar estrutura do direito de propriedade enquanto direito fundamental, que tem *âmbito ou núcleo de proteção (Schutzbereich) formado e conformado por normas jurídicas (rechts-oder normgeprägten)*². Igualmente problemática revela-se a afirmação de ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido no contexto de uma profunda alteração de todo o estatuto monetário, como estão a demonstrar alguns expressivos precedentes do Supremo Tribunal Federal³.

Digna de exame mostra-se, portanto, a enfática alegação de afronta ao direito de propriedade. Embora não se possa negar que a garantia constitucional do direito de propriedade transcende os lindes dos direitos reais e abarca, genericamente, outros valores patrimoniais, inclusive depósitos bancários⁴, deve-se admitir, coerentemente, que também a *propriedade* desses diversos bens e valores está submetida ao poder de conformação do legislador, que poderá, eventualmente, redefinir o conteúdo do *núcleo ou âmbito de proteção* ou optar pela imposição de outras limitações a esse direito.

Deve-se indagar, igualmente, se a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito teria o alcance que se lhe pretende emprestar. Podendo o legislador proceder a uma máxidesvalorização da moeda antiga, como já ocorrido aqui e alhures, não poderia ele, no uso de sua competência constitucional e no pleno exercício de poder de conformação, exigir que

2 Pieroth e Schlink, *Grundrechte — Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 61.

3 RE nº 105.137, Relator: Ministro Cordeiro Guerra, RTJ 115, p. 379; RE nº 105.322, Relator: Ministro Francisco Rezek, RTJ 118, p. 709; ERE nº 105.137, Relator: Ministro Rafael Mayer, RTJ 119, p. 783.

4 Cf., entre nós, Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, com a emenda nº 1, de 1969, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1987, tomo V, p. 392; v. também Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, Heidelberg, 1988, p. 172; Pieroth e Schlink, op. cit., pp. 231 s.

a conversão de cruzados novos em cruzeiros observasse determinadas condições?

É fácil de ver que esses aspectos — sem dúvida de alta relevância para uma análise do complexo de questões suscitadas pela retenção dos ativos financeiros — não foram contemplados na doutrina⁵ e na jurisprudência que se vem desenvolvendo sobre o tema.

Não se comete, pois, nenhuma injustiça se se afirmar que, a despeito do hercúleo esforço desenvolvido, não lograram os partícipes dessa controvérsia exaurir o tema ou dar a última palavra sobre o assunto⁶.

Convém, portanto, sejam analisadas todas as posições enunciadas, a fim de que se possa constatar, específica e detidamente, a sua plausibilidade ou, eventualmente, a sua inconsistência.

2.2. Retenção dos ativos financeiros como empréstimo compulsório

Como ressaltado, sustenta-se que, ao permitir a retenção dos ativos financeiros, o legislador consagrou empréstimo compulsório, ao arrepio dos princípios constitucionais definidores desse instituto.

Nos termos do art. 148 da Constituição, a União poderá, mediante lei complementar, instituir empréstimos compulsórios “para atender a despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência” (art. 148, I) e “no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional” (art. 148, II).

5 A posição sustentada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto parece constituir a única exceção a essa tendência (Cf. A reforma monetária e a retenção dos ativos líquidos no Plano Brasil Novo, in: *Revista de Informação Legislativa* nº 108 (1990), pp. 49 s).

6 É possível mesmo que as dúvidas e perplexidades que ainda hoje pairam sobre o assunto sejam fruto da equivocada indagação inicial formulada por quase todos aqueles que se ocuparam do tema até agora. Insistiram muitos deles na formulação da questão errada. Ao invés de investigarem a natureza do “fenômeno jurídico” contido na Lei nº 8.024, de 1990, pretendem encontrar resposta para a indagação negativa, apresentada, mais ou menos, nos seguintes termos: “O que não é a medida constante da Lei nº 8.024, de 1990?” Não é empréstimo compulsório! Não se trata de apropriação! Não é uma requisição! Cuida-se, logo, de algo inconstitucional! A par de outras considerações, que poderão ser feitas sobre o assunto, advirta-se que a adoção desse “método negativo” no juízo de constitucionalidade revela-se assaz perigosa. É que ele exonera o julgador da responsabilidade de dizer porque determinada providência é inconstitucional, isto é, demite-o do dever de compreendê-la ou de apreendê-la antes de proferir o veredicto sobre sua invalidade. É certo, por outro lado, que a adoção desse “método” reforça ainda mais o significativo poder do julgador no controle de constitucionalidade, na medida em que leva inevitavelmente a uma excessiva *subjetivação* do processo de aferição da constitucionalidade das leis. O parâmetro de aferição de validade das leis passa a ser não a Constituição, mas o “universo de informações” do julgador. *Essa tendência contém implícita a ameaça de que a desinformação do julgador ou do intérprete se converta em fundamento da declaração da inconstitucionalidade.*

O ato legislativo que institui o empréstimo há, portanto, de explicitar os fundamentos que o legitimam, devendo a aplicação dos recursos estar vinculada à despesa que determinou a sua instituição (art. 148, parágrafo único).

Enquadrar-se-ia a chamada retenção dos ativos financeiros, levada a efeito pela Lei n.º 8.024, de 1990, no conceito de empréstimo compulsório fixado na Constituição?

Essa providência não visava à obtenção de recursos para fazer face a um estado de calamidade pública ou de beligerância. Embora a inflação possa levar a um estado de calamidade pública e, mais do que isso, até à ruptura da própria ordem político-social, como ocorrido com a República de Weimar (1933)⁷ é certo que não se poderia identificar, ainda, no momento da edição do Plano Collor, a configuração de um estado de calamidade pública.

Destinar-se-iam os recursos retidos a investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional? O v. aresto do Tribunal Regional Federal de São Paulo responde afirmativamente, ressaltando, *verbis*:

“(...) o fundamento só pode ter sido retirado do inciso II (investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional). Ocorre que, neste caso, o empréstimo compulsório está sujeito ao princípio da anterioridade (...)”

A análise cuidadosa e isenta das disposições constantes da Lei n.º 8.024, de 1990, antes *infirmas* do que confirma essa orientação. Senão, vejamos.

Os artigos 5.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 8.024, de 1990, estabeleceram expressamente que as quantias que excedessem o limite de NCz\$ 50.000,00 seriam convertidas em cruzeiros a partir de 16 de setembro de 1991, em doze parcelas iguais e sucessivas, assegurando-se correção monetária

7 O efeito inegavelmente desagregador do processo inflacionário pode ser confirmado na seguinte passagem da obra de Lionel Richard sobre *A República de Weimar*, *verbis*:

“Até meados de 1922, a desvalorização do marco se desencadeava com relativa lentidão. O assassinato de Rathenau teve o efeito de um detonador. No exterior, a desconfiança em relação à Alemanha e à sua moeda se intensificou. A 2 de dezembro de 1922, o dólar valia 9.000 marcos. No final do ano, o orçamento tinha cifras de bilhões e a Comissão de Finanças da Câmara dos Deputados estimava o déficit em 7 bilhões. Em março de 1923, o governo presidido por Wilhelm Cuno tentava estabilizar o marco na proporção de 22.000 marcos por dólar. Medida ineficaz. No dia seguinte, o dólar subia para 29.500 marcos por dólar. Atingiu mais de 40.000 marcos no fim de abril, 1 milhão em agosto, depois, rapidamente, 3, 6, 10 milhões. A 1º de novembro de 1923, valia 1 bilhão de marcos. Com essa cifra inimaginável, a moeda alemã recebia o golpe fatal. A Alemanha estava à beira da catástrofe” (Richard, Lionel, *A República de Weimar*, São Paulo, 1988, p. 92).

pela variação do BTN fiscal e juros equivalentes a seis por cento ao ano ou fração *pro rata*.

Nenhuma expressão contida na Lei n.º 8.024, de 1990, permite identificar a mais tênue intenção de destinar os recursos retidos para investimentos de qualquer natureza. Ao revés, consagrou-se, clara e explicitamente, que os saldos em cruzados novos, na forma dos artigos 5.º, 6.º e 7.º do referido diploma deveriam ser transferidos para o Banco Central e ali mantidos em contas individualizadas em nome da instituição financeira (art. 9.º).

Donde se extraiu, portanto, a idéia de que as importâncias retidas destinar-se-iam a investimentos públicos? É fácil de ver, portanto, que a caracterização das providências contidas na Lei n.º 8.024, de 1990, como empréstimo compulsório tem bases extremamente frágeis. Em verdade, toda a concepção subjacente à Lei n.º 8.024, de 1990, parece mesmo negar essa idéia. Não se tendo verificado a transferência de recursos de particulares para o Poder Público e não tendo havido a utilização dos recursos para fazer face a despesas públicas de qualquer natureza, não há como caracterizar a referida providência como empréstimo compulsório.

O ingresso desses valores no erário, como receita pública, constitui elemento fundamental para a definição da natureza jurídica, conforme se depreende de preciso pronunciamento do eminente Ministro Francisco Rezak, *verbis*:

“Assim como o imposto é espécie de tributo, o tributo é espécie de receita pública. Invoco, aqui, o ensinamento doutrinário do Ministro Baleeiro: receita pública é todo ingresso que, adentrando o erário, o tesouro público, sem nenhuma condição ou correspondência no passivo, vem acrescer seu vulto como elemento novo e positivo. Penso ser essa, quase que literalmente, a lição do grande mestre. Dessarte, eu não saberia como vislumbrar tributo naquilo que sequer é receita pública. O só fato de tratar-se de algo que se deve recolher obrigatoriamente não basta para determinar a natureza tributária do recolhimento”⁸.

Anteriormente, a Excelsa Corte já havia consagrado orientação semelhante, pela voz do eminente Ministro Rodrigues Alckmin, ao enfatizar que a contribuição para o FGTS não tem natureza tributária, pois se trata “de parcela recolhida em nome do empregado, disponível pelo empregado, pertencente ao empregado”⁹.

A questão parece adequadamente equacionada na seguinte passagem da reflexão desenvolvida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *verbis*:

8 RE nº 100.249-2, Relator Ministro Oscar Corrêa, in: *Lex-Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* nº 120, p. 25.

9 RE nº 76.700, Relator o Ministro Luiz Gallotti, *RTJ* 68, pp. 287/243.

“A hipótese de empréstimo compulsório decorreria da perda temporária da disponibilidade dos ativos líquidos em poder dos estabelecimentos financeiros. Isso configuraria o típico do artigo 148, da Constituição.

Ora, o empréstimo compulsório apresenta características constitucionais bem definidas:

— transferência de disponibilidade de recursos do público para o Estado;

— compulsoriedade dessa transferência (ius impositivum);

— temporariedade da transferência;

— motivos específicos para instituí-la (incisos I e II);

— ingresso dos recursos transferidos no orçamento da União;

— dispêndio, previamente definido e vinculado, desses recursos (parágrafo único).

Ora, no caso da Medida Provisória n.º 168/90 e Lei n.º 8.024/90,

— não há transferência da disponibilidade. O público perde temporariamente a disponibilidade de seus ativos, mas o Estado, por sua vez, tampouco deles pode dispor, como ocorreria se fora um empréstimo compulsório;

— a transferência não se vincula a qualquer dos motivos do art. 148;

— os recursos não ingressam no orçamento da União;

— os recursos retidos não são despendidos.

Como se vê, tudo o que há em comum em ambos, é, apenas, a compulsoriedade e a temporariedade. . .”¹⁰

Vê-se, assim, que a formulação contida no v. acórdão do Tribunal Regional de São Paulo, que vislumbra no modelo concebido pela Lei n.º 8.024, de 1990, empréstimo compulsório destinado a fazer face a despesas com investimentos públicos, é fruto — para dizer o mínimo — de uma petição de princípio. *Dá-se por demonstrado o que se pretende demonstrar!*

Ressalte-se que, diante dos termos expressos do art. 148 da Constituição, que exige seja o empréstimo compulsório instituído mediante lei complementar, não se poderia instituir essa espécie de tributo por medida provisória.

¹⁰ Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. A reforma monetária dos ativos líquidos do Plano Brasil Novo, art. cit. p. 49 (62-63).

Todavia, não estando presentes os elementos essenciais à caracterização do empréstimo compulsório, afigura-se despiendo arrostar o tema da inconstitucionalidade formal, referido nos arestos dos Tribunais Regionais Federais de São Paulo e de Pernambuco.

A constatação de que não se cuida, na espécie, de empréstimo compulsório não assegura, por si só, o reconhecimento da constitucionalidade da controvertida providência.

2.3. *A retenção dos ativos financeiros e a garantia do direito adquirido e do ato jurídico perfeito*

2.3.1. *Considerações preliminares: direito adquirido e a modificação de institutos jurídicos*

Como assinalado, afirma-se que, ao afetar os contratos de depósito celebrados e outras relações contratuais, a retenção dos ativos financeiros configurou frontal ofensa à garantia do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (CF, art. 5.º, XXXVI).

As duas principais Teorias sobre aplicação da lei no tempo — a Teoria do Direito Adquirido e a Teoria do Fato Realizado¹¹ — rechaçam, de forma enfática, a possibilidade de subsistência de situação jurídica individual em face de uma alteração substancial do regime ou de um estatuto jurídico¹².

Assim, sustentava Savigny que as leis concernentes aos institutos jurídicos outorgam aos indivíduos apenas uma qualificação abstrata quanto ao exercício do direito e uma expectativa de direito quanto ao ser ou ao modo de ser do direito¹³. O notável juriconsulto distinguia duas classes de leis: a primeira, concernente à aquisição de direito; a segunda, relativa à existência de direitos¹⁴. Afigura-se digna de registro a lição de Savigny a propósito, *verbis*:

“A primeira, concernente à aquisição de direitos, estava submetida ao princípio da irretroatividade, ou seja, à manutenção dos direitos adquiridos. A segunda classe de normas, que agora serão tratadas, relacionam-se à existência de direitos, onde o princípio da irretroatividade não se aplica. As normas sobre a existência de direitos são, primeiramente, aquelas relativas ao

11 Cf., sobre o assunto, Maximiliano, Carlos. *Direito Intertemporal*, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1955, p. 9-13; Mello, O. A. Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1969, vol. I, pp. 270 s.

12 Maximiliano, Carlos, *op. cit.*, pp. 9-13.

13 Cf., Savigny, *Traité de Droit Romain*, Paris, 1960, vol. 8, pp. 375 s.; v., a propósito, Mello, O. A. Bandeira de, *op. cit.*, p. 276.

14 Savigny, *op. cit.*, p. 276; *op. cit.*, pp. 375 e s., 503 e s.

contraste entre a existência ou a não existência de um instituto de direito: assim, as leis que extinguem completamente uma instituição e, ainda, aquelas que, sem suprimir completamente um instituto, modificam essencialmente sua natureza, levam, desde então, no contraste, dois modos de existência diferentes. Dizemos que todas essas leis não poderiam estar submetidas ao princípio da manutenção dos direitos adquiridos (a irretroatividade); pois, se assim fosse, as leis mais importantes dessa espécie perderiam todo sentido.”

Deveriam ser, portanto, de imediata aplicação, as leis que abolissem a escravidão, redefinissem a propriedade privada, alterassem o estatuto da vida conjugal ou da situação dos filhos¹⁵.

Essa orientação foi retomada e desenvolvida por Gabba, segundo o qual somente existiria direito adquirido em razão dos institutos jurídicos com referência às relações deles decorrentes, jamais, entretanto, relativamente aos próprios institutos¹⁶.

Nesse sentido, assinala o emérito teórico, *verbis*:

“Como dissemos inicialmente, nós temos direitos patrimoniais privados em relação aos quais o legislador tem liberdade de editar novas disposições de aplicação imediata, independentemente de qualquer obstáculo decorrente do princípio do direito adquirido. Esses são: 1.º) direitos assegurados aos entes privados, graças exclusivamente à lei, como seriam a propriedade literária e a propriedade industrial; 2.º) direitos, que não são criados pelo legislador, e aqueles direitos que, desenvolvidos por efeito da liberdade natural do trabalho e do comércio, têm uma vinculação especial e direta com o interesse geral e estão sujeitos a limites, condições e formas estabelecidas pelo legislador, como, v.g., o direito de caça, de pesca, o direito de propriedade sobre florestas e minas e o direito de exigir o pagamento em uma outra espécie de moeda. Não há dúvida de que, como já tivemos oportunidade de advertir (pp. 48-50), a lei nova sobre propriedade literária e industrial aplica-se não só aos produtos literários e às invenções anteriormente descobertas, como àquelas outras desenvolvidas após a promulgação da lei; e assim aplica-se imediatamente toda lei nova sobre caça, pesca, propriedade florestal ou sobre o sistema monetário.”¹⁷

O tema é contemplado, igualmente, por Roubier, que distingue, em relação às leis supressivas ou modificativas de institutos jurídicos, aquelas

15 Cf., a propósito, Mello, O. A. Bandeira de, op. cit. p. 276.

16 Cf., a propósito, Mello, O. A. Bandeira de, op. cit. p. 281.

17 Gabba, *Teoria della Retroattività delle Leggi*, vol. III, Torino, 1897, p. 208.

leis que suprimem uma situação jurídica para o futuro sem afetar as relações jurídicas perfeitas ou consolidadas daquelas que não só afetam a situação jurídica como também os seus efeitos¹⁸. Assinala Roubier, a propósito, *verbis*:

“Ora, as regras que nos guiaram até aqui, nos conduzirão facilmente à solução: ou a lei é uma lei de dinâmica jurídica, que visa mais os meios de alcançar uma determinada situação do que a própria situação em si; nesse sentido, é uma lei de constituição — ela respeitará as situações já estabelecidas; ou a lei é uma lei de estática jurídica, que visa mais os estados ou à situação em si do que os meios pelos quais ela se constitui; assim, é uma lei relativa aos efeitos de uma situação jurídica, ela se aplica desde o dia da entrada em vigor, sem se aplicar retroativamente às situações já existentes.”

Adiante, ressalta o mestre de Lyon, *verbis*:

“As leis que aboliram a escravidão ou os direitos feudais puderam aplicar-se às situações existentes, sem que tenham sido retroativas. E, com efeito, pouco importava o modo de aquisição do direito: o que a lei censurava era o regime jurídico do escravo, o conteúdo do direito feudal: a lei era, então, relativa aos efeitos da situação jurídica, e não à sua constituição; sem retroagir, ela atingiu as situações já constituídas.”¹⁹

Sistematizando esse entendimento, formula Roubier o seguinte resumo de sua tese, *verbis*:

“Em suma, diríamos que as leis que suprimem uma situação jurídica podem visar ou o meio de alcançar esta situação — e aí são assimiláveis pelas leis que governam a constituição de uma situação jurídica —, ou, ao contrário, podem visar os efeitos e o conteúdo dessa situação — logo, elas são assimiláveis pelas leis que regem os efeitos de uma situação jurídica; no primeiro caso, as leis não poderiam atingir sem retroatividade situações já constituídas; no segundo, elas se aplicam, de imediato, às situações existentes para pôr-lhes fim”²⁰.

Evidentemente, a aplicação desse entendimento sem maiores cautelas pode provocar sérios prejuízos aos particulares, com manifesto desrespeito ao princípio da equidade e, hoje diríamos, ao princípio da proporcionalidade. Savigny observava que o Estado não estava impedido de, inspirado no princípio da equidade, conceder indenização àqueles que viessem a sofrer séria lesão patrimonial com a abolição ou a extinção de determi-

18 Roubier, Paul, op. cit., pp. 210-215.

19 Roubier, Paul, op. cit., p. 213.

20 Roubier, Paul, op. cit., p. 215.

nado instituto jurídico²¹. Da mesma forma, haveriam de ser tomadas cautelas para evitar o enriquecimento sem causa de uns em detrimento de outros em virtude da modificação do *modo de ser* dos institutos jurídicos²². Essas providências teriam, segundo Savigny, caráter eminentemente político, nada tendo a ver com a garantia dos direitos adquiridos²³.

Gabba concedia, igualmente, que, se a coletividade obtém vantagem geral com a providência empreendida e alguns sofrem danos extraordinários, deveria o Estado compor esse prejuízo especial²⁴. A questão escaparia, porém, aos limites estritos do direito intertemporal²⁵.

O problema relativo à modificação das situações subjetivas em virtude da mudança de um instituto de direito não passou despercebido a Carlos Maximiliano, que assinala, a propósito, em seu clássico "o Direito Intertemporal", *verbis*:

"Não há direito adquirido no tocante a instituições, ou institutos jurídicos. Aplica-se logo, não só a lei abolitiva, mas também a que, sem os eliminar, lhes modifica essencialmente a natureza. Em nenhuma hipótese granjeia acolhida qualquer alegação de retroatividade, posto que, às vezes, tais institutos envolvam certas vantagens patrimoniais que, por equidade, o diploma ressalve ou mande indenizar."²⁶

Essa orientação básica, perfilhada por nomes de prol das diferentes correntes jurídicas sobre direito intertemporal, encontrou acolhida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se pode depreender de alguns expressivos arestos daquela Alta Corte.

Mencione-se, a propósito, a controvérsia suscitada sobre a resgatabilidade das enfiteuses instituídas antes do advento do Código Civil e que estavam gravadas com cláusula de perpetuidade. Em sucessivos pronunciamentos, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que a disposição constante do art. 693 do Código Civil aplicava-se às enfiteuses anteriormente constituídas, afirmando, igualmente, a legitimidade da redução do prazo de resgate, levada a efeito pela Lei n.º 2.437, de março de 1955²⁷. Rechaçou-se, expressamente, então, a alegação de ofensa ao ato jurídico per-

21 Savigny, *op. cit.*, p. 526.

22 Cf., a propósito, Mello, O. A. Bandeira de, *op. cit.*, p. 278.

23 Cf., a propósito, Mello, O. A. Bandeira de, *op. cit.*, p. 278.

24 Gabba, *op. cit.*, p. 48.

25 Cf., a propósito, Mello, O. A. Bandeira de, *op. cit.*, p. 278.

26 Maximiliano, Carlos, *op. cit.*, p. 62.

27 ERE n.º 47.931, de 8-8-1962, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 24 s.; RE 50.325, de 24-7-1962, Relator: Ministro Villas Boas, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 28 s.; RE n.º 51.606, de 30-4-1963, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 30 s.; RE 52.060, de 30-4-1960, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 34.

feito e ao direito adquirido²⁸. Esse entendimento acabou por ser consolidado na Súmula 170 do Supremo Tribunal Federal (*É resgatável a entidade instituída anteriormente à vigência do Código Civil*).

Assentou-se, pois, que a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito não obstava à modificação ou à supressão de determinado instituto jurídico.

Em acórdão mais recente, proferido no RE n.º 94.020, de 4 de novembro de 1981, deixou assente a Excelsa Corte, pela voz do eminente Ministro Moreira Alves, *verbis*:

“(. . .) em matéria de direito adquirido vigora o princípio — que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes — de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ela de coisa móvel, ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato.”²⁹

Esse entendimento foi reiterado pelo Supremo Tribunal Federal em tempos recentes, como se verá oportunamente³⁰ (cf., *infra*, §§ 65-66).

2.3.2. *Direito adquirido, ato jurídico perfeito e mudança do estatuto legal da moeda*

Se se reconhece que as leis modificativas de institutos jurídicos aplicam-se de forma imediata e geral, sem qualquer ressalva quanto às situações jurídicas consolidadas, caberia indagar se esses princípios hão de se aplicar, igualmente, às relações submetidas ao estatuto jurídico da moeda. Essa complexa questão já foi objeto de intensa discussão e profunda análise doutrinária e jurisprudencial.

Savigny teve oportunidade de sustentar enfaticamente a necessidade de que, em caso de mudança de moeda, se levasse em conta, na execução das dívidas de dinheiro, não o seu valor nominal, mas o valor real corrente³¹. Embora tenha sido adotado, inicialmente, pelo Código Napoleão

28 ERE n.º 47.931, de 8-8-1962, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 24 s.; RE 50.326, de 24-7-1962, Relator: Ministro Villas Boas, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 28 s.; RE n.º 51.606, de 30-4-1963, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 30 s.; RE 52.060, de 30-4-1960, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 34.

29 RE n.º 94.020, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* 104, p. 269 (272).

30 RE n.º 105.137, Relator: Ministro Cordeiro Guerra, *RTJ* 115, p. 379; ERE n.º 105.137, Relator: Ministro Rafael Mayer, *RTJ* 119, p. 783; RE n.º 105.322, Relator: Ministro Francisco Rezek, *RTJ* 118, p. 709.

31 Cf., a propósito, Gabba, *op. cit.*, p. 96. Roubier, *op. cit.*, p. 425.

(art. 1.895), esse entendimento não logrou acolhida na maioria dos sistemas positivos, como observado por Gabba, *verbis*:

“Essa opinião é seguida universalmente pelos escritores, sobretudo depois que se fez o conúbio entre a economia política e o direito e, também, em parte graças ao apostolado de Savigny (*Obligationenrecht*, ob., p. 455), que formulou o princípio segundo o qual: nas alterações do padrão monetário, a execução das obrigações em dinheiro anteriormente celebradas dever-se-ia fazer não com base no valor nominal, mas no valor real ou corrente da moeda. O direito positivo distancia-se, porém, na sua maior parte, desse princípio e confere eficácia retroativa às leis monetárias que, de algum modo, alteram o valor intrínseco da moeda, mantendo intocado o valor nominal.”³²

Considerando especificamente a adoção de novo sistema monetário, assevera Gabba, *verbis*:

“É claro que, por exemplo, uma lei que introduz o curso forçado da moeda é retroativa, isto é, é aplicável imediatamente tanto aos negócios jurídicos já celebrados quanto aos novos contratos. Tem-se aqui o mais perfeito exemplo de retroatividade de lei de ordem pública concernente ao interesse patrimonial, sem a qual restariam frustrados os fins perseguidos pela lei. Razão pela qual, introduzido o curso forçado na Itália, a jurisprudência italiana, com inúmeras sentenças encontradas nas diversas coleções, assentou que o pacto de pagamento em ouro não tinha mais validade, independentemente de ter sido celebrado antes ou depois da entrada em vigor da lei, sendo poucos os julgados que distinguem entre uma e outra situação.”³³

Tem-se, pois, que a mudança do estatuto legal da moeda afeta, inevitavelmente, as relações contratuais em curso. Não se trata, porém, de norma de simples conteúdo contratual, mas, como enunciado, de lei que disciplina o regime jurídico de determinada situação³⁴.

Pela natureza da modificação, o novo sistema aplica-se, de forma imediata e geral, a todas as relações jurídicas, tenham elas índole contratual ou não. “Il en résulte que les lois qui changent la valeur intrinsèque — observa Roubier — de la monnaie ont un effet immédiat sur les contrats en cours.”³⁵

32 Gabba, op. cit., vol. IV, Torino, 1896, p. 96.

33 Gabba, op. cit., vol. III, pp. 208 e 209.

34 Cf., a propósito, Roubier, Paul, op. cit., pp. 210-213 e 424-426; Maximiliano, Carlos, op. cit., pp. 62, 63; Espínola, Eduardo e Espínola Filho, Eduardo, *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, 1932, vol. II, pp. 187-188.

35 Cf., a propósito, Roubier, Paul, op. cit., p. 426.

Nesse sentido, ensina Roubier, *verbis*:

“Foi dito, então, que as novas leis que modificam o regime monetário deveriam se aplicar aos contratos vigentes como leis de natureza pública contratual. Porém, isso não é suficiente para definir os efeitos da lei nova, pois poder-se-ia acreditar que a lei nova tem efeito somente para os devedores contratuais. Ora, isso é um erro evidente: a lei nova tem efeito para todos os devedores, sejam as dívidas oriundas de um contrato ou de uma outra fonte. E, precisamente, se tem efeitos nos contratos vigentes, é porque não é uma lei relativa apenas a uma situação contratual, mas uma lei relativa a um estatuto legal, o estatuto da moeda; a lei, considerada como lei de direito público, atinge todos os sujeitos do Estado, ela os atinge tanto nos seus contratos quanto fora de todo contrato; é um erro considerar que a lei é relativa somente aos contratos.”³⁶

Assim, não parece subsistir dúvida de que os princípios pertinentes ao direito intertemporal não se afiguram adequados para solver problema decorrente de modificação do estatuto legal da moeda.

O tema já foi objeto de análise na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ao julgar o RE n.º 105.137, da relatoria do eminente Ministro Cordeiro Guerra, enfatizou a Excelsa Corte, *verbis*:

“A moeda do pagamento das contribuições e dos benefícios da previdência privada tem o seu valor definido pela Lei n.º 6.435/77, segundo os índices das ORTNs, para todas as partes. Não há direito adquirido a um determinado padrão monetário pretérito, seja ele o mil réis, o cruzeiro velho ou a indexação pelo salário mínimo. O pagamento se fará sempre pela moeda definida pela lei do dia do pagamento.”³⁷

Essa orientação foi reiterada, igualmente, no ERE n.º 105.137 (Relator: Ministro Rafael Mayer, *RTJ* 119, p. 783), no RE n.º 105.322 (Relator: Ministro Francisco Rezek, *RTJ* 118, p. 709) e no RE n.º 107.763 (Relator: Ministro Sydney Sanches, *RTJ* 122, p. 1076).

Se não subsiste dúvida sobre a imediata aplicação das leis que alteram o estatuto legal da moeda a todas relações jurídicas, inclusive às de direito privado, caberia investigar as consequências jurídicas de lei que, ao introduzir novo padrão monetário, impôs condições específicas para a conversibilidade da moeda antiga.

Assinale-se, de plano, que, tal como enfatizado, os princípios de direito intertemporal não outorgam aos titulares de situações jurídicas o direito de receber seus créditos em uma determinada moeda ou no valor real da

³⁶ Roubier, Paul, *op. cit.*, p. 426.

³⁷ RE n.º 105.137, Relator: Ministro Cordeiro Guerra, *RTJ* 115, p. 379.

moeda corrente (cf. supra §§ 58 a 66). Portanto, os princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito não obstam a que se proceda a uma alteração do estatuto legal da moeda, ainda que esta modificação implique profunda desvalorização nominal do padrão monetário anteriormente em vigor.

Se o legislador pode adotar novo padrão monetário, com substancial alteração do valor intrínseco da moeda, não lhe seria, igualmente, facultado preservar a paridade entre o velho e o novo padrão monetário, exigindo, contudo, que a conversão se verificasse sob determinadas condições?

Pelo menos do prisma exclusivo do direito intertemporal afigura-se difícil vislumbrar qualquer óbice contra semelhante modelo. Como amplamente demonstrado, tem-se, em se tratando de alteração do estatuto legal da moeda, a *redefinição* de todo um regime jurídico, que afeta não direta, mas reflexamente, as posições jurídicas individuais.

No caso em apreço, ao invés de elevar de forma demasiada o valor do novo padrão monetário, optou o legislador por consagrar a paridade entre cruzado novo e cruzeiro, estabelecendo condições especiais para a conversão dos ativos financeiros que excedessem de NCz\$ 50.000,00 (cinqüenta mil cruzados novos) (Lei n.º 8.024, de 1990, arts. 5.º, 6.º e 7.º). Consagraram-se, pois, na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, os seguintes critérios de conversão:

“1.º — quanto ao padrão — o da paridade;

2.º — quanto à liquidez — o da distinção entre moeda e crédito em moeda;

3.º — quanto ao tempo — automático, para a moeda e parte dos créditos em moeda, e deferido para parte dos créditos em moeda em poder dos estabelecimentos financeiros.”³⁸

Não se tem, pois, aqui, lei de conteúdo contratual, mas de complexo normativo que contém um novo estatuto legal da moeda. Exatamente por se tratar de norma estatutária que ela afetou, de forma ampla e geral, os contratos de depósito bancário e outras operações financeiras³⁹.

Diante dessa colocação, rigorosamente calcada nos postulados fundamentais do direito intertemporal, poder-se-ia alegar que, ao assim proceder, teria o legislador apenado injustamente os titulares de contas bancárias e partícipes de operações financeiras.

Embora possa apresentar relevância jurídica, essa colocação já não mais se enquadra nos estritos lindes do direito intertemporal. A propósito, já assentara Savigny que, nesse caso, o problema se desloca do âmbito

38 *Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, art. cit., p. 49 (60).*

39 *Cf., a propósito, Roubier, Paul, op. cit., p. 426.*

do direito intertemporal para o plano da política legislativa⁴⁰. É verdade que, como observado, o emérito juriconsulto recomendava que, por razões de equidade, deveria o legislador conceder uma compensação ao atingido pela providência. “La politique et l'économie politique auront pleine satisfaction, — sustentava Savigny — si la liquidation de ces droits s'opère par voie d'indemnit  sans enrichir une des parties aux d pens de l'autre”.⁴¹

O emérito juriconsulto permitiu-se desenvolver esse raciocínio em passagem memorável do *Traite de Droit Romain, verbis*:

“Atualmente a Inglaterra nos deu um grande exemplo de equidade, quando emancipou os escravos, indenizou, às custas do Estado, o prejuízo que seus proprietários tiveram. Esse objetivo   muito difícil de se alcançar, quando se trata de abolir os feudos e os fideicomissos; pois, as pretensões e as expectativas daqueles chamados   sucessão são extremamente incertas. Pode-se tentar diminuir o prejuízo suspendendo por algum tempo a execu o da lei (§ n.  399, o). Em diversos casos, uma indeniza o não   necessária; basta, no entanto, disciplinar a transi o, de forma a afastar ao máximo todo prejuízo possível.   o que foi feito em muitos casos onde o regime hipotecário prussiano substituiu o direito de garantia estabelecido pelo direito comum. Tratava-se unicamente de conservar para os antigos credores munidos de uma garantia seus direitos e preferências. Dessa forma, foram eles convocados publicamente a se apresentarem dentro de um determinado prazo para inscrever seus créditos nos novos registros hipotecários, na ordem estabelecida pela antiga lei.”⁴²

No caso em apreço,   fácil de ver que o legislador não deixou de contemplar o sacrifício imposto aos atingidos pela providência questionada. Tanto   assim que se assegurou não apenas a corre o monetária plena das quantias retidas em cruzados, mas também o pagamento de juros (Lei n.  8.024, de 1990, arts. 5. , § 2. , 6. , § 2.  e 7.  § 2. ). Consciente, pois, dos sérios reflexos sobre as posi es jurídicas individuais, houve por bem o legislador positivar princípios destinados a preservar, tanto quanto possível, a integralidade das situa es patrimoniais afetadas.

Sempre tendo em vista a observância dos princípios da equidade e da razoabilidade, autorizou-se a transferência da titularidade de depósito dentro do prazo de 180 dias, contado da publica o da Medida Provisória 168, de 1990, e permitiu-se o pagamento de taxas, impostos, contribui es e obriga es previdenciárias em cruzados novos.

40 Savigny, op. cit., pp. 525-526.

41 Idem.

42 Idem.

Finalmente, tendo em vista situações peculiares que poderiam advir da aplicação do disposto na Lei n.º 8.024, de 1990, admitiu-se, ainda, a possibilidade de se autorizar a conversão em cruzeiros de recursos em cruzados novos em montante e percentuais distintos dos estabelecidos, desde que o beneficiário fosse pessoa física que percebesse exclusivamente rendimentos provenientes de pensões e aposentadorias (art. 21).

Fica evidente, pois, que o legislador consagrou as disposições imprescindíveis à transição de um estatuto monetário para outro, minimizando, assim, as conseqüências ruinosas que poderiam advir da simples substituição do sistema monetário.

2.4. A retenção dos ativos financeiros e o direito de propriedade

2.4.1. Considerações preliminares

Afirma-se enfaticamente que a retenção dos ativos financeiros configuraria frontal ofensa à garantia do direito de propriedade (CF, art. 5.º, XXI).

Não se pode negar que o conceito de propriedade sofreu uma profunda alteração neste século. A propriedade privada tradicional perdeu muito do seu significado como elemento fundamental destinado a assegurar a subsistência individual, e o poder de autodeterminação e como fator básico da ordem social. Como observado por Hesse, base da subsistência e do poder de autodeterminação do homem moderno não é mais a propriedade privada em sentido tradicional, mas o próprio trabalho e o sistema previdenciário e assistencial instituído e gerido pelo Estado ⁴³.

Essa evolução fez com que o conceito constitucional de direito de propriedade se desvinculasse, pouco a pouco, do conteúdo eminentemente civilístico de que era dotado.

Já sob o império da Constituição de Weimar passou-se a admitir que a garantia do direito de propriedade deveria abranger não só a propriedade sobre bens móveis ou imóveis, mas também os demais valores patrimoniais, incluídas aqui as diversas situações de índole patrimonial decorrentes de relações de direito privado ou não ⁴⁴.

Essa mudança da função da propriedade foi fundamental para o abandono da idéia da necessária identificação entre o conceito civilístico e o conceito constitucional de propriedade. Ao revés, essencial para a definição e qualificação passa a ser a *utilidade privada* (*Privatnützigkeit*) do direito patrimonial para o indivíduo, isto é, a relação desse direito patrimonial com o titular. Vê-se, assim, que o conceito constitucional de pro-

⁴³ Hesse, Konrad, op. cit., p. 172.

⁴⁴ Cf. Wolff, Martin, *Festgabe für Kahl, 1923*, p. 3, *apud*, Pontes de Miranda, op. cit., p. 392.

teção ao direito de propriedade transcende a concepção privatística estrita, abarcando outros valores de índole patrimonial como as pretensões salariais, as participações societárias⁴⁵.

Essa orientação permite que se confira proteção constitucional não só à propriedade privada em sentido estrito, mas, fundamentalmente, às demais relações de índole patrimonial⁴⁶. Vê-se que esse conceito constitucional de propriedade contempla as hipotecas, penhores, depósitos bancários, pretensões salariais, ações, participações societárias, direitos de patente e de marcas etc.⁴⁷.

Teria esse entendimento validade no ordenamento constitucional brasileiro? A resposta há de ser afirmativa. Nos seus comentários à Constituição de 1967-69 já assinalava Pontes de Miranda, *verbis*:

“Propriedade”, no sentido do texto exige a realidade do direito; ou “propriedade”, no sentido da Constituição brasileira de 1967, abrange todos os bens patrimoniais? A questão é mais grave do que se pensa. Se a segunda opinião é que é a verdadeira e é a dominante (Martin Wolff, *Reichsverfassung und Eigentum*, 3), o legislador não é obrigado a manter o conceito de propriedade real, e todos os direitos patrimoniais poderiam passar a ser reais. Mais ainda: não se poderiam “desapropriar” créditos pessoais, ou direitos formativos geradores, modificativos ou extintivos, sem observância do art. 153, § 22. Se a primeira opinião é que é a verdadeira, e foi a de W. Schelcher (*Eigentum und Enteignung, Fischers Zeitschrift*, 60, 139 s.), então, assim, o legislador não só seria obrigado a manter a referência à patrimonialidade, o acesso aos bens em sentido geral, mas também a realidade dos direitos tidos hoje como propriedade (direitos reais), como sendo mínimo. A verdadeira interpretação é a que vê em “propriedade”, no art. 153, § 22, propriedade individual, no mais largo sentido; e de modo nenhum se exclui a desapropriação dos bens que não consistam em direitos reais.”⁴⁸

Não existem razões que sugiram a necessidade de mudança dessa orientação, na nova ordem constitucional. De resto, essa orientação corresponde ao entendimento assente na moderna doutrina constitucional. É o que afirma, igualmente, Celso Bastos em suas anotações sobre o texto de 1988, *verbis*:

“O conceito constitucional de propriedade é mais *lato* do que aquele de que se serve o direito privado. É que do ponto de vista da Lei Maior tornou-se necessário estender a mesma

45 Hesse, Konrad, op. cit., p. 173.

46 BVerfGE 20, 352 (356); 24, 367 (398); 37, 132 (141).

47 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 232.

48 Pontes de Miranda, op. cit., p. 392.

proteção, que, no início, só se conferia à relação do homem com as coisas, à titularidade da exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias e até mesmo a direitos em geral que hoje não o são à medida que haja uma devida indenização de sua expressão econômica.”⁴⁹

Ao admitir que a garantia constitucional da propriedade abrange não só os bens móveis ou imóveis, mas também outros valores patrimoniais (depósitos bancários e outros créditos em dinheiro etc.), deve a doutrina considerar, todavia, as características diferenciadas desses direitos, as diferentes formas de uso, a eventual possibilidade de limitação, etc.

Dessarte, uma conclusão mais precisa sobre a controvérsia existente a respeito da constitucionalidade da Lei n.º 8.024, de 1990, depende de uma análise acurada da estrutura geral do direito de propriedade, sua conformação e limitações, bem como sobre as peculiaridades que marcam o dinheiro como substrato do poder de compra e como reserva de valor.

Para isso, afigura-se indispensável contemplar, preliminarmente, a estrutura básica dos direitos fundamentais e, especialmente, do direito de propriedade.

2.4.2. Estrutura básica dos direitos fundamentais

O exercício dos direitos fundamentais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Dai fazer-se mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção (*Schutzbereich*) e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos (*limitações ou restrições = Schranke oder Eingriff*)⁵⁰.

O âmbito de proteção de um direito fundamental ou o seu *Tatbestand* é aquela parcela da realidade (*Lebenswirklichkeit*) que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial, ou, se se quiser *aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental*⁵¹.

Alguns direitos fundamentais, como o direito de propriedade e o direito à proteção judiciária, são dotados de âmbito de proteção estritamente normativo (*âmbito de proteção estritamente normativo = rechts-oder norm-geprägter Schutzbereich*). Nesses casos, não se limita o legislador ordinário a estabelecer restrições a eventual direito, cabendo-lhe definir, em determinada medida, a amplitude, a conformação, o conteúdo mesmo desses direitos fundamentais⁵².

49 Bastos, Celso Ribeiro, in: Bastos, Celso Ribeiro e Gandra, Ives, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, 1989, vol. 2, pp. 118-119.

50 Pleroth e Schlink, op. cit., p. 60, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, Coimbra 1986, pp. 476-477.

51 Pleroth e Schlink, op. cit., p. 57; Hesse, Konrad, op. cit., p. 18, nº 46.

52 Pleroth e Schlink, op. cit., p. 61.

Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e *restrições* a esses direitos são conceitos correlatos. Quanto mais amplo for o *âmbito de proteção* de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como *restrição*. Ao revés, quanto mais restrito for o *âmbito de proteção*, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo⁵³.

Como observado, o exame das restrições aos direitos fundamentais pressupõe a identificação do *âmbito de proteção* do direito fundamental ou o seu núcleo. Este processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento.

Não raro, a definição do âmbito de proteção de determinado direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais⁵⁴. Muitas vezes, a definição precisa do *âmbito de proteção* somente há de ser obtida em confronto com eventual *restrição* a esse direito.

Não obstante, com o propósito de lograr uma sistematização, pode-se afirmar que a definição do *âmbito de proteção* exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista:

a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (*âmbito de proteção da norma*);

b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (*expressa restrição constitucional*) e identificação das *reservas legais de índole restritiva*⁵⁵.

2.4.3. *Estrutura básica do direito de propriedade*

2.4.3.1. *Considerações preliminares*

Peculiar reflexão requerem aqueles direitos fundamentais que têm o *âmbito de proteção* instituído direta e expressamente pelo próprio ordenamento jurídico (*âmbito de proteção estritamente normativo = rechts- oder norm-geprägter Schutzbereich*)⁵⁶. A vida, a possibilidade de ir e vir, a manifestação de opinião e possibilidade de reunião preexistem a qualquer disciplina jurídica. Ao contrário, é a ordem jurídica que converte o simples *ter em propriedade* e institui o *direito de herança*⁵⁷. A proteção constitucional do direito de propriedade e do direito de sucessão não teria, assim,

53 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 62.

54 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 64.

55 Canotilho, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 498.

56 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 59.

57 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 61.

qualquer sentido sem as normas legais relativas ao direito de propriedade e ao direito de sucessão⁵⁸.

Como essa categoria de direito fundamental, que se apresenta, a um só tempo, como garantia institucional⁵⁹ e como direito subjetivo, confia ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do direito *regulado*, fala-se, nesses casos, de *regulação* ou de *conformação* (*Regelung oder Ausgestaltung*) em lugar de *restrição* (*Beschränkung*).

É que as normas legais relativas a esses institutos não se destinam, precipuamente, a estabelecer restrições. Elas cumprem antes relevante e indispensável função como *normas de concretização ou de conformação* desses direitos.

Por isso, assinala-se na doutrina a peculiar problemática que marca essas garantias institucionais: ao mesmo tempo que dependem de *concretização e conformação* por parte do legislador, elas devem vincular e obrigar o Estado. Em outros termos, o poder de conformação do legislador, na espécie, não significa que ele detenha absoluto poder de disposição sobre a matéria⁶⁰.

A propósito da Constituição de 1967-69, observava Pontes de Miranda que "a propriedade privada é instituto jurídico e garantia do art. 153, § 22, institucional"⁶¹. Procedendo à distinção entre o direito de liberdade e o direito de propriedade, enfatizava o eminente jurisconsulto, *verbis*:

"A liberdade pessoal não é instituição estatal, que se garanta; é direito fundamental, supra-estatal, que os Estados têm de respeitar. A propriedade privada é instituição, a que as Constituições dão o broquel da garantia institucional. O art. 153, § 22, foi expressivo. Não há na Constituição de 1967 conceito imutável, fixo, de propriedade; nem seria possível enumerar todos os direitos particulares em que se pode decompor, ou de que transcendentemente se compõe, porque da instituição apenas fica, quando reduzida, a simples e pura patrimonialidade.

O art. 153, § 22, não protege o direito de propriedade contra as emendas à Constituição (Friedrich Giese, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 315). A *fortiori*, contra emendas às leis vigentes, para lhes extinguir pressupostos, diminuir prazos

58 Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, p. 303.

59 Trata-se de denominação conferida por Carl Schmitt (institutionelle Garantie) a esses institutos que se prestam a assegurar direitos subjetivos. V. Schmitt, Carl, *Dottrina della Costituzione*, Milão, 1984, pp. 228-230. A sua disciplina constitucional evita que ela possa ser abolida segundo a descrição do legislador (Pieroth e Schlink, op. cit., p. 24).

60 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 60.

61 Pontes de Miranda, op. cit., p. 395.

de aquisição usucapional de propriedade e prescrição de pretensões ou preclusão de direitos.

Ao legislador só se impede de acabar, como tal e em geral, com o instituto jurídico, com o direito de propriedade (Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 398; Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 608).⁶²

Essa abordagem realça a problemática que marca não só a garantia constitucional do direito de propriedade, como também outras garantias institucionais de índole constitucional, como o direito de herança e o casamento, o direito de proteção judiciária, dentre outros.

2.4.3.2. *Definição e limitação do conteúdo do direito de propriedade*

Embora, teoricamente, não se possa caracterizar toda e qualquer disciplina normativa desses institutos como *restrição*, não há como deixar de reconhecer que o legislador pode, no uso de seu poder de conformação, *redesenhar* determinado instituto, com sérias e, não raras vezes, gravosas conseqüências para o titular do direito.

Caberia indagar se, nesses casos, se poderia falar, propriamente, de *conformação* ou *concretização* (*Ausgestaltung* oder *Konkretisierung*) ou se se tem, efetivamente, uma *restrição* (*Beschränkung*)⁶³, que poderá revelar-se legítima, se adequada para garantir a função social e a natureza constitucional da propriedade, ou ilegítima, se desproporcional, desarrazoada, ou incompatível com o *núcleo essencial* (*Wesensgehalt*) desse direito⁶⁴.

A garantia constitucional da propriedade assegura uma proteção das posições privadas já configuradas, bem como dos direitos a serem eventualmente constituídos. Garante-se, outrossim, a propriedade enquanto instituto jurídico, obrigando o legislador a promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada desse direito⁶⁵.

Inexiste, todavia, um conceito constitucional fixo, estático, de propriedade, afigurando-se legítimas, fundamentalmente, não só as novas definições de conteúdo como a fixação de limites destinados a garantir a sua função social⁶⁶. É que embora não *aberto*, o conceito constitucional de propriedade há de ser necessariamente dinâmico⁶⁷.

62 Pontes de Miranda, op. cit., p. 396.

63 Alexy, Robert, op. cit., p. 304.

64 Cf. Alessy, op. cit., p. 305; Papier, in: Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Munique, 1990, vol. II, art. 14, n° 253.

65 Papier, op. cit., art. 14, n° 11.

66 Cf. a propósito, Papier, Hans-Jürgen, op. cit., art. 14, n° 253, 254. Stein, Erwin, Zur Wandlung des Eigentumsbegriffes, in: Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen, 1970, p. 503.

67 Papier, op. cit., art. 14, n°s 253, 254.

Nesse passo, há de se reconhecer que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um intenso processo de *relativização*, devendo ser interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária⁶⁸. As disposições legais relativas ao conteúdo têm, portanto, inconfundível *caráter constitutivo*. Isso não significa, porém, que o legislador possa afastar os limites constitucionalmente estabelecidos. A definição desse conteúdo pelo legislador há de preservar o direito de propriedade enquanto garantia institucional. Ademais, as *limitações* impostas ou as novas *conformações* emprestadas ao direito de propriedade *hão de observar especialmente o princípio da proporcionalidade*, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais⁶⁹.

Como acentuado pela Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*), a faculdade confiada ao legislador de regular o direito de propriedade obriga-o “compatibilizar o espaço de liberdade do indivíduo no âmbito da ordem de propriedade com o interesse da comunidade”⁷⁰. Essa necessidade de *ponderação* entre o interesse individual e o interesse da comunidade é, todavia, comum a todos os direitos fundamentais, não sendo uma especificidade do direito de propriedade⁷¹.

A afirmação sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de determinada alteração no regime de propriedade há de decorrer, pois, de uma cuidadosa *ponderação* (*Abwägung*) sobre os bens e valores em questão. Nesse sentido, afigura-se digna de registro manifestação do *Bundesverfassungsgericht* a propósito, *verbis*:

“A propriedade privada caracteriza-se, na sua dimensão jurídica, pela utilidade privada e, fundamentalmente, pela possibilidade de disposição (BVerfGE 31, 229 (240)); seu uso deve servir, igualmente, ao interesse social. Pressupõe-se aqui que o objeto da propriedade tenha uma função social. (...) Compete ao legislador concretizar esse postulado também no âmbito do Direito Privado. Ele deve, portanto, considerar a liberdade individual constitucionalmente garantida e o princípio de uma ordem de propriedade socialmente justa — elementos que se encontram em relação dialética na Lei Fundamental — para o fim de, mediante adequada ponderação, consolidar relações equilibradas e justas.”⁷²

É notória a dificuldade para compatibilizar esses valores e interesses diferenciados. Daí enfatizar o *Bundesverfassungsgericht* que o poder de

68 Papler, op. cit., art. 14, nº 35.

69 Papler, op. cit., art. 14, nº 38; Pleroth e Schlink, op. cit., p. 2381.

70 BVerfGE 25, 112 (117).

71 Papler, op. cit., art. 14, nº 38.

72 BVerfGE 37, 132 (140).

conformação do legislador é tanto menor quanto maior for o significado da propriedade como elemento de preservação da liberdade individual⁷³. Ao contrário, “a faculdade do legislador para definir o conteúdo e impor restrições ao direito de propriedade há de ser tanto mais ampla, quanto mais intensa for a inserção do objeto do direito de propriedade no contexto social”⁷⁴.

Vê-se, pois, que o legislador dispõe de uma relativa liberdade na definição do conteúdo da propriedade e na imposição de restrições. Ele deve preservar, porém, o *núcleo essencial* (*Wesensgehalt*) do direito de propriedade, constituído pela *utilidade privada* e, fundamentalmente, pelo poder de disposição⁷⁵. A vinculação social da propriedade, que legitima a imposição de restrições, não pode ir ao ponto de colocá-la, única e exclusivamente, a serviço do Estado ou da comunidade⁷⁶.

Por outro lado, as considerações expendidas sobre a natureza eminentemente jurídica do âmbito de proteção do direito de propriedade estão a realçar a dificuldade de distinguir, precisamente, a *concretização* ou *conformação* do direito de propriedade da imposição de *restrições* ou de *limitações* a esse direito. Nesse sentido, convém registrar o magistério de Papier, *verbis*:

“Da reserva legal constante do art. 14, parágrafo 2, da Lei Fundamental resulta que “apenas a propriedade definida em lei” constitui objeto da garantia da propriedade, gozando, portanto, da proteção constitucionalmente assegurada. (...) Podem-se distinguir conceitualmente as disposições de caráter conformativo do direito de propriedade (*Inhaltsbestimmungen*) daquelas de índole estritamente restritiva (*Schrankenbestimmungen*). Essa diferenciação não tem, todavia, qualquer relevância do prisma estritamente dogmático ou objetivo. A decisão do legislador de emprestar, originariamente, um conteúdo restritivo a determinadas faculdades inerentes ao direito de propriedade ou de estabelecer restrições ao conteúdo de direito concebido, inicialmente, de forma ampla é quase obra do acaso. O legislador está obrigado a constituir a ordem jurídica da propriedade, considerando, para isso, tanto os interesses privados como as exigências de cunho social. Normalmente, o interesse individual é assegurado pelas normas de Direito Privado; a função social é garantida por disposições de Direito Público. Esses dois complexos normativos contribuem, igualmente, para a constituição

73 BVerfGE 50, 290 (340).

74 BVerfGE 50, 290 (340).

75 BVerfGE 42, 263 (294); 31, 229 (240); 37, 132 (140); 50, 290 (339); v. também, Papier, in: *Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz*, art. 14, nº 273.

76 Papier, *op. cit.*, art. 14, nº 308.

do direito de propriedade, inexistindo qualquer relação de hierarquia ou de precedência entre eles.”⁷⁷

Tem-se, pois, que a distinção entre disposições de caráter *conformativo* ou de *cunho restritivo* cede lugar, no âmbito do direito de propriedade, para uma outra diferenciação, indubitavelmente mais relevante. Trata-se da distinção entre as *medidas de índole conformativa ou restritiva*, de um lado, e aquelas providências de inequívoca *natureza expropriatória*, de outro. Enquanto as primeiras são dotadas de *abstração, generalidade e* impõem apenas restrições às posições jurídicas individuais, considera-se que as providências expropriatórias têm conteúdo concreto, individual, e importam na retirada total ou parcial do objeto da esfera de domínio privado⁷⁸.

Assinale-se, porém, que, não raras vezes, a *redefinição de conteúdo* ou a imposição de limitações importa quase na supressão de determinada faculdade inerente ao direito de propriedade. Não obstante, a jurisprudência considera tais medidas como disposições de conteúdo *meramente conformativo* ou *restritivo*. Assim, considera-se, na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, que a supressão do direito de rescisão do contrato de arrendamento das pequenas propriedades há de ser entendida como providência de caráter *conformativo* ou *restritivo*⁷⁹. Da mesma forma, a proibição de elevação dos aluguéis acima de determinado limite (30%) configuraria medida de *caráter restritivo e conformativo*⁸⁰.

Como se vê, essas disposições de *caráter restritivo e conformativo* (*Inhalts-und Schrankenbestimmungen*) podem reduzir de forma significativa alguns poderes ou faculdades reconhecidos originariamente ao proprietário, conferindo mesmo nova conformação a determinado instituto — e, por conseguinte — a determinado direito. Essa nova *definição* apresenta-se, inevitavelmente, em relação ao passado como uma *restrição ou limitação*⁸¹.

Ressalte-se, porém, que essa possibilidade de mudança é inerente ao *caráter institucional* e ao próprio *conteúdo marcadamente normativo* do âmbito de proteção do direito de propriedade (cf. sobre o assunto, supra §§ 98-103). Por seu turno, a própria função social da propriedade impõe ao legislador um dever de atualização das disposições disciplinadoras do direito de propriedade, tornando, muitas vezes, inevitável uma *mudança do próprio conteúdo*⁸². Ao contrário das providências de índole expropriatória, essas medidas de *conteúdo restritivo e conformativo* não legitimam, em princípio, qualquer pretensão indenizatória⁸³.

77 Papier, op. cit., art. 14, nº 251.

78 BVerfGE, 52, 1 (27); 66, 76; 58, 300 (330); cf., também, Pieroth e Schlink, op. cit., p. 235.

79 BVerfGE 52, 1 (26).

80 BVerfGE 71, 230 (247).

81 Pieroth e Schlink, op. cit., pp. 231 e 235.

82 Papier, op. cit., art. 14, nº 253.

83 Papier, op. cit., art. 14, nº 284.

É possível que a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, que dispõe sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, constitua, entre nós, um dos precedentes mais significativos sobre o conteúdo e os limites da garantia constitucional da propriedade. Referido diploma legal regulou o tombamento de bens de valor histórico e artístico, restringindo inclusive o poder de disposição sobre esses bens (cf. Decreto-Lei n.º 25, de 1937, arts. 12-14).

O Supremo Tribunal Federal rejeitou a arguição de inconstitucionalidade, considerando legítima a redefinição do conteúdo do direito da propriedade, na espécie. Convém registrar, a propósito, passagem memorável do voto proferido pelo eminente Ministro Orozimbo Nonato, *verbis*:

“É impossível reconhecer na propriedade moderna aqueles traços, por exemplo, que aparecem na definição do Código do Consulado e em que Josserand encontra puro valor legendário ou simbólico. Aliás, nunca foi a propriedade, no próprio direito romano, um poder sem contraste; um direito absoluto, o que seria incompatível com as condições de existência do consórcio civil. Não foi dos menores méritos de Jhering mostrá-lo e evidenciá-lo.

O direito brasileiro não podia ser insensível a esse movimento que, às vezes, assume aspectos excessivos e condenáveis, mas que, em linha geral, tende a fazer do direito o que ele deve ser — um instrumento da felicidade humana.

As limitações da propriedade — já não se falando das de origem contratual e das que derivam dos *iura vicinitatis* — aparecem em número crescente.

A Constituição de 1891 falava nas garantias da propriedade ‘em toda a sua plenitude’.

Já na Constituição de 1934 a linguagem é menos expressiva e enfática.

E a de 1937, resolutamente, admite restrições maiores, pois defere às leis ordinárias não só a regulamentação de seu exercício como a própria definição de seu conteúdo.

Dir-se-á, e é verdade, que o domínio, assim reduzido, já não apresenta os traços de sua feição primitiva, como na revelação quirritária.

Mas, ainda assim, é propriedade.

Não se trata, aqui, de apoiar ou aplaudir a transformação, mas, apenas, de verificar-lhe a existência e reconhecer-lhe os efeitos.

E à luz da concepção constitucional da propriedade — direito relativo em que vive muito daquilo a que Duguit chamou *dever social* — que, a meu ver, deve a questão dos autos ser solvida.

Data venia da autorizada opinião do eminente Ministro Castro Nunes, entendo que o art. 134 da Constituição não oferece solução ao problema.

Ele, apenas, equipara os atentados cometidos contra monumentos históricos, artísticos e naturais aos cometidos contra o patrimônio nacional. Não os incorpora nesse patrimônio e dá-lhes a proteção da União, dos Estados e dos Municípios.

É uma proteção regulamentar, que compete até aos Municípios, quando o decreto discutido, que estabeleceu o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, define poderes que competem exclusivamente à União, como é claro e indiscutível.

A proteção a que se refere o art. 134 e em que se pode fazer sentir até a influência do poder local não pode ir ao ponto de atingir a propriedade através de seus elementos: *ius utendi, ius fruendi, ius disponendi*.

O que, a meu ver, retira ao decreto a balda de inconstitucional, é a própria concepção da propriedade na Constituição, que proclama a possibilidade de se dar ao conteúdo desse direito definição, e pois, limitação, em lei ordinária.”⁸⁴

Como se vê, o eminente magistrado percebeu com especial agudeza a peculiaridade que marca essa garantia constitucional. A possibilidade de se dar nova definição a seu conteúdo ou de se impor limitação ao exercício desse direito mediante ação legislativa ordinária foi expressa e enfaticamente reconhecida. Ao afirmar que o constituinte deferiu ao legislador ordinário o poder não só de restringir o exercício do direito de propriedade, mas também de *definir* o próprio conteúdo desse direito, reconheceu o insigne magistrado tanto o *caráter institucional* da garantia constitucional da propriedade como o *conteúdo marcadamente normativo* de seu âmbito de proteção.

Diante de algumas objeções suscitadas, houve por bem o ínclito Juiz ressaltar que a *redefinição* do conteúdo ou a *limitação* do exercício do direito de propriedade haveria de decorrer da justa ponderação entre o significado da propriedade na ordem constitucional e a necessidade de ob-

⁸⁴ Apelação nº 7.377, de 17-6-1942, Relator: Ministro Castro Nunes, RDA nº 2, p. 100 (113).

servância de sua função social. Vale registrar, ainda, a seguinte passagem de seu pronunciamento, *verbis*:

“O que, a meu ver, entretanto, repito, dá ao decreto-lei assento constitucional é o permitir a lei máxima que o conteúdo da propriedade seja dado em lei ordinária.

E a lei de que se trata é lei desse caráter, que tem em vista a natureza especial dos monumentos, cujos proprietários, mais do que os outros, sofrem o peso do “dever social” que, ao lado da *facultas agendi*, se encontra nos direitos subjetivos (...). (...) Não se trata de expropriação, nem esta constitui a única limitação da propriedade. Há outras múltiplas, no direito florestal, na construção de edifícios, etc., constantes de leis ordinárias e às quais não se refere a Constituição especificamente.

A Constituição só se refere à expropriação. Só esta retira ao *dominus* “todo” o seu direito.

Desde que não se trate de eliminação, mas de pura limitação ao domínio, defere o assunto a leis ordinárias.

E só estamos considerando o aspecto constitucional do decreto-lei discutido. E este, quaisquer que sejam as críticas a que ofereça flanco, não pode, a meu ver, ser tido como inconstitucional. Ele não autoriza expropriação sem pagamento. Limita — isso sim — e, notavelmente, os direitos que subsistem, do proprietário, tendo em vista a natureza especial da propriedade dos monumentos, o que é possível, pois a lei ordinária pode definir o “conteúdo” da propriedade.”⁸⁵

Fica evidenciado, portanto, que há muito o Supremo Tribunal Federal logrou identificar, de forma precisa e escorreita, a natureza peculiar do direito de propriedade, ressaltando o seu caráter institucional e procedendo à adequada distinção entre as providências de *índole conformativo-restritiva* daquelas medidas de nítido *conteúdo expropriatório*.

Em tempos mais recentes, reconheceu o Supremo Tribunal a legitimidade do resgate das enfiteuses instituídas antes do advento do Código Civil e gravadas com cláusula de perpetuidade⁸⁶. Embora a questão relativa

85 Apelação nº 7.377, de 17-6-1942, Relator: Ministro Castro Nunes, *RDA* nº 2, p. 100 (114).

86 ERE nº 47.931, de 8-8-1962, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 24 s.; RE 50.325, de 24-7-1962, Relator: Ministro Villas Boas, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 28 s.; RE nº 51.606, de 30-4-1963, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 30 s.; RE 52.060, de 30-4-1960, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 34.

ao direito de propriedade não tenha sido discutida expressamente, não deve subsistir dúvida de que, ao proclamar a lisura constitucional da alteração, houve por bem a Excelsa Corte reconhecer, igualmente, a inequívoca legitimidade da mudança de regime jurídico do direito de propriedade ou de outro direito real, não obstante eventuais reflexos sobre as posições individuais⁸⁷.

Finalmente, vale lembrar, ainda, que a legitimidade de mudança do regime de direito de propriedade foi percucientemente contemplada no Recurso Extraordinário n.º 94.020, de 4 de novembro de 1981. No referido recurso, da relatoria do eminente Ministro Moreira Alves, relativo à alegada inconstitucionalidade do art. 125 do Código de Propriedade Industrial — que sujeitava o titular de privilégio antes concedido à obrigação constante do art. 116, de constituir e manter procurador domiciliado no Brasil, sob pena de caducidade — sustentava-se que, configurando o registro anterior um direito adquirido, não poderia a lei nova impor ao seu titular uma obrigação antes inexistente⁸⁸.

Consagrando a orientação esposada pelo eminente Ministro-Relator, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto — como é o da propriedade, seja ela de coisa móvel, ou imóvel ou de marca —, essa modificação se aplica de imediato⁸⁹.

Todos esses precedentes estão a corroborar a idéia de que o caráter institucional do direito de propriedade e, por conseguinte, o conteúdo normativo de seu âmbito de proteção permitem e legitimam a alteração do regime jurídico da propriedade, a despeito dos possíveis reflexos sobre as posições jurídicas individuais. Embora essas disposições de conteúdo conformativo-restritivo possam provocar uma diminuição ou redução no patrimônio do titular do direito, não há como deixar de reconhecer que tal redução ou diminuição resulta das próprias limitações impostas pelo constituinte à garantia da propriedade⁹⁰.

Portanto, o legislador não está impedido de redefinir o conteúdo do direito de propriedade, emprestando-lhe nova conformação. Esse poder de conformação é limitado pelo princípio da garantia do núcleo essencial do direito (*Wesensgehaltsgarantie*) e pela garantia institucional do direito de propriedade. A pretexto de dar nova conformação ao direito de propriedade, não pode o legislador suprimir a utilidade privada do bem para o

87 Cf., sobre o assunto, supra, §§ 54-56.

88 Recurso Extraordinário nº 94.020, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 104, p. 269 (271).

89 Recurso Extraordinário nº 94.020, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 104, p. 269 (271).

90 Cf., a propósito, Papier, Eigentums-garantie und Geldentwertung, in: Archiv des öffentlichen Rechts nº 98 (1973), p. 528 (533).

seu titular (*respeito ao núcleo essencial*). Por outro lado, com o propósito de disciplinar a forma de existência ou exercício do direito de propriedade, não pode o legislador tornar impossível a aquisição ou o exercício desse direito⁹¹.

2.4.4. A alteração de padrão monetário e a garantia da propriedade

2.4.4.1. Considerações preliminares

Constitui autêntico truísmo ressaltar que, hodiernamente, coexistem, lado a lado, o valor nominal da moeda, conferido pelo Estado, e o seu valor de troca interno e externo. Enquanto o valor nominal da moeda se mostra inalterável, salvo decisão em contrário do próprio legislador, o seu valor de troca sofre alterações intrínsecas em virtude do processo inflacionário ou de outros fatores que influem na sua relação com outros padrões monetários⁹².

A nossa experiência histórica e a de outros países demonstram não ser incomum a mudança extrínseca do valor da moeda. Tem-se, não raras vezes, o completo desaparecimento de um sistema monetário como consequência de eventos revolucionários ou de autêntico estado de necessidade decorrente de agudo processo inflacionário, como ocorreu na Alemanha do primeiro Pós-Guerra⁹³ e, sem a mesma intensidade, na França, em Israel, na Áustria, no Chile e, reiteradas vezes, no Brasil.

Não são novas as discussões sobre as consequências jurídicas da mudança de padrão monetário, como demonstram as reflexões desenvolvidas sobre o tema nas obras clássicas de Savigny, Gabba e Roubier. Todavia, esses notáveis juristas contemplaram a questão, fundamentalmente, como problema de direito intertemporal⁹⁴.

Não obstante, a extensão da proteção constitucional do direito de propriedade aos valores patrimoniais e a percepção do conteúdo institucional da garantia do direito de propriedade — avanço que o direito moderno deve sobretudo a Carl Schmitt⁹⁵ — impõem que se desenvolvam novas reflexões sobre o tema.

91 Cf. sobre o assunto, supra, §§ 104-108.

92 Gurfinkel de Wendy Lillian N., *Depreciación Monetaria*, 2ª ed., Buenos Aires, 1977, pp. 19-20.

93 Na Alemanha, v.g., procedeu-se à substituição do velho Reichsmark pelo novo Deutschmark, observando uma relação de um (1) bilhão de marcos antigos para um (1) marco (novo). (Cf., sobre o assunto, Hirschberg, Elyahu, *El principio nominalista*, Buenos Aires, 1976, p. 48; Gurfinkel de Wendy, op. cit., p. 19. Também na França outorgou-se ao *nouveau franc* valor 100 vezes superior ao antigo (Gurfinkel de Wendy, *ibidem*).

94 Cf. supra, §§ 42-50 e §§ 58-63.

95 Cf., Schmitt, Carl, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, pp. 228-230 s.

A amplitude conferida modernamente ao conceito constitucional de propriedade e a idéia de que os valores de índole patrimonial, inclusive depósitos bancários e outros direitos análogos, são abrangidos por essa garantia, estão a exigir, efetivamente, que eventual alteração do padrão monetário seja contemplada, igualmente, como problema concernente à garantia constitucional da propriedade⁹⁶.

Hirschberg, um autor moderno, indaga, a propósito:

“¿Cuales son las salvaguardias contra el abuso del enorme poder económico que detenta el Estado en el campo de la política monetaria?”⁹⁷

É o próprio Hirschberg que acrescenta, *verbis*:

“Hasta el momento esta materia no ha sido extensamente desarrollada por los juristas y especialistas en ciencia política, debido a que los principales abusos han tenido lugar en los últimos treinta años. Los excesos de este tipo eran comparativamente escasos bajo el patrón metálico, porque el mismo patrón actuaba como un freno protector de los abusos de la discrecionalidad estatal en materia monetaria.

La violación de los derechos privados es otro aspecto de la materia. Tiene un particular, cuyos derechos han sido afectados por la política monetaria del Estado, alguna acción contra éste o bien contra otros particulares?

Quando en Israel, el Estado causa un daño a un particular, éste tiene derecho a recurrir a la Alta Corte de Justicia, ya que las autoridades no tienen esta facultad, salvo que estuvieren autorizadas por ley. En lo referente a la política monetaria, la situación es distinta. Aquí, el particular depende de la buena voluntad de las autoridades responsables de la emisión de los medios de pago y del control del sistema bancario. No tiene acción contra ellas en lo que respecta a medidas monetarias, aunque éstas interfieran con sus derechos patrimoniales reconocidos.”⁹⁸

Numa tentativa de resposta ao problema colocado, finaliza Hirschberg, *verbis*:

“Es nuestra conclusión que la amplia discrecionalidad que detenta el Estado en las cuestiones monetarias debe ser limitada aún más que en cualquier otra esfera. El reconocimiento del de-

96 Cf., sobre o assunto, Papier, Hans-Jürgen, op. cit., nota nº 90, pp. 528 s.

97 Hirschberg, *El principio nominalista*, Buenos Aires, 1973, p. 21.

98 Hirschberg, *ibidem*.

recho de propiedad sobre el valor del dinero puede ser un importante paso en esta dirección." 99

A extensão da garantia constitucional da propriedade a esses valores patrimoniais não há de ser vista, porém, como panacéia. Essa garantia não torna o padrão monetário imune às vicissitudes da vida econômica. Evidentemente, a própria natureza institucional da garantia outorgada permite e legitima a intervenção do legislador na ordem monetária, com vistas ao retorno a uma situação de equilíbrio econômico-financeiro. Portanto, a simples extensão da garantia constitucional da propriedade aos valores patrimoniais expressos em dinheiro não lhes asseguram um *bill of indemnity* contra eventuais alterações legais do sistema monetário. Tem razão, todavia, Hirschberg quando percebe que a extensão da garantia constitucional da propriedade aos valores patrimoniais expressos em dinheiro ou nos créditos em dinheiro impõe limites e fixa parâmetros à ação legislativa, retirando a matéria da esfera de discricionariedade absoluta do legislador.

Nesse sentido, são elucidativas as decisões do Supremo Tribunal alemão (*Riechsgerecht*) proferidas em 1924 (RGZ 107, p. 370) e 1925 (RGZ 111, p. 320) (cf., a propósito, *infra* §§ 168-178).

2.4.4.2. Significado da garantia constitucional da propriedade e alteração do padrão monetário

A função do dinheiro enquanto reserva de valor não pode ser desconsiderada pela ordem constitucional, que deve levar em conta, ainda, as diferenças existentes entre esses valores patrimoniais e outros bens móveis ou imóveis. Ao contrário desses bens, o dinheiro não contém um valor autônomo decorrente do valor da *posse* ou do valor da *utilidade* que dele se possa auferir (*Besitz-oder Nutzungswert*)¹⁰⁰.

Como o significado patrimonial do dinheiro decorre, fundamentalmente, de seu *poder de compra*, torna-se inevitável reconhecer que a garantia constitucional que se pretende assegurar a essas posições patrimoniais há de alcançar, necessária e inevitavelmente, esse *valor de troca*¹⁰¹.

A admissão do dinheiro e dos créditos em dinheiro no âmbito de proteção da garantia constitucional da propriedade exige que se contemple especificamente a sua natureza peculiar. Não se pode cogitar, aqui, de uma distinção entre *substância e utilidade*. A garantia do valor de troca

99 Hirschberg, op. cit., p. 26.

101 Papler, op. cit., art. 14, n.º 176; Papler, op. cit. nota n.º 90, p. 528 (536).

101 Papler, op. cit., art. 14, n.º 175; Papler, op. cit. nota n.º 90, p. 528 (536).

outorgada ao dinheiro ou aos créditos em dinheiro corresponde a uma garantia da própria *substância* ¹⁰².

Papier rejeita a idéia veiculada na doutrina segundo a qual as disposições constantes do art. 14 da Lei Fundamental alemã se afiguram compatíveis com uma desvalorização monetária que não ultrapasse os limites estabelecidos pelas taxas de juros convencionais pagas às poupanças (*die übliche Sparzinshöhe*) ¹⁰³. É que, nesse caso — afirma Papier —, “afeta-se a própria substância do direito de propriedade”. Considera ele, todavia, que a incidência de impostos sobre as rendas dos cidadãos como legítima expressão da função social da propriedade e, portanto, com inequívoco fundamento no art. 14, parágrafo 2.º, da Lei Fundamental ¹⁰⁴.

É manifesta, por outro lado, a dificuldade de cogitar-se de uma legítima expropriação de dinheiro ou dos créditos em dinheiro. Como amplamente reconhecido, a expropriação converte uma *garantia de substância* (*Substanzgarantie*) em *garantia de valor* (*Wertgarantie*). Evidentemente, a desapropriação de dinheiro pressuporia, igualmente, uma indenização em dinheiro, o que está a demonstrar a total falta de sentido de alguma providência dessa índole ¹⁰⁵.

Assinale-se que, tal como amplamente enfatizado na doutrina germânica, o artigo 14 da Lei Fundamental assegura um direito de proteção contra intervenção estatal que possa afetar o valor da moeda (*direito de proteção = Abwehrrecht*). O Estado deve abster-se de práticas que afetem a estabilidade monetária, reconhecendo-se ao indivíduo um direito subjetivo de proteção (*subjektives Abwehrrecht*) contra atos do Poder Público que desenvolvam ou contribuam para o agravamento da situação inflacionária ¹⁰⁶. Todavia, um dever do Estado de proteger o indivíduo contra a desvalorização da moeda, causada pela ação de terceiros (*gesellschaftliches Verhalten*), não pode ser derivado da proteção constitucional ao direito de propriedade (*inexistência de direito à prestação positiva ou direito de proteção contra terceiros = Leistungsrecht oder Leistungsverpflichtung*) ¹⁰⁷.

Segundo Papier, o caráter institucional da garantia da propriedade autoriza o legislador, em casos extremos, a abandonar o modelo nominalista dominante e implementar princípios de *índole valorística*. Tem-se esse quadro — afirma Papier — quando se configura uma situação na qual o restabelecimento da estabilidade monetária se mostra de difícil reali-

102 Papier, op. cit., nota nº 92, p. 528 (538).

103 Papier, ibidem, p. 528 (539).

104 Papier, ibidem, p. 528 (539).

105 Papier, ibidem, p. 528 (540).

106 Papier, ibidem, p. 528 (548).

107 Papier, ibidem, (541).

zação em curto espaço de tempo¹⁰⁸. É interessante notar, portanto, que, nesses casos, a intervenção do legislador tem por escopo, fundamentalmente, preservar o *valor de troca (Tauschwert)* da moeda, seriamente ameaçado pela desorganização do sistema monetário.

A doutrina constitucional alemã vislumbra outro fundamento jurídico para *relativizar* a garantia outorgada aos valores patrimoniais expressos em dinheiro: a cláusula contida no art. 109, parágrafo 2.º, da Lei Fundamental, que determina que a União e os Estados empreendam esforços com vistas a alcançar “completo equilíbrio econômico” (*gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht*)¹⁰⁹.

Esse princípio, que realça a responsabilidade do Estado no âmbito da política econômica, é considerado como limitador ou modificador da garantia do direito de propriedade contida no art. 14 da Lei Fundamental¹¹⁰. Convém sejam registradas, a propósito, as considerações de Papier sobre a questão nos clássicos Comentários organizados por Maunz e Dürig, *verbis*:

“O art. 109, parágrafo 2.º, da Lei Fundamental, pode eximir o Estado, parcial e temporariamente, do dever de preservar a estabilidade monetária, se não se puder afastar de outra forma o perigo para o equilíbrio econômico completo em virtude da impossibilidade de consecução de outros objetivos igualmente relevantes (alto nível de emprego, crescimento econômico contínuo e adequado, equilíbrio econômico externo). (...) Essa relação do dever de assegurar a estabilidade monetária no âmbito do princípio do “completo equilíbrio econômico” repercute também sobre o art. 14, uma vez que a Constituição há de ser entendida como unidade, o que recomenda sejam superadas eventuais contradições pela via da interpretação.”¹¹¹

Essas colocações estão a ressaltar, todavia, que a extensão da garantia constitucional da propriedade aos valores patrimoniais expressos em dinheiro e nos créditos em dinheiro não lhes outorga uma imunidade contra eventuais alterações da política econômica.

A configuração de um quadro de desordem econômica não só legítima, como impõe a tomada de medidas destinadas a restabelecer o completo equilíbrio econômico. A ameaça a esse equilíbrio econômico autoriza o Poder Público a afastar, parcial e temporariamente, a incidência do princípio de estabilidade monetária, com todos os seus consectários.

108 Papier, *ibidem*, (542).

109 Papier, *ibidem*, op. cit., nota nº 64, art. 14, p. 178.

110 Papier, op. cit., nota nº 90, p. 528 (548).

111 Papier, op. cit. nota nº 64, art. 14, nº 178.

De resto, eventuais providências de *conteúdo conformativo-restritivo* por parte do legislador poderão afetar negativamente algumas posições patrimoniais sem que o atingido possa invocar qualquer pretensão indenizatória. É a própria natureza da garantia constitucional do direito constitucional que possibilita e autoriza a redefinição do conteúdo do direito ou a imposição de limitações a seu exercício¹¹².

2.4.4.3. O direito de propriedade e a Lei n.º 8.024, de 1990

Ninguém em sã consciência haverá de negar que uma completa reestruturação da ordem econômico-financeira afeta de forma ampla e geral *interesses e direitos*. *Ter-se-ia aqui, porém, a imposição de restrição a posições jurídicas consolidadas de forma incompatível com a ordem constitucional?* A resposta há de ser negativa como demonstram as considerações expendidas nos §§ 41-79.

Como deveriam ser consideradas as repercussões patrimoniais dessas mudanças?

Assinale-se, a propósito, que, como acentuado, o próprio *caráter institucional* da proteção outorgada ao direito de propriedade legitima a *reformulação* ou a *redefinição* do conteúdo de determinados direitos sem qualquer ofensa à garantia constitucional assegurada (cf. supra, §§ 98-127).

Cumprе, todavia, examinar as disposições constantes da Lei n.º 8.024, de 1990, em face da alegada ofensa ao direito de propriedade.

Como já referido, ao reestruturar a ordem monetária nacional e introduzir novo padrão monetário (*cruzeiro*), a Medida Provisória n.º 168, posteriormente convertida na Lei n.º 8.024, de 1990, estabeleceu condições especiais para conversão de cruzados novos em cruzeiros. Embora tenha consagrado a paridade entre a moeda antiga (*cruzados novos*) e a moeda nova (*cruzeiro*) (art. 1.º, § 2.º), estabeleceu a lei que as quantias que excedessem o limite de cinquenta mil cruzados novos seriam convertidas a partir de 16 de setembro de 1991, em doze parcelas iguais e sucessivas (Lei n.º 8.024, de 1990, arts. 5.º, § 1.º, 6.º, § 1.º, e 7.º, § 1.º).

Determinou-se, ainda, que os saldos em cruzados novos não convertidos na forma dos arts. 5.º, 6.º e 7.º fossem transferidos ao Banco Central e mantidos em contas individualizadas em nome da instituição financeira depositante (Lei n.º 8.024, de 1990, art. 9.º). As quantias depositadas deveriam ser corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de seis por cento ao ano ou fração *pro rata* (arts. 5.º, § 2.º, 6.º, § 2.º, e 7.º, § 2.º). Posteriormente, a Lei n.º 8.088, de 31 de outubro de 1990, conferiu nova redação a esses dispositivos, deixando explícito que a conversão dessas

112 Papier, op. cit., nota n.º 90, p. 528 (533).

quantias haveria de observar a paridade estabelecida no art. 1.º, § 2.º, da Lei n.º 8.024, de 1990 (art. 15).

Vê-se, pois, que o legislador optou por uma conversão imediata das quantias em moeda ou dos créditos em moeda até cinquenta mil cruzados novos. As importâncias que excedessem esse limite seriam convertidas segundo um critério deferido.

Assegurou-se a paridade entre cruzados novos e cruzeiros, criaram-se mecanismos para a atualização (*correção monetária*) e remuneração (*pagoamento de juros*) das quantias depositadas no Banco Central.

O simples exame dessas disposições afasta de imediato a caracterização de confisco. É inequívoco o propósito do legislador de preservar a própria *substância* do direito de propriedade.

Caberia indagar se a *conversão deferida*, consagrada pela Lei n.º 8.024, de 1990, fere, de alguma outra forma, o direito de propriedade.

Evidentemente, a profunda alteração introduzida pela Medida Provisória n.º 168, de 15 de março de 1990, somente poderá ser adequadamente analisada se se levar em conta o quadro econômico-financeiro dominante à época. O agudo processo inflacionário, que fazia o índice de inflação aproximar-se celeremente dos três dígitos (ca. 73% em fevereiro de 1990) e a intensa especulação financeira ameaçavam a estabilidade da estrutura econômica e política do País. A elevada remuneração paga às aplicações financeiras acabou por afetar o investimento nas atividades produtivas, com sérios e inequívocos riscos para toda a organização econômico-social.

Foi exatamente nesse contexto econômico-social que se editou a Medida Provisória n.º 168, posteriormente convertida na Lei n.º 8.024, de 1990.

Careceria a União de poderes para legislar sobre a matéria? Nem o mais apaixonado dos críticos — e paixão não tem faltado na análise da questão — poderá negar que a União dispõe de competência para legislar sobre o sistema monetário (Constituição de 1988, art. 22, VI).

Evidentemente, essa competência diz respeito não só à faculdade para disciplinar aspectos secundários da ordem monetária, como também ao poder para substituir o próprio padrão monetário¹¹⁸. O estabelecimento de condições especiais para conversão da moeda antiga no novo padrão integra, obviamente, o amplo complexo de poderes para dispor sobre a ordem monetária.

É inequívoca, pois, a higidez formal da Lei n.º 8.024, de 1990.

118 Cf., a propósito, Pontes de Miranda, op. cit., p. 98.

É inegável, porém, que a ampla reforma monetária levada a efeito pela Lei n.º 8.024, de 1990, tornou temporariamente indisponíveis os ativos financeiros em poder dos bancos e entidades de crédito. Haveria de cogitar-se aqui de ofensa ao direito de propriedade, ainda que afastada a configuração de eventual confisco? Ter-se-ia a caracterização de uma expropriação indevida? Estariam configuradas outras ofensas ao direito de propriedade?

Ressalvadas as discussões sobre a possibilidade de alteração/supressão de índices e suas conseqüências sobre os contratos firmados por particulares, não há registro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de qualquer outra decisão sobre a amplitude e os limites do poder do Estado para alterar a própria ordem monetária.

O significado da proteção constitucional aos valores patrimoniais expressos em dinheiro ou nos créditos em dinheiro não foi também objeto de discussão no âmbito do *Bundesverfassungsgericht*. Isso se deve, muito provavelmente, ao quadro de prosperidade e estabilidade dominantes desde a promulgação da Lei Fundamental de Bonn (1949).

Pela semelhança das questões suscitadas com o debate que se lavra hodiernamente entre nós, convém, todavia, analisar algumas decisões do *Reichsgericht* alemão (1924-1925) sobre a revalorização das dívidas no período mais agudo da crise inflacionária que se abateu sobre a República de Weimar.

Os elevados índices inflacionários registrados levaram o Judiciário a buscar alternativas para a revalorização das obrigações decorrentes de relações contratuais com fundamento no *princípio da boa-fé* (*Treu und Glauben*, § 242 BGB)¹¹⁴. Essa revalorização não era automática e deveria levar em conta as circunstâncias especiais de cada caso¹¹⁵. A insegurança jurídica decorrente da revalorização judicial levou o legislador a estabelecer critérios legais para a revalorização das dívidas em dinheiro¹¹⁶.

Assim, em 14 de fevereiro de 1924, foi editada a *Dritte Steuerverordnung* e, posteriormente, em 16 de julho de 1925, a *Lei de Revalorização* (*Aufwertungsgesetz*) Esses atos normativos fixavam uma taxa de revalorização não superior a 15% do valor originário da obrigação, que poderia ser elevada até o máximo de 25% no caso de revalorização de dívidas decorrentes de hipoteca¹¹⁷. Dilargaram-se os prazos para o pagamento das obrigações revalorizadas, estabelecendo-se, no caso de hipotecas, que a

114 RGZ 107, 78. V. também Hirschberg, *El principio nominalista*, Buenos Aires, 1976, p. 116.

115 Hirschberg, op. cit., p. 117; Gurfinkel de Wendy, op. cit., p. 148.

116 Hirschberg, op. cit., p. 126.

117 Hirschberg, op. cit., p. 128; Gurfinkel de Wendy, op. cit., p. 151.

dívida poderia ser saldada até 1932. Sobre a soma reajustada deveria incidir taxa de juros que seria elevada anualmente até atingir o índice de 5% ¹¹⁸.

Não foram objeto de revalorização as dívidas assumidas pelo Estado alemão, o que acabou por liberá-lo, praticamente, de todas as suas obrigações originárias ¹¹⁹. Também não foram reavaliados os depósitos em conta corrente nos bancos comerciais ¹²⁰.

É fácil ver que, embora concretizada com o propósito de atenuar as perdas sofridas pelos credores em decorrência do processo inflacionário, a revalorização legislativa acabou por beneficiar os devedores, assegurando-lhes baixo índice de correção, prazo dilargado para o cumprimento das obrigações e reduzidas taxas de juros ¹²¹.

Como enunciado acima ¹²², o *Reichsgericht* teve de apreciar a arguição de inconstitucionalidade dessas disposições. Sustentou-se, inicialmente, a inconstitucionalidade da *Dritte Verordnung*, de 14 de fevereiro de 1924, afirmando-se que ela concretizava uma expropriação ao arrepio do disposto no art. 153 da Constituição de Weimar. Sustentava-se, ainda, que aquele Decreto estabelecia forma especial de tributação (*Sonderbesteuerung*) em desconformidade com o estabelecido no art. 134 da Constituição de Weimar. Afirmava-se, ademais, que a limitação dos direitos do credor hipotecário configurava afronta ao princípio da boa-fé e violava princípios elementares de justiça e de equidade ¹²³.

O Tribunal rechaçou de plano as alegações de ofensa ao princípio da boa-fé, recusando, igualmente, a arguição de inconstitucionalidade por ofensa aos princípios constitucionais-tributários ¹²⁴. Exame mais detido mereceu a alegação de que o Decreto que estabeleceu a revalorização das obrigações concretizava uma desapropriação indevida, como se pode depreender da seguinte passagem do acórdão, *verbis*:

“Uma das principais objeções é a de que o Decreto de revalorização realizou uma desapropriação em desconformidade com o estabelecido no art. 153 da Constituição de Weimar. Essa concepção não pode ser aceita. Afigura-se altamente duvidoso precisar se a revalorização configura uma desapropriação, isto é, a expropriação de um direito, ou se se trata de simples disciplina

118 Hirschberg, op. cit., pp. 128-129.

119 Hirschberg, op. cit., p. 130.

120 Hirschberg, op. cit., p. 129.

121 Hirschberg, op. cit., p. 130.

122 Cf. *supra*, p. 137.

123 RGZ 107, 370 s., de 1º de março de 1924.

124 RGZ 107, 370 (376).

legal de relações cíveis controvertidas e, portanto, de uma disposição concernente ao conteúdo da propriedade. Essa questão não precisa ser resolvida aqui, uma vez que não se cuida, à evidência, de expropriação indevida dos direitos dos credores. O art. 153 da Constituição consagra a garantia da propriedade. É certo, ademais, que o conceito constitucional de "propriedade" abrange as pretensões de índole real ou obrigacional. No 2.º período consagra-se, igualmente, que o conteúdo e os limites da propriedade hão de decorrer da lei. No parágrafo 2.º do art. 153 declara-se a legitimidade da desapropriação, que não se revela incompatível com a proteção que a Constituição pretende assegurar à propriedade. Observe-se, portanto, que os pressupostos relativos à desapropriação fazem-se presentes aqui. A disciplina sobre a revalorização das hipotecas constante do Decreto destina-se à preservação e à recuperação da economia alemã. Tem-se por escopo, pois, o bem geral."¹²⁵

Impugnou-se, posteriormente, a constitucionalidade da *Lei de Revalorização*, de 16 de julho de 1925, alegando-se, fundamentalmente, ofensa ao direito de propriedade e ao princípio da isonomia¹²⁶. Na decisão de 4 de novembro de 1925, reconheceu o *Reichsgericht* a constitucionalidade do diploma questionado¹²⁷. No tocante ao direito de propriedade, afirmou o recorrente que a sistemática contida na Lei, que tratava de forma diferenciada os créditos de natureza diversa e estabelecia prazos para a realização da correção, configurava inequívoca afronta ao direito de propriedade¹²⁸.

Quanto à alegação de ofensa ao direito de propriedade, deixou-se assente no acórdão, *verbis*:

"A desvalorização da moeda e a debacle econômica provocaram uma completa desorganização de todas as relações econômicas no pós-guerra. Embora a jurisprudência tenha reconhecido o direito dos credores de ter os seus créditos corrigidos segundo princípios básicos de equidade, tem-se de admitir a falta de parâmetros para uma adequada correção desses créditos. É que hão de se levar em conta não só a relação obrigacional originária, mas também a situação econômica do credor e do devedor e o estado de empobrecimento geral. A fórmula de correção deveria contemplar múltiplos e imprecisos aspectos, cuja avaliação última somente poderia ser confiada à discricção da autoridade competente para estabelecer a revalorização. Nin-

125 RGZ 107, 370 (375).

126 RGZ 111, 320 s.

127 RGZ 111, 320 s.

128 RGZ 111, 320 (323).

guém poderia afirmar, com segurança, o valor exato de seus créditos. Esse estado de completa insegurança tornou necessária a intervenção do legislador no interesse de toda a ordem econômica, que estava a exigir regras fixas e precisas sobre a revalorização das relações afetadas pelo quadro inflacionário. A sistemática da revalorização parecia adequada para atingir esse objetivo. (...)

Nesse contexto, pode-se afirmar que a revalorização levada a efeito pela Lei de 16 de julho de 1925 não contém providência de índole expropriatória, cuidando-se, propriamente, de uma definição e de uma delimitação, nos termos do art. 152, parágrafos 1.º, 2.º período, da Constituição de Weimar, do conteúdo das relações afetadas pela desvalorização da moeda e pela debacle econômica.”¹²⁹

O *Reichsgericht* recusou, igualmente, a alegação de afronta ao princípio da igualdade. Esse postulado somente podia significar que a lei deveria tratar igualmente supedâneos fáticos (*Tatbeständen*) idênticos. Somente um tratamento diferenciado dessas situações, que não se pudesse justificar racionalmente, configuraria afronta ao postulado da isonomia¹³⁰. É o que se lê na seguinte passagem do acórdão, *verbis*:

“A disciplina legal da revalorização estabelecida na Lei de 16 de julho de 1925, especialmente a sistemática diferenciada que ela consagra, assenta-se na concepção que identifica a necessidade de fixação de critérios precisos, definitivos e claros sobre a problemática da revalorização, contemplando-se, todavia, o desempenho da economia e a possibilidade de uma revalorização individual, naqueles casos em que se revelasse economicamente possível e socialmente exigível. Recusou-se, assim, fundada e explicitamente, a adoção do método individual. As diferenças para a revalorização, concernentes ao tipo de obrigação e a determinados aspectos contemplados na Lei, não são arbitrárias ou incompatíveis com o disposto no art. 109, parágrafo 2.º, da Constituição de Weimar.”¹³¹

Portanto, não se acolheu a alegada inconstitucionalidade da revalorização legal. Quanto ao direito de propriedade, entendeu o Tribunal que se tratava na espécie de regras de caráter *conformativo*, que se limitavam a *redefinir* lícitamente o conteúdo do direito de propriedade. No tocante ao postulado de isonomia, entendeu-se inexistir qualquer discriminação arbitrária na disciplina da reavaliação.

129 RGZ 111, 320 (324-325).

130 RGZ 111, 320 (329).

131 RGZ 111, 320 (329).

Diferentemente da reforma monetária alemã de 1923-24, que reduziu ou, pelo menos, formalizou juridicamente a desvalorização dos créditos em dinheiro, o modelo jurídico consagrado pela Lei n.º 8.024, de 1990, não afetou o próprio *valor patrimonial dos créditos* em questão. Assegurou-se, na espécie, a paridade para a conversão dos cruzados novos em cruzeiros, garantindo-se a correção monetária das importâncias depositadas e o pagamento de juros indenizatórios correspondentes.

No tocante à preservação do valor patrimonial, as medidas contidas na Lei n.º 8.024, de 1990, foram significativamente menos drásticas do que as rotineiras desvalorizações do padrão monetário vigente em relação às moedas estrangeiras. Pode-se afirmar, portanto, que a *substância* do direito de propriedade não foi afetada.

Sob essa perspectiva, não há que se cogitar de lesão ao direito de propriedade decorrente do sistema de *conversão deferida* consagrado pela Lei n.º 8.024, de 1990.

Essas colocações enfraquecem a tese da *expropriação indevida*, sustentada por algumas vozes na doutrina e na jurisprudência.

Uma análise mais detida há de demonstrar que a qualificação das medidas contidas na Lei n.º 8.024, de 1990, como *expropriação* é manifestamente inadequada. Como referido, a Lei n.º 8.024, de 1990, não operou a transferência da titularidade dos valores patrimoniais confiados às instituições financeiras para o Poder Público. Não se verificou, igualmente, a transferência desses recursos para outros entes, públicos ou privados. Ao revés, determinou-se expressamente que os saldos em cruzados novos não convertidos fossem mantidos, no Banco Central, em contas individualizadas em nome da instituição financeira (Lei n.º 8.024, de 1990, art. 9.º).

As autorizações expressas em diferentes diplomas legais para utilização dos cruzados novos retidos (aquisição de imóveis da União, pagamento de tributos, etc.) parecem infirmar cabalmente o conteúdo expropriatório das questionadas medidas. A própria autorização para liberação antecipada de determinadas quantias retidas, constante da Portaria n.º 729, de 31 de julho de 1991, do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, e levada a efeito nos termos do art. 18, da Lei n.º 8.024, de 1990, infirma enfaticamente a tese da *expropriação*.

Evidentemente, sem que se tenha verificado qualquer alteração no plano dominial, há de se ter por inadmissível a qualificação das providências constantes da Lei n.º 8.024, de 1990, como medidas de índole expropriatória.

Poder-se-ia alegar, porém, que a forma consagrada pelo legislador retirou um elemento essencial desse peculiar *direito de propriedade*: a dispo-

nibilidade. Segundo esse entendimento, o bloqueio temporário dos recursos descaracterizaria o próprio direito de propriedade, nulificando um dos seus elementos essenciais, o poder de disposição.

Observe-se que eventual restrição ao poder de disposição não desnatura, por si só, o direito de propriedade¹³². Nesse sentido, bastaria mencionar a decisão do Supremo Tribunal Federal, relativa à constitucionalidade da Lei de Tombamento (cf., supra, §§ 118-122). De qualquer forma, cuida-se, na espécie, de *retenção* ou *restrição* provisória, que não afeta, de forma definitiva, o poder de disposição do titular.

Convém ressaltar, uma vez mais, que as providências constantes da Lei n.º 8.024, de 1990, não de ser vistas dentro do contexto jurídico-institucional em que se encontram inseridas. Não se trata, evidentemente, de simples *restrição* ao direito de propriedade. Ao revés, cuida-se aqui de completa reestruturação de um regime jurídico, de uma mudança radical no estatuto jurídico da moeda (cf., a propósito, supra, II, c, (bb).

Essas disposições de caráter *conformativo-restritivo* não têm por escopo precipuo impor restrições a determinada situação ou posição jurídica¹³³. Eventuais limitações decorrem da *reestruturação* ou *reformulação* completa do estatuto jurídico da moeda, que, por sua própria *natureza institucional*, é suscetível de redefinição¹³⁴.

Como se poderia vislumbrar eventual ofensa ao direito de propriedade na disposição que impõe determinadas condições para a conversibilidade da moeda antiga no novo padrão monetário, se é plenamente legítima a reformulação de um determinado regime, como é o estatuto jurídico da moeda? De onde se pretende derivar o direito de conversão imediata da moeda antiga no novo padrão monetário? Fundar-se-ia essa pretensão no próprio direito de propriedade? Parece inquestionável que, assim como não se pode sustentar o direito de conversão da velha moeda na nova, com base num critério estritamente paritário —, até porque, se assim fosse, seriam impossíveis as reformas monetárias —, não se há de afirmar, igualmente, o direito a uma imediata conversão dos ativos financeiros no novo padrão monetário, com base na garantia constitucional da propriedade.

Convém assinalar, a propósito, que as providências contidas na Lei n.º 8.024, de 1990, configuram medidas convencionais de reforma monetária. Trata-se, em verdade, do modelo de reforma monetária amplamente utilizado na Europa após a 2.ª Grande Guerra. É o que demonstra John Gurley na seguinte passagem de seu ensaio sobre as reformas monetárias efetuadas na Europa entre outubro de 1944 e maio de 1952, *verbis*:

132 Cf., sobre o assunto BVerfGE 26, 215.

133 Cf., sobre o assunto, PIEROTH e SCHLINK, op. cit., pp. 235 e 240.

134 Cf., sobre o assunto, especialmente, RE 94.020, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 104, pp. 269 s.

“Apesar da quase inesgotável lista de providências nas leis monetárias, é possível agrupar estes programas em três tipos gerais, com base na forma pela qual os diversos países enfrentaram o *superávit* de ativos líquidos em suas economias. Em primeiro lugar, existiam aquelas reformas monetárias que reduziavam a quantidade de ativos líquidos no início sem bloquear qualquer parte dela. Este “enxugamento” era feito através de troca compulsória de notas velhas e os depósitos bancários “velhos” por novas, a taxas de câmbio, que efetivamente reduziavam o enorme volume destes ativos. Cada família e cada empresa podia trocar suas economias em dinheiro e depósitos por novos, na taxa de câmbio estabelecida de, por exemplo, três por um, como no programa austríaco de 1947. De vez em quando, no entanto, permitia-se que uma quantia básica fosse trocada em paridade e outros câmbios de paridade eram estabelecidos em casos de emergência ou para grupos privilegiados. Uma vez que se realizaram estas trocas, no entanto, o primeiro objetivo do programa era atingido, pessoas físicas e empresas tinham um volume menor de ativos líquidos, mas podiam gastar o que restou como queriam. O segundo tipo de reforma monetária não abrangia nenhuma redução imediata na quantidade de ativos líquidos, mas em vez disto previa a imobilização de parte desta quantia na forma de depósitos bancários bloqueados. Mais uma vez, notas foram recolhidas e depósitos bancários foram declarados indisponíveis por seus donos durante um período específico. Neste caso, cada família e cada empresa podia converter seus ativos antigos por novos na proporção de um por um, mas só uma parte do dinheiro novo era liberada para uso livre. Os “ativos excedentes” eram colocados em contas bancárias especiais que, de um modo geral, não poderiam ser utilizados para compra de bens e serviços. Em resumo, indivíduos e empresas detinham o total de suas economias pré-reforma, já que estas economias eram trocadas em paridade, mas só podiam gastar uma parte delas. O terceiro tipo combinava as principais características dos outros dois. Dinheiro e depósitos bancários eram, inicialmente, convertidos em dinheiro novo a taxas de câmbio deflacionadas, mas uma parte da quantia restante era por sua vez congelada em contas bloqueadas. Mil unidades de uma moeda, por exemplo, seriam trocadas por 500 unidades novas e desta quantia, 250 das novas unidades seriam retidas em contas não utilizáveis para transações correntes.”¹³⁵

Observe-se que, das 24 reformas monetárias realizadas na Europa entre outubro de 1944 e maio de 1952, 8 consagraram o *modelo 1* (*Type one*), 12 pautaram-se pelo *modelo 2* (*Type two*) e apenas 4 seguiram o

135 Gurley, John, *Excess Liquidity and Monetary Reforms, 1944-1952*, in: *The American Economic Review*, vol. 43, nº 1 (março-1953), p. 76 (78).

modelo 3 (Type three) ¹⁸⁶. É o que se constata na seguinte Tabela elaborada por Gurley:

CLASSIFICAÇÃO DAS REFORMAS MONETÁRIAS NA EUROPA

PAÍS	MÊS E ANO DA REFORMA	MODELOS		
		1	2	3
Bélgica	out. 1944		x	
Grécia	nov. 1944	x		
Polônia 1 ^a	dez. 1944		x	
Iugoslávia	abr. 1945			x
França I	jun. 1945		x	
Áustria Ib	jul. 1945		x	
Dinamarca	jul. 1945		x	
Noruega	jul. 1945		x	
Holanda	set. 1945		x	
Tchecoslováquia	out. 1945		x	
Áustria II	nov. 1945		x	
Hungria I	dez. 1945	x		
Finlândia	dez. 1945		x	
Hungria II	ago. 1946	x		
Bulgária I	mar. 1947		x	
Romênia I	ago. 1947			x
Áustria III d	nov. 1947	x		
URSS	dez. 1947	x		
França II	jan. 1948		x	
RFA	jun. 1948			x
RDA	jun. 1948			x
Polônia II	out. 1950	x		
Romênia II	jan. 1952	x		
Bulgária II	Mai. 1952	x		

186 Gurley, op. cit., p. 76 (79-80).

Se considerarmos a tipologia organizada por Gurley, a Lei n.º 8.024, de 1990, consagrou, integralmente, o *modelo 2* de reforma monetária. Assinale-se que esse modelo nada tem de anômalo. Cuida-se, ao revés, de tipo de reforma monetária que foi amplamente utilizado na Europa, mormente na Europa Ocidental no imediato Pós-Guerra. A propósito, observa Gurley que, dos países europeus ocidentais que fizeram uso de reforma monetária no imediato Pós-Guerra, apenas dois não adotaram esse modelo (República Federal da Alemanha e Grécia)¹³⁷. Por seu turno, os países do Leste optaram, na sua maioria, pelos *modelos 1 e 3*¹³⁸.

Observe-se, ainda, que ao contrário do chamado *modelo 1*, que exige uma reestruturação de preços e salários, a reforma monetária realizada mediante retenção dos ativos financeiros não afeta, fundamentalmente, esses elementos¹³⁹.

É fácil ver, por outro lado, que, a despeito do *bloqueio temporário* dos ativos financeiros, o *modelo 2* revela-se, em tese, menos gravoso para o indivíduo, não acarretando a perda ou o cancelamento de direitos sobre esses ativos, como ocorre, necessária e inevitavelmente, na hipótese de adoção dos dois outros modelos¹⁴⁰.

Após essas considerações, caberia emitir uma palavra definitiva sobre o significado jurídico-constitucional da reforma monetária introduzida pela Lei n.º 8.024, de 1990. Cuidar-se-ia, efetivamente, de um violento atentado aos valores elementares da cidadania, especialmente ao direito de propriedade? A reforma introduzida deixa-se compatibilizar com a idéia de que a proteção constitucional da propriedade abrange os ativos financeiros confiados às instituições bancárias?

Como demonstrado, inexistente um conceito constitucional fixo, imutável de propriedade. Foi exatamente essa relativa flexibilidade conceitual que permitiu se consolidasse a idéia de que a garantia constitucional da propriedade deveria incidir, igualmente, sobre os demais valores patrimoniais (cf. supra, §§ 81-90). Enquanto típica garantia institucional, a proteção constitucional assegurada ao direito de propriedade não garante — como já acentuado pelo próprio Supremo Tribunal Federal¹⁴¹ — a preservação de um único e predeterminado modelo ou estatuto jurídico.

137 Gurley, art. cit., p. 76 (79-80).

138 Gurley, *ibidem*.

139 Cf., a propósito, Gurley, art. cit., p. 76 (87).

140 Cf., a propósito, Gurley, art. cit., p. 76 (805 e 875). Referindo-se à reforma monetária realizada na Alemanha em 1948, acentua o referido autor que, feita a conversão da maioria dos depósitos bancários a uma taxa de 10 Reichsmark por 1 Deutsche Mark, procedeu-se ao *bloqueio de 50% desses recursos*. Em outubro de 1948, fez-se o cancelamento de 70% desses ativos (20% desses recursos foram liberados e 10% destinados a investimentos específicos) (Gurley, *op. cit.*, p. 87).

141 RE nº 94.020, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 104, p. 269 (272); v. também voto do eminente Ministro Oroszimbo Nonato na Apelação nº 7.377, de 17-6-1942, Relator: Ministro Castro Nunes, RDA nº 2, p. 100 (113).

A definição do conteúdo do direito de propriedade, bem como o estabelecimento de limitações ao seu exercício constituem atribuições fundamentais do legislador. É por isso que a moderna doutrina constitucional não empresta significação teórica ao discrimen entre o ato legislativo destinado a concretizar ou a conferir determinada conformação ao direito de propriedade (*disposições de concretização ou conformação Konkretisierung- oder Ausgestaltungsbestimmungen*) e aquele outro promulgado com o escopo de impor limitações a esse mesmo direito (*normas restritivas = Schrankenbestimmungen*)¹⁴². Embora se afigure possível, do prisma estritamente conceitual, diferenciar as disposições relativas ao conteúdo do direito de propriedade (*Inhaltsbestimmungen*) daquelas concernentes às suas limitações (*Schrankenbestimmungen*), é certo que essa distinção não tem qualquer relevância do ponto de vista da dogmática jurídica¹⁴³.

Nesse sentido, enfatiza Papier que o legislador não está vinculado ao conceito prévio e tradicional de propriedade instituído pela legislação ordinária, estando mesmo legitimado a reformular as disposições de índole restritiva ou conformativa ("Er ist durch art. 14 nicht auf eine traditionelle, einfach-gesetzlich vorgegebene Begrifflichkeit und Rechtskonstituierung festgelegt. Der Gesetzgeber ist wegen art. 14 Abs. 1 s. 2 auch zur Neubestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums legitimiert")¹⁴⁴.

Não discrepa dessa orientação o Supremo Tribunal Federal, quando ressalta que "é a própria concepção da propriedade na Constituição, que proclama a possibilidade de se dar ao conteúdo desse direito definição e, pois, limitação, em lei ordinária"¹⁴⁵ ou quando afirma que "se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato"¹⁴⁶.

No caso em apreço, ao introduzir modificações no sistema monetário, assegurou o legislador a paridade da conversão entre o velho e o novo padrão monetário, estabelecendo condições específicas para as trocas que excedessem determinado valor.

As disposições constantes da Lei n.º 8.024, de 1990, não de ser vistas, pois, como preceitos que *redefinem* o estatuto jurídico da moeda e, por conseguinte, o regime do direito de propriedade sobre os valores patrimoniais expressos em dinheiro ou nos créditos em dinheiro.

Não se trata aqui, pois, nem de um empréstimo compulsório camuflado, nem de uma expropriação indevida, muito menos de requisição, de

142 Papier, op. cit., art. 14, n.º 251.

143 Papier, op. cit., art. 14, n.º 251.

144 Papier, op. cit., art. 14, n.º 253.

145 Cf. voto do eminente Ministro Orozimbo Nonato na Apelação n.º 7.377, de 17-6-1942, Relator: Ministro Castro Nunes, RDA n.º 2, p. 100 (113).

146 RE n.º 94.020, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 104, p. 269 (272).

depósito compulsório¹⁴⁷ ou de um confisco! Essas disposições não de ser consideradas, no plano dogmático-constitucional, como normas que dão nova definição ou conformação ao direito de propriedade (*disposições de índole conformativa-restritiva do direito de propriedade = Inhalts- und Schrankenbestimmungen*).

Seria lícito indagar sobre os limites desse poder de conformação do legislador em relação ao direito de propriedade, especialmente em relação aos valores patrimoniais expressos em dinheiro ou nos créditos em dinheiro. Os limites aplicáveis às *redefinições* e/ou às *limitações* ao direito de propriedade em geral não de balizar, igualmente, a atividade legislativa concernente à reforma monetária. As mudanças introduzidas pelo legislador não devem importar na supressão do direito da propriedade (*observância da garantia institucional = Institutgarantie*) nem acarretar a nulificação do seu núcleo essencial (*garantia do núcleo essencial = Wesensgehaltsgarantie*), constituído, fundamentalmente, pela *utilidade privada (Privatnützigkeit)*¹⁴⁸ (cf. sobre o assunto supra, §§ 104-112).

No caso em apreço, é certo que a fórmula eleita pelo legislador não afetou o instituto do direito de propriedade. Embora as condições impostas para a conversão do velho padrão monetário no novo configurem uma mudança do estatuto jurídico da moeda e, se se quiser, uma *alteração no regime jurídico da propriedade*, observou-se plena e integralmente a garantia institucional do direito da propriedade, assegurando-se a subsistência integral dos valores patrimoniais expressos em dinheiro e garantindo-se a conversão do dinheiro velho no novo padrão monetário com base numa relação de paridade.

Também não se afetou o *núcleo essencial* do direito de propriedade, tendo restado íntegra a posição do titular do direito sobre os valores patrimoniais expressos em dinheiro ou nos créditos em dinheiro. É verdade que se restringiu temporariamente o poder de disposição sobre esses valores. Eventual proibição de alienar ou a imposição de restrição legal ao poder de disposição não descaracteriza o direito de propriedade, como já admitido inclusive pelo próprio Supremo Tribunal¹⁴⁹. No mesmo sentido, manifestou-se o *Bundesverfassungsgericht*, reconhecendo que as restrições ao poder de disposição não são necessariamente incompatíveis com o direito de propriedade¹⁵⁰.

Pode-se afirmar, portanto, que a alteração do estatuto monetário, levado a efeito pela Lei n.º 8.024, de 1990, não afetou o *núcleo substancial* do

147 Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, art. cit., p. 49 (63).

148 Papier, op. cit., art. 14, n.ºs 11-12, e 272-273.

149 Cf., a propósito, Apelação n.º 7.377, de 17-6-1942, Relator: Ministro Castro Nunes, RDA n.º 2, p. 100 (114).

150 BVerfGE 26, 215 (222); v. também Papier, op. cit., art. 14, n.º 14.

direito de propriedade — na espécie, a *utilidade privada* dos valores patrimoniais —, nem reduziu o significado da garantia institucional da propriedade. Não se configura, portanto, a alegada ofensa ao direito de propriedade.

Poder-se-ia afirmar, porém, que as medidas tomadas impuseram sacrifício desmedido aos atingidos e seriam, por isso, inconstitucionais (*lesão ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*).

2.5. A restrição ao direito de propriedade e a observância do “princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade”

2.5.1. Considerações Preliminares

Reconhecida a legitimidade da reformulação da ordem monetária, com suas inevitáveis repercussões sobre as posições jurídicas individuais, cumpriria então indagar se as condições impostas pelo legislador não se revelariam incompatíveis com o *princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade (adequação, necessidade, razoabilidade)*.

Embora a doutrina constitucional brasileira não tenha logrado emprestar um tratamento mais sistemático à matéria, a questão da razoabilidade das leis restritivas tem assumido relevância na aferição da constitucionalidade de algumas leis¹⁵¹.

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas como o *princípio da proporcionalidade*. Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes)*¹⁵², pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)¹⁵³. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para

151 Cf., sobre o assunto, Mendes, Gilmar, Ferreira, Controle de Constitucionalidade; os *Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo, 1990, pp. 47 s., v. sobre o assunto, Carlos Roberto Siqueira, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na nova Constituição*, Rio de Janeiro, 1989, pp. 368 s.

152 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 70.

153 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 72.

o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito*)¹⁵⁴.

O pressuposto da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da *necessidade ou da exigibilidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos¹⁵⁵. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*¹⁵⁶.

2.5.2. O direito de propriedade e o princípio da proporcionalidade

Consoante a firme jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, a definição do conteúdo e a imposição de limitações ao direito de propriedade há de observar o princípio da proporcionalidade. Segundo esse entendimento, o legislador está obrigado a concretizar um modelo social fundado, de um lado, no reconhecimento da propriedade privada e, de outro, no princípio da função social¹⁵⁷. É ilustrativa, a propósito, decisão na qual a Corte Constitucional deixou assente que, “no âmbito da regulação da ordem privada, nos termos do art. 14, parágrafo 2.º, da Lei Fundamental, deve o legislador contemplar, igualmente, os dois elementos que estão numa relação dialética — a liberdade constitucionalmente assegurada e o princípio da função social da propriedade —, cumprindo-lhe a tarefa de assegurar uma relação equilibrada entre esses dois elementos dentro da ordem jurídica”.¹⁵⁸

Entende, portanto, o *Bundesverfassungsgericht* que a Constituição autoriza o legislador a concretizar o princípio da função social. Ele não deve restringir a liberdade além do estritamente necessário; não deve, todavia, descuidar-se também da concretização da função social da propriedade¹⁵⁹. Como as novas disposições de índole conformativa-restritiva incidem normalmente sobre situações já constituídas e reguladas, faz-se mister que o legislador leve em conta as estruturas jurídicas preexistentes¹⁶⁰.

154 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 74.

155 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 73.

156 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 73.

157 BVerfGE 52, 1 (29).

158 BVerfGE 37, 132 (140).

159 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 238.

160 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 239-240.

O *Bundesverfassungsgericht* considera que o legislador dispõe de poder de conformação relativamente amplo na matéria¹⁶¹. Não obstante o Tribunal procura sistematizar a aplicação do princípio da proporcionalidade, enunciando as seguintes condições que não de ser observadas:

a) o legislador deve considerar as peculiaridades do bem ou valor patrimonial objeto da proteção constitucional;

b) o legislador deve considerar o significado do bem para o proprietário;

c) o legislador deve assegurar uma compensação financeira ao proprietário em caso de grave restrição à própria *substância* do direito de propriedade. Embora não se tenha uma expropriação propriamente dita, a observância do princípio da proporcionalidade recomenda que se assegure ao proprietário que sofreu graves prejuízos com a implementação de providência legislativa uma compensação financeira;

d) se possível, deve o legislador atenuar o impacto decorrente da mudança de sistemas mediante a utilização de disposições transitórias (*Übergangsregelungen*), evitando as situações traumáticas, de difícil superação (*Härtenfällen*)¹⁶².

2.5.3. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

É interessante notar que a primeira referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — tanto quanto é possível identificar — está intimamente relacionada com a proteção ao direito de propriedade. No RE n.º 18.331, da relatoria do eminente Ministro Orozimbo Nonato, deixou-se assente, *verbis*:

“O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do “*détournement de pouvoir*”. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente consi-

161 BVerfGE 8, 71 (80); 21, 73 (83).

162 Pieroth e Schlink, *op. cit.*, p. 238.

derando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado.”¹⁶³

O tema voltou a merecer a atenção da nossa jurisprudência, na Representação n.º 930, quando se discutiu a extensão da liberdade profissional e o sentido da expressão *condições de capacidade*, tal como estabelecido no art. 153, § 23, da Constituição de 1967/69. O voto então proferido pelo eminente Ministro Rodrigues Alckmin enfatizava a necessidade de preservar-se o núcleo essencial do direito fundamental, ressaltando-se, igualmente, que, ao fixar as condições de capacidade, haveria o legislador de *atender ao critério da razoabilidade*. Convém registrar essa passagem do referido pronunciamento, *verbis*:

“A Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional (Cooley, *Constitutional Limitations*, pág. 209). “. . . Nor, where fundamental rights are declared by the constitutions, is it necessary at the same time to prohibit the legislature, in express terms, from taking them away. The declaration is itself a prohibition, and is inserted in the constitution for the express purpose of operating as a restriction upon legislative power”. Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos. Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.”¹⁶⁴

Embora a questão em apreço se restringisse à liberdade de exercício profissional, parece certo que o juízo desenvolvido mostra-se aplicável em relação a qualquer providência legislativa destinada a restringir direitos. O reconhecimento da competência do Poder Judiciário para *apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público* demonstra a necessidade de, muitas vezes, proceder-se, no controle de normas, ao confronto da *lei consigo mesma*¹⁶⁵, tendo em vista os fins constitucionalmente perseguidos. Por outro lado, deve-se acentuar que a argumentação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal não deixa dúvida de que, na espécie, a legitimidade dessas medidas restritivas há de ser aferida no

163 RE 18.331, Relator: Min. Orozimbo Nonato, RF 145 (1953), pp. 164 s.

164 Cf. transcrição na Rp. 1.054. Relator: Min. Moreira Alves. RTJ 110/937 (967).

165 Canotilho, op. cit., p. 739.

contexto de uma *relação meio-fim (Zweck-Mittel Zusammenhang)*¹⁶⁶, devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade da lei que contenha *limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não-razoáveis)*. Trata-se, à evidência, de aplicação do *princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso* no juízo de constitucionalidade.

Posteriormente, na Representação n.º 1.054, de 4-4-84, discutiu-se enfaticamente a constitucionalidade do art. 86, da Lei n.º 4.215, de 27-4-63, com a redação dada pela Lei n.º 5.681, de 20-7-71, que consagrava a incompatibilidade dos magistrados, membros do Ministério Público e de outras categorias de servidores para o exercício da advocacia, pelo prazo de dois anos, a contar da data da aposentação ou da disponibilidade. Cuidava-se de verificar, fundamentalmente, se as exigências contidas na lei estavam compreendidas no conceito de capacidade e se tais restrições diziam respeito ao interesse público. Após enfatizar que as *condições de capacidade* haveriam de ser somente as requeridas pelo interesse público, assentava o Ministro Moreira Alves, *verbis*:

“E terá sentido dizer-se que o inativo nos dois primeiros anos da inatividade, não tem, em razão do cargo que desempenhava na atividade, a independência necessária ao desempenho da advocacia? É evidente que não. Com efeito, sua posição a esse respeito é exatamente a mesma no dia seguinte ao da inatividade como dois, vinte, ou trinta anos depois. E qual a sua dependência com relação ao Estado para o efeito de pretender-se que o inativo continue, por dois anos, incompatibilizado com o exercício da advocacia ou impedido de advogar contra as Fazendas Federal, Estadual ou Municipal? O aposentado tem direito a proventos, mas se desliga do cargo, da função ou do emprego, extinguindo-se, de imediato, as relações funcionais com o Estado. Não tem sequer pretensões de ascensão. Como então dizer-se que continua ele sem independência nos dois primeiros anos? É o funcionário de sociedade de economia mista, que se aposenta como qualquer trabalhador de qualquer empresa privada, como contribuinte da Previdência Social? Mesmo os militares transferidos para a reserva ou reformados têm os mesmos deveres, antes de dois anos de afastamento, ou depois deles, e se o artigo 86 os tem como independentes para o exercício da advocacia após os dois anos, não há razão alguma para não tê-los naquele biênio. Mas qual a dependência do aposentado, que foi funcionário federal, com relação aos Estados e Municípios, para ser

166 Pleroth e Schlink, op. cit. p. 71. Pleroth e Schlink ressaltam que a vinculação do legislador, no âmbito dos direitos fundamentais, transforma o princípio da reserva legal (*Vorbehalt des Gesetzes*) em princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*).

impedido de advogar contra as Fazendas destes nos primeiros anos da inatividade?"¹⁶⁷

O desenvolvimento do voto do eminente Magistrado, que veio a preponderar na decisão da Suprema Corte, está a demonstrar a relevância da *razoabilidade*, em sentido estrito, para a aferição da legitimidade da lei. Adiante, reconheceu-se a inconstitucionalidade da disposição, enfatizando-se a sua *inadequação, incongruência e irrazoabilidade*:

“Nem se alegue que o ter sido servidor público civil ou militar ou servidor autárquico ou de entidade paraestatal ou funcionário de sociedade de economia mista os impeça ou os incompatibilize de exercer a advocacia por dois anos, tendo em vista razões de ordem ética que se integrariam na capacidade moral, como aptidão, para esse exercício. Essa alegação somente poderia ser feita, evidentemente, com referência à pessoa jurídica de direito público a que tais servidores estiveram vinculados, e assim não justificaria o impedimento que é o existente com relação a quaisquer pessoas jurídicas de direito público, nem muito menos como sucede com os militares e policiais militares — a incompatibilidade total para o exercício da advocacia. Mas, mesmo com relação à pessoa jurídica de direito público a que o servidor estivera vinculado, ela não pode ser exigida apenas de alguns e não de todos que estejam em situação análoga. De feito, não são todos os *inativos que têm tal impedimento ou incompatibilidade*. Os demitidos por pena ou exonerados a pedido não têm essas restrições. E por que não as têm, se o motivo do impedimento ou da incompatibilidade fosse o moral, em razão de ter sido, e o foram tanto os inativos como os demitidos ou exonerados? Porventura as relações de amizade pelo coleguismo anterior serão diferentes porque o colega se aposentou ou foi demitido ou pediu exoneração? E tem sentido que o que se demite para advogar, possa fazê-lo amplamente, e não o possa o que se aposentou? Aliás, se razões de ordem vinculadas à amizade ou à gratidão ou ao temor reverencial tivessem sido levadas em consideração pelo art. 86 do Estatuto da Ordem dos Advogados, por que os agentes políticos, como o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Parlamentares, no minuto seguinte ao em que deixarem o cargo definitivamente podem advogar sem qualquer incompatibilidade ou impedimento, inclusive perante as pessoas jurídicas de direito público e contra elas? Considerações de capacidade moral não podem, portanto, justificar o art. 86 do Estatuto da Ordem dos Advogados, uma vez que ofenderiam, sem a menor dúvida, o

167 Rp. nº 1.054, Relator: Min. Moreira Alves. RTJ 110, p. 967.

princípio constitucional de igualdade previsto no § 1.º do art. 153 da Constituição.”¹⁶⁸

Tais precedentes parecem demonstrar que, também entre nós, procede-se, não raras vezes, à aferição da legitimidade das leis restritivas tendo em vista a sua *necessidade, adequação e proporcionalidade (justa medida)*. E, embora a doutrina brasileira não empreste maior relevo ao excesso de poder legislativo¹⁶⁹, não parece subsistir dúvida de que o Supremo Tribunal tem identificado esse vício no juízo de constitucionalidade.

Talvez a decisão proferida na Representação n.º 1.077, de 28-3-84, contenha o mais inequívoco exemplo de utilização do *princípio da proporcionalidade* ou da *proibição de excesso* entre nós, uma vez que do texto constitucional não resultava nenhuma limitação expressa para o legislador. Cuidava-se da aferição da constitucionalidade de dispositivos constantes da Lei n.º 383, de 4-12-80, do Estado do Rio de Janeiro, que elevava, significativamente, os valores da taxa judiciária naquela unidade federada. Após precisar a natureza e as características de *taxa judiciária*, enfatizou o eminente Relator, Ministro Moreira Alves, *verbis*:

“Sendo — como já se acentuou — a taxa judiciária, em face do atual sistema constitucional, taxa que serve de contraprestação à atuação de órgãos da justiça cujas despesas não sejam cobertas por custas e emolumentos, tem ela — como toda taxa com caráter de contraprestação — um limite, que é o custo da atividade do Estado, dirigido àquele contribuinte. Esse limite, evidentemente, é relativo, dada a dificuldade de se saber, exatamente, o custo dos serviços a que corresponde tal contraprestação. O que é certo, porém, é que não pode taxa dessa natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o *quantum* da alíquota por esta fixado.”¹⁷⁰

168 Rp. n.º 1.064, Relator: Min. Moreira Alves. RTJ 110, p. 967.

169 O assunto é mencionado, com brevidade, nos comentários de Caio Tácito ao acórdão relativo ao Recurso em Mandado de Segurança n.º 7.243 (Rel. Min. Luiz Gallotti) (Rev. de Dir. Adm. n.º 59/350). Também José Luiz Anhaia de Mello tece ligeiras considerações sobre o tema, referindo-se a um estudo de Miguel Reale, apresentado como Embargos na Rp. n.º 700 (Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição, São Paulo, pp. 100/102). Anote-se, todavia, que, pouco a pouco, identifica-se esforço doutrinário com vistas a emprestar maior sistematização ao tema, conforme demonstra, v.g., a monografia “O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil”, Rio de Janeiro, 1989, de Carlos Roberto Siqueira de Castro. Nesse sentido também as considerações expendidas no nosso Controle de Constitucionalidade: *Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo, 1990, pp. 38 s.

170 Rp. n.º 1.077, Relator: Min. Moreira Alves, RTJ 112, p. 34 (58-59).

Fixada essa idéia de *equivalência razoável* entre custo do serviço e a prestação cobrada, concluiu o eminente Magistrado pela inconstitucionalidade do art. 118, da Lei estadual, que, de forma genérica, fixava em 2% sobre o valor do pedido o *quantum* devido pelo contribuinte, *verbis*:

(...) Por isso, taxas cujo montante se apura com base em *valor do proveito do contribuinte (como é o caso do valor real do pedido)*, sobre a qual incide alíquota invariável, tem necessariamente de ter um limite, sob pena de se tornar, com relação às causas acima de determinado valor, indiscutivelmente exorbitante em face do custo real da atuação do Estado em favor do contribuinte. Isso se agrava em se tratando de taxa judiciária, tendo em vista que boa parte das despesas do Estado já são cobertas pelas custas e emolumentos. Não estabelecendo a lei esse limite, e não podendo o Poder Judiciário estabelecê-lo, é de ser declarada a inconstitucionalidade do próprio mecanismo de aferição do valor, no caso concreto, da taxa judiciária, certo como é que conduzirá, sem dúvida alguma, a valores reais muito superiores aos custos a que servem de contraprestação. A falta desse limite torna incompatível o próprio modo de calcular o valor concreto da taxa com a natureza remuneratória desta, transformando-a, na realidade, num verdadeiro imposto.”¹⁷¹

Independentemente da discussão sobre o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade — alguns assentam-no no princípio do Estado de Direito; outros, no princípio do devido processo legal; outros consideram-no como parte integrante dos direitos fundamentais —¹⁷², importa reconhecer a sua plena compatibilidade com a nossa ordem jurídica.

2.5.4. O princípio da proporcionalidade e a Lei n.º 8.024, de 1990

As medidas constantes da Lei n.º 8.024, de 1990, foram tomadas num momento extremamente grave da vida econômico-social brasileira. A taxa inflacionária mensal aproximava-se celeremente dos três dígitos (73% em fevereiro) e a especulação financeira dominava a atividade econômica.

O chamado Plano Collor congelou cerca de 80% dos ativos financeiros na forma de cruzados novos (ca. NCz\$ 160 bilhões) e deixou intocados de 35 a 40 bilhões de cruzeiros¹⁷³. Com isso, reduziu-se a quanti-

171 Rp. nº 1.077, Relator: Min. Moreira Alves, RTJ 112, p. 34 (59).

172 Cf. sobre o assunto o nosso *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*, pp. 72 s.

173 Pereira, Luiz Carlos Bresser, *Os Tempos Heróicos de Collor e Zélia*, São Paulo, 1991, p. 24.

dade de moeda circulante a um percentual equivalente a 9% do PIB, considerado tecnicamente como percentual adequado e suficiente.¹⁷⁴

Seriam essas medidas adequadas? Evidentemente, que, a par da experiência histórica de vários países, a adequação da medida somente poderia ser aferida, no juízo abstrato de constitucionalidade, mediante prognósticos. Nesse sentido já acentuou o *Bundesverfassungsgericht* que a adequação de uma lei no contexto político-econômico há de ser contemplada quanto à plausibilidade e à objetividade da prognose legislativa¹⁷⁵. Reconhece-se, pois, ampla liberdade ao legislador na escolha dos meios adequados à consecução dos objetivos pretendidos, somente podendo afirmar-se a inadequação se se puder constatar a sua absoluta impropriedade para os fins a que se propõe no momento da promulgação da lei.¹⁷⁶

No caso em apreço, pareceria difícil sustentar a absoluta impropriedade ou a inadequação dos meios adotados pelo legislador. Não há dúvida de que, ao reduzir, de forma significativa, a liquidez monetária, a reforma em questão — tendo em vista inclusive a experiência histórica que lhe confere lastro — não poderia ser considerada imprópria aos fins a que se destinava.

Caberia indagar, então, se as medidas constantes da Lei n.º 8.024, de 1990, seriam *necessárias* ou *exigíveis*. Como enunciado, o requisito da *necessidade* ou da *exigibilidade* pressupõe que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo possa ser considerado, inquestionavelmente, mais eficaz na consecução dos objetivos perseguidos pelo legislador (cf. sobre o assunto, supra, § 212).

Não se pode negar que o chamado *excesso de liquidez* existente haveria de ser arrostado mediante providências que reduzissem, de forma significativa, os ativos financeiros. Dos modelos contemplados na tipologia proposta por Gurley, não parece subsistir dúvida de que o *modelo 2*, integralmente adotado pela Lei n.º 8.024, de 1990, revela-se menos gravoso, por não acarretar a perda ou a supressão de direitos sobre parte dos ativos financeiros, o que ocorre, inevitavelmente, no caso de adoção do *modelo 1* ou do *modelo 3*¹⁷⁷.

Evidentemente, a discussão sobre a *necessidade* das providências não se encerra com essa constatação. A própria eleição de um valor-limite para

174 Pereira, Luiz Carlos Bresser, *ibidem*.

175 BVerfGE 37, 1 (21); cf. sobre o assunto, Schneider, Hans, *Zür Verhältnismässigkeits — Kontrolle insbesondere bei Gesetzen*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, 1976, vol. II, p. 390 (398).

176 BVerfGE 30, 292 (316); 39, 210 (230), v. também sobre o assunto o nosso *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*, pp. 43 s.

177 Gurley, *Excess of Liquidity and Monetary Reforms, 1944-52*, art. cit., p. 76.

conversão imediata em cruzeiros ressalta o *poder de conformação* do legislador. Não se trata de nenhum número cabalístico, devendo-se admitir que o legislador poderia ter fixado outros critérios¹⁷⁸, que, singularmente considerados, apresentariam, igualmente, virtudes e defeitos, prós e contras. A discussão sobre os critérios, os modos de realização, é infundável. Inquestionável parece, todavia, a necessidade da intervenção legislativa no interesse de toda a ordem econômica, como de resto já havia sido reconhecido, pelo *Reichgericht* alemão em situação semelhante¹⁷⁹. O que importa acentuar é que, a despeito de todas as possíveis objeções¹⁸⁰, tendo em vista o quadro econômico-financeiro dominante à época, não há como caracterizar a *dispensabilidade* ou o *caráter abusivo* da providência questionada.

Dever-se-ia indagar, finalmente, sobre a *razoabilidade* ou a *proporcionalidade em sentido estrito* das providências contidas na Lei n.º 8.024, de 1990. Esse requisito exige que o indivíduo não seja submetido a sacrifícios superiores aos fins que se almejam com as providências. Imprescindível se faz também a adoção de medidas que atenuem o impacto negativo para o cidadão, inclusive através da outorga de compensação financeira, pelos efeitos gravosos suportados.

Ninguém em sã consciência há de infirmar os elevados interesses públicos que nortearam a edição da Medida Provisória n.º 168, posteriormente convertida na Lei n.º 8.024, de 1990, editada num momento de absoluta desorganização econômico-financeira. Os elevados índices inflacionários flagelavam os assalariados e estimulavam a especulação financeira, contribuindo para a redução das atividades produtivas. A inércia do poder público haveria de levar a um desastre de proporções imprevisíveis, no qual dificilmente restariam incólumes os próprios recursos privados confiados às instituições financeiras. Não há que se cogitar, pois, da desproporcionalidade das providências contidas na Lei n.º 8.024, de 1990.

É certo, ademais, que, tendo em vista o significado patrimonial dos ativos financeiros para os titulares das diversas contas, assegurou-se a atualização dessas importâncias e o pagamento de taxa de juros equivalente a 6% ao ano ou fração *pro rata* (Lei n.º 8.024, arts. 5.º, § 2.º, 6.º, § 2.º e 7.º, § 2.º). Outorgou-se, portanto, satisfatória compensação financeira ao titular de posições jurídicas afetadas com as medidas em apreço.

178 Pereira, Luiz Carlos Bresser, op. cit., pp. 23 e s.

179 Cf. sobre assunto, supra, §§ 175-176.

180 Uma única exceção talvez possa ser identificada no acórdão do Tribunal Regional de São Paulo, que considerou a Medida Provisória inconstitucional por falta do pressuposto relativo à urgência.

A par dessas cautelas, admitiu-se a transferência de titularidade para fins de liquidação de dívidas e operações financeiras comprovadamente contratadas antes de 15 de março de 1990 (Lei n.º 8.024, de 1990, art. 12) e permitiu-se a liberação de recursos em cruzados novos em montantes e percentuais distintos daqueles estabelecidos na lei, desde que o beneficiário fosse pessoa física que percebesse exclusivamente rendimentos provenientes de pensões e aposentadorias.

Finalmente, consagrou-se no art. 18 da Lei n.º 8.024, de 1990, posteriormente modificado pela Lei n.º 8.808, de 1991, cláusula que faculta ao Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento a possibilidade de reduzir os prazos e elevar os limites estabelecidos nos referidos arts. 5.º, 6.º e 7.º

Resta evidenciado, portanto, que, considerada a situação econômica dominante à época, as medidas contidas na Lei n.º 8.024, de 1990, não impuseram sacrifícios desmedidos ou desproporcionais aos atingidos. Ademais, cuidou o legislador de adotar, as cautelas básicas destinadas a minimizar os efeitos gravosos das providências nela contidas.

Dessarte, também do prisma da estrita proporcionalidade, não há como infirmar a plena legitimidade das medidas constantes da Lei n.º 8.024, de 1990.

Bibliografia

ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986.

BASTOS, Celso Ribeiro, in: Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandras. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, 1989, vol. 2.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (Decisões).

BVerfGE 8, 71 (80);

BVerfGE 20, 352 (356);

BVerfGE 21, 73 (83);

BVerfGE 24, 387 (396);

BVerfGE 25, 112 (117);

BVerfGE 26, 215 (222);

BVerfGE 30, 292 (316);

BVerfGE 31, 229 (240);

BVerfGE 37, 132 (141);

BVerfGE 39, 210 (230);

BVerfGE 42, 263 (294);
BVerfGE 50, 290 (340);
BVerfGE 52, 1 (27);
BVerfGE 52, 1 (26);
BVerfGE 58, 300 (330);
BVerfGE 66, 76;
BVerfGE 71, 230 (247).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra, 1986.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro, 1989.

ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA Filho, Eduardo, *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, 1932, vol. II, pp. 187-188.

GABBA, C. F., *Teoria della Retroattività delle Leggi*, vol. III, Torino, 1897.

———. *Teoria della Retroattività delle Leggi*, vol. IV, Torino, 1898.

GURFINKEL DE WENDY, Lillian, N., *Deprecação Monetária*, Buenos Aires, 1977.

GURLEY, John, "Excess Liquidity and Monetary Reform", 1944 — 1952, in: *The American Economic Review*, vol. 43, nº 1, março de 1953, pp. 76-100.

HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16ª edição, Heidelberg, 1988.

HIRSCHBERG, Elyahu, *El Principio Nominalista*, trad. do inglês para o espanhol de Jorge Manuel Roimiser e Mónica G. Cohen de Roimiser, Buenos Aires, 1976.

MAXIMILIANO, Carlos, *Direito Intertemporal*, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1955.

MELLO, José Luiz Andrade, *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, São Paulo, 1966.

MELLO, O. A. Bandeira de, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1969, vol. I, pp. 276-281.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo, 1990.

MIRANDA, Pontes de, *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1987, tomo V, p. 392.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, "A Reforma Monetária e a retenção dos ativos líquidos no Plano Brasil Novo", *Revista de Informação Legislativa* nº 108, 1990, pp. 49 s.

PAPIER, Hans-Jürgen, "Eigentumsgarantie und Geldentwertung", in: *Archiv des Öffentlichen Rechts* nº 98 (1973), pp. 528-567.

———. in: *Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz*, art. 14, Münique, 1990.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, *Os Tempos Heróicos de Collor e Zéila*, São Paulo, 1991.

PIEROTH, Bodo, **SCHLINK**, Bernhard, *Grundrechte — Staatsrecht*, 3ª edição, Heidelberg, 1988.

REICHSGERICHT (Decisões).

RGZ 107, 78;

RGZ 107, 370 (376);

RGZ 111, 321 (323).

RICHARD, Lionel, *A República de Wetmar*, São Paulo, 1988.

ROUBIER, Paul, *Le Droit Transitoire*, 2ª edição, Paris, vol. 8, 1960.

SAVIGNY, Friedrich, *Traité de Droit Romain*, Paris, 1860.

SCHMITT, Carl, *Dottrina della Costituzione*, trad. ital. de Antonio Caracciolo, Milano, 1984.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Decisões).

Apelação nº 7.377, de 17-6-1942, Relator: Ministro Castro Nunes, RDA nº 2, pp. 100 s.;

ERE nº 47.931, de 8-8-1962, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: Referências da Súmula do STF, v. 10, pp. 24 s.;

ERE nº 105.137, Relator: Ministro Rafael Magro, RTJ 119, p. 783;

MS nº 7.243, Relator: Min. Luiz Gallotti, RDA nº 59, p. 350;

RE nº 18.331, Relator: Ministro Orozimbo Nonato, RF nº 145 (1953), pp. 164 s.;

RE nº 50.325, de 24-7-1962, Relator: Ministro Villas Boas, in: Referências da Súmula do STF, v. 10, pp. 28 s.;

RE nº 51.606, de 30-4-1963, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: Referências da Súmula do STF, v. 10, pp. 30 s.;

RE nº 52.060, de 30-4-1960, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: Referências da Súmula do STF, v. 10, p. 34;

RE nº 76.700, Relator: Ministro Luiz Gallotti, RTJ nº 68, p. 237;

RE nº 94.020, Relator: Min. Moreira Alves, RTJ nº 104, 1988, pp. 269-272;

RE nº 100.249, Relator: Ministro Oscar Corrêa, LEX-STF nº 120, p. 25;

RE nº 105.137, Relator: Ministro Cordeiro Guerra, RTJ nº 115, p. 379;

RE nº 105.322, Relator: Ministro Francisco Rezek, RTJ nº 118, p. 709;

Rp. nº 930, Relator: Ministro Rodrigues Alckmin, DJ de 2-9-77;

Rp. nº 1.054, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ nº 110, p. 937 (967);

Rp. nº 1.077, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ nº 112, p. 34.

Aspectos Constitucionais do Poder Monetário

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e em Brasília
e Professor Catedrático da Faculdade de
Direito da UERJ

“A soberania monetária não pode ser uma ditadura. O Soberano não tem o poder de fazer tudo e qualquer coisa; cabe-lhe observar uma deontologia. A SOBERANIA MONETÁRIA DEVE SER LIMITADA POR UMA MORAL, UMA ÉTICA MONETÁRIA.”

JEAN CARBONNIER

A União Federal exerce o chamado poder monetário, dentro dos limites de sua competência e atendendo às normas constitucionais vigentes. Não se trata de um poder discricionário, mas de uma atribuição condicionada pelo espírito e pelo sistema da própria Constituição e que, sendo de competência do Congresso Nacional e do Executivo, encontra os seus limites nos direitos individuais. O abuso de poder, tanto na área monetária, quanto na área tributária ou administrativa, não encontra amparo na Constituição.

Escrevendo há quase meio século, o Ministro BILAC PINTO teve o ensejo de lembrar que a tese do Chief Justice, JOHN MARSHALL, Presidente da Corte Suprema norte-americana, de acordo com a qual o poder tributário envolve o de destruir o contribuinte (*the power to tax involves the power to destroy*) foi substituída, no tempo, naquele mesmo tribunal, pelo entendimento de acordo com o qual o *poder de taxar não é o poder de*

destruir, enquanto existir esta Corte Suprema (OLIVER WENDELL HOLMES). Com maior ênfase, relata BILAC PINTO, o Ministro FELIX FRANKFURTER esclareceu que o poder de taxar é o poder de manter e de assegurar a sobrevivência do contribuinte (the power to tax is the power to keep alive).

Partindo da análise do enfoque do problema tributário pelo Supremo Tribunal norte-americano, BILAC PINTO concluiu que as leis fiscais seriam *materialmente inconstitucionais* quando, embora formalmente corretas, *implicassem, na realidade, pelos seus efeitos, em distorções de caráter confiscatório ou desapropriatório*. Essa posição veio, aliás, a ser adotada pelo nosso Supremo Tribunal Federal, quando vedou as chamadas sanções fiscais de caráter político como, por exemplo, o fechamento do estabelecimento em mora com os seus tributos.

O efeito da inconstitucionalidade material é distinto do decorrente da inconstitucionalidade formal, pois, no primeiro caso, a decisão só vigora para o caso concreto, podendo, outrossim, coexistir com a constitucionalidade formal do diploma legal.

Efetivamente, o Supremo Tribunal Federal consagrou o princípio da inconstitucionalidade material, declarando, em acórdão de 1-9-1971, que o Decreto-Lei n.º 893/69 era inconstitucional, ao sujeitar, no caso de acidente de trabalho, a ação judicial do acidentado à exaustão dos recursos administrativos, diante da demora na solução do problema decorrente da apreciação prévia de suas pretensões pelos órgãos administrativos.

A mencionada decisão, que foi unânime, adotou a tese desenvolvida pelo Ministro BILAC PINTO, para quem a exaustão dos recursos administrativos, como condição para a ação judicial, não é inconstitucional em

si, tornando-se, todavia, inconstitucional quando, como no caso do Decreto Lei n.º 893/69, implica em procrastinação e conseqüente denegação de justiça.

A idéia já se tinha desenvolvido anteriormente na doutrina brasileira, embora sem o uso da terminologia *inconstitucionalidade material*, que, aliás, pode não ser a melhor, mas acabou consagrada pelos Tribunais e pela doutrina.

A Constituição vigente trata de modo específico da tributação excessiva, como forma de inconstitucionalidade material, ao vedar expressamente, à União, aos Estados e aos Municípios, no art. 150, IV, *utilizar tributo com efeito de confisco*.

A inconstitucionalidade material, que os Tribunais adotaram, em relação aos acidentes de trabalho, aplica-se, pois, perfeitamente tanto ao Direito Tributário como ao Direito Monetário, que ambos gozam da proteção do devido processo legal, que impede que qualquer pessoa perca a sua liberdade ou a sua propriedade, sem que, para tanto, haja um justo motivo previsto em lei e compatível com os princípios que regem a Constituição.

Assim, tanto no Direito Tributário, como no Direito Monetário, as medidas tomadas pelo legislador exigem que se atenda ao princípio geral da igualdade dos encargos, não podendo a norma jurídica ser discriminatória, devendo sempre ter um fundamento racional aceitável de acordo com a Constituição e cabendo-lhe assegurar a sobrevivência do contribuinte, sobre o qual recai o ônus tributário ou monetário.

Em determinados casos, em que se denega a correção monetária ou em que se afasta temporariamente a sua aplicação, por norma legal expressa, ou se bloqueia o uso de recursos monetários por um certo prazo ou se

determina a aplicação compulsória dos mesmos em títulos específicos, é preciso verificar se não ocorre, de fato, uma verdadeira desapropriação, e, conseqüente e indiscutivelmente, uma inconstitucionalidade material.

Aplicam-se a tais hipóteses os argumentos do Supremo Tribunal Federal, que reconhecem a existência de inconstitucionalidade material, pois embora algumas leis sejam, em tese, constitucionais, é evidente que, em relação a situações concretas, a sua aplicação pode implicar em inconstitucionalidade material, que deve ser apreciada a fim de evitar o confisco e a desapropriação, sem justa e prévia indenização em dinheiro, que não se coadunam com o Estado de Direito.

A inconstitucionalidade material revela, no campo do controle da constitucionalidade das leis, decretos e resoluções, uma apreciação não apenas literal, mas do conteúdo e do espírito dos diplomas, que não deixa de se inspirar nas teorias modernas do abuso de direito e do desvio de poder, que também ensinam a nulidade e a condenação de atos formalmente válidos, mas viciados pela sua finalidade e pelo resultado que, na prática, podem ensejar.

Os ensinamentos do Ministro BILAC PINTO e, já agora, da consagrada jurisprudência do Excelso Pretório, se aplicam perfeitamente às normas monetárias quando importam em atos abusivos do Poder Público, conforme já tivemos a ocasião de salientar. Do mesmo modo que o poder de tributar não deve destruir o contribuinte e a existência de um contencioso administrativo não pode violar a norma constitucional, que assegura a apreciação pelo Poder Judiciário de toda lesão de direito, *as leis monetárias não devem nem podem transformar-se numa forma oblíqua ou disfarçada de redistribuição da riqueza* ou de transferência de recursos privados para o Erário Público, especialmente quando baseada em critérios discriminatórios.

Contratos Reajustados com Base na Variação Cambial - Um Fator de Manutenção do Equilíbrio dos Negócios

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO

Advogado e Procurador do Estado do Rio
de Janeiro

A elaboração de contratos num período de elevada insegurança econômica, onde os índices governamentais são despídos de total credibilidade (por *jamaiz refletirem a real corrosão da moeda pela carga inflacionária imposta*), tem sido uma tarefa hercúlia, especialmente no que concerne ao fato de reajustamento das obrigações.

Tornou-se uma prática quase unânime para todo e qualquer contrato adotar como fator de *atualização* monetária das prestações a *variação cambial do dólar americano, por ser este o índice que melhor refletiria a perda de poder aquisitivo da moeda*.

Ora, até o advento da Lei n.º 8.178, de 1.º-3-91, que desindexou a economia, o Poder Público, reconhecendo a pesada carga inflacionária existente, praticamente desconsiderava o valor *nominal* das obrigações, trazindo tais valores em *índices oficialmente aceitos, que não implicavam em majoração ou revisão de preços* inicialmente estabelecidos, mas, tão-somente, manutenção do seu *valor* (poder liberatório).

Não se trata de contratar o pagamento em moeda estrangeira.

As obrigações são *pactuadas em moeda nacional, o cruzeiro, razão pela qual não incidem o Decreto n.º 24.038, de 26-3-34 — que “exige, nos vencimentos dos títulos a prazo ou à vista, em moeda estrangeira,*

provenientes de importação de mercadorias, sacados sobre qualquer praça deste país, o depósito do seu equivalente em moeda nacional ao câmbio do dia, feito no banco portador do mesmo, e dá outras providências" — bem como o Decreto-Lei n.º 857, de 11-9-69, que, em seu artigo 1.º, dispõe que "são nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, *estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira*, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro".

Aqui, frise-se, pactua-se em cruzeiro, que é a moeda de curso forçado no território nacional.

O que se discute é o critério pelo qual se reajusta essa obrigação em cruzeiros.

A solução generalizadora não parece ser a mais conveniente, já que cada caso é um caso, razão pela qual não é descabido lembrar o princípio da isonomia consubstanciado no art. 5.º da Lei Maior, que, interpretado por RUI BARBOSA, tem que é inconstitucionalidade flagrante tratar desigualmente os iguais e igualmente os desiguais.

Por ora, o importante é fixar o *investimento* (e não só o mercado) como divisor de águas, já que o contrato é, primordialmente, um ato jurídico bilateral e *comutativo*.

Logo, a rigor, não deve ser todo e qualquer contrato que deve ter como fator de reajuste a moeda estrangeira, mas, tão-somente, aqueles cujo investimento e/ou os custos da prestação devida pelo credor sejam a ela vinculados. Quanto a estes, o exame da evolução da legislação leva a concluir pela inexistência de qualquer impeditivo.

Outrora, entendia-se que esse reajuste deveria obedecer ao disposto na Lei n.º 6.423, de 17-6-77, que estabelece o seguinte, em seu artigo 1.º:

"A correção, em virtude de disposição legal ou de estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN)."

O diploma legal supracitado estabelecia base para *correção monetária*.

Com a instituição do Plano Cruzado, através dos Decretos-Leis n.ºs 2.283, de 28-2-86, e 2.284, de 10-3-86, a ORTN passou a denominar-se OTN (art. 6.º), determinando-se a conversão das obrigações *com cláusula de correção monetária* em cruzado (art. 9.º).

O artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 2.283/86 vedava a cláusula de reajuste *monetário*, nos seguintes termos:

“A partir da vigência deste Decreto-Lei, é vedada, sob pena de nulidade, cláusula de reajuste monetário nos contratos de prazos inferiores a um ano. As obrigações e contratos por prazo superior a 12 (doze) meses poderão ter cláusula de reajuste, se vinculada à OTN em cruzados.”

Tal artigo veio a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 2.284/86, que estendeu a vedação da cláusula de reajuste *monetário* a todos os contratos, qualquer que fosse o seu prazo.

Posteriormente, foi editado o Decreto-Lei n.º 2.290, de 21-11-86, que, ao estabelecer normas sobre a desindexação da economia, dispôs o seguinte, em seu artigo 2.º:

“Somente as obrigações contratuais por prazo igual ou superior a 12 (doze) meses poderão conter cláusula de *revisão* livremente pactuada pelas partes, vinculada a índices setoriais de preços ou custos, *que não incluam variação cambial*.”

Note-se que aí já não se fala mais em *reajuste*, mas em *revisão*.

Em 26-2-87, foi editado o Decreto-Lei n.º 2.322 que, alterando o art. 2.º do Decreto-Lei n.º 2.290, de 21-11-86, admitiu que os contratos pudessem conter “cláusula de reajuste baseada em índices que reflitam a variação do custo de produção ou do preço dos insumos utilizados, ou índices setoriais ou regionais de custo e preços”.

Na hipótese específica em exame, atribuiu a seguinte redação ao parágrafo 2.º do mencionado dispositivo, *in verbis*:

“É vedada, sob pena de nulidade, cláusula de reajuste vinculada a variações cambiais ou do salário mínimo, ressalvadas as exceções previstas em lei federal ou *quando tratar-se de insumos importados que componham os custos referidos* no item I do parágrafo anterior.”

Revogada estava, então, a vedação da utilização da variação cambial como fator de reajuste nos contratos, que constava do dispositivo alterado.

Em 31-1-89 foi aprovada a Lei n.º 7.730, que, pretendendo aplicar mais um “choque” na economia, instituiu nova unidade monetária no país, o “Cruzado Novo”. Outra vez foi imposto o *inconstitucional* “congelamento” de preços e extinguiu-se a OTN Fiscal em 16-1-89 e a OTN plena, em 1.º-2-89, autorizando-se, para alguns contratos, a utilização do IPC como fator de *correção monetária*.

Ao extinguir o índice oficial de inflação e determinar que revogam-se as demais disposições em contrário, já se poderia entender revogada a Lei n.º 6.423/77.

Atribuiu-se ao então Ministro da Fazenda a competência para rever o congelamento (art. 12), o que foi ocorrendo paulatinamente.

Esclareça-se que desde a edição das "Normas Complementares" ao PLANO VERÃO (Medida Provisória n.º 54, de 11-5-89, que veio a se transformar na Lei n.º 7.774, de 8-6-69, se previa, da mesma forma, que no Decreto-Lei n.º 2.322/87, a possibilidade de utilização de "índices nacionais, regionais ou setoriais de custos ou preços que reflitam a variação do custo de produção ou do preço dos insumos utilizados" em substituição ao índice oficial.

Em seguida, foi editada a Lei n.º 7.769, de 26 de maio de 1989, que ratificava, em seu artigo 1.º, essa autorização para rever o congelamento e liberar o preço dos *contratos*.

Instituiu-se, através da Lei n.º 7.777, de 19-6-89, o BTN — Bônus do Tesouro Nacional, como índice oficial de *correção monetária* e, posteriormente, também com vistas à *atualização monetária* das obrigações contratuais admitiu-se a utilização do BTN fiscal, instituído pela Lei n.º 7.799, de 10-7-89 (Medida Provisória n.º 68/89), determinando-se as hipóteses em que o índice diário de correção monetária não poderia ser adotado, a saber: mensalidades escolares, aluguéis residenciais, salários, contratos sujeitos ao Decreto-Lei n.º 2.300/86, preços e tarifas submetidos a controle oficial, demais obrigações, regidas por legislação especial indicadas pelo Ministro da Fazenda.

Não houve qualquer menção à substituição da ORTN (ou OTN) da Lei n.º 6.423/77 pelo índice criado.

Finalmente, em 15-3-90, com a posse do novo Governo Federal, nova sistemática de controle de preços foi instituída, com a adoção da Medida Provisória n.º 154, que, posteriormente, veio a se transformar na Lei n.º 8.030, de 12-4-90. Ficou vedado qualquer reajuste de preços e serviços sem prévia autorização do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento (art. 1.º).

No exercício dessa competência, o Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, em 2-5-90, editou a Portaria n.º 239, que liberou do regime de controle de preços os bens e serviços *em geral*, excetuando os seguintes:

- a) bens e serviços considerados básicos ao consumo e uso da população;
- b) produtos farmacêuticos de uso humano;
- c) tarifas dos serviços públicos e preços públicos, inclusive em regime de concessão ou permissão;
- d) automóveis de passeio, utilitários, ônibus, caminhões, pneus e baterias;

- e) implementos agrícolas (arados, colheitadeiras e tratores);
- f) geladeiras, máquinas de lavar, fogões e televisores;
- g) cigarros e cigarrilhas;
- h) vidro plano e cimento; e
- i) fertilizantes.

Assim, após um longo período de dirigismo e intervenção estatal nas atividades econômicas e, especialmente nos contratos, deu-se aplicação ao princípio constitucional da *livre iniciativa*, consubstanciado nos arts. 1.º, IV, *in fine*, e 170, da Lei Maior.

Através de uma série de reformas, que constituíram o chamado PLANO BRASIL NOVO (ou PLANO COLLOR), deu-se a execução de uma política de liberação do mercado, limitando-se a intervenção do Estado na atividade econômica apenas às hipóteses previstas na Constituição, quais sejam:

— repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, parágrafo 4.º);

— exploração direta de atividade econômica quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173, *caput*);

— exploração de atividades em regime de monopólio (art. 177);

— prestação de serviços públicos (art. 175);

— concessão de benefícios especiais e temporários, bem como limitação de setores específicos a empresas brasileiras de capital nacional (art. 171);

— exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento, este apenas *indicativo* para o setor privado (art. 174).

Portanto, fora dessas hipóteses e enquanto se pretender fazer existir um Estado de Direito, o dirigismo do Poder Público na atividade econômica, ainda que normativa, é vedado.

Não ocorrendo abuso de poder econômico e sendo lícito o objeto do contrato, vale o que ficar pactuado pelas partes.

Toda essa narrativa é para chegar a uma simples conclusão: ainda que o objetivo do contrato fosse o de estipular uma cláusula de correção monetária ou de manutenção do poder aquisitivo da moeda, não mais

haveria qualquer imposição de um índice (como ocorreu na seqüência ORTN, OTN, BTN e/ou BTNF). As partes estariam livres para utilizar o índice que melhor lhes conviesse (IGP, IPC, INPC, MVR, etc.).

Nada impediria, pois, a utilização do dólar como o fator de medição da manutenção do poder aquisitivo, se as partes entendessem que esse era o indexador que melhor refletiria a variação do investimento. A longa seqüência de diplomas legais citados demonstra que evoluiu-se a um ponto de total liberdade das partes em relação ao intervencionismo estatal, sem que haja lei que dirija a celebração do contrato ou imponha um índice. Cabe, assim, citar o art. 5.º, II, CF, que preconiza o princípio da legalidade, segundo o qual:

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

ORLANDO GOMES, analisando a questão de moeda de pagamento e a natureza das dívidas de preço, assim o reconhece:

“Examinando a problemática das dívidas pecuniárias, A. di Majo, professor na Universidade de Roma, ao se referir às mudanças do valor da moeda e do seu poder liberatório, sustenta que a autonomia das partes deve ser reconhecida a fim de manter o permanente equilíbrio entre as prestações correlatas, i.e., entre os termos da troca, pois seria precário e instável se o Estado pudesse alterá-lo mediante ato normativo que modifica o valor da moeda e a rigidez do princípio do seu poder liberatório por seu valor nominal “un equilibrio piuttosto precario ed instabile se lo Stato attraverso la manovra del valore della monetta e la rigidità del principio del potere liberatorio della monetta per il suo valore nominale, può anche alterare quel equilibrio.” (In *Questões mais Recentes de Direito Privado*, ed. Saraiva, 1988.)

No mesmo sentido, de privilegiar a vontade das partes no momento da contratação, firma-se a jurisprudência, como pode se ver da seguinte ementa:

“CONTRATO — Cláusula contratual — Disposição que representa a vontade comum das partes no ato de contratar — Desconsideração somente se atentatória à lei, à ordem pública e aos bons costumes ou, ainda, quando a lei expressamente a declarar nula ou ineficaz.”

Vale citar o seguinte trecho do corpo do acórdão:

“As cláusulas contratuais somente podem ser desconsideradas quando atentem contra a lei, a ordem pública ou os bons costumes, o que incorre no caso.

Quando cláusulas ou condições dos ajustes não vêm com esses graves defeitos ou, ainda, quando a lei expressamente não as declare nulas, devem ser respeitadas por representarem a *vontade comum das partes no ato de contratar.*" (Grifos do original.) (Ap. 248.479-3 — 7.^a C. — 31-10-89 — Rel. Juiz GILDO DOS SANTOS — in *Revista dos Tribunais*, nov./89, pág. 133).

O objetivo da exposição era também o de demonstrar que não mais cabe a imposição de um índice oficial de inflação como fator de atualização dos contratos. Todavia, a jurisprudência (que não teve tempo de se firmar ante a nova política traçada pelo Plano Brasil Novo), *ainda* é no sentido de que a Lei n.º 6.423/77 está em vigor, substituído que foi o indexador então vigente (a ORTN) pelo BTN. Leiam-se os seguintes acórdãos:

"CORREÇÃO MONETÁRIA — TERMO PREVISTO NO CONTRATO. *Uma vez cancelada, por força de lei de ordem pública, a estipulação da correção monetária com base na variação cambial da moeda norte-americana, tal fato em nada afeta a convenção das partes com respeito ao termo inicial da incidência da correção monetária. Inocorrência de negativa de vigência aos arts. 1.º do Decreto-Lei n.º 857, de 1969, 1.º e 3.º da Lei n.º 6.423, de 1977, 1.º, parágrafo 1.º da Lei n.º 6.899, de 1981, e 145, n.º V do Código Civil. Recurso Especial não conhecido (STJ, ac. unânime da 4.ª Turma)*" IOB — verbete n.º 48.920.

"— CONTRATO — PAGAMENTO EM MOEDA ESTRANGEIRA — ILEGALIDADE — REGIME LEGAL.

A instituição do curso forçado na moeda nacional, pelo Decreto n.º 23.501/33, levantou barreiras às estipulações em ouro ou outra moeda; o Decreto-Lei n.º 316/67 aliviou o rigor do Decreto n.º 23.501/33 para permitir cláusula em moeda estrangeira quando uma das partes, credor ou devedor, seja residente ou domiciliada no exterior ou quando as obrigações assim contraídas sejam objeto de cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação, ainda que ambas as partes contratantes sejam residentes ou domiciliadas no País. Fora desses dois casos, prevalece a regra do curso forçado da moeda nacional. A legislação, com as alterações do Decreto-Lei n.º 316/67 não teve grande duração. Já em 1969 a matéria foi integralmente reformulada pelo Decreto-Lei n.º 857/69, estabelecendo a nulidade, de pleno direito, das obrigações contraídas e exequíveis no Brasil, em que haja estipulação em ouro ou moeda estrangeira ou outra forma que restrinjam ou recusem o curso legal do Cruzeiro. As exceções foram estabelecidas no art. 2.º desse decreto-lei. São cinco e, indispu-

tavelmente, estabeleceu a lei *numerus clausus*. Vale dizer que não se ampliou a permissão legal. Portanto, incidem na ilegalidade os contratos internos que estipulem o pagamento em moeda estrangeira, ainda que conversíveis em moeda corrente à época do pagamento. É que a Lei n.º 6.423/77 pôs termo à discussão sobre a distinção que se fazia entre *moeda de pagamento e moeda de conta*. Se antes era possível sustentar que mesmo nas obrigações internas era possível a estipulação em moeda estrangeira, desde que sua função fosse simplesmente *in obligatione* e não *in solutione*, já agora, nas obrigações objetivas e subjetivamente exequíveis no País, terão como condição ou cláusula estabilizadora *somente* — a expressão é da lei — os índices indicadores de variações das ORTN, agora denominados apenas OTN. Esses índices passaram a ser o denominador comum da correção ou atualização do valor da moeda. Proibida, portanto, a utilização de outro fator com o mesmo objetivo. Nem mesmo fatores internos, como a variação do salário mínimo ou piso salarial, podem ser validamente usados como forma de contornar a depreciação da moeda.” (Grifos do original.) (TJ-SP — Ac. un. da 4.ª CC, julg. em 11-2-88 — Ap. 89.919-1 — Rel. Des. ALVES BRAGA) in ADCOAS/88 n.º 119.434.

Com a imposição de mais um plano econômico, o chamado PLANO COLLOR II — Lei n.º 8.178, de 1.º-3-91 —, mais uma vez se procurou frisar a possibilidade de utilização de índices *setoriais* de custos, vedada a utilização de índices *gerais*.

Não houve tempo de se formar jurisprudência a respeito, mas parece óbvio não existir mais qualquer vedação para a utilização da moeda estrangeira como fator referencial do reajuste.

Ocorre que aqui sequer se chegou a falar em *correção monetária*, daí o “divisor de águas antes estabelecido”. O objetivo da cláusula foi o de manter o contrato remunerado pelos parâmetros ditados pelo *mercado*, em relação, principalmente, com os seus custos. Os institutos são bem diferentes.

Assim, por exemplo, nos contratos em que se está diante de um equipamento importado, com valor fixado em dólar, a sua valorização no mercado só pode ser avaliada pelo dólar, independente de qualquer inflação (até porque, dentro da nova política de não-intervencionismo, o valor do dólar é ditado pelo mercado). O mesmo se diga em relação à sua assistência técnica, locação, arrendamento, etc.

Mesmo em contratos com o Poder Público, vinculados a um orçamento atualizado de acordo com índices oficiais, é de ser aceita a variação cambial como fator de reajustamento de preços, se assim variarem

os investimentos e/ou custos. Deve-se admitir até o reajuste das tarifas e ingressos pagos pelos usuários de serviços públicos aos concessionários e permissionários, já que a tarifa tem por objetivo específico retornar o investimento do delegatário do serviço e a manutenção desse serviço, além do lucro sobre capital e trabalho empregados.

ARNOLDO WALD, professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ, em lapidar trabalho denominado "Revisão de Valores no Contrato: A correção Monetária, a Teoria da Imprevisão e o Direito Adquirido" — in *Revista dos Tribunais*, vol. 647 (set/89) págs. 30 e 31 — deixa clara a diferença, *in verbis*:

"Não há, pois, como confundir:

a) a cláusula *ouro*, expressamente vedada pela legislação brasileira desde 1933 (Decreto n.º 23.501);

b) a cláusula de pagamento em *moeda estrangeira* considerada admissível, nos termos do Decreto-Lei n.º 857, nos contratos internacionais e, no caso de repasse dos mesmos, no plano interno;

c) a *correção monetária* que, oriunda da lei, manda rever os débitos de acordo com a diminuição do poder aquisitivo da moeda, que foi considerada, por longo tempo, ilegal; em seguida admitida, quando expressamente prevista em lei e, só recentemente institucionalizada e considerada permissiva em todos os negócios jurídicos, com uma restrição progressiva dos índices a serem utilizados (proibição do salário mínimo, utilização exclusiva da ORTN, ressalvado o caso de dívida de valor); e

d) a *convenção do preço determinável* atendendo a uma fórmula mais ou menos sofisticada, fixada pelas partes, desde o início do contrato (cláusula índice), de acordo com a variação dos insumos (art. 2.º da Lei n.º 6.423).

A distinção entre a cláusula de escala móvel ou cláusula índice, a cláusula de correção monetária e as cláusulas ouro e divisas estrangeiras sempre foi feita tanto pela doutrina como pela jurisprudência." (Grifos do original.)

Ora, se o investimento e os custos são em dólar e o contrato é sinagmático e tem por princípio remunerar justa e convenientemente esse investimento e, ainda, manter a equivalência entre as prestações, somente o uso do dólar se prestaria ao alcance dessa finalidade. Vale, analogicamente, lembrar o método da rentabilidade tranqüilamente aceito pela Jurisprudência.

Não se pode pretender impor a uma das partes que se sacrifique enquanto a outra se beneficia do seu investimento e da valorização do seu patrimônio.

Ademais, dentro de uma ótica macroeconômica, seria desestimular as empresas que se dedicam a esse tipo de investimento, o que inviabilizaria toda uma política de desenvolvimento econômico e de modernização do parque industrial das empresas do país.

Esse *reajuste* (que, como visto, não se confunde com *correção* ou *atualização monetária*) também não se confunde com a *revisão*, que visa a re-colocar os valores nos parâmetros do mercado, caso o índice escolhido não venha a corresponder à realidade.

É a chamada *hardship clause*, invocada por ORLANDO GOMES em sua obra *Novíssimas Questões de Direito Civil* — Ed. Saraiva, 2.^a ed., 1988, págs. 187 e 188 —, cuja lição vale transcrever, *in verbis*:

“Nesse modelo, a novidade reside na adoção da *hardship clause*. Na definição de Frigani (transcrita na obra de Maiorca), a *hardship clause* é uma cláusula que permite a revisão do contrato primitivo, das obrigações das partes. Não se trata de aplicação especial da teoria da imprevisão à qual querem alguns reconduzir a referida cláusula, no vazo condenável de “transferir mecanicamente os institutos do armário civilístico clássico aos novos contratos comerciais”. Trata-se de nova técnica para encontrar uma adequada reação à superveniência de que alterem a economia do contrato, para manter, como esclarece o citado Maiorca, sob o controle das partes, uma série de controvérsias potenciais e para assegurar a continuação da relação em circunstâncias que, segundo os esquemas jurídicos tradicionais, poderiam levar à resolução do contrato. Ressalta o escritor mencionado que a característica e a novidade mais relevante da *hardship clause* reside nas conseqüências jurídicas decorrentes de sua dupla finalidade, a negativa, para evitar a dissolução do contrato, e a positiva, para renegociação das cláusulas nas quais se apresenta a ruptura do seu equilíbrio econômico. E assim, arremata, o contrato intangível cede o seu posto ao contrato evolutivo.”

Enfim, a atualização em dólar como fator de correção monetária, ainda é controvertido (muito embora haja vários argumentos que o admitam), mas, em relação ao reajuste como fator de manutenção de equilíbrio entre as prestações, não pode ser questionado. Ao revés, deve ser estimulado, com vistas a proporcionar maiores incentivos para a transferência de tecnologia e modernização do parque industrial brasileiro, que gerarão, em última análise, um aumento de competitividade da indústria brasileira no mercado externo.

Requisição de Informações à Receita Federal

ANTONIO VITAL RAMOS DE VASCONCELOS
Juiz Federal e Professor de Processo Civil das
FMU-SP

SUMÁRIO

I) **INTRODUÇÃO:** Atualidade do tema. Finalidade do Processo. Equilíbrio entre o interesse jurídico da intimidade fiscal do contribuinte e o alcance da tutela jurisdicional satisfativa. II) **A INOVAÇÃO CONSTITUCIONAL:** A inviolabilidade do sigilo dos dados constantes de bancos específicos. Utilização dos bancos de dados exclusivamente no fim para o qual foi criado. O direito à intimidade. Possibilidade de divulgação em casos restritos: na forma da lei e para os fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Vedação ao aplicador da norma legal de infringir a cláusula de reserva. III) **CRITÉRIO LEGAL:** Disciplinamento acerca de obtenção de informações pelos próprios interessados. Indevida utilização do Magistrado como preposto da parte. IV) **O DISCIPLINAMENTO LEGAL:** CTN, CPC e Lei nº 3.470/58. Inteligência dos dispositivos. V) **CONCEITO JURÍDICO DE "INTERESSE DA JUSTIÇA":** Distinção com "interesse da Administração Pública". A eticidade da relação executória. Ônus do exequente na instrução do pedido. VI) **JURISPRUDÊNCIA:** O precedente do STF — época do julgamento e peculiaridades do caso. Hipótese de ato atentatório à dignidade da Justiça: balizamento. Julgados diversos. Utilidade prática da Execução. Comodidade do exequente. Ônus de instrumentalizar o pedido. Casos de requisição por interesse público, em benefício da própria Justiça. Inexistência de bens não transforma interesse particular em interesse da Justiça, de molde a justificar a devassa da documentação fiscal e a quebra do sigilo que a protege. VII) **CONCLUSÕES:** Só na forma e limites constitucionais pode ser obtida informação no banco de dados da Receita Federal: é o denominado "interesse da Justiça". Espírito da Constituição: resguardo da intimidade do contribuinte mediante sigilo, somente afetado pelas condições excepcionalmente previstas na Carta Magna.

I — Breve introdução

1. Instrumento que é da realização efetiva e concreta do direito material, o processo civil brasileiro sofreu sensível aprimoramento com a edição do vigente CPC e substancial sujeição a preceitos relevantes advindos da Carta Constitucional de 1988, embora a comunidade doutrinária ainda não tenha desvendado o integral alcance do novel disciplinamento constitucional.

2. O sistema jurídico deve estar capacitado para assegurar, na medida necessária, a primazia das garantias constitucionais sobre as demais disposições legais, em ordem a ensejar a predominância dos interesses da coletividade sobre os estritamente individuais.

3. Felizmente predomina o consenso de que, se o processo não é suscetível de, por si só, produzir modificações definitivas na estrutura jurídico-social, não está exonerado o processualista do dever de colaborar, no campo de sua especialidade, para a promoção desses consecutivos sociais, em atenção à advertência de BARBOSA MOREIRA de que semelhante tarefa, “naturalmente se desenvolverá em dupla perspectiva: *de lege lata*, pela análise do ordenamento vigente, com o propósito de revelar-lhe o perfil, do ponto de vista indicado, pondo em realce, sempre que caiba, potencialidades mal exploradas pela exegese tradicional; *de lege ferenda*, mediante a apreciação crítica das normas em vigor e o oferecimento de sugestões de reforma” (“A Função Social do Processo Civil Moderno”, RP, Ed. RT, SP, vol. 37/140-150).

4. A nosso sentir, a tradicional e repetitiva requisição de informações à Receita Federal, feita em processo de execução, por exequente e através do Juiz, objetivando informações quanto ao endereço e/ou bens do executado, não pode continuar sendo utilizada como simples ato rotineiro de andamento processual, a duas distintas razões: a primeira, porque há novel garantia constitucional assegurando o sigilo de tais dados e, afora isso, a segunda, consistente na disciplina legal da matéria que não autoriza, *data venia*, a inteligência tendente a simples autorização.

5. Embora o *thema decidendum* — dizendo respeito à requisição ao Fisco de informações sobre o devedor — tenha suscitado, anteriormente, apaixonados debates doutrinários em que se contrapõem, de um lado, o interesse jurídico à intimidade fiscal do contribuinte e, de outro, o alcance da tutela jurisdicional de caráter jurissatisfativo, aos direitos do credor desatendido, há que se concluir que a obtenção de informações sobre a situação patrimonial do contribuinte, constante do banco de dados da Receita Federal, somente pode ser feita em caráter excepcional e dentro dos exatos limites da lei específica, para atender a notório e evidente interesse da Justiça, quase sempre descaracterizado na maioria expressiva das vezes.

6. O problema encerra aspectos diversificados e o tema, aparentemente simples, permite uma abordagem que se mostra útil e atual.

II — A inovação constitucional

7. Em primeiro plano, é grande valia destacar que todo o ordenamento jurídico foi substancialmente alterado, no particular, com a previsão de sigilo imposta à matéria pela novel garantia constitucional prevista no art. 5.º, inciso XII, da Carta Constitucional de 1988, *verbis*:

“É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” (Grifos à parte).

8. A manutenção de banco de dados, com informes pessoais acerca dos cidadãos, mereceu, na Nova Carta, um tratamento condizente com a tutela da intimidade, praticizada na garantia de que o sigilo desses dados somente será afetado na forma estabelecida na lei e para aqueles dois únicos fins indicados, de forma exaustiva, na própria Constituição.

9. Comentando o novel disciplinamento constitucional, ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI observam que “o dinâmico e complexo progresso tecnológico, particularmente da informática, que se verifica na sociedade contemporânea, constitui um fenômeno consolidado, do qual decorrem inúmeras conseqüências para o campo jurídico”, pois “tem-se como certo que o abuso no emprego desses meios, muitas vezes, retratando a profecia *orwelliana*, culmina por ameaçar a privacidade das pessoas” (*Constituição de 1988 e Processo*, Ed. Saraiva, SP, 1988, p. 173).

10. Atenta à questão, ROSEMARIE ERIKA HORCH alertou sobre a imediata necessidade de se disciplinar, por lei específica, o uso e controle dos dados em face da nova preceituação constitucional (“A questão do sigilo e do acesso aos arquivos”, jornal *O Estado de S. Paulo*, edição de 3-5-88, p. 43).

11. A Consultoria-Geral da República, atenta à rigorosa tutela do sigilo imposta pela Constituição, bem observou o traço de equilíbrio que deve vingar na possibilidade de divulgação de informações pelo *habeas data* e a preservação da intimidade. A lição de J. SAULO RAMOS, *in verbis*, ficou consubstanciada na afirmação de que “a garantia de acesso a informações de caráter pessoal, registradas em órgãos do Estado, constitui um natural consectário do dever estatal de respeitar a esfera de autonomia individual que torna imperativa a proteção da intimidade” (“Parecer”, *in DOU* de 11-10-88, p. 19.809).

12. Os bancos de dados criados e mantidos pelo Poder Público (v.g.: Receita Federal, Cartório Eleitoral, etc.) ou pela atividade privada, com função pública (Serviço de Proteção ao Crédito, Companhias Telefônicas, Entidades Bancárias, etc.) não de ficar absolutamente adstritos ao princípio da vinculação à finalidade dos dados, regra que exige que as informações recolhidas sejam utilizadas tão-somente com o escopo para o qual foram obtidas.

13. Comentando a aludida garantia constitucional, os consultores de Price Waterhouse lembraram que este inciso do art. 5.º da Constituição de 1988 assegura o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, incluindo-se aí as comunicações de dados, fato decorrente do avanço tecnológico na área da informática, e destacando dever-se reconhecer que “o princípio do sigilo absoluto, algumas vezes, não se coaduna com a realidade e a necessidade sociais. As trocas de informações, para fins contrários à ordem pública e, conseqüentemente, danosas à sociedade, podem e devem ser interceptadas, a fim de se evitar a materialização do dano, desde que obedecidos os procedimentos legais. Todavia, tal expediente deve ser utilizado somente quando se obtiver um elevado grau de certeza, e não no terreno arenoso das meras suspeitas, quando, então, deve-se recorrer aos expedientes ordinários de investigação e apuração de provas. A precaução é necessária para que sejam evitados atentados ao direito individual, devendo a lei ordinária dispor a respeito” (*A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL — 1988*, p. 161), mas sempre com atenção à reserva constitucional de *fins de investigação criminal ou instrução processual penal*.

14. Tendo o legislador constitucional, em boa hora, disciplinado claramente os contornos da garantia de sigilo das informações pessoais constantes de bancos de dados de molde a que sua divulgação somente possa ser feita atendidos a dois distintos pressupostos: na forma da lei e para os fins de *investigação criminal ou instrução processual penal*, desaparece o impasse interpretativo pela palavra final da Constituição. Esta é a cláusula de reserva prevista pelo próprio texto constitucional.

15. Assim, os cadastros criados e mantidos pelos Tribunais Eleitorais, pela Receita Federal e entidades congêneres, têm finalidade própria e não podem, por isso mesmo, servir de banco comum de informações para agilizar andamento de processos de execução, pois a simples circunstância de existir feito em tramitação não significa, necessariamente, existência de interesse público a justificar a adoção da medida excepcional, ante o tratamento de rigorosa tutela ao sigilo dos dados imposta pela atual Constituição.

16. Sirva de atenta recomendação a serena advertência oriunda da Consultoria-Geral da República no sentido de que “se a lei reveste de sigilo determinados atos estatais, excepcionando, desse modo, com funda-

mento em expressa permissão constitucional, o princípio geral da publicidade, torna-se defeso ao aplicador da norma legal — *administrador* ou *jugador* — fazer aquilo que ela, na cláusula de reserva, não permite” (“Parecer”, citado, p. 19.810).

III — O critério legal

17. Ainda que se admita — exclusivamente *ad argumentandum* — como inaplicável à espécie a citada garantia constitucional, ainda assim não teria apoio legal a pretendida requisição de informações, por prematura.

18. Em princípio, deve ser afastado o pretendido apoio da providência comentada dentre as garantias constitucionais contempladas nos incisos XXXIII e XXXIV, *b*, da Carta Maior.

19. Com efeito, a primeira dela reporta-se à dicção de que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Assim, se aplicável ao caso, essa garantia seria oponível à Receita Federal, não ao Judiciário; em segundo lugar, a lei tipificou essas informações como sigilosas, circunstância que, por si só, torna não-invocável o preceito à hipótese concreta.

20. A segunda diz respeito à “obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”. Igualmente inaplicável ao nuclear fundamento de que essa garantia também só poderia ser contraposta em relação à repartição pública específica (*Receita Federal*), além de outros aspectos atinentes ao pressuposto de “situações de interesse pessoal”. Ademais disso, como destacou o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, “quando a Constituição menciona, entre os direitos e as garantias individuais, o de obter certidões das repartições públicas, implicitamente aí deixam de estar incluídos aqueles casos em que a lei confere sigilo à informação” (RE n.º 93.150-SP; Rel. Min. DÉCIO MIRANDA, in *RTJ* 96/933-938).

21. Do outro lado, ao estabelecer a Constituição Federal o princípio, segundo o qual todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações, tanto de seu interesse particular quanto de interesse público, o legislador fundamental estruturou evidente princípio norteador, mas não o erigiu à categoria de postulado absoluto e irrestrito, de molde a, sem reserva, fulminar possíveis indivulgabilidades disciplinadas por lei. Tanto assim é que, na própria garantia, ficou condicionada a ressalva de informações cujo sigilo fosse imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

22. Verdadeiramente compreensível a existência das restrições apontadas à quebra do sigilo: de certo, como notou FRANCISCO FERNANDES ARAÚJO, não seria razoável ficasse exposta a situação econômico-financeira do contribuinte, numa vulnerabilidade “à mercê de pessoas menos escrupulosas, sendo fácil deduzir os inconvenientes e constrangimentos que certamente adviriam de tal liberação, acarretando total desassossego a todos aqueles que estejam cadastrados junto à Receita Federal” (“Requisição de Informações pelo Poder Judiciário”, RP, vol. 38/212-218).

23. Há uma colocação interessante a ser feita: se o sigilo abrange a totalidade das informações cadastradas na Receita Federal acerca do contribuinte, ou se são de domínio público (e, portanto, passíveis de divulgação), aquelas que digam respeito a dados considerados de menor importância, tais como: endereço, data de nascimento e outras equivalentes.

24. A melhor inteligência é aquela que conduz ao sigilo total dessas informações, porquanto dados fornecidos pelo próprio contribuinte com a ressalva de que não serão divulgados e somente serão utilizados pela própria Receita Federal. Com pequenas variações conceituais, o tema foi abordado na doutrina, ainda sob a égide da Constituição anterior, com rica contribuição para o tema, como se vê, *inter plures*, nos trabalhos de MIGUEL JOÃO FERREIRA DE QUADROS, “Administração Tributária”, in *Coментарios ao CTN*, vol. 2, Ed. Bushatsky, pp. 283/284; ALIOMAR BALLEIRO, *Direito Tributário Brasileiro*, Forense, RJ, pp. 566-567; JOSÉ CARLOS GRAÇA WAGNER, “Ilegalidade da divulgação, pela Fazenda Pública, de nome de devedores de impostos”, in *Resenha Tributária*, volume 1/1; SÉRGIO GISCHKLOW PEREIRA, “Receita Federal e Informações ao Poder Judiciário”, in *AJURIS* 22/212 e *RBDP* 32/71; FRANCISCO FERNANDES DE ARAÚJO, “Requisição de informações ao Poder Judiciário”, in *RP* 38/212 e *RF* 295/483.

25. Assim, no que tange à Execução Fiscal, que somente pode ser promovida pela FAZENDA PÚBLICA, através de correspondentes pessoas jurídicas para isso capacitadas processualmente, não se justifica esse requerimento, porquanto, à luz do citado art. 54 da Lei n.º 3.470/58, essas informações podem ser requisitadas diretamente pelo órgão fazendário correspondente, eis que o pedido se faz “no interesse da Administração Pública”.

26. Nas demais espécies de processo em que não exista a presença da Fazenda Pública (processos envolvendo exclusivamente particulares), também o ônus de fornecer tais dados é exclusivamente do Autor. Se a informação de que ele necessita se encontra em alguma repartição pública, seria invocável a disposição do art. 89 da Lei Federal n.º 4.215/63 (Estatuto do Advogado), em cujo inciso VI, letra c, está assegurado ao advogado o direito de “ingressar livremente em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial, policial ou outro serviço público onde

o advogado deve praticar ato ou *colher* prova ou *informação útil* ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente regulamentar ou fora dele, desde que se ache presente qualquer funcionário”.

27. A eventual dificuldade prática no exercício desse direito não transfere para o Juiz o ônus da obrigação processual nem legitima seja o Magistrado utilizado como preposto da parte. Nas ações a serem propostas, as medidas prévias devem ser encetadas e/ou orientadas pelo advogado da parte interessada, em plena coerência com a antiga previsão legal de que, “no seu ministério privado, o advogado presta serviço público, constituindo, com os juízes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da Justiça” (Lei n.º 4.215/63, art. 68), agora alçada a nível constitucional pelo art. 133 da Carta Fundamental, repetindo que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

IV — O disciplinamento legal da questão

28. O ordenamento jurídico infraconstitucional dá perfeita solução à controvérsia: aplicar-se-iam as normas constantes do CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, art. 198 e seu parágrafo único; CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 399 e LEI FEDERAL n.º 3.470/58, art. 54.

29. O Código Tributário Nacional, aqui como lei complementar, e na esteira da tradição legislativa, previu que é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos, explicitando, no parágrafo único dessa norma legal, que ficavam excetuados os casos de assistência mútua entre as repartições fiscais das três esferas governamentais e *os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da Justiça*.

30. O saudoso Mestre ALIOMAR BALEEIRO, comentando o CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, especificadamente no seu art. 198 e parágrafo único, ponderava que, “em princípio, o Código Tributário Nacional, como aliás o Direito anterior, notadamente o relativo ao imposto sobre a renda, garante ao sujeito passivo e terceiro o *sigilo* a respeito de sua respectiva situação financeira ou econômica, a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”, advertindo ser “*vedado* à pessoa de direito público divulgar informação obtida em razão do ofício, o mesmo aplicando-se às autoridades como órgão imediato da pessoa de direito público e aos funcionários, estes como agentes técnicos ou jurídicos dela”, tudo sob pena de procedimento criminal (*Direito Tributário Brasileiro*, Forense, RJ, 5.ª edição, p. 551).

31. Por seu turno, a Lei Federal n.º 3.470/58, disciplina que “nenhuma informação poderá ser dada sobre a situação fiscal e financeira dos

contribuintes, sem que fique registrado, em processo regular, que se trata de requisição feita por *magistrado no interesse da Justiça* ou por *chefes de repartições federais, diretores da Prefeitura do Distrito Federal e Secretários da Fazenda dos Estados, no interesse da administração pública*".

32. Também é de ser observado que o art. 399 do CPC não autoriza a diligência pleiteada, até mesmo quando para simples localização do endereço do executado, cuja especificação, na petição inicial, é ônus do Exequente. Dessa forma, os poderes conferidos ao Juiz pela primeira figura do aludido dispositivo legal referem-se, é evidente, a certidões necessárias à prova, isto é, a convencer da realidade dos fatos alegados pelas partes. Aqui se cogita de provar um fato desconhecido pela própria parte interessada estranha à lide. Não se nega, por outro lado, seja atentatória à dignidade da Justiça a omissão do devedor na indicação dos bens sujeitos à execução, nos termos do aventado art. 600, IV, do Estatuto Processual.

33. Contudo, uma observação se impõe: o citado dispositivo legal deve ser entendido — como já se argumentou —, tendo em vista bens especificamente sujeitos à execução, e não os bens em geral. Não se incida no erro da generalização em qualquer das situações. A requisição só há ser feita se tipificado ato atentatório à dignidade da Justiça, estando correta a postura de que "liberalidade anterior, que autorizava a prática de requisições, independentemente da prova da necessidade da providência, não convalida o seu prosseguimento" (JTACivSP, Lex, vol. 48/79).

34. Desse contexto, resulta claro que somente tem aplicabilidade ao caso em discussão aquilo que possa ser legalmente conceituado como *interesse da Justiça* posto que não cabe ao Magistrado fazer quaisquer requisições com fomento no indigitado "*interesse da Administração Pública*".

V — O conceito jurídico de "*interesse da justiça*"

35. Justo é partir da premissa de que uma interpretação demasiadamente restrita acabaria confundindo "*interesse da Justiça*" com "*interesse da Justiça Pública*" a ponto de redundar na aplicabilidade da norma apenas em sua extensão criminal, vez que o conceito de "*interesse da Administração Pública*" (contemplado no parágrafo único do art. 198 do CTN) abrange a dimensão "*fazendária*" especificada na lei.

36. A propósito, o Juiz ROBERTO GRASSI fez ver que em países do Ocidente liberal, como o nosso, "tem sabor de extravagância imaginar-se que o *interesse da Justiça* não possa dimensionar-se e coexistir com o das partes litigantes, numa co-extensão entre a tutela ao direito subjetivo do exequente e a realização prática do Direito Positivo, da *vontade concreta da lei*, culminando com a preciosa observação de que "é certo que o magistrado não se há de erigir em beleguim de *Shyllocks*; mas, dentro de uma

concepção publicística do processo, quando não mais se autoriza o credor à condução do obrigado *obtorto collo*, não se poderão deixar de extrair os corolários do monopólio estatal da distribuição da Justiça, nem ignorar o elevado nível de *eticidade* da relação executória; quanto ao último fenômeno, particularmente em face do sistema do novo estatuto (processual) de 1973" (AI n.º 148.876; 2.º TACivSP, in RT 570/163).

37. Dentro dessa consagrada teoria, o Código de Processo Civil investiu o Juiz de poderes amplos, todos destinados a tornar efetiva essa responsabilidade, como se lê, predominantemente, nos artigos 599 e 601. O novo diploma considerou atentatório à dignidade da Justiça, entre outros, o ato do devedor que "não indica ao Juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução" (CPC, art. 600, IV). Assim, desde que comprovada essa apontada omissão ou sonegação, pode o Juiz ordenar providência extraordinária para efetiva localização desses bens.

38. Não resta dúvida de que a responsabilidade executória é vínculo de Direito Público Processual. Ensina-nos LIEBMAN que "quem põe as mãos sobre os bens de devedor é o Estado, por intermédio de seu órgão competente: ele e só ele tem os poderes para tanto. O erro das doutrinas privatísticas é de querer construir com materiais tirados exclusivamente do Direito Privado uma série de atividades e relações em que a autoridade soberana do Poder Público intervém necessariamente, em exercício de poderes que lhe pertencem em caráter privativo, para cumprir sua missão de guardião e defensor do Direito. A sanção não é elemento da relação jurídica privada. Titular do poder sancionatório é o Estado, como elemento soberano de sua soberania. Só ignorando deliberadamente a participação do órgão estatal e o papel que lhe cabe no processo de execução, papel de todos os pontos de vista decisivo e insubstituível, é que se pode pretender localizar no direito do credor o poder de invadir a esfera jurídica do devedor; seria, pois, querer construir a teoria do processo sem levar em conta a existência do Juiz!" (*Processo de Execução*, 3.ª edição, p. 32).

39. O princípio a vigor é de que compete à parte, e não ao juiz, a localização do devedor e de bens a serem penhorados. A simples circunstância de ser lançada, nos autos do processo, certidão do Oficial de Justiça de que não foi encontrado o devedor, ou nem localizados bens, não é suficiente, *per se*, para justificar o expedito pedido de informações à Receita Federal. A inexistência de bens garantidores da execução não transforma o interesse persistente em interesse da justiça, de forma a justificar a devassa da documentação fiscal e a quebra do segredo que a protege, na única interpretação que se coaduna com os princípios de Justiça.

40. Vários são os fundamentos jurídicos dessa deliberação. Em primeiro lugar, tal pedido seria inviável em processos de EXECUÇÃO FISCAL, tendo em vista que o art. 54, segunda parte, da Lei Federal n.º 3.470/58,

possibilita a requisição dessas informações pelo “chefe da repartição”, quando no “interesse da administração pública”. Logo, se pode o Exeçquente, por *si mesmo* e de *forma direta*, obter tais informações, não lhe é lícito requerer essa providência por intermédio do Judiciário. Ademais, essa informação, se necessária, há de ser obtida antes do ajuizamento da Execução Fiscal, posto que esse ônus de individualizar devedor e bens compete ao Exeçquente.

41. Note-se, ainda, que inconcebível é a utilização do Poder Judiciário para obtenção dessa modalidade de informação, quando o Requerente é a UNIÃO FEDERAL, porque, no caso específico, tem esse ente federal poderes legais para dirigir-se diretamente à repartição competente para obter as informações pretendidas, como prevê especificadamente o art. 38, inciso XIV, da Lei Federal n.º 1.341, de 30-1-51.

42. O Tribunal Paulista deu precisos contornos ao tema ao asseverar que “não cabe ao Juiz providências para localização de bens do devedor quando o credor a desconhece, mormente através de requisição de informações à repartição fiscal que as obtém, por declaração de bens dos contribuintes dos tributos, garantindo-lhes sigilo. Quando o art. 600, IV — invocado pela agravante — se refere a bens, o faz com *determinativo*, indicando objeto específico da execução, *não a bens em geral*, sobre os quais possa cair a constrição legal. Aí se cuida do próprio objeto da obrigação que se pretende executar e, não, a qualquer bem do devedor a ser penhorado, apenas para garantia da execução de obrigação da qual não é objeto específico” (RT 510/151). Acrescente-se, a tudo isso, que a conduta in *fraudem executionis* não pode ser presumida: destarte, a só circunstância de não ter sido localizado o devedor (cujo endereço foi apontado por responsabilidade do Exeçquente) não é de molde a justificar o entendimento (alicerçado em mera presunção, repita-se) de que o devedor esteja “omitindo ao Juiz onde se encontram os bens” sujeitos à execução, na literalidade do dispositivo legal.

43. Calha, a propósito, a observação feita pelo Egrégio Primeiro TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DE SÃO PAULO, em acórdão que evidenciou, na via recursal, pretendido atrelamento aos princípios processuais aplicáveis: “É obrigação da parte, ao propor ação, saber, previamente, o endereço e a qualificação dos requeridos, bem como, em execução, se os mesmos têm algum bem. Se não têm, ou não sabe o exeçquente da existência de algum, corre o risco de estar propondo ação sem finalidade. Por isso mesmo, é antes da propositura da ação que há de perquirir o autor da existência ou não de bens. É muito comum, porém, em nosso foro, se darem os exeçquentes ao comodismo de não fazerem qualquer indagação prévia a respeito e, ante a primeira dificuldade, solicitarem supra a Justiça a sua inicial desídia, diligenciando junto a órgão da Administração Pública, quer para se tentar a localização dos requeridos, quer para se descobrir bens em seu nome (...). Como tal procedimento vem

acarretando um acréscimo de serviços aos já assoberbados cartórios e, também, à própria Receita Federal, não havendo uma séria justificativa para o requerimento, foi bem indeferido” (RT 571/133).

44. A requisição de informações à Receita Federal, pelo Magistrado, somente há de ser feita quando evidente o “interesse da Justiça”, que não se confunde, é óbvio, com o interesse do particular. A circunstância de a informação requerida objetivar a realização de penhora, que é, como consabido, ato preliminar para a execução do patrimônio do devedor, mediante o poder exercido pelo Juiz-Estado, não legitima a invocação de que está aí configurado um nítido “interesse da Justiça”. Esse interesse está na composição da lide, mas não leva a ponto de o Estado substituir ao particular naquilo que é de sua competência exclusiva: melhor dizer, que constitui ônus do Autor, como indicar na petição inicial “o nome e a qualificação” do devedor.

VI — A jurisprudência construída a respeito

45. A celeuma ganhou forte reforço com a decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, obrigatoriamente referenciada e segundo a qual a requisição em comento se faz no específico “interesse da Justiça”. O acórdão, lavrado repetidamente em dois julgamentos, tem a seguinte elucidativa ementa:

“PENHORA. Pedido de requisição, pela Justiça, de informações à Repartição competente do Imposto de Renda sobre declaração de bens do executado, frustrados que foram todos os esforços para a localização de bens para a penhora.

Essa requisição, ao contrário do que sustenta o acórdão recorrido, se faz no interesse da Justiça, pois a penhora é ato preliminar para a execução do patrimônio do devedor, e o titular desse poder de executar é o Estado, que o tem como instrumento necessário para desincumbir-se de seu dever de prestar jurisdição. Daí o preceito contido no art. 600, IV, do Código de Processo Civil, o qual considera atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução.

Recurso extraordinário conhecido e provido.”

(RE n.º 92.377-2-SP e 95.160-1-PR; 2.ª Turma, Rel. Min. MOREIRA ALVES; v.u.; in DJU de 1.º-6-84, p. 8729 e DJU de 29-6-84, p. 10747, respectivamente).

46. Dois aspectos dessa decisão, todavia, merecem pronto realce: 1.º) o julgamento se deu sob a égide do ordenamento constitucional anterior, que não contemplava o sigilo dos dados; 2.º) ainda que se repute

constitucional a anterior previsão legal, o julgado não generalizou a procedência da requisição; ao contrário, restringiu-a à situação em que tenham sido *frustrados* todos os esforços para a localização dos bens e vinculou a providência para cercar "ato do devedor quem não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução".

47. Mesmo após essa decisão da *SUPREMA CORTE*, o Egrégio 1.º TACivSP, após considerar a excepcionalidade da providência de requisição quando configurado "ato atentatório à dignidade da Justiça", fez expressa alusão à decisão do STF para obtemperar:

"Todavia, pelo mesmo entendimento jurisprudencial, em face da violência desse expediente, devassando a vida do contribuinte, o mesmo aresto condiciona essa requisição a que tenham sido frustrados *todos os esforços para a localização de bens à penhora*. Na espécie, porém, o executado ainda nem mesmo foi citado, porque só existe informação, colhida pelo meirinho, de que este reside em Jandaia do Sul, Paraná. É antes dessa citação, quando o executado terá, inclusive, direito de oferecer bens à penhora (art. 652, *caput*, CPC) resulta inadmissível a medida excepcional."

(AI n.º 382.243-Jundiaí; Relator Juiz FERRAZ NOGUEIRA; 3.ª Câmara, v.u.; julgado em 16-10-87; in JTA-Lex, vol. 111/047.)

48. É de se registrar que houve, inicialmente, alguma oscilação nos julgados que apreciaram a questão ora discutida. Os acórdãos proferidos tocaram em aspectos variados do tema, mas todos sob a tônica de que é ônus do exequente a localização do endereço do devedor, não sendo lícito pretender transferir esse encargo ao Juiz à simples constatação do oficial de justiça não ter encontrado o devedor nem localizado bens a serem penhorados.

49. Vejam-se os arestos que merecem ter sua ementa integralmente transcrita para melhor compreensão da inteireza da matéria julgada:

"PROCESSUAL CIVIL. LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR. RECUSA DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL EM FORNECER O ENDEREÇO DO EXECUTADO. RESOLUÇÃO N.º 13.528/87 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL.

1. A localização do devedor é providência que compete ao credor-exequente. O Poder Judiciário não pode suportar tal ônus quando não há prova nos autos de que o credor tenha diligenciado para apurar o endereço do executado, ou, ainda, para acertar uma relação processual, que não se consumou por não estar a inicial suficientemente instruída.

2. Negado provimento ao agravo."

(AI n.º 89.01.20234-4-BA; Rel. Juiz OSMAR TOGNOLO, TRF 1.ª Reg.; 3.ª Turma, à unanimidade; Partes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL X PLÍNIO DE OLIVEIRA SILVA; in DJU de 5-3-90, Seção II, p. 3220).

“PROCESSUAL. EXECUÇÃO. DEVEDOR NÃO-LOCALIZADO. REQUISIÇÃO AO FISCO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Por expressa disposição legal, assecuratória do sigilo a respeito da situação financeira ou econômica, a natureza e o estado dos negócios ou atividades do contribuinte, somente se justifica pedido de requisição no interesse da Justiça, à repartição arrecadadora do *Imposto de Renda*, quando se tratar de cobrança deste tributo.

2. Localização de devedor e bens para satisfação de crédito de entidade particular não atende ao interesse da Justiça, de modo a justificar a requisição.

3. Precedentes do *TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS*.

4. Decisão mantida.”

(AI n.º 89.01.20961-6-BA; Relator Juiz FERNANDO GONÇALVES; TRF-1.ª Reg.; 3.ª Turma; à unanimidade; Partes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL x DANIEL ASSIS DA BOA MORTE); in DJU de 5-3-90, Seção II, p. 3221.)

50. *A rica e fértil jurisprudência do TACivSP ripostou, com suficiência e maestria, os argumentos invocados pelo exequente para a obtenção da pretendida requisição de informações ao Fisco, em ementa que resultou assim redigida:*

“PROCESSO CIVIL, EXECUÇÃO. BENS NÃO-ENCONTRADOS. PEDIDO DE INFORMAÇÕES À DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL. INDEFERIMENTO.

É obrigação do autor, ao propor a ação, saber previamente o endereço e a qualificação do requerido, bem como se este possui bens, não ficando o magistrado obrigado, portanto, a deferir o pedido de informações à Delegacia da Receita Federal para obter a declaração de bens do executado.”

(AI n.º 306.825-SP; 1.º TACivSP; Rel. Juiz RAFAEL GRANATO; 4.ª Câmara, à unanimidade; in RT 571/133).

51. Com efeito, transparece claro que é obrigação da parte ao propor a ação, saber, previamente, o endereço e a qualificação dos réus, bem

como, em execução, se os devedores têm algum bem, a fim de que a ação somente seja proposta com alguma utilidade prática. Dessarte, se os executados não têm bens, ou não sabe o exequente da existência de algum, corre o risco de estar propondo ação sem finalidade. Por isso mesmo, é antes da propositura da ação que há de perquirir o credor da existência ou não de bens, eis que a responsabilidade, na execução, é exclusivamente patrimonial.

52. Porém, como ressaltado no aresto anteriormente indicado, “é muito comum, em nosso foro, se darem os exequentes ao comodismo de não fazerem qualquer indagação prévia a respeito e, ante a primeira dificuldade, solicitarem que a Justiça supra a sua inicial desídia, diligenciando junto a órgão da Administração Pública, quer para se tentar a localização dos requeridos, quer para se descobrir bens em seu nome”, concluindo, à vista dessas carradas de razões, que “como tal procedimento vem acarretando um acréscimo de serviços aos já assoberbados cartórios e, também, à própria Receita Federal, não havendo uma séria justificativa para o requerimento, foi bem indeferido o pedido. Por esses motivos, nega-se provimento ao recurso” (*idem, ibidem*), circunstâncias e argumentos que justificam a reinvocação do aresto.

53. A questão de requisição de dados à Receita Federal vinha agitando o 1.º TACivSP, a ponto de ser submetida a uma das plenárias a suscitação de uniformização de jurisprudência, porque algumas das Colendas Câmaras vinham deferindo o pedido das partes, e outras, não. A suscitação foi repelida, decidindo-se que, em se tratando de matéria ligada a desenvolvimento fático, cada caso mereceria uma apreciação própria, não se devendo ampliar genericamente a negativa ou a concessão.

54. Porém, com o exame particular de cada situação, veio se alargando o campo de indeferimento, à míngua de situação fática justificadora do anormal procedimento consultivo.

55. Não se deve esquecer que a hipótese contempla pretensa transferência da obrigação de instrumentalizar o pedido, que seria do exequente, para a Justiça. Ora, não se pode transformar esta em instrumento de pesquisa da parte, se ela não se acautela ao fazer os negócios. Veja-se que, na maioria dos casos, o requerente de tais officios é um estabelecimento de crédito, justamente aquele que, na contratação dos empréstimos, forma longos cadastros e formula variadas exigências, detendo, por outro lado, recursos amplos de pesquisa, quer com recursos materiais, quer com recursos humanos para localização de seus devedores.

56. Doutro lado, a declaração de renda guarda o sigilo próprio. Não se destina a tornar público o seu conteúdo, senão garantir ao Fisco Federal a sua arrecadação, até porque a sonegação do imposto de renda tipificaria um ilícito penal. Fosse ela fonte de informações, facultaria uma resistência

do contribuinte a explicitar o mínimo possível, receoso de estar publicando a sua vida sócio-econômica. Ademais disso, o atendimento de tais pretensões, gradativamente, conduziria à descaracterização daquele cadastro — de finalidade específica — para banco de dados de utilização comum de todos os interessados.

57. Cumpre notar que, por meio da declaração anual de rendas, a Fazenda Federal pede e colhe dados relativos à vida privada e aos negócios particulares dos contribuintes, mediante declaração unilateral que não pode deixar de ser considerada confidencial. Há que lembrar, ainda, que o Fisco Federal exige a exata e rigorosa declaração das rendas e do patrimônio, sem cogitar da sua origem lícita ou ilícita, e faz tal exigência sob a garantia de guarda de “rigoroso sigilo sobre a situação de riqueza dos contribuintes” (Decreto n.º 76.186, de 1975, art. 480, e Decreto-Lei n.º 5.844, de 1943, art. 201). A essas disposições legais se sobrepõe o Código Tributário Nacional, como lei complementar à Constituição, que em seu art. 198 só admite a requisição judicial *no interesse da Justiça*, e a inteligência da expressão somente pode ser de caráter restritivo, por sua natureza.

58. O direito invocado pelo requerente não é absoluto, esbarrando diante do sigilo e da mera comodidade. Fosse dada a interpretação que esses requerentes querem, costumeiramente, atribuir ao disposto na Carta Maior e no art. 130 do Código de Processo Civil, infundável seria a pretensão a expedição de ofícios e a envio de requisições, valendo-se a parte da própria Justiça, como sua preposta, à consecução do ônus de formação da prova, que cabe, por consagrado princípio, a quem se submete à prestação jurisdicional.

59. Ademais de tudo isso, não prova, de regra, o requerente, ter encetado investigações próprias, ou por firmas especializadas, e que se muniu de todas as cautelas quando ajustou o seu negócio com a parte, quanto aos seus endereços e comprovação de bens que caucionassem aquela transação. O que reflete mera comodidade em vir buscar, através da declaração de renda do devedor, satisfação dupla (*eventual endereço + descrição de bens*), posto representar dúplice busca que lhe competia e ainda lhe cabe.

60. Esse argumento, sob os seus multifacetados aspectos, receberam o *placet* da jurisprudência, consoante atesta a seguinte expressiva ementa:

“EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DEVEDOR NÃO-LOCALIZADO. PEDIDO DE INFORMAÇÕES À RECEITA FEDERAL. INDEFERIMENTO.

Cumpre ao exeqüente instrumentalizar o pedido e fornecer o endereço e a descrição dos bens do executado, não podendo, por mera comodidade, recorrer à Justiça para obter da Receita Federal o endereço e cópia da declaração de renda do devedor, que guarda sigilo próprio.”

(AI n.º 313.157 — Guarulhos; Relator Juiz BENINI CABRAL; 1.º TACivSP, 4.ª Turma, à unanimidade; in RT 583/152).

61. Até mesmo para a jurisprudência mais liberal, há condicionamento de que as informações somente devem ser requisitadas à Receita Federal quando manifesto o interesse público, em benefício da própria Justiça. Tal se depreende nos seguintes julgados:

“EXECUÇÃO FISCAL. REQUISIÇÃO DA DECLARAÇÃO DE BENS DO EXECUTADO À REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA. SIGILO FISCAL.

I — O deferimento do pedido está condicionado à comprovação de que o exequente não obteve as informações utilizando-se dos meios à sua disposição, no interesse da Administração Pública.

II — Afastada essa hipótese, a quebra do sigilo que protege as declarações (Decreto n.º 85.450/80) apenas se dará no interesse da Justiça, o que não ocorre no caso em exame.

III — Agravo conhecido e desprovido.”

(AI n.º 45.090-SP; Rel. Min. JOSÉ DE JESUS FILHO; TFR, 4.ª Turma, à unanimidade; Partes: UNIÃO FEDERAL x Fundação e Metalúrgica Cofim Ind. Com. Ltda.; in DJU de 28-8-86, p. 15.054);

(AI n.º 49.796-SP; Rel. Min. JOSÉ DE JESUS FILHO; TFR, 4.ª Turma, à unanimidade; Partes: IAPAS x Cyro Duarte; in DJU de 17-9-87, p. 19.577); Waldemir Dias Batista; in DJU de 17-9-87; p. 19.577; 28-8-86, p. 15.056); e

(AI n.º 50.047-SP; Rel. Min. JOSÉ DE JESUS FILHO; TFR, 4.ª Turma, à unanimidade; Partes: IAPAS x Waldemir Dias Batista; in DJU de 17-9-87, p. 19.577).

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES À RECEITA FEDERAL. INDEFERIMENTO.

Requisição, no curso de execução fiscal promovida pelo IAPAS, de informações à repartição encarregada da arrecadação do imposto de renda.

É inadmissível a adoção de tal providência por via do Judiciário, uma vez que o exequente, na qualidade de autarquia federal, pode obter de qualquer repartição pública o endereço exato de um contribuinte e verificar se possui bens passíveis de serem penhorados, *somente* se justificando o pedido à repartição arrecadadora do imposto de renda quando se tratar de *cobrança de tal tributo*.

Agravado desprovido.”

(AI n.º 49.227-SP; Rel. Min. ARMANDO ROLEMBERG; TFR, 4.ª Turma, à unanimidade; DJU de 14-8-86, p. 13.825);

e

(AI n.º 50.009-PR; Rel. Min. ARMANDO ROLEMBERG; TFR, 4.ª Turma, à unanimidade; DJU de 4-12-86, p. 23.932).

“PENHORA. BENS NÃO-ENCONTRADOS. INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL. PEDIDO INDEFERIDO. AGRAVO NÃO-PROVIDO.

Não cabem ao juiz providências para localização de bens do devedor, mormente através de informações pedidas à Repartição do Imposto de Renda.”

(AI n.º 86.614-SP; Rel. Juiz ÁLVARO LAZZARINI; 2.ºTACivSP; 6.ª Câmara; in RT 523/183).

“PENHORA. BENS NÃO-ENCONTRADOS. INFORMAÇÃO PELA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL. PEDIDO INDEFERIDO. AGRAVO IMPROVIDO.

Não há interesse da Justiça em que a Recebedoria Federal informe sobre a existência de bens do devedor que, citado para pagar, não indicou bem para ser penhorado e nem pôde o oficial de justiça localizar algum.”

(AI n.º 295.232-SP; Rel. Juiz MOHAMED AMARO; 1.ºTACivSP, 5.ª Câmara).

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INFORMAÇÕES.

Requisição, pela Justiça, de informações à CIRETRAN sobre o endereço e eventual relação de veículo em nome da executada. Descabimento no caso. Interpretação do art. 399 do CPC.

Agravo improvido.”

(AI n.º 48.976-SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO; TFR, 4.ª Turma, à unanimidade; Partes: IAPAS x Aparecida Lacerda Moraes; in DJU de 12-6-86, p. 10.327).

62. Na tônica de que a requisição só se fará quando no interesse da Administração Pública, na forma prevista no art. 54 da Lei n.º 3.470/58, deliberou o *TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS* que, excetuada essa hipótese, a quebra de sigilo que protege tais declarações (Decreto-Lei n.º 5.844/43, e Lei n.º 3.470/58), só se dará no interesse da Justiça

(AI n.º 49.312-SP e 59.766-SP; Rel. Min. ILMAR GALVÃO; in *DJU* de 29-5-86, p. 9161 e 25-4-89, p. 6063, respectivamente).

63. O Ministro EDUARDO RIBEIRO entendeu que “as declarações prestadas para fins de imposto de renda revestem-se de caráter sigiloso, só podendo ser desvendadas por motivos especialíssimos” para decidir que “não constitui um desses motivos a pesquisa de bens que possam ser penhorados” porque “constitui ônus da parte fornecer os endereços dos citandos. Não se justifica seja o encargo transferido ao órgão judiciário quando a providência pode ser por ela tomada, como sucede com a coleta de informações junto ao Cartório Eleitoral”. Com esse teor foram emendados os acórdãos dos AI n.º 49.479-SP, in *DJU* de 21-8-86, p. 14.442 e 49.641-PR, in *DJU* de 2-10-86, p. 18.198.

64. No mesmo diapasão os específicos julgados que merecem integral transcrição:

“EXECUÇÃO FISCAL. INTERVENÇÃO DO ÓRGÃO JURISDICIONAL PARA A OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE A EXISTÊNCIA DE BENS EM NOME DOS EXECUTADOS E DE SEUS REPRESENTANTES LEGAIS. DESCABIMENTO, NO CASO.

I — Não cabe ao órgão jurisdicional, em substituição à parte interessada, diligenciar em repartição pública elementos necessários à localização de bens dos executados. Tal medida só é admissível, se se demonstrar a indispensabilidade da atuação do órgão judicante para alcançar-se aquela finalidade. Precedentes.

II — Agravo desprovido.”

(AI n.º 49.743-SP; TFR, 4.ª T., Rel. Min. PÁDUA RIBEIRO; in *DJU* de 7-8-86, p. 13.346).

“EXECUÇÃO. DEVEDOR. BENS NÃO ENCONTRADOS PARA PENHORA. PEDIDO DE INFORMAÇÕES À DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL. INDEFERIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

Ao credor não cabe o direito de exigir da Receita Federal informações sobre o que esta recebeu confidencialmente do contribuinte.

A requisição da autoridade judicial está limitada à requisição regular, no interesse da Justiça.

E o interesse da Justiça, nesse caso, não poderá ser confundido com o interesse particular do credor interessado na

penhora de bens do devedor. Ao credor não cabe o direito de exigir da Receita Federal as informações que esta recebeu confidencialmente do contribuinte, sob a garantia da guarda do sigilo, e seria irregular que o Juízo se pusesse a serviço do credor nessa pretensão indevida.”

(AI n.º 243.834-SP; Rel. Juiz GERALDO ARRUDA; 1.ºTACivSP, 2.ª Câmara, à unanimidade; in 519/168).

“PENHORA. BENS NÃO ENCONTRADOS PARA SEREM PENHORADOS. INFORMAÇÃO PELA RECEITA FEDERAL. PEDIDO INDEFERIDO PELO JUIZ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

É vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira do contribuinte.

A inexistência de bens garantidores da execução não transforma o interesse particular em interesse da justiça, de forma a justificar a devassa da documentação fiscal e a quebra do segredo que a protege (AI n.º 215.552, relator Felizardo Galil, julgado em 12-11-75, “Julgados do TACivSP”, publicação interna, 50/129). E o mesmo entendimento foi manifestado pela 5.ª Câmara, no julgamento do AI n.º 219.764, em 3-3-1976.”

(AI n.º 236.839-SP; Rel. Juiz GERALDO ARRUDA; 1.ºTACivSP, 2.ª Câmara, à unanimidade; in RT 519/168).

VII — Conclusões

65. A cabo dessas considerações, parece preponderar o entendimento que mais se afina com os propósitos da instituição do sigilo sobre as informações constantes do banco de dados da Receita Federal: sua devassa somente pode ser feita em caráter excepcional, e nos estritos limites legais. Nesse contexto, o *interesse da Justiça* é expressão que há de ser conceituada como aquela que vise a combater, exclusivamente, atos atentatórios à dignidade da Justiça. Assim, não se justifica a medida excepcional, em princípio, enquanto o executado não foi sequer citado e não teve a oportunidade legal de pagar ou oferecer bens à penhora. Tampouco se admitirá o expediente para colher exclusivamente o endereço do executado, objetivo que pode ser conseguido pelo interessado através de recursos ou expedientes outros.

66. Essa inteligência é a única que compatibiliza o ônus da parte com o cogitado interesse da Justiça, com o condão de representar uma interpretação sistêmica, pois a diretriz a ser seguida é a consistente em

que as regras jurídicas constituem um sistema lógico, que satisfaça às exigências metalógicas de coerência e consistência.

67. Deveras, nenhuma regra jurídica existe isoladamente, eis que, no conhecido dizer do consagrado PONTES DE MIRANDA, nenhuma delas é gota, ainda que tenha sido o artigo ou parágrafo único de uma lei. De fato, direito é sistema. Quando uma Constituição entra em vigor, o que mais importa é interpretá-la conforme os princípios da civilização em que ela se tem de inserir a ser aplicada. "O direito é que faz as distinções. Se o direito faz as distinções desacertadamente, diante das circunstâncias, o erro é dos falsos juristas".

68. O espírito da atual Lei Maior foi o de, sistematicamente, expungir do direito brasileiro a possibilidade de devassa da intimidade, resguardando-a mediante assecuratório sigilo, somente afetado em condições excepcionais previstas em lei. Ora, como consabido, as regras jurídicas constitucionais sempre têm vigência imediata. Promulgada a Constituição, seus efeitos se produzem prontamente sobre as relações jurídicas em curso à data do início de sua vigência, por isso que as questões de direito intertemporal são reguladas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Vinga a assertiva de que "não há regulamentação da Constituição. O que pode haver são leis complementares, leis que a Constituição mesma exigiu ou que previu que fossem feitas", no afiançar sempre oportuno e atual de PONTES DE MIRANDA.

69. As diretrizes doutrinárias aqui sumariamente invocadas conduzem, infalivelmente, ao entendimento de que a eficácia das regras jurídicas constitucionais não se subsume, absolutamente, à existência de lei ordinária anterior, posto que seria subversão da ordem jurídica, diante do princípio supremo alusivo a toda noção de Constituição. O que se pode e deve perquirir é se a regra a ser aplicada constitui regra de fundo, ou regra de forma. E, se a regra remeteu à lei ordinária o princípio outorgado, a sua executoriedade é que poderá depender efetivamente da edição dessa lei. Nesse caso, porém, deve-se ainda perquirir se a lei a ser outorgada poderá limitar ou reduzir a aplicabilidade do princípio, porque o autoriza a própria Constituição, ou não. O pressuposto, no entanto, é de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia plena.

70. Em suma: pela Carta Constitucional vigente, o acesso a banco de dados específicos, por terceiros, somente pode ocorrer mediante ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; ainda que inexistisse a específica proibição constitucional, permaneceria íntegra a vedação, por força e pelo alcance das disposições legais comentadas. Não se permita, pois, possa o Processo ser utilizado de forma indevida, como vem acontecendo no dia-a-dia forense; atente-se, cada vez mais, para as inovações introduzidas pela Constituição Federal, onde pontifica, em plena sintonia com a evolução dos tempos, a proteção ao sigilo dos bancos de dados, nos limites, fins e propósitos ali preconizados.

Sonegação Tributária no Brasil

HARRY CONRADO SCHÜLER

Assessor em Finanças e Tributação do
Senado Federal — Assessoria Legislativa

SUMÁRIO

I. A problemática da sonegação tributária. II. Estimativas da sonegação de impostos no Brasil. III. Denúncias de corrupções e prevaricações federais. IV. Principais causas da sonegação. V. Conclusões.

I. A problemática da sonegação tributária

Qual a dimensão da sonegação de impostos no Brasil? São justos os encargos financeiros materializados nos tributos cobrados pela União, pelos Estados e pelos Municípios, ostensiva ou disfarçadamente? O produto da arrecadação é aplicado eficiente e honestamente em benefício do povo e das atividades produtivas? Qual o processo democrático para a instituição ou o aumento de tributos? Justifica-se o aumento de impostos quando há muita sonegação? Pode-se admitir a decretação de tributos pelo Poder Executivo? A fuga ao pagamento de impostos é moral e legítima? Quais são as causas da sonegação de impostos por empresas e pessoas físicas? Em que situação ou circunstância a recusa ao pagamento do imposto pode ou deve ser tratada como infração criminal e quem deveria ser penalizado em vista da impossibilidade de prender todos os sonegadores?

Estas são algumas das perguntas que podem e devem ser feitas pelo cidadão e pelo empresário obrigados a pagar tributos, pelo legislador que, institui a obrigação tributária, pela autoridade que administra o tributo e mesmo pelo magistrado que julga as demandas tributárias e as acusações de fraudes.

Citados questionamentos são sempre atuais. Mas nestes dias merecem uma reflexão geral, pois a proposta (que não é nenhum plano) de reconstrução nacional do Presidente da República aventa a hipótese de aumentar impostos, obviamente sobre as pessoas que já pagam, assim como criar novos impostos, em ambos os casos para suprir poupanças privadas (ou suprimi-las) com o fim de atender necessidade de investimentos para retomar o desenvolvimento e criar 20 milhões de empregos até o fim do século XX.

Contraditoriamente, foi o próprio Governo Federal o agente do aumento do desemprego, do regresso das atividades econômicas e do desestímulo aos investimentos, na obsessão de diminuir o consumo de um povo que padece de subconsumo. E para isso violou leis jurídicas, econômicas e psicológicas.

Indiscutivelmente, o Estado precisa de recursos financeiros para cumprir as funções que lhe compete ou lhe são atribuídas pela sociedade. Nos sistemas republicanos o poder público tende a aumentar e variar os tributos porque os políticos e os governantes querem fazer mais coisas, para incrementar o progresso, promover maior distribuição de bens e serviços, e mesmo para serem preferidos nas disputas eleitorais.

A humanidade, entretanto, progressivamente passou a opor-se a tributos extorsivos ou atrabiliários, que geralmente recaem direta ou indiretamente sobre os servos da gleba e a população obreira. A inconformidade contra a tributação opressiva e autoritária alastrou-se a partir da Idade Média e também por isso reis foram depostos, até por nobres que igualmente se beneficiaram com tributações que continham os mesmos vícios. Nos Estados Unidos da América, a exigência de impostos pela Coroa inglesa, sem audiência dos que deviam pagá-los, foi o estopim da Guerra da Independência.

Por outro lado, a fiscalização tributária não pode pretender abranger diretamente o universo das pessoas tributadas, pois nessa hipótese a administração teria que organizar verdadeiro exército de fiscais e consumiria parcela demasiado alta da receita. Imperioso se torna, pois, que a legislação e a administração induzam os contribuintes a cumprirem suas obrigações tributárias com suficiente espontaneidade ou aceitação.

Neste estudo, transmitiremos informações sobre estimativas da sonegação praticada no Brasil e, principalmente, analisaremos as principais causas desse fenômeno, com apoio nas Ciências das Finanças e na experiência profissional acumulada durante mais de 30 anos no exercício de cargos de fiscalização de impostos estaduais e federais, assessoramento fazendário, chefia da programação fiscal federal, julgador de processos fiscais no 1.º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e, a partir de 1978, assessor legislativo da Câmara dos Deputados e do Senado Federal em auditoria, finanças e tributações. Paralelamente, recordaremos recentes notícias sobre indícios de corrupções ou prevaricações, porque a impunidade tende a contaminar amplos setores administrativos e indispor os contribuintes ao pagamento de impostos. Simultânea e finalmente, indicaremos alguns meios capazes de reduzir bastante a ilegal evasão tributária.

O objetivo desta trabalho tem em mente contribuir para que o interessado no assunto firme um pensamento imparcial e mais completo sobre as questões levantadas no início.

II. *Estimativas da sonegação de impostos no Brasil*

Sabem as administrações tributárias da União, dos Estados e dos Municípios, assim como empresários, contadores, economistas, advogados e jornalistas que operam no campo tributário, que é bastante alta a sonegação de impostos no Brasil.

Não há publicação de estudo científico quantificando a ilegal evasão de impostos, razão pela qual podem ser aceitas como razoáveis as estimativas feitas por pessoas que vivenciam o fenômeno em sua experiência profissional.

Deve ser observado que a sonegação de impostos estaduais e municipais implica automática sonegação de impostos federais, podendo ser do Imposto sobre Produtos Industrializados mas necessariamente atinge o Imposto de Renda. Por conseguinte, as fiscalizações dos Estados produzem substanciais efeitos na arrecadação federal, de forma direta e indireta.

A seguir, recapitularemos algumas notícias sobre o vulto da sonegação de impostos, divulgadas pela *Gazeta Mercantil* a partir de meados de 1989:

a) O IBGE inferiu que a economia informal representa 13% do PIB — Produto Interno Bruto, quer dizer sobre o valor da produção interna de bens e serviços durante um ano, dela excluídos os consumidos na produção (*Gazeta Mercantil* de 8-6-89). Há que atentar, todavia, que nos dados à disposição daquele organismo está excluída parte da produção e das receitas não declaradas para os censos estatísticos, razão pela qual citado percentual seria maior ainda.

b) A sonegação chegaria a 30% do PIB (portanto 2,3 vezes a estimativa do IBGE), na avaliação abalizada do diretor da fiscalização da Secretaria da Receita Federal, auditor fiscal Tarcízio Dinoá Medeiros, sendo legítimo supor que tenha contado com dados sólidos daquele órgão central (*Gazeta Mercantil* de 26-28/8/89).

c) Igualmente para o presidente da Confederação Nacional do Comércio, Antonio de Oliveira Santos, 30% da economia ou do PIB seriam informais, significando que os respectivos empresários não recolhem impostos nem contribuições previdenciárias, embora criem empregos não registrados (*Gazeta Mercantil* de 26-8-89).

d) A sonegação de impostos devidos ao Estado de São Paulo equivaleria a 50% da arrecadação, portanto seria em torno de 33% da incidência legal, segundo estimativa da Secretaria Estadual da Fazenda (*Gazeta Mercantil* de 29-8-89).

e) As remessas ilegais ao exterior, por residentes no Brasil, teriam voltado a crescer em 1987, somando ao final de 1988, só os depósitos bancários, US\$ 16,2 bilhões (equivalentes a 14% da dívida externa de

US\$ 115,7 bilhões), podendo o total dos capitais evadidos atingir US\$ 34,7 bilhões, segundo estudo do Banco da Inglaterra sobre nove países devedores (*Gazeta Mercantil* de 21-9-89). Razoável supor que a quase totalidade dos valores ilegalmente transferidos para fora do País tenha fugido de todas as incidências impositivas, admitindo que pequena parte tenha sido submetida a tributação antes de terem procurado maior segurança, disponibilidade ou rentabilidade no estrangeiro.

f) Somente fraudes cambiais mediante documentos falsos de importadores fictícios, processadas de 1987 a 1989 e descobertas pela Polícia Federal, configurariam evasão de divisas no valor estimado de US\$ 360 milhões, reestimado no ano subsequente em US\$ 509 milhões, conforme denúncia feita pelo então Ministro da Justiça Saulo Ramos, apesar de negadas por bancos e corretoras que teriam estado envolvidas e malgrado a CPI do Congresso Nacional ter encerrado os trabalhos sem conclusão (*Gazeta Mercantil* de 10, 17 e 18-11-89; 26 e 27-9-90 e 29-11-90). As fictícias importações teriam o objetivo de "lavar" dinheiro proveniente do tráfico de drogas. Mediante a fraude, o Banco Central acabaria convertendo em dólares, transferidos ilegalmente ao exterior, moeda nacional por certo resultante de negócios e rendimentos sonegados.

g) No Rio Grande do Sul, 40% dos impostos estaduais estariam sendo sonegados, segundo o Secretário da Fazenda Orion Cabral, do Governo empossado em março de 1991, ao falar sobre uma "blitz" policial contra a sonegação (*Gazeta Mercantil* de 22-3-91).

Há tempo, interessa-se pelo assunto o Senador JOÃO CALMON, devido à repercussão da sonegação na perda de recursos tributários que a Constituição manda destinar à educação. Disse que ex-Secretários da Fazenda do seu Estado do Espírito Santo informaram que lá a sonegação seria em torno de 45% dos impostos devidos (grandeza que corresponderia à estarrecedora proporção de quase 82% dos impostos pagos). Lembrou, outrossim, que em 1990, numa reunião da Comissão de Assuntos Econômicos com a Ministra ZÉLIA CARDOSO DE MELLO, indagou-lhe se tinha fundamento estimativa de que só a sonegação de impostos no Estado de São Paulo já seria equivalente a todo o Orçamento da União, tendo o senador obtido, em resposta, um claro gesto manual de mais ou menos.

Outrossim, aproxima-se dos dados mencionados a sonegação comprovada pela Auditoria Regional do INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL, no Distrito Federal, que seria em torno de 50%, conforme entrevista dada no programa "Brasília 7:30" da TV Manchete, na manhã de 2-4-91, pelo ex-chefe do órgão.

III. Denúncias de corrupções e prevaricações federais

Caracteriza-se a corrupção do funcionário público (aqui compreendendo subordinado, chefe ou dirigente), quando solicita ou recebe vantagem indevida valendo-se da função. A lei a tipifica de corrupção passiva,

reservando a qualificação de corrupção ativa para o ato recíproco do corruptor.

Mais freqüente, tolerada e difusa é a prevaricação, que na administração pública se configura em procedimento contrário aos deveres do cargo, por interesse ou má fé, incluindo, pois, uma variedade de atos como abuso de confiança, favorecimento a amigos ou pessoas influentes, acomodação de ilegalidades, omissão intencional no cumprimento da lei, impedimento para um serviço cumprir a função para a qual foi criado etc.

A prevaricação e a corrupção vêm acompanhando a espécie humana em todos os sistemas econômicos e regimes políticos. Todavia, o ministramento da educação moral e a rigorosa aplicação da lei punitiva, conseguem reduzir significativamente a prática de ambas as espécies de delito.

A existência de impunes corrupções e prevaricações na administração pública tende a desacreditar as autoridades dos setores envolvidos, desmotivar os funcionários em seu trabalho e propagar nos contribuintes a pensão de sonegar impostos.

São inúmeras as denúncias já publicadas sobre prováveis fraudes nos três Poderes da República, na quase totalidade sem consequência penal.

IV. Principais causas da sonegação tributária

Numerosos são os motivos que fazem pessoas físicas e jurídicas resistirem ao pagamento de impostos, conforme estudam as Ciências das Finanças e a Psicologia: a natural defesa do patrimônio individual e fatores financeiros, culturais, morais, políticos e jurídicos. Esses óbices precisam ser superados para formação de uma consciência de aceitação do dever tributário.

A evolução política, econômica e social do Brasil é desfavorável ao cumprimento voluntário das obrigações tributárias em geral, principalmente em razão das seguintes causas:

a) IMPOSIÇÕES TRIBUTÁRIAS SEM EFETIVA ANUÊNCIA DAS PESSOAS TRIBUTADAS.

A instituição e o aumento de impostos pela União vem sendo feita quase exclusivamente através de decretos-leis, durante os longos períodos de 1930 a 1945 e de 1964 a 1988, e através de medidas chamadas provisórias, com força de lei, a partir da Constituição de 5-10-1988.

Ambas essas espécies de diplomas legais são expedidas monocraticamente pelo Presidente da República, freqüentemente exorbitando dos pressupostos constitucionais, apesar do que eles vêm sendo homologados pelo Congresso Nacional, tácita ou expressamente, causando impacto opressivo sobre os contribuintes.

Certamente só piorou a disposição e a desconfiança dos contribuintes, e dos investidores em geral, ao serem onerosamente surpreendidos com

o camuflado empréstimo compulsório de ativos financeiros, tornados indisponíveis em 15-3-90 pelo Presidente da República, também mediante Medida Provisória, em plano econômico eivado de inconstitucionalidades. Somma-se à violência jurídica destas a desonesta subcorreção monetária que está sendo aplicada, mediante índices muito inferiores aos reais aumentos de preços, para teoricamente atualizar os valores a serem devolvidos a partir de setembro de 1991.

Para formação de consciência cívico-tributária seria necessário que qualquer tributação só fosse admitida mediante lei formal, livremente examinada, emendada e votada pelo Poder Legislativo.

Sendo desrespeitado esse princípio político e jurídico, na prática a principal alternativa dos contribuintes atingidos por imposições presidenciais continuará sendo a burla das ilegítimas ou extorsivas tributações.

Pequeno número de contribuintes recorre ao Poder Judiciário, em razão do custo financeiro, da demora na decisão e da diminuta confiança na real independência de tribunais superiores quando o conflito é com o Poder Executivo. Esse comportamento tende a mudar com o aperfeiçoamento do estado democrático, tanto que no ano de 1989 houve recorde de sentenças de inconstitucionalidades tributárias (*Gazeta Mercantil* de 30-12-89 — 2-1-90). E agora, em 4-4-91, o Tribunal Regional Federal em São Paulo, em memorável julgamento, sentenciou como inconstitucionais os arts. 5.º, 6.º, 7.º, 8.º e 9.º da Lei n.º 8.024/90, originária da malsinada Medida Provisória n.º 168/90, acompanhando por unanimidade o voto do emérito Juiz AMÉRICO LOURENÇO MASSET LACOMBE, que interpretou ser um inconstitucional empréstimo compulsório o bloqueio forçado dos cruzados novos aplicados no mercado financeiro (*Gazeta Mercantil* de 5, 6 e 9-4-91).

Precisamos todos assimilar que contra a ordem constitucional nenhum plano pode ser decretado, seja econômico, financeiro, educacional, sanitário ou de qualquer outra espécie.

b) ESTABELECIMENTO DE ALÍQUOTAS TRIBUTÁRIAS DEMASIADO ALTAS, ESPECIALMENTE NOS IMPOSTOS INDIRETOS FEDERAIS E ESTADUAIS, AO INVÉS DE ARRECADAR MUITO ATRAVÉS DE MÓDICA INCIDÊNCIA EM GRANDE VOLUME DE OPERAÇÕES.

A tributação onerosa prejudica a expansão da produção, impede a democratização do consumo e torna tentadora a apropriação do valor do tributo por empresas ou pessoas físicas, ou, na competição econômica, induz a exclusão desse ônus no preço cobrado do comprador de mercadorias e serviços.

A correção dessas deformações depende de leis cuja iniciativa, na União, foi reservada ao Presidente da República (Constituição de 1988,

art. 61 e § 1.º, item II, alínea b). Mas cabe ao Poder Legislativo podar pretensões exageradas do Poder Executivo, na tramitação dos projetos de lei.

c) PUNIBILIDADE BRANDA SOBRE O SONEGADOR DE IMPOSTOS.

A recente Lei n.º 8.137, de 27-12-90, mudou a qualificação do crime de sonegação fiscal para crime contra a ordem tributária, em seu Capítulo I, sucedendo no particular a Lei n.º 4.279, de 14-7-65.

Entretanto, a nova lei manteve a leve pena de detenção de 6 meses a 2 anos para as hipóteses nela especificadas (art. 2.º, incisos I a V): fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se de pagamento de tributo; deixar de recolher tributo descontado ou cobrado (aqui o exagero de incluir atrasos); exigir, pagar ou receber percentagem sobre imposto ou contribuição deduzidos como incentivo fiscal; deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao contribuinte ou responsável tributário possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública (a invocação à lei é para isentar de responsabilidade penal outras informações).

Citada lei introduziu virtual pena de reclusão de 2 a 5 anos, mais multa entre 140 BTN e 72.000 BTN, para as condutas que especifica como crimes contra a ordem tributária. Todavia, cometeu as contradições, redundâncias ou exageros a seguir apontados ao repetir as hipóteses tipificadas na lei (art. 1.º, incisos I a V e seu parágrafo único, e art. 8.º): omitir informação ou prestar declaração falsa a autoridade fazendária (o mesmo crime para o qual o artigo subsequente manda aplicar a detenção já vista); fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro fiscal (a inexatidão enquadraria exageradamente no crime qualquer diferença aritmética nos tributos devidos, enquanto que a omissão de operações configura emprego de qualquer fraude prevista também no inciso I do art. 2.º); falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer documento relativo a operação tributável (hipótese que também se confunde com a fraude para eximir-se de pagamento de tributo, para a qual o art. 2.º comina a pena de detenção); elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento sabidamente falso ou inexato (excluindo a vaga inexatidão, o caso também se identifica com fraude para elidir tributo devido); negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativo a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação (aqui a hipótese contempla a fraude mais praticada para fugir

ao pagamento de impostos mas, incoerentemente, é invalidada como crime, pelo parágrafo único, ao dispor que essa infração se caracteriza com a falta de atendimento da exigência pela autoridade, no prazo de 10 dias, além do que essa exigência torna-se até inatendível quando passarem meses ou anos após a realização das vendas sem emissão dos documentos fiscais).

Por outro lado, a mesma Lei n.º 8.137/90 enfraquece sobremaneira seu efeito educativo ao facultar a conversão da detenção e da reclusão em multa pecuniária, só pagável por infratores de posses (art. 9.º).

Ademais, as penas de detenção ou de reclusão nunca serão aplicadas sobre pessoas ricas porque a citada Lei n.º 8.137/90 passou a extinguir a punibilidade quando o agente recolhe o tributo sonegado antes do recebimento da denúncia criminal, faculdade que o sonegador de posses sempre usará (art. 14). A norma anterior, ao contrário, condicionava a extinção da punibilidade à hipótese em que o infrator recolhesse o tributo antes de iniciada a ação fiscal (Lei n.º 4.729/65, art. 2.º).

Salvo melhor juízo, essas falhas da lei evidenciam que nem o Poder Executivo nem o Congresso Nacional foram suficientemente determinados para a efetiva condenação penal de grandes sonegadores.

d) RELUTÂNCIA DOS FISCOS FEDERAL, ESTADUAIS E MUNICIPAIS NA APLICAÇÃO DA LEI PENAL AOS SONEGADORES.

Mesmo após a instituição do crime de sonegação fiscal pela Lei n.º 4.729/65, agora transformado em crime contra a ordem tributária pela Lei n.º 8.137/90, as administrações fiscais vêm se omitindo na seleção de maus contribuintes a serem punidos com vistas à propagação do exemplo punitivo, desinteressando-se em preparar solidamente os processos para obter a condenação judicial e atravancando o rito da denúncia criminal.

Essas atitudes oficiais exteriorizam mais preocupação no recebimento dos débitos constituídos nos autos de infração do que com a formação da consciência tributária, mas também podem encobrir corrupção, favorecimento pessoal ou proteção política.

Orientação totalmente diferente adota o Internal Revenue Service, dos EUA, onde são executados programas anuais de indiciamento criminal de certa quantidade de sonegadores disseminados no País, a fim de gerar efeito multiplicador do respeito ao dever tributário. Com esse objetivo, aquela repartição fiscal divulga para os jornais e demais empresas noticiosas os nomes dos sonegadores e o vulto e a espécie da sonegação praticada.

e) IMPEDIMENTO DO EXERCÍCIO DA FISCALIZAÇÃO SOBRE DETERMINADOS CONTRIBUINTES OU SETORES ECONÔMICOS, PROTEGIDOS POR AUTORIDADES GOVERNAMENTAIS.

No Brasil é freqüente a interferência de autoridades superiores na fiscalização tributária, em geral proibindo verbalmente que sejam fiscali-

zadas certas pessoas físicas e jurídicas mas também, ao contrário, que sejam fiscalizadas algumas pessoas, neste caso porque não se dispõem a colaborar com a política econômica do Governo ou porque exista alguma denúncia informal ou por qualquer motivo não revelado.

Esses procedimentos exteriorizam pessoalidade, imoralidade, ilegalidade ou mesmo conduta potencialmente corrupta ou extorsiva. São injustos sobre contribuintes e destrutivos da imparcialidade fiscal necessária ao induzimento do cumprimento voluntário das obrigações tributárias.

Daí ter sido muito acertado e oportuno o estabelecimento, na Constituição de 1988, dos princípios da impessoalidade, moralidade, legalidade e publicidade, para a Administração Pública (art. 37). Entretanto, persistem as condições subjacentes que permitem a desobediência impune àqueles princípios constitucionais, em razão da instabilidade da ocupação dos cargos de chefia administrativa, do provimento destes sem critério de merecimento e da possibilidade de represálias sobre fiscais tributários em sua localização, promoção e remuneração.

O impedimento ao trabalho fiscal ou seu uso como instrumento de perseguição pode ser ostensiva prevaricação, com motivação pessoal ou política, podendo ainda encobrir corrupção ou extorsão. Daí ser necessário que contribuintes sejam selecionados para exames fiscais mediante critérios objetivos.

Aquelas danosas interferências superiores na administração fiscal podem ser afastadas através de sua divulgação, da denúncia de prevaricação e da estabilização das chefias. Entretanto, o atual Governo Federal pretende suprimir até a estabilidade do funcionário estatutário, condição na qual dificilmente algum denunciará deslizes na administração. Além disso, a iniciativa legislativa para criação de carreira administrativa pertence ao Presidente da República, na órbita da União (Constituição Federal, art. 61, § 1.º, alínea c).

f) MÁ APLICAÇÃO DE PARTE SIGNIFICATIVA DA RECEITA TRIBUTÁRIA.

São notórios os desperdícios, os altos custos de obras e serviços e o perdulário gerenciamento, na administração pública em geral, o que tende a fortalecer a resistência ao pagamento de impostos. Esses vícios em geral derivam do gigantismo do Estado e do despreparo de pessoal nos níveis de gerência e execução, mas podem ser ocultamente intencionais dentro de procedimentos corruptivos de difícil comprovação.

No plano federal, contribui para o improdutivo gerenciamento da despesa a inexistência da Contadoria Geral da República, após sua redução em atrofiado órgão de escrituração da Secretaria do Tesouro Nacional, assim como o provimento de cargos de auditor, dissimulados sob a denominação de analista, por pessoas despreparadas em auditoria patrimonial e financeira.

E tanto na União quanto nos Estados e nos Municípios, concorre para os desperdícios, os exagerados custos e o perdulário gerenciamento, com ou sem corrupção, o fato de os respectivos Poderes Legislativos não disporem realmente de Auditoria Externa ou Independente para assessorá-los na efetiva fiscalização da gestão e na comprovação dos crimes contra o patrimônio público, tendo em vista a imanente ineficácia auditorial dos Tribunais de Contas, demonstrada em um século de existência sem nenhuma denúncia de fraude ou corrupção ao Judiciário.

Torna-se necessário separar a função auditorial e a função judicante, entre a Auditoria Geral subordinada à Mesa do Poder Legislativo e o Tribunal de Contas, respectivamente. Esse aperfeiçoamento institucional exige até modificação na Constituição Federal, porque nela foi desnecessariamente normatizada a matéria, oportunidade em que inclusive deveria ser reconhecido aos Estados o natural direito de procurarem meios alternativos de controle parlamentar.

g) REMUNERAÇÃO BAIXA OU INSTÁVEL DOS FISCAIS.

No Governo Federal, os auditores fiscais vêm sendo submetidos a ciclos de retribuições insuficientes ou instáveis, especialmente a partir de 1968. Essa conduta governamental gera desestímulo ao trabalho e possibilita recrutamento de pessoal despreparado para a função ou sem disposição para o trabalho, ou ainda com risco de menor integridade.

O clima de instabilidade para o trabalho retornou em fins de 1990 e princípios de 1991, através de tentativas para suprimir gratificações de combate à sonegação tributária.

Em princípio, deve-se supor que a intenção de diminuir a remuneração dos auditores fiscais resulte de subavaliação de sua importância estratégica para a produção dos recursos financeiros de que necessita o Estado, assim como do desconhecimento da natureza antipática, desgastante e mesmo perigosa do trabalho fiscal. Pode também ser atribuída a diferente critério de valoração funcional ou, ainda, encobrir a criação de ambiente favorável ao descumprimento de obrigações tributárias.

h) PREVARICAÇÃO E CORRUPÇÃO DE ADMINISTRADORES E AGENTES FISCALIZADORES.

O suborno e o descumprimento ao dever convivem com a espécie humana e por certo existem na administração fiscal, tanto nos níveis municipais e estaduais quanto no nível federal. Mas os casos comprovados ou mesmo suspeitos de corrupção revelam ser minoritária a prática desse ilícito penal.

A corrupção passiva é propiciada por baixa remuneração, deficiências de controle, proteção política a maus contribuintes e convencimento da existência de suborno ou prevaricação de autoridades superiores, materializáveis no recebimento de bens e serviços ou na fruição de vantagens em postos de direção.

A corrupção é prevenível e removível mediante boa retribuição salarial, objetiva seleção de fiscais e chefes, aperfeiçoamento dos instrumentos de controle e independência operacional das auditorias tributária e administrativa. Entretanto, nessas matérias a Constituição reserva ao Presidente da República a iniciativa legiferante ou a competência regulamentadora, na órbita da administração federal (art. 61, § 1.º inciso II, alíneas *a*, *c* e *e*, e art. 84, inciso VI).

i) INSUFICIÊNCIA DE FISCAIS TRIBUTÁRIOS.

O Departamento da Receita Federal está provido de apenas 7.000 auditores fiscais, dos quais menos de 3.000 em trabalho de campo, para controlar um universo de 1.680.000 pessoas jurídicas cadastradas mais as milhões de pessoas físicas declarantes do imposto de renda e as operações aduaneiras.

Essa quantidade é bastante inferior à que o Ministério da Fazenda detinha em 1969.

A necessidade atual foi estimada em torno de 20.000 fiscais pelo Secretário da Receita Federal em 1989 (entrevista publicada na *Gazeta Mercantil* de 12-12-89).

Obviamente, sem pessoal suficiente a administração fiscal não tem capacidade para fiscalizar adequadamente o cumprimento das leis tributárias e promover o pagamento dos impostos pela maioria dos contribuintes. O desatendimento a essa necessidade de pessoal pode resultar de diferente avaliação de prioridades, mas pode encobrir política de tolerância com a sonegação, em diferentes níveis ou setores administrativos, como agora indicam as fraudes sob investigação na Previdência Social (*Gazeta Mercantil* de 28-3 e 2-4-91).

j) DESAPARELHAMENTO TECNOLÓGICO DAS REPARTIÇÕES FISCAIS.

A necessidade de investimentos tecnológicos no Departamento da Receita Federal foi orçada em US\$ 200 milhões por seu ex-titular em 1989 (*Gazeta Mercantil* de 12-12-89).

Cabe ao Executivo a iniciativa de propor recursos no orçamento. A omissão pode ser explicada em razão da necessidade de atender outras prioridades, mas pode embutir concordância com a promoção de crescimento empresarial mediante apropriação privada de tributos não pagos, em posição puramente teórica ou acobertando corrupção e prevaricação em vários níveis de governo.

l) INADEQUADA INTERPRETAÇÃO DA GARANTIA DE SIGILO BANCÁRIO A PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS.

A legislação do Imposto de Renda, desde 1943, obriga os servidores a guardarem rigoroso sigilo sobre a situação de riqueza dos contribuintes

e os profbe de revelarem ou utilizarem segredos dos negócios ou da profissão dos contribuintes, assim como os veda a prestarem informação sobre a situação fiscal e financeira dos mesmos (Lei n.º 5.844/43, arts. 201 e 202 e Lei n.º 3.470/58, art. 54).

Entretanto, em anos recentes alguns juristas passaram a sustentar que o sigilo bancário limitaria o direito da fiscalização examinar contas bancárias sem autorização judicial, apesar da investigação fiscal não tornar públicas informações referentes aos contribuintes e malgrado os arts. 195 e 197 do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25-10-66) assegurem bastante força jurídica para o fisco exigir informações relacionadas aos contribuintes em geral. Certo é que tal interpretação jurídica vem obstaculizando o trabalho fiscal e a comprovação de receitas omitidas por pessoas jurídicas e físicas, prejudicando, em consequência, a recuperação de impostos sonegados.

Em face da polêmica, talvez nova lei devesse dispor com clareza sobre o acesso fiscal às informações bancárias.

m) TOLERÂNCIA CULTURAL DA POPULAÇÃO COM A SONEGAÇÃO DE IMPOSTOS.

A complacência do povo em geral, e mesmo de profissionais de grau superior e homens de posição social, para com o não recolhimento de impostos, resulta em grande parte das causas descritas nas alíneas anteriores.

A modificação dessa postura exige que sejam suprimidas as causas já referidas. Nesse sentido, fundamental é a formação de maior consciência tributária de empresários e do público, e, particularmente, o ensino da *importância dos impostos nas escolas de primeiro e segundo graus, semeando o dever tributário na criança e no jovem.*

Quanto à instrução, o assunto é da competência dos Executivos federal, estaduais e municipais, segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Oportuno citar, a título de comparação, que nos EUA os acusados de sonegação tributária são submetidos a júri popular, refletindo o julgamento da comunidade.

V. Conclusões

A sonegação de impostos no Brasil é efetivamente alarmante, à vista das estimativas feitas por pessoas que conhecem o fenômeno e perante o vultoso incremento ocorrido na receita tributária federal em 1990, após procedimentos fisco-policiais e ameaças de aplicação da lei penal pelo Delegado Romeu Tuma, acumulando os cargos de Diretor do Departamento da Polícia Federal e de Diretor do Departamento da Receita Federal. Isso malgrado a retração das atividades produtivas e comerciais, provocada pelo Governo Federal.

Do instinto da propriedade emana a primeira reação contra a imposição contributiva que pretende transferir ao Estado parte dos bens da pessoa tributada, chamada à sua revelia de contribuinte.

A ausência de educação tributária na formação da criança e do jovem faz com que na vida adulta menosprezem a obrigação tributária e sejam tolerantes com a sonegação e a prevaricação.

A decretação autoritária de tributos pelo Chefe do Poder Executivo, mediante decretos-leis ou medidas chamadas provisórias, sem participação e anuência das pessoas tributadas, revigora a natural resistência ao cumprimento de antidemocráticas imposições financeiras.

As exageradas alíquotas dos principais impostos federais e estaduais tornam tentadora a apropriação dos respectivos valores ou induz sua subtração no preço das mercadorias e serviços, além de obstaculizar a democratização do consumo e a expansão da produção.

A outorga de privilégios tributários para alguns tende a disseminar o senso de injustiça fiscal.

As imperfeições da lei penal, a relutância em sua aplicação e o diminuto risco de punição criminal de pessoas ricas ou importantes, e mesmo a improbabilidade de serem fiscalizadas, tranqüiliza-as na prática sonegatória.

A perdulária ou fraudulenta aplicação de parte significativa da receita tributária oferece motivos adicionais para a generalidade dos contribuintes tentarem fugir ao pagamento de impostos.

Esse quadro desfavorável ao fiel pagamento dos tributos completa-se com a prevaricação e a corrupção, mais grave quando em nível de direção do que de execução; com a remuneração insuficiente ou instável de agentes fiscalizadores; com a insuficiência quantitativa destes; e com o desaparecimento tecnológico das repartições fiscais.

Inferese que a superação desse quadro antagônico à espontaneidade no pagamento de impostos requer variadas e duradouras ações do Estado e da própria comunidade de contribuintes.

O Poder Executivo precisa abandonar qualquer veleidade de aumento nos atuais impostos até que a sonegação seja reduzida a ínfimos níveis. Na verdade, deveria propor ao Legislativo a diminuição das exageradas alíquotas de incidência, especialmente nos impostos cujos ônus são transferidos nos preços das mercadorias e dos serviços, a fim de desencorajar a sonegação e baratear os produtos.

O Poder Legislativo, por sua vez, teria que recusar *in limine* qualquer tentativa legiferante sobre tributação através de medida provisória. Ao contrário, deveria restringir a instituição e o aumento de tributos à lei

formal, examinando, emendando e votando livremente os respectivos projetos, no sentido de compatibilizar as necessidades do erário com as possibilidades das empresas e com as aspirações dos consumidores.

Necessário se torna instituir no serviço público sistema de carreira também para os cargos de chefia e de assessoramento, provendo-os mediante competição entre funcionários interessados e assegurando estabilidade aos ocupantes. Isso é fundamental para proteger a instituição estatal e a comunidade, completar a profissionalização do servidor público, submeter as despesas ao critério de custo/benefício, eliminar o favorecimento político na gerência e prevenir a prevaricação, a corrupção e a extorsão.

A auditoria interna e externa precisam ter autonomia operacional e ser providas de pessoal capacitado e suficiente, a fim de poder defender o patrimônio público, denunciar os maus gestores, prevenir as ilegalidades e reprimir as fraudes. O Poder Legislativo necessita instrumentalizar-se com sistema moderno de controle parlamentar, criando junto a ele a Auditoria Geral, como órgão de assessoramento especializado para fiscalização financeira e patrimonial, que não pode ser acumulada com qualquer função judicante.

Necessário, outrossim, aperfeiçoar a recente Lei n.º 8.137/90, com o fim de permitir efetiva condenação penal de importantes sonegadores de impostos, de forma exemplar, mas, com imparcialidade. Apesar das falhas nela contidas, a administração tributária deveria elaborar programas anuais para denunciar à Justiça alguns sonegadores espalhados no País e selecionados mediante critério objetivo.

Não pode ser esquecido que a eficácia e a integridade da fiscalização tributária dependem de remuneração correspondente à complexidade, à responsabilidade, à produtividade, ao desgaste e ao risco do trabalho. Dependem, ainda, da autoridade que a lei concede à administração fiscal, da quantidade de funcionários e da disponibilidade de instrumentos tecnológicos que facilitem o acesso à informação e aumentem a eficiência.

A maioria das providências expostas, necessárias para eliminar as causas da sonegação, são de iniciativa ou de competência do Poder Executivo, tanto na União quanto nos Estados e nos Municípios, no que concerne à administração dos impostos que lhes são privativos.

Entretanto, o Congresso Nacional pode aperfeiçoar *sponte sua* a lei contra os crimes tributários.

Em âmbito nacional, o Poder Legislativo da União e dos Estados possuem competência para instituir a auditoria externa de que necessitam e também para aperfeiçoar os projetos de lei concernentes à tributação e à administração tributária. Ademais, na convivência política as lideranças parlamentares dispõem de razoável influência para levar ao Chefe do Poder Executivo sugestões e projetos que suprimam ou minimizem os graves problemas apontados.

Da Repercussão Econômica e da Repercussão Jurídica nos Tributos

LUIZ AMARAL

Advogado de empresas e Professor de Direito na UDF/Brasília. É autor de *Relações de Consumo* (4º vol.), *A Legislação do Advogado* e co-autor de *O Cidadão e o Consumidor*.

SUMÁRIO

I. A obrigação tributária e sua estrutura. II. O fato gerador. III. Contribuinte e responsável. IV. Classificação dos impostos. V. O fenômeno da repercussão tributária.

O estudo jurídico de qualquer tema tributário — como de qualquer tema jurídico — deve partir da percuente análise da estrutura lógica da norma jurídica tributária e da relação entre hipótese concreta e hipótese normativa. Só após, é que podemos transpor as conclusões abstratas para as inferências do caso concreto.

I. A obrigação tributária e sua estrutura

A obrigação tributária é de natureza de direito público, enquanto as obrigações civis são de natureza de direito privado (onde impera o elemento volitivo e só virtualmente a lei).

Pode-se dizer, com RUBENS GOMES DE SOUZA, que obrigação em geral:

“é o poder jurídico por força do qual uma pessoa (sujeito ativo) pode exigir de outra (sujeito passivo) uma prestação positiva ou negativa (objeto da obrigação), em virtude de uma circunstância reconhecida pelo direito como produzindo aquele efeito (causa da obrigação)”. (*Compêndio de Legislação Tributária*, Edições Financeiras S.A., RJ, 2.ª Ed., 1954, p. 47).

Vê-se, logo, que são quatro os elementos que compõem a obrigação em geral: dois sujeitos (elemento subjetivo dúplice), um objeto e uma causa.

A obrigação tributária conquanto tenha os mesmos elementos das obrigações em geral trazem, de logo, claramente os seus sujeitos, ou melhor dito, a natureza dos mesmos. Sabe-se assim que o sujeito ativo (ente tributante) é entidade pública exclusivamente, que o sujeito passivo é pessoa física ou jurídica alcançada pela autoridade impositiva do poder tributante (União, Estado, Município). Sabe-se também antecipadamente que o objeto da obrigação é o pagamento (obrigação principal) ou a prestação de fazer ou não fazer algo prescrito em lei (obrigação acessória) e que a causa da obrigação é o fato gerador, ou seja, a situação prescrita em lei como necessária e suficiente para que se justifique a prestação.

Em suma a obrigação tributária se constitui numa relação jurídica subjetiva de direito público, cuja fonte, ao contrário do que alguns pensam, não é a lei (esta é a fonte principal do Direito Tributário) mas, isto sim, um acontecimento fático descrito em lei como suficiente e capaz de fazê-lo adquirir consistência jurídica.

Ocorrido o fato gerador nem sempre a obrigação tributária se materializa, ou se torna exigível, pela constituição do crédito. É que há casos, chamados de exclusão de crédito tributário (art. 175, Cód. Tributário Nac.), em que a entidade tributante fica impedida de exigir o reconhecimento de seu crédito (anistia e isenção). Outra hipótese em que embora a obrigação tributária reste perfeita e acabada (pela ocorrência do fato gerador) não se perfaz, no entanto, o respectivo crédito, porque a entidade tributante (o Estado) não cumpriu sua parte, seu ônus (dever), na obrigação tributária (para os que professam a teoria dualista da obrigação) ou simplesmente (para os que preferem a teoria monista) porque perdeu (decadência) a exigibilidade do crédito (do direito de crédito) em virtude de sua não-positivação através do ato administrativo essencial chamado lançamento (que declara o crédito tributário). Na teoria dualista diz-se que em ambos os polos (credor/devedor) há duplo aspecto: *responsabilidade-e-obligatio* e *dever-e-debitum*; ao contrário, na monista, diz-se que só há um aspecto em cada polo: dever do devedor (prestação) e poder do credor.

II. O fato gerador

Sendo acontecimento descrito em lei como determinante do nascimento da obrigação tributária, o fato gerador pode apresentar duas configurações: como descrição legal e estática (hipótese normativa) e como acontecimento fático (tanto natural, como jurídico) material e dinâmico (momento da concreção jurídica, isto é, a hipótese legal transforma-se em fato material/concreto). Como se vislumbra, é tal a importância do fato gerador (*fatispecie tributaria* para os italianos) na gênese da obrigação tributária que é dele (do fato gerador) e não da lei (como alguns pensam) que há de nascer aquela obrigação. Com efeito, da lei, fonte do Direito Tributário, surge, não a obrigação, mas sim os pressupostos necessários ao aparecimento, no mundo fático ou pré-jurídico, da obrigação tributária.

A lei por si só será incapaz de fazer com que a obrigação nasça, será imprescindível o *prius* humano (a ação ou omissão). Absolutamente inoperantes são, pois, os termos da lei tributária (como de resto as demais) para quem não realiza a hipótese legal de incidência, para quem não promove a concreção da hipótese normativa, tal qual sucede com a lei penal e o cidadão de conduta (o *prius* humano) ilibada.

Hecho imposible para os espanhóis, para os franceses *fait générateur*, *steueratbestand* (suporte fático) para os alemães é para a lei brasileira (art. 114, do CTN) fato gerador, como se nota, em sede de direito comparado, o marco lógico da obrigação tributária e sempre o contacto virtual da norma (pressupostos) com a conduta humana (agente da concreção jurídica). Não há, modernamente, imposição tributária fora desta conjunção formal/material. O fato e a norma, destarte, só têm relevância jurídico-científica quando ocorre o fenômeno jurídico da subsunção, recíproca e completa, da norma (o *dever ser* jurídico) ao fato (o *ser* pré-jurídico). Essa tensão, esse vínculo do fato à norma é a valoração (dado axiológico) que o Direito (Ciência Jurídica) empresta, não a todos, mas a alguns fatos (naturais).

É fundamental para bem entender a fenomenologia do tributo em geral, que se compreenda plenamente a intimidade do fato gerador. Temos, assim, que o fato gerador do tributo (descrição legal) apresenta os seguintes elementos constitutivos:

a) núcleo — que é o elemento objetivo ou material. Representa a descrição dos acontecimentos, dos fatos que acabarão por determinar o nascimento da obrigação tributária. Como exemplo, tome-se o lucro para o imposto de renda devido pelas pessoas jurídicas; a *prestação do serviço* para o ISS;

b) sujeitos — que são o elemento subjetivo ou pessoal. Representa a enunciação dos sujeitos da relação (ainda pré-jurídica) que se formará quando da concretização do fato integrante do núcleo. Relembre-se que só o sujeito passivo carece de explicitação, porquanto o ativo implicitamente já se acha nomeado: o poder que expede a norma tributária. Nos exemplos já mencionados do imposto de renda o sujeito passivo será pessoa física ou jurídica e o prestador do serviço para o caso do ISS;

c) temporal — que marca o instante em que surge a obrigação (ano base, para o IR);

d) espacial — é o elemento que marca o local onde se verifica o pressuposto legal determinante da obrigação. Não se tributa o lucro (IR) auferido fora do país. Não basta, pois, a ocorrência do núcleo (o lucro), do elemento subjetivo passivo (pessoa jurídica), ou do elemento temporal (ano base), ainda assim o fato gerador não está completo porque lhe falta o ele-

mento espacial (dentro ou fora do país). Com relação ao ISS sobre serviços de construção civil, o elemento espacial será o *local da obra*;

d) valorativo — que se constitui na expressão econômica do fato gerador, ou no dado matemático-quantificador do montante a ser pago ao fisco. Os demais elementos desse teor são expressões jurídicas daquele fato. O elemento valorativo do fato gerador dividir-se-á em: *base de cálculo* e *alíquota*. A primeira representa a base numérica sobre o qual aplicar-se-á a alíquota. Esta por sua vez, será o fator delimitador do *quantum* devido a título de tributo. Alguns tributaristas não consideram ambos, a base de cálculo e a alíquota, como elemento do fato gerador. No exemplo do imposto de renda das pessoas jurídicas o lucro será a base de cálculo, a alíquota variará consoante às características do elemento subjetivo (o sujeito passivo, o obrigado). No ISS, a base de cálculo será o *valor do serviço* prestado e a alíquota em geral será de 2% (construção civil...), 10% (diversão públicas e jogos) e 5% (demais serviços), tudo segundo o Decreto-Lei n.º 406/68 e demais regulamentos que, pelo princípio da recepção, permanecem em vigor se compatíveis com a atual Carta Magna brasileira.

Desses elementos que compõem o fato gerador, o núcleo, o subjetivo e valorativo são essenciais. Os dois outros, o temporal e o espacial, podem ou não integrar o fato gerador a depender do tipo de tributo. Pode-se ainda dizer acerca do fato gerador que ele se manifesta de forma instantânea ou continuada no tempo (fato gerador instantâneo e fato gerador complexo).

III. *Contribuinte e responsável*

O Código Tributário Nacional (art. 121) dispõe:

“Art. 121. Sujeito passivo de obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito da obrigação principal diz-se:

I — contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II — responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

Distingue o CTN os sujeitos passivos da obrigação principal, o contribuinte propriamente dito, e o responsável que, não sendo o contribuinte, tem obrigação de pagar o tributo por expressa disposição de lei.

“O contribuinte caracteriza-se pela relação pessoal e direta com o fato gerador: — quem pratica, em seu nome, o ato jurídico

ou fato previsto na lei. Exemplo: quem importa, ou exporta a mercadoria; ... quem é proprietário..."

Eis o ensinamento inexcédível de BALEIRO (*Direito Tributário Brasileiro*, Forense, 1.^a Ed. 1970, RJ, p. 413 e *passim*).

Outro consumado mestre, RUY B. NOGUEIRA, assim leciona:

"... a qualidade de contribuinte é um atributo de quem realiza o fato típico ou cerne do fato gerador." (*Curso de Direito Tributário*, Saraiva, 5.^a ed., 1980, SP, p. 147.)

Essa *atributividade* é, assim, uma relação ou vínculo que imputa a autoria do fato tributado (núcleo do fato gerador) à pessoa que o realizou, que o concretizou e como consequência lhe dá a qualidade de contribuinte ou devedor do tributo. Há, pois, uma sujeição passiva direta.

Diz-se que o sujeito passivo é *responsável* quando, sem ter vínculo com a realização do fato gerador, ou seja, não sendo contribuinte, sua obrigação de pagar o tributo deflue de expressa determinação legal. Eis, então, a sujeição passiva indireta. A relação jurídica (Estado/responsável) aí subjacente não é de cunho tributário, porém de natureza simplesmente fiduciária (Becker).

No exemplo do imposto de renda, não é contribuinte, mas mero responsável legal, aquele que tem o simples encargo de reter (e recolher) o imposto devido na fonte sempre que efetue um pagamento a outrem, respondendo pela satisfação do crédito tributário e pelas respectivas penalidades, quando não providencie a retenção.

Do mestre BALEIRO (*op. cit.*, p. 413): "Não há, pois, responsabilidade fiscal senão aquela resultante da lei".

Tanto na responsabilidade tributária por substituição como na por transferência, só a lei poderá atribuir e de forma expressa, a *terceiros e desde que vinculados ao fato gerador* (do ISS já o vimos é a prestação do serviço) a responsabilidade pelo pagamento do tributo (art. 128, CTN). Não há, pois, *responsável* por força de contrato, por força de norma hierarquicamente inferior à lei, ou por força de qualquer outro meio que não seja o legal. A fenomenologia tridimensional do fato gerador (do tributo) não se perfaz. A subjunção da *norma* (lei) ao *fato*, *valorado* (valor) pela Ciência Jurídica, não se consuma, à falta do elemento subjetivo apontado pela lei ou à falta de permissão legal para mutação subjetiva.

IV. *Classificação dos impostos*

Já vimos como ocorre o fenômeno da tributação em geral, agora impera a necessidade de conhecermos como são considerados os impostos.

Antes, porém, advirta-se que imposto é uma espécie do gênero tributo.

É tranqüila e pacífica a classificação dos impostos tomando-se por critério diferenciador a *alíquota* e a possibilidade *repercussão* tributária.

Quanto à alíquota os impostos são: *fixos, proporcionais e progressivos*. Quanto à possibilidade da repercussão do ônus econômico, temos: impostos diretos e impostos indiretos. Os diretos podem e têm sido subdivididos em: *pessoais* ou *subjetivos* e *reais* ou *objetivos*. As alíquotas, de *per si*, podem ser classificadas em: *fixas* (o *quantum* devido cresce ou diminui em função da base de cálculo e não da alíquota (sempre invariável, por ex: 2% sobre a base de cálculo, no ISS)); *variáveis* (aumenta ou diminui o índice, a própria alíquota, em função da base de cálculo). A alíquota variável apresenta, então, três subdivisões: alíquota variável progressiva, alíquota variável regressiva e alíquota variável depressiva, como leciona Scholders.

Para nosso exame interessa-nos, de perto, os impostos quanto à possibilidade de repercussão do ônus, ou seja, os impostos diretos e os indiretos.

Já Stuart Mill e os fisiocratas (Séc. XVIII), consideravam que o imposto é direto quando aquele que o paga é quem o suporta definitivamente, enquanto que o imposto é indireto quando quem paga ao Fisco desempenha apenas o papel de intermediário e se limita a adiantar o imposto de que será reembolsado pelo verdadeiro contribuinte por meio da *repercussão* ou translação tributária (*Shiffting, Veberwaeltzung, translazione, translación, repercussion*, ensina o Direito Tributário Comparado).

Com o ônus econômico da incidência tributária repassado para terceira pessoa, o critério dos fisiocratas e de Mill conduz à identificação do *sujeito passivo de fato*, pessoa distinta do *sujeito passivo de direito*, isto é, aquele que a lei nomeia contribuinte do imposto. *Imposto direto* será, portanto, aquele em cuja relação jurídico-tributária o *sujeito passivo de direito* e o *sujeito passivo de fato* se confundem na mesma pessoa. Este clássico critério distintivo dos impostos é o mais aceito entre os doutrinadores e até mesmo pelo nosso Código Tributário, quando versa acerca da repetição do indébito referente aos impostos indiretos (art. 166).

Quanto aos impostos reais e pessoais, outra classificação bastante útil e de uso corrente entre os tributaristas nacionais e estrangeiros, há doutrinadores que preferem-nos como categoria autônoma e não como integrante do gênero impostos diretos.

Os impostos reais (ou objetivos) são aqueles cujo fato gerador (ou hipótese de incidência) em seu aspecto material, limita-se a descrever um fato, acontecimento, ou coisa, independente de considerações subjetivas (o que não significa ausência do elemento subjetivo, que apenas não guarda relação direta com o aspecto material da hipótese de incidência). Os impostos reais, enfim, levam mais em conta a matéria a ser tributada tendo, pois, um caráter essencialmente objetivo (Imposto Predial).

Já os impostos pessoais (ou subjetivos) são aqueles em que o fato gerador, no seu aspecto material, leva em consideração certas qualidades, juridicamente qualificadas, do sujeito passivo. Vale dizer: o legislador, ao descrever o fato gerador do tributo, faz refletirem-se, decisivamente, no aspecto material, certas qualidades, juridicamente valoradas, do contribuinte de direito (*cf in* recentíssimo *Curso de Direito Tributário*, vários autores, Ed. Liber Juris, RJ, 1988, atual/Constituição Federal de 1988).

Embora criticada por alguns, não há dúvida de que a classificação dos impostos, segundo a repercutibilidade ou não-repercutibilidade do ônus tributário, em diretos e indiretos ainda é a mais reconhecida pelos tributaristas (exceção absoluta faça-se à Alfredo Becker), pela lei (inclusive na Itália e no art. 166 do nosso CTN) e pela jurisprudência pátria (Vide Súmula do STF n.º 71 e 546 e o Acórdão STF no RE n.º 68.091/70).

O festejado tributarista italiano Berliri entende que: os impostos diretos se caracterizam pela sua pessoalidade, ou seja, o nome do contribuinte (no caso do ISS o nome do prestador de serviço) consta de rol onde figuram todos os contribuintes inscritos (cadastro do ISS). Pelo contrário, os impostos indiretos são impessoais, pois não há inscrição nominativa do contribuinte (*cf in* Enc. Saraiva verbete atinente). Aquele rol (o cadastro do ISS, por ex.) pressupõe que na hipótese de incidência (ou fato gerador descrito na lei), mais exatamente no seu aspecto material, haja uma predominância subjetiva na precisão do contribuinte (que no caso do ISS é a pessoa do prestador do serviço que o preste sem vínculo empregatício ou empresa, *ex vi* art. 10, Decreto-Lei n.º 406/68).

Entre nós é unânime a opinião de que o imposto direto “recai sobre o contribuinte que suporta o encargo financeiro em caráter definitivo”. E que imposto indireto “é aquele cuja incidência *possibilita* transferência da carga tributária ao operador que se situa na etapa subsequente do processo *circulatório*, p. ex. ICM e IPI. (Vide Enc. Saraiva, verbete referente).

Na clássica obra denominada *Noções de Finanças e Direito Fiscal* (Ed. Guaira, 1941, p. 155) DE PLÁCIDO E SILVA assim extrema aqueles impostos:

“Imposto direto é o que recai, imediata e unicamente, sobre o contribuinte; imposto indireto, o que somente atinge indiretamente às pessoas, visto que é lançado sobre as mercadorias, sem atenção ao contribuinte.”

Na mesma página, aquele doutrinador abre espaço para a lição, não menos significativa, do velho VEIGA FILHO, assim vazada:

“Dessa forma o imposto direto vai diretamente em procura do contribuinte para fazer incidir a tributação sobre fatos que com ele se relacionam, atingindo-o na sua própria existência, profissão ou propriedade.”

Enquanto o encargo decorrente da incidência, nos impostos diretos, é imediato e definitivo (sem transferência) para a pessoa nominada como contribuinte real, nos impostos indiretos aquele ônus recai numa relação de trocas, de caráter pessoal. Pouco mais há a comentar!

V. O fenômeno da repercussão tributária

Repercussão ou translação (ou transferência) é o fenômeno pelo qual o contribuinte paga o imposto e mediante a possibilidade legal, liberta-se do sacrifício, transferindo-o a terceiros no todo ou em parte. Dá-se o nome de *contribuinte de direito* (incidência legal) àquele a quem a lei obriga o recolhimento do imposto quando define o fato gerador. *Contribuinte de fato* (incidência efetiva) é quem, afinal, por efeito da transferência suporta efetivamente o ônus tributário, embora a lei o não designasse para esse fim.

Não é só. A repercussão pode ser total ou parcial, para frente ou para trás (neste caso na direção consumidor => vendedor => produtor e/ou contribuinte de direito, a depender das condições de mercado). Pode ser, ainda, simples (só uma translação) ou sucessivas (várias translações).

Juridicamente o ICMS (ex-IVM, ex-IVC e ex-ICM) é pago pelo comerciante (ou quem pratique o fato gerador) e o IPI (ex-imposto de consumo) pelo fabricante; sem embargo disso é o consumidor que economicamente arca com aquele ônus tributário, que lhe é transferido, eis que tais tributos são indiretos e logo passíveis, legalmente, de repercussão.

Ensina o consagrado BALEIRO que a repercussão tributária para realizar-se carece entre outras condições:

“...de que a matéria tributada seja objeto de uma operação de compra e venda ou outra modalidade de troca econômica, já que a formação do preço serve de processo ao desenvolvimento daquele fenômeno” (in *Uma Introdução à Ciência das Finanças e à Política Fiscal*, Forense, 3.ª ed. 1969, RJ, p. 148).

O fenômeno da repercussão para ser bem entendido, exige digressões para além do saber jurídico, notadamente no campo da Ciência Econômica.

Neste passo, restringir-nos-emos, apenas ao essencial exame da dupla caracterização de *incidência tributária*, ou seja, a incidência *econômica* e a respectiva incidência *jurídica*.

Incidência econômica do tributo significa, em poucas palavras, que a prestação jurídica tributária (o pagamento do imposto) acarreta no plano econômico (pré-jurídico) uma redução patrimonial, um ônus econômico enfim. Esse desfalque econômico poderá ser recompensado, no todo ou em parte, sobre uma ou mais pessoas (difusão do ônus econômico) mercê da *repercussão econômica* do tributo e segundo certas condições jurídicas

e econômicas. Na cadeia de repercussão econômica do tributo haverá uma (ou mais) pessoa (consumidor final) que restará impossibilitada de se recompor daquele ônus, suportando definitivamente, parcela ou todo, o encargo econômico do tributo. Eis, então, efetivada a incidência econômica do tributo e caracterizado o *contribuinte de fato*.

Sucedendo que no momento lógico-jurídico posterior à realização da hipótese de incidência (concreção do fato gerador descrito na lei) a regra jurídica tributária recai sobre a hipótese de incidência realizada e, em consequência desta incidência (norma/fato valorado) instaura-se a relação jurídico-tributária, que pressupõe um dever de efetuar uma prestação jurídica cujo objeto é o tributo (o *quantum* a ser recolhido aos cofres públicos); eis o *iter* da *incidência jurídica tributária* e que leva à configuração do *contribuinte "de jure"*.

De efeito, a incidência *jurídica* do tributo representa o nascimento do dever jurídico tributário que desponta após concretizada a hipótese de incidência descrita na lei.

Convém dizer, ainda, que a *repercussão* por seu turno pode ser meramente econômica (pré-jurídica) ou *jurídica* (isto é, com validade para o mundo jurídico). Vale realçar que em ambas configurações jaz um fato econômico, ou seja, a redução patrimonial correspondente ao *quantum* recolhido a título de tributo. Não obstante fatos econômicos há que não têm reconhecimento (ou valor) no plano jurídico, são fatos econômicos que não lograram atração jurídica, por isso são meramente econômicos. Outros há que recebem a imantação jurídica (a valoração) e por conseguinte são, já, fatos econômicos (repercussão nos impostos indiretos) e jurídicos (e não pré-jurídicos, como os meramente econômicos).

A repercussão econômica do tributo, na percuciente lição de ALFREDO BECKER, assim se manifesta:

“O contribuinte *de jure*, ao satisfazer a prestação jurídica tributária, sofre um ônus econômico. O contribuinte *de jure* procurará transferir o ônus econômico do tributo a outras pessoas e isto ocorrerá na oportunidade em que o contribuinte *de jure* tiver relações econômicas ou jurídicas com estas outras pessoas. A repercussão do ônus econômico do tributo do contribuinte *de jure*, para uma outra pessoa, poderá ser total ou parcial, bem como poderá ser sobre uma só pessoa ou sobre diversas pessoas. A pessoa que tiver sofrido a repercussão do ônus econômico do tributo procurará transladar este ônus econômico para outra pessoa. E assim sucessivamente. Este fenômeno da trajetória do ônus econômico que vai sendo transferido, sucessivamente, no todo ou em parte, sobre uma ou mais pessoas, denomina-se repercussão econômica do tributo.” (*in Teoria Geral do Direito Tributário*, 2.^a ed., Saraiva, SP, 1972, p. 486.)

Não é tudo. O mesmo juriconsulto gaúcho, adiante algumas linhas, esculpe, com precisão e riqueza de detalhes, a definição de repercussão *jurídica* do tributário:

“A fim de contrariar, ou favorecer, a repercussão econômica de um determinado tributo, o legislador, ao criar a incidência jurídica do tributo, simultaneamente, cria regra jurídica que outorga ao contribuinte *de jure* o direito de repercutir o ônus econômico do tributo sobre *determinada* pessoa. Desde logo cumpre advertir que esta repercussão *jurídica* do tributo de modo algum significa a realização da repercussão *econômica* do mesmo. Esta repercussão econômica pode ocorrer apenas parcialmente ou até não se realizar, embora no plano jurídico tenha se efetivado. A repercussão jurídica do tributo realiza-se por dois sistemas: ou por *reembolso* ou por *retenção na fonte*.” (Grifamos.)

Já se vê que a repercussão meramente econômica, cuja possibilidade e via de ocorrência depende de condições de mercado, não pressupõe permissão legal, ou sequer determinação do sujeito passivo do ônus repassado, como também não constitui direito (senão mera possibilidade econômica) do contribuinte *de jure* (o nominado pela lei como obrigado ao pagamento). Ao passo que na vertente jurídica da repercussão tributária, o Direito estabelece pressupostos de validade jurídica: determinação subjetiva do repercutido (que sofrerá o efetivo e definitivo ônus) e os meios legalmente admitidos para esse fim, ou seja, reembolso ou retenção na fonte. E mais, repercussão *jurídica* não é simples possibilidade extra-jurídica (econômica), mas sim um direito a que corresponde certamente um dever (o dever jurídico de suportar o ônus, para o contribuinte de fato).

A repercussão *jurídica* por reembolso sucede quando o legislador, pretendendo alcançar um certo contribuinte (o consumidor, no IPI, p. ex.) verifica a impraticabilidade da exação fiscal, dada a multiplicidade de obrigados e então resolve eleger *outro* sujeito passivo da relação jurídico-tributária cuja posição perante a ocorrência do fato gerador possibilite melhor exação do tributo (o produtor, no IPI). O consumidor será o substituído e o produtor será o substituto legal, no exemplo do IPI.

Por outro lado, a repercussão *jurídica* por retenção na fonte, deriva também de uma racionalização na prática administrativa dos tributos. O retentor é substituto legal e o retido é o substituído; aquele é sujeito passivo indireto (para FANUCHI) ou o contribuinte *de jure* que por direito poderá repercutir o que pagou ao fisco, sobre aquele a quem substitui por força daquela racionalização e da lei. A prestação jurídica do substituído que paga ao seu substituto (via reembolso ou retenção na fonte) não é de natureza tributária, mas tão-somente de natureza privada (autonomia de vontade) ou particular. O substituído (o que devia ser o contribuinte *de jure* e de fato) não paga, pois, “tributo” ao substituto.

O Código Tributário Nacional como Elemento de Estabilização do Direito Tributário

CLÁUDIO SANTOS

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Antes de ingressar no tema central, creio serem indispensáveis algumas considerações acerca da natureza da lei sobre a qual pretendo discorrer, bem assim das funções que a ordem constitucional atribui ao Código Tributário Nacional.

A Constituição anterior, com a Emenda n.º 1, de 1969, dispunha que “lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência entre os entes tributantes e regulará as limitações constitucionais ao poder de tributar”.

Ao tempo, o espaço normativo estava preenchido, eis que a lei ordinária reguladora do Sistema Tributário Nacional, fundada nos princípios e regras introduzidos no direito brasileiro pela Emenda Constitucional n.º 18, de 1.º de dezembro de 1965, existia e vigorava com a denominação de Código Tributário Nacional, atribuída pelo Ato Complementar n.º 36, de 1967. Assim, com as modificações impostas pelo novo ordenamento básico, o CTN foi recepcionado.

A Constituição da República de 5 de outubro de 1988, que, além de extensa e analítica, fez largo uso da lei complementar para a atuação de muitos de seus preceitos, disciplinou em seu art. 146:

“Cabe à lei complementar:

I — dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II — regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III — estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.”

O vazio legal, em fração, continua ocupado pelo Código Tributário Nacional, parcialmente desatualizado, modificado, alterado e a carecer de ampla reforma ou total substituição, diante do novo Sistema Tributário Nacional. Substituído, porém, sem desprezo dos valiosos ensinamentos nele contidos e absorvidos, ao longo dos anos, pela administração fazendária e pela Justiça.

Mas o que significa essa lei complementar de que se cuida ou, previamente, o que é a lei complementar?

Historicamente, de conformidade com estudos sobre *O Processo Legislativo*, feito pelo Procurador da República ARTHUR DE CASTILHO NETO, editado pela Fundação Petrônio Portela (2.^a ed., Brasília, 1983, p. 43), a lei complementar tem seus antecedentes na Constituição de 1891, cujo art. 34, n.º 34, previa a competência do Congresso para editar leis orgânicas: “de execução completa da Constituição”. A Constituição de 1934, por igual, estabelecia a competência do Poder Legislativo para elaborar esse tipo de lei (art. 39, n.º 1).

O memorável jurista VICTOR NUNES LEAL, em trabalho sempre referenciado, observou: “A Constituição atual (reporta-se à Constituição de 1946), à semelhança da de 1937, não alude especialmente às leis complementares, como o faziam as Constituições de 24 de fevereiro (art. 34, n.º 34) e de 16 de junho (art. 39, n.º 1) (“Leis Complementares na Constituição”, RDA vol. VII, p. 381).

Doutrinariamente, dá-se relevância à lei que deveria complementar o ordenamento constitucional do regime parlamentar de 1961, como o em-

brião das modernas leis complementares. SOUTO MAIOR BORGES, o doutor jurista pernambucano, no início de sua conhecida obra *Lei Complementar Tributária*, lembra:

“... a lei complementar, com a eficácia característica de superioridade formal relativamente às outras leis, dada pelo *quorum* especial e qualificado de votação insinuou-se no direito brasileiro por meio da Emenda Constitucional n.º 4/61, que instituiu o efêmero regime parlamentarista de governo cujo art. 22 dispunha:

“Poder-se-á completar a organização do sistema parlamentarista de governo ora instituído mediante leis votadas nas duas Casas do Congresso Nacional, pela maioria absoluta dos seus membros.” (São Paulo, RT-EDUC, 1975, p. 1).

Realmente, foi a partir da Emenda Parlamentarista que a Lei Complementar, como veículo regrador, formal e materialmente diferente da lei ordinária, teve ingresso no processo legislativo, pois, levando-se em conta a exigência de *quorum* especial ou qualificado e o conteúdo da lei desenhado pela Constituição, não seria mais possível proclamar como o fez VICTOR NUNES LEAL: “Em princípio, todas as leis são complementares, porque se destinam a complementar princípios básicos enunciados na Constituição” (ob. cit., p. 381). Principalmente, agora, após a Constituição de 1967, a Emenda n.º 1, de 1969, e a Constituição de 1988, esta pródiga na previsão de leis complementares, pois a situação é outra.

Segundo a lição do constitucionalista CELSO BASTOS, tem a lei complementar um traço individualizante: “... é o fato de só poder tratar das matérias que expressamente a Constituição diz ser próprias dessa espécie normativa.” (*Curso de Direito Constitucional*, lim, ed., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 309). É o seu conceito material. Além disso, lei complementar é aquela votada pela maioria absoluta do Congresso, de conformidade com o art. 69 da Carta Magna, é o seu conceito formal.

Em relação ao Direito Tributário, como é sabido, a Lei Fundamental é exigida para evitar conflitos de competência entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, regular limitações ao poder de tributar, assentar normas gerais de Direito Tributário, dentre as quais aquelas exemplificadas nas alíneas *a*, *b* e *c* do inciso III do art. 146 da Lei Suprema e ainda para regular e fazer atuar vários outros comandos constitucionais.

Nesta oportunidade, interessam apenas os três primeiros temas, aliás, como visto, já cogitados no plano constitucional anterior, contudo, exata-

mente nesse ponto a doutrina divide-se e forma duas correntes: a dicotômica, da qual são expoentes renomados Geraldo Ataliba, Souto Maior Borges, Paulo de Barros Carvalho, dentre outros, e a tricotômica, de cujas linhas lembro Rubens Gomes de Souza, pelo menos, de início, Ives Gandra Martins e muitos outros eméritos tributaristas. Os primeiros, ardorosos guardiães do federalismo e da autonomia municipal, os últimos defensores do Código, a evidenciar a exigência constitucional e a mostrar as vantagens da uniformização do sistema no âmbito das ordens jurídicas parciais e de segurança jurídica do contribuinte.

Para IVES GANDRA, a Constituição de 1988 afasta as incertezas. Efetivamente, com certa dose de otimismo, assinala:

“O novo texto constitucional elimina, de vez, as dúvidas que pairavam sobre o espectro de atuação da lei complementar.

Alguns eminentes juristas pátrios entendiam, em face da redação do art. 18, parágrafo 1.º, da Emenda Constitucional n.º 1/69, cuja dicção era a seguinte:

“Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar.”,

que era dupla a função da lei complementar, devendo ser lido o discurso constitucional da seguinte forma:

“Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, dispondo sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulando as limitações constitucionais do poder de tributar.”

A maioria da doutrina e a jurisprudência, todavia, encamparam a tríplice função, ou seja, a de estabelecer normas gerais, eliminar conflitos de competência e regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.” (*Sistema Tributário na Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 83/84).

Na sustentação dessa tese, o Professor IVES GANDRA MARTINS tem inúmeros aliados.

Em Cadernos de Pesquisas Tributárias, vol. 15, com o título de *Lei Complementar Tributária*, Co-edição Ed. Res. Tributária e Centro de Es-

tudos de Extensão Universitária (São Paulo, 1990), encontramos as opiniões de vários tributaristas favoráveis àquela posição. Dentre eles, trago a manifestação do mestre GILBERTO DE ULHOA CANTO:

“1.1. Após a promulgação da Constituição Federal de 5-10-1988, voltou a ser objeto de controvérsia a natureza e a amplitude das leis complementares em matéria de tributos. Sua perfilhação não foi jamais posta em dúvida, pois a Carta Magna a ela aludiu em vários pontos, chegando a haver menções específicas à expedição de normas complementares a propósito de certos tributos, além da previsão de sua expedição para regular conflitos de competência impositivos, proibições e limitações do poder de tributar, e formular normas gerais de legislação tributária.

1.2. Quando prevista pela Emenda Constitucional n.º 18, de 1.º-12-1965, a figura da lei complementar encontrou injusta oposição por parte de alguns juristas, que, não compreendendo o seu alcance e sua importância, consideraram-na afrontosa à autonomia dos Estados e Municípios, e um indevido instrumento de autoritarismo da União em todo o campo impositivo.

1.3. As objeções improcediam. Dizer-se que a lei complementar afetava a autonomia dos Estados e Municípios, e por isso serem elas inconstitucionais, não é correto, pois a sua criação e o âmbito de sua competência estão expressos na mesma Constituição que assegura autonomia, que assim é restringida na sua própria origem. Por outro lado, as suas normas inibem também a autonomia legislativa da própria União, na medida em que nem leis federais sobre tributos do poder central escapam à necessidade de se submeterem ao que as leis complementares prescrevem, dentro dos limites que lhes são próprios. Acresce que a lei complementar é elaborada pelo Congresso Nacional, em cujos quadros a União não tem condição alguma de influir, pois os Senadores representam os Estados e os Deputados os colégios eleitorais dos Estados e Municípios.” (pp. 1/3).

O Juiz Federal SACHA CALMON NAVARRO COELHO, em seus excelentes *Comentários à Constituição de 1988 — Sistema Tributário* (Rio, Forense, 1990), analisa, sem restrições, os três objetos materiais genéricos da lei complementar tributária, segundo a nova Constituição. Sobre os conflitos de competência, diz o autor: “Na verdade, o constituinte delegou ao Congresso essa função” (p. 124). A respeito das limitações ao poder de tributar, afirma: “A lei complementar na espécie de regulação é quase sempre instrumento de complementação de dispositivos constitucionais de eficácia limitada ou contida” (p. 127). E, tocante às normas gerais, expressa as seguintes conclusões:

"a) a edição das normas gerais de direito tributário são veiculadas pela União, através do Congresso Nacional mediante leis complementares (Lei Nacional) que serão observadas pelas ordens jurídicas parciais da União, dos Estados e dos Municípios, salvo sua inexistência, quando as ordens parciais poderão suprir a lacuna (parágrafo 3.º) até e enquanto não sobrevenha a solicitada lei complementar, a qual, se e quando advinda, paralisa as legislações locais, no que lhe forem contrárias ou incongruentes (parágrafo 4.º);

b) a lei com estado de complementar sobre normas gerais de Direito Tributário, ora em vigor, é o Código Tributário Nacional, no que não contrariar a Constituição de 1988, a teor do artigo 34, parágrafo 5.º, do "Ato das Disposições Transitórias" (*lex legum habemus*);

c) a lei complementar que edita normas gerais é lei de atuação e desdobramento do sistema tributário, fator de unificação e equalização aplicativa do Direito Tributário. Como seria possível existir um Código Tributário Nacional sem o instrumento da lei complementar com império incontrastável sobre as ordens jurídicas parciais da União, dos Estados-Membros e dos Municípios?" (p. 129).

Mas os adeptos da corrente dicotômica também se manifestam. O Prof. GERALDO ATALIBA, em contundente palestra proferida em São Paulo, pós-Constituição de 1988, publicada na *RDT tributário*, n.º 48, pp. 84/97, textualmente declara:

"Enfim os senhores leiam com os olhos críticos de novo e vejam que os dois homens de respeito e competência que inventaram o Código Tributário Nacional não souberam colocar nada dentro dele. E o que puseram ou repete a Constituição, ou desacata a Constituição, ou é *precepto didactico*. Então, vejam que o que sobra para a lei complementar, em matéria tributária no Brasil, é muito pouco. Alguém diria: mas por que fazer todo este esforço? Afinal de contas, há uma cultura que está formada em torno do Código Tributário Nacional, uma literatura, uma jurisprudência, etc. . . ? Cada um tem seu diagnóstico e eu faço o meu. Vivemos em matéria tributária esse clima de insegurança, de instabilidade, de arbítrio, de desgosto, que foi descrito por ALFREDO AUGUSTO BECKER — e todos vocês conhecem o livro dele sobre Direito: *Teoria Geral de Direito Tributário* — livro suculento, sensacional. Num determinado capítulo encontramos o título "Manicômio Jurídico Tributário". Sabe o que ele fala? Ele con-

ta o que acontece no Brasil; não inventa nada, não faz fantasia, ele conta o que acontece no Brasil — e o capítulo se chama “Manicômio Jurídico Tributário” e é de uma fidelidade total. Não quero que o Brasil seja um manicômio, mas quero que seja civilizado, quero que haja investimentos estrangeiros no Brasil. Desejo isso muito, porque aí o Brasil vai progredir. Não temos capital, precisamos de capital estrangeiro. Mas, sabem o que queria também? queria que o capital brasileiro fosse investido no Brasil! Gostaria tanto que o brasileiro investisse em produzir aqui no Brasil para dar emprego para os brasileiros, para progredirmos, melhorarmos, ficarmos civilizados. Tenho inveja quando ouço contar que na Inglaterra há 22 anos que não se mexe na Lei do Imposto de Renda. Queria que houvesse segurança jurídica neste País. Queria que o Fisco soubesse quais são as suas pautas e tranqüilamente as obedecesse; queria que não houvesse nenhum gênio no Ministério da Fazenda; que ele fosse sempre um cidadão normal; queria que tivéssemos tranqüilidade. Bertrand Russel, que foi um grande filósofo inglês, foi perguntado com o seguinte: o que é um país civilizado? Ele respondeu: “País civilizado é aquele em que, aconteça o que acontecer, em qualquer campo, a gente sabe o que os tribunais vão decidir, sabe antes “o Tribunal vai dizer isso”. Aqui no Brasil nem depois a gente sabe o que o Tribunal decidiu.

Quero que o Brasil seja civilizado e meu diagnóstico é esse: enquanto existir a cultura do Código Tributário Nacional e a novela das leis complementares em matéria tributária não vamos cumprir nem um pouco dessa Constituição e, portanto, não vamos gozar dos benefícios que ela promete, desde que possa ter eficácia; eficácia que vai depender de ser obedecida; obediência essa que vai depender de ser entendida e quem tem que começar a entender somos nós, os juristas.”

ROQUE ANTONIO CARRAZZA, no seu bem elaborado *Curso de Direito Constitucional Tributário*, é categórico: “. . .somos de opinião que a lei complementar em exame só poderá veicular normas gerais em matéria de legislação tributária, as quais ou disporão sobre conflitos de competência em matéria tributária, ou regularão “as limitações constitucionais ao poder de tributar” (p. 359), e em tópico adiante: “Por igual modo, não cabe à lei complementar em análise determinar às pessoas políticas como deverão legislar acerca da “obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributária”. Elas, também nestes pontos, disciplinarão tais temas com a autonomia que lhes outorgou o Texto Magno. Os princípios federativos, da autonomia municipal e da autonomia distrital, que se manifestam como intensidade máxima na “ação estatal de exigir tributos”, não podem ter suas dimensões reduzidas ou, mesmo, alteradas, por normas infraconstitucionais” (p. 361).

Para o mesmo autor: "... os possíveis conflitos de competência, em matéria tributária, já se encontram resolvidos na própria Constituição ... as limitações ao exercício das competências tributárias vêm todas encaradas na Lei Superior, não sendo dado ao legislador infraconstitucional (e.g., o lançamento) delas ocupar-se, a não ser no intuito de reafirmá-las". E, finalmente: "... as normas gerais em matéria de legislação tributária, referidas no art. 146 da Lei Maior, têm caráter meramente declaratório" (p. 365).

As controvérsias, naturalmente, estarão no palco das discussões, nos seminários, nas Universidades e, brevemente, no Congresso Nacional, na reformulação do CTN.

Peço *vênia*, entretanto, aos dois eminentes professores para tentar, ao final, depois de algumas considerações de cunho doutrinários, acentuar e demonstrar a importância do CTN como elemento de estabilização do Direito Tributário, atingindo aquelas finalidades visadas por seus idealizadores e criadores.

Nos idos de 1958, ALIOMAR BALEEIRO, em parecer sobre Projeto de Código Tributário Nacional (Projeto n.º 4.834, de 1954), na Câmara dos Deputados, salientava:

"A unificação do Direito Tributário federal, estadual e municipal oferece a primeira justificativa da codificação que o Ministro Oswaldo Aranha, em hora inspirada, empreendeu, cometendo-a à competência reconhecida do professor Rubens Gomes de Souza. A essa luz, o projeto não tem apenas utilidade equiparável à de nosso Código Civil, porque a magistral obra de Clóvis Beviláqua foi edificada sobre fontes de um direito anterior e único em todo o Brasil; revela-se incomparavelmente mais útil e imprescindível, porque corresponde à tarefa jurídica, social e política do Cód. de Napoleão, que pôs termo à simultânea vigência de várias sortes de direito positivo dentro do mesmo país, naquele quadro ironizado pela vivacidade de Voltaire."

Só após a Emenda Constitucional n.º 18/65, feita a revisão geral daquele projeto para adaptá-lo ao novo sistema tributário nacional, é que surgiu a Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, conhecida como Código Tributário Nacional, lei de extrema necessidade para regular a aplicação dos princípios tributários no País, afastando empecilhos à unidade econômica da Nação e para disciplinar os poderes impositivos das órbitas políticas da Federação Brasileira.

Veio assim o Código — como virá outro remodelado, atualizado — e chegou com a natureza de complemento da Constituição sobreposto ao

universo legislativo federal, estadual e municipal impondo-lhe fidelidade à Constituição e respeito ao direito dos contribuintes.

A propósito das normas gerais que o Código reúne “são normas sobre como fazer normas, em sede de tributação”, sintetiza SACHA CALMON (ob. cit., p. 132).

O estatuto nacional do direito tributário, como o chama Ives Gandra, ou o estatuto do contribuinte, como dizem muitos, permaneceu até nossos dias com poucas modificações no que tange ao sistema e nenhuma naquela parte pertinente às normas gerais.

“É, portanto”, assevera o grande tributarista, “. . . elemento de estabilização do Direito Tributário, posto que serve de “colchão legislativo aparador entre a Constituição e a legislação ordinária” (ob. cit., p. 28). “Tem-se estudado muito” — continua — “na teoria geral do Direito a função das normas de estabilização do Direito. Aquelas que não são apenas produtoras de lei, nem de aplicação do Direito. Que não cuidam nem dos mecanismos de criação ou interpretação ou execução legislativa, nem de normas de comportamento ou sancionatórias. De rigor, apenas neste século examinou-se, em maior profundidade, o conteúdo das normas de estabilização, sendo a lei complementar típica norma dessa natureza, na medida em que nem produz, nem interpreta, nem executa, nem sanciona comportamentos ou leis, mas apenas explicita princípios harmonizadores do Direito, permitindo que a legislação ordinária seja conformada no perfil explicitado” (ob. cit., pp. 28/29).

A Dra. YONNE DOLÁCIO DE OLIVEIRA, por sua vez, leciona: “As leis complementares desempenham o papel de normas sobre a produção de normas pelos entes do governo, estruturando-as para cumprimento dos princípios e normas constitucionais. Devem exercer a função já assinalada por Hart de propiciar a execução do que agasalhou a Constituição, servindo inclusive para defendê-la contra os atos da legislatura das unidades do governo. Sendo normas de organização, seu conteúdo é o de conferir poderes e atribuições às referidas unidades para que criem novas normas, agora de conduta, determinando-lhes, ainda, a estrutura básica a ser seguida na instauração das mesmas, de modo a não comprometer o modelo nacional acolhido pela Constituição. No Direito Tributário, como veremos mais adiante, as leis complementares consubstanciadas no Código Tributário Nacional e outras posteriores, partindo da Constituição Federal, completam a configuração, de modo peculiar e rico na abrangência, do sistema constitucional tributário. “Como normas relativas a normas, para coordenar a produção normativa, compreendendo às três modalidades de Hart, oferecem os modelos para a tipicidade estrutural. Elas não criam os tributos pois não são normas de conduta, mas fornecem, em grau de abstra-

ção maior, as diretivas subordinantes para a qualificação tipológica das normas disciplinadoras dos comportamentos na criação dos tributos das três unidades federadas; e, ainda, inclusive especificamente por meio de normas de julgamento, as diretivas para o aplicador do direito" (in *A Tipicidade no Direito Tributário Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1980 pp. 111/112).

Baseiam-se os autores, sobretudo, como vimos, nas lições de HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, colhidas de seu conhecido *O Conceito do Direito*, e, igualmente, do jurista italiano NOBERTO BOBBIO. Do primeiro, lembro a seguinte distinção:

"Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras; porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação." (Ob. cit., trad. portuguesa, editada através da Fundação Calouste Gulbenkian, p. 91.)

BOBBIO, na sua conhecida teorização a respeito das normas primárias e secundárias, classifica as normas sem conteúdo sancionatório ou, mais propriamente, aquelas a dispor sobre a produção jurídica, como normas secundárias, sem que essa denominação contenha a idéia de inferioridade axiológica; ao contrário, BOBBIO empresta a estas o caráter de superdireito.

No Direito Tributário Brasileiro elas são normas para a produção de normas tributárias federais, estaduais e municipais, para a conduta da administração pública, na execução de qualquer lei tributária, para a exegese da legislação tributária em geral, seja no âmbito do Executivo, seja no Judiciário, e uma armadura e um escudo para o contribuinte.

Prosseguindo, além da manifestação da doutrina brasileira sobre o CTN como fator de ordenação do sistema jurídico tributário e de sua "praticidade", é importante saber como a jurisprudência, sobretudo do Colendo Supremo Tribunal Federal, contribuiu para impor as normas codificadas e conferir-lhe a condição de estabilizadoras do Direito Tributário Nacional.

Pouco antes da vigência do CTN tive o ensejo de debutar na advocacia, no ramo, então, pouco estudado direito de que se cuida, requerendo para empresa que traziam de outros Estados mercadorias tributadas na

origem pelo IVC (ainda na vigência dos Decretos-Leis n.ºs 915/30 e 1.061/39, logo revogados pela Lei n.º 4.299, de 23-12-63, uma autêntica lei nacional de normas gerais) mandado de segurança contra a exigência de uma daquelas taxas de “estatística e desenvolvimento econômico”, criada pelo Estado do Ceará. Imensa foi a minha decepção ao sofrer revés profissional, unânime, naquele Tribunal, onde, antes de chegar ao Superior Tribunal de Justiça, fui Desembargador, e verificar que os nobres julgadores de então pouca noção tinham do conceito doutrinário de taxa. Felizmente, o Supremo Tribunal Federal concedeu *writ*, declarando a inconstitucionalidade daquela taxa, a exemplo da “taxa de eletrificação” de Pernambuco, assunto da Súmula n.º 135, idêntica àquela outra. Contraditoriamente, na Súmula n.º 136, da mesma Excelsa Corte, está averbada a constitucionalidade de uma “taxa de estatística da Bahia”, assemelhada às anteriormente referidas. O fato é bastante expressivo da confusão feita pela justiça quanto à falta de precisão dos conceitos das espécies tributárias e mesmo dos limites de competência de cada ente tributante, isto no limiar da criação do Código Tributário Nacional.

Posteriormente, foram sensíveis as mudanças na jurisprudência. A título exemplificativo, recorro algumas decisões judiciais que expressam a utilidade do CTN, como norma sobre normas, segundo as lições de HART e BOBBIO.

No RE n.º 69.784-SP, onde foi discutido no STF um caso de imposto territorial progressivo, criado pelo município de Americana, na ementa lê-se: “Imposto Territorial Urbano — seu conceito (art. 33 do CT Nacional)”, e, no voto do Min. BILAC PINTO, opondo-se a Baleeiro, encontra-se:

“Segundo dispõe o CT Nacional, três são os elementos da definição do imposto territorial urbano: a) elemento objetivo ou material, também chamado “fato gerador”, que é a propriedade, a posse ou o domínio útil de imóvel por natureza ou acessão física, situado na zona urbana do Município; b) elemento subjetivo pessoal, isto é, o contribuinte, que é a pessoa que tenha relação pessoal e direta com o fato gerador (CTN, art. 121, parágrafo único, n.º 1); no caso o proprietário ou o titular do domínio útil, ou o detentor da posse; c) elemento financeiro, isto é, a base de cálculo: no caso, o valor venal do imóvel. Quando o legislador, a pretexto de instituir um adicional progressivo a esse tributo introduz alteração, em qualquer dos três elementos citados, corre o risco de descaracterizar juridicamente o respectivo adicional, que perderá a natureza do imposto territorial urbano para transformar-se em tributo de outra espécie” (RTJ 77/172). A partir desse raciocínio o tributo foi considerado inconstitucional, e a tese sumulada. (n.º 589.)

No RE n.º 80.045-SP, outro assunto versado no CTN, sobre concurso de preferência de créditos tributários, veio a ser apreciado pelo Supremo e, depois, sumulada a tese abraçada. Está assim redigida sua emenda:

“Tributos — Preferência — O crédito previdenciário do INPS, contribuição parafiscal, equiparada legalmente a crédito da União, prefere ao crédito tributário do Estado. A proibição de se criarem preferências entre uma das pessoas de Direito Público Interno contra outra (Constituição Federal, art. 9.º, I) não exclui a ordem de preferência, no concurso para cobrança de crédito tributário, estabelecida pelo art. 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional. Recurso extraordinário não conhecido.” (RTJ n.º 80/812.)

A Súmula a que me referi é a de n.º 563.

A Súmula n.º 544 consagra a orientação traçada no art. 178 do CTN a propósito das isenções condicionadas e tem sido largamente invocada.

A Súmula n.º 546 a respeito da repetição de indébito de tributo indireto também não desborda do regramento contido no art. 166 do CTN.

Mais recentemente, a Suprema Corte veio a introduzir em sua Súmula o conhecido verbete n.º 574:

“Sem lei estadual que a estabeleça, é ilegítima a cobrança do imposto de circulação de mercadorias sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes ou estabelecimento similar.”

Em reforço desse entendimento e socorrendo-se do CTN para evidenciar a supremacia do princípio da reserva legal, decidiu o Pretório Excelso:

“Não supre a inexistência da lei, para legitimar a cobrança do ICM, pelo fornecimento de alimentos e bebidas em restaurantes e similares simultaneamente com a prestação de serviços, a indicação genérica, pelo preceito estadual, do fato gerador, sem aduzir a base de cálculo, indeclinável a complementação do tributo (art. 97, IV do CTN).” (RE n.º 107.770-SP, RTJ n.º 117/427.)

A Súmula n.º 577, por outro lado, sumaria invocações dos arts. 105 e 144, II, do CTN e do DL n.º 406/68, respeitando ao fato gerador do imposto sobre a circulação na entrada de mercadoria no estabelecimento importador.

Interessantes são os pronunciamentos daquela Corte acerca do conceito de produtos industrializados, formado em consonância com o CTN.

De feito, no RE n.º 69.023, Rel. o Min. ALIOMAR BALEEIRO, está consignado:

“ICM — Imunidade de produtos industrializados para a exportação.

I — O conceito de “produto industrializado” não é o do art. 611 do CC, mas o do art. 46, parágrafo único do CTN, aliás desdobrado no art. 1.º, parágrafo 2.º, do Decreto n.º 61.514/67.

II — A madeira serrada, destinada à exportação, goza da imunidade do art. 24, parágrafo 5.º da Constituição Federal de 1946” (*O Dir. Trib. no STF*, de Igor Tenório, São Paulo, Ed. Res. Trib., 1976, p. 64).

Ainda neste outro da relatoria do Min. BALEEIRO:

“ICM — Glândulas de suínos para exportação. Imunidade. Não viola a Constituição Federal, art. 23, parágrafo 7.º, mas o interpreta e aplica razoavelmente, nos termos da Súmula n.º 536, e Código Tributário Nacional, art. 46, parágrafo único, 108, I e II, o acórdão que reconhece imunidade às operações de circulação de glândulas supra-renais de suínos destinados ao Exterior.” (Agravado de Instrumento n.º 58.887-RS, RTJ n.º 70/705.)

Do valoroso e fértil Tribunal Federal de Recursos (extinto na Constituição de 1988), destaco também algumas decisões:

“Tributário. Imposto de Renda. Doação. CTN. Art. 144.

I — Doação de bens imóveis recebida e incorporada ao capital, como reserva. Apresentada a doação em declaração de renda, em exercício posterior à mesma. Exigência fiscal de lançamento do imposto na forma da lei vigente à declaração.

II — O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente revogada ou modificada, posto que é imperioso o respeito ao direito adquirido e princípio da anterioridade tributária.

III — Improvimento da apelação e da remessa oficial.” (AC n.º 110.571-RS, 5.ª Turma, rel. Min. Pedro Acioli, DJ de 4-2-88.)

“As disposições do art. 40 e seus parágrafos, da Lei n.º 6.830/80, devem ser interpretadas em consonância com o princípio geral da prescrição previsto no art. 174 do CTN.” (AC n.º 114.282-PR, 4.ª Turma, Rel. Min. José de Jesus Filho, in *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*, 19.ª ed., de THEOTÔNIO NEGRÃO.)

A interpretação expressada pela última ementa vem de ser ratificada pelo Superior Tribunal de Justiça do RESP n.º 1.942-PR, 1.ª Turma, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJ de 17-12-90.

Poderia ir adiante e ainda registrar vários exemplos de como o Código Tributário Nacional, através da sedimentação de seus conceitos, tem contribuído para a segurança do direito à exação, oferecendo aos contribuintes a certeza quanto à sua participação na esfera financeira do Estado, sem outros entraves, senão os legais, à atividade das ordens jurídicas parciais na arrecadação de tributos.

A segurança jurídica requer a positividade do direito, diz Radbruch.

Quanto à federação, socorro-me das palavras de SACHA CALMON:

“... o federalismo brasileiro como talhado na Constituição de 1988 é normativamente centralizado, financeiramente repartido e administrativamente descentralizado... No Brasil, ao menos em tema de tributação, o constituinte optou pelo fortalecimento das prerrogativas do poder central. Este fato, por si só, explica porque avultou a área legislativa reservada à lei complementar tributária. A assertiva é comprovável por uma simples leitura do CTN redivivo e do art. 146, III, da CF, que reforça o centralismo legislativo do poder central, em sede de tributação, além de matérias esparsas ao longo do capítulo tributário, deferidas a lei complementar. Para compreender normas gerais é preciso entender o federalismo brasileiro.” (Ob. cit., p. 133.)

Estou de acordo com o brilhante autor, e estou certo de que sem a centralização normativa partiríamos para a balbúrdia total, para o desregramento absoluto em matéria tributária, sem a menor possibilidade de um Judiciário, por mais meios materiais que tivesse, dar conta de harmonizar com a Constituição os milhares de ordenamentos parciais espalhados pelo Brasil.

O federalismo e o municipalismo talhados pelo Constituinte de 1988 é o que devemos encarar.

Imposto Único: Alguns Aspectos a Considerar

MARLA DE FÁTIMA RIBEIRO

Professora de Direito Tributário da Universidade Estadual de Londrina — PR, Doutoranda em Direito Tributário na PUC-SP

e

LAÉRCIO RODRIGUES DE OLIVEIRA

Professor de Economia da Universidade Estadual de Londrina — PR, Mestrando em Economia na PUC-SP

No momento em que a Nação vivencia intensos debates sobre os problemas que envolvem o País, mais um tema que atinge diretamente cada cidadão é colocado em discussão. Trata-se, desta vez, da tributação do imposto único.

Desde o início de 1990, abriu-se uma discussão sobre alterações do Sistema Tributário Nacional.

Através de manifestações de juristas, economistas e pronunciamentos de autoridades ligadas aos Poderes Executivo e Legislativo, se vê claramente a necessidade de uma reforma tributária tendente a racionalização do sistema de tributos, reduzindo as despesas para a arrecadação dos mesmos e os encargos para os contribuintes. Atualmente, preocupam-se com maior desenvoltura para o aumento das receitas públicas, e, muito pouco com a racionalização da máquina pública. A estrutura tributária brasileira está longe de alcançar os princípios de equidade e justiça. Tributa-se mais acentuadamente o assalariado do que qualquer outro componente da renda nacional. O que se constata, são os pesados ônus tributários sobre o contribuinte, que instigam às fraudes e às sonegações.

Uma das propostas apresentadas para alterar o Sistema Tributário Nacional é a criação do *Imposto Único sobre Transações Monetárias*, defendida pelo Professor MARCOS CINTRA CAVALCANTI ALBUQUERQUE, Diretor da Escola de Administração de Empresas da FGV-SP, tendo recebido a simpatia de diversos seguidores.

A proposta visa substituir a multiplicidade de tributos (IPI, IR, ICMs, PIS, FINSOCIAL, entre outros), por um único tributo (imposto) incidente sobre transações monetárias.

Estariam incluídas, assim, transações relativas à produção, comercialização e mercado financeiro. A arrecadação se concentraria em um único tributo, incidente sobre uma única base de cálculo.

Segundo MARCOS CINTRA, a alíquota do IUT seria fixada em 2% (1% para quem faz o pagamento e 1% para quem o recebe), com incidência cumulativa e cobrança pelo sistema bancário. Os bancos posteriormente fariam a distribuição dessa arrecadação à União, aos Estados e aos Municípios. O fato gerador ocorreria no momento da transação consumada no sistema bancário. Assim, em cheques, ordens de pagamentos, saques, depósitos, pagamentos de contas, aplicações, automaticamente seria feita a cobrança de 1% de cada parte envolvida na tributação. Para desestimular as transações em dinheiro, os saques e os depósitos bancários teriam alíquotas diferenciadas.

Do ponto de vista econômico, o IUT poderá acentuar a oligopolização da economia brasileira, beneficiando os grandes grupos em prejuízo das pequenas empresas, aumentando as distorções no mercado. Como exemplo pode-se citar a área do vestuário, onde um grande grupo produziria toda matéria prima desde o algodão até o tecido e depois distribuir o produto da confecção em redes de lojas próprias, pagando o tributo apenas na última transação. Já as pequenas empresas não teriam condições de recorrer a estes artifícios, e, seus produtos seriam menos competitivos e a longo prazo se tornariam inviáveis economicamente. Considerando que 90% das empresas brasileiras são pequenas e médias, o prejuízo social e suas conseqüências devem ser analisados com maior prudência.

Observe-se que o fato gerador ocorreria efetivamente quando se consumasse a transação financeira, mediante a operação bancária. Desta forma, como já vem ocorrendo na Argentina, ninguém desejaria ser o último portador do cheque, os endossos seriam tantos que os anexos ficariam maiores que as folhas dos mesmos. Esta prática levará ao fortalecimento da economia informal e evasão ainda maior de tributos.

A proposta de implantação de um imposto único, merece atenção das autoridades econômicas. Qualquer providência que torne os dispositivos de arrecadação mais transparentes, certamente será bem aceita. Portanto, tal proposta deve ser amplamente debatida.

Há, entretanto, que considerar um aspecto pouco discutido: a proteção do contribuinte.

Os governos federal, estaduais e municipais estão preocupados com a arrecadação cada vez maior, para encher as suas "burras", e atender os gastos e despesas públicas.

A hermenêutica indica que nenhum preceito existe isolado, e portanto, não pode ser considerado para fins de interpretação isoladamente. Pelo contrário, o Sistema Tributário Nacional deve ser examinado como parte do Sistema Constitucional, como um todo, no conjunto de princípios que

o integram. Princípios esses consagrados no Estado de Direito, na República e no Sistema Federativo.

Os ajustes tributários no sistema brasileiro, na maioria das vezes são feitos, espelhados nos sistemas de outros países. O sistema tributário de um país não deve ser cópia integral do de outro. Deve-se adaptá-lo às exigências próprias do meio, examinando concretamente as atividades sociais e econômicas da população.

A idéia do imposto único é muito antiga, gravando uma só fonte de renda. Nos séculos XVII e XVIII reformadores ingleses difundiram a idéia de um imposto único sobre a despesa. Posteriormente, sustentaram a utilidade do imposto único sobre consumo, sobre terras, sobre casas e sobre o capital. Devido ao insucesso desses projetos, ficou o célebre trocadilho de Voltaire: "Impôt unique, impôt inique" (imposto único, imposto iníquo).

Incontestavelmente, o imposto único seria cômodo. O Fisco dispensaria a multiplicidade de operações necessárias à arrecadação dos impostos; a redução dos custos de arrecadação, seja no setor público, seja nos próprios setores produtivos, constituindo fator de racionalização, com isso desestimulando a sonegação no país.

A receita pública deverá atender às necessidades coletivas da comunidade. A política fiscal e a política do crédito público, escreve ANGELO ANGELOPOULOS, "serão empregadas não somente para proporcionar ao Estado as receitas necessárias para cobrir as despesas públicas, mas para mobilizar as forças econômicas ociosas e, sobretudo, a economia e para redistribuir a renda às despesas das classes mais pobres..." (*L'Etat et la Prospérité Sociale*, Paris, Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, p. 36).

O que se deve exigir é que o Congresso Nacional, dentro das atribuições que a nova Constituição lhe outorgou, tenha uma participação mais atuante na elaboração do orçamento. E, que as receitas públicas sejam aplicadas em áreas e programas realmente necessários, diminuindo os gastos públicos, e "enxugando" a máquina administrativa.

Repetindo CARLOS ALBERTO LONGO, "o equilíbrio permanente das contas públicas não será alcançado enquanto não houver uma reprogramação completa das fontes e usos de recursos da União; a menos que se entenda por equilíbrio o resultado de atrasos e confiscos, aumentos de impostos e alíquotas, seguidos de sucessivos choques de estabilização". (FSP 15-2-91, pág. B-2.)

Nesse sentido, é preciso rever integralmente a postura gerencial, os instrumentos utilizados e os próprios objetivos da administração pública.

A arrecadação de tributos, a justa distribuição de rendas, através da aplicação dos princípios constitucionais da legalidade, da igualdade, da

capacidade contributiva, da vedação de confisco entre outros, foram preocupações da reforma tributária na Constituição de 1988, e, devem prevalecer nesta reforma.

Para uma reforma de base como esta que se propõe, há que se considerar os aspectos históricos, sociais e econômicos. Deve-se visualizar as consequências da implantação do novo sistema, levando em consideração o histórico-constitucional de toda tributação já implantada no país, evitando, por exemplo, as incidências em efeito "cascata", que provavelmente existirão.

A reforma tributária de base deve ser corajosa. E, que se criem mecanismos mais justos e eficientes de arrecadação. Exalta-se aqui o resgate aos "cânones" clássicos e reguladores da percepção dos impostos destacados por Adam Smith: justiça, certeza, comodidade e economia do imposto; complementados por Sismondi, Stourm e Wagner.

O sistema tributário mais justo é aquele que se baseia na capacidade contributiva do contribuinte. BECKER, um dos mais renomados tributaristas do país, afirma que pode o legislador escolher livremente as manifestações de riqueza que repute relevantes para efeitos tributários, bem como delimitá-las por uma que outra forma, mas, sempre deverá proceder a essa escolha, das situações da vida efetivamente reveladoras de uma capacidade econômica, e, sempre a esta se há de referir na definição de critérios de medida do tributo. (ALFREDO AUGUSTO BECKER, *Teoria Geral do Direito Tributário*, São Paulo, Saraiva, 1963, págs. 239 e segs.)

Convém destacar que com a proposta do imposto único (espécie do gênero tributo), prevaleceriam as incidências tributárias de taxas e algumas contribuições contraprestacionais de utilização de serviços públicos.

Deve ser questionado sobre a competência residual ou remanescente da União em instituir novos impostos, conforme dispõe a Constituição Federal.

A necessidade de rever a Constituição parece agora imperiosa. Através de um projeto coerente, debatido democraticamente, firmando posições sólidas e condizentes com a realidade brasileira, assim a reforma tributária deve ser feita, descartando, portando, idéias experimentais.

Além desta proposta do IUT, outras estão sendo debatidas no sentido de simplificar o Sistema Tributário Nacional e atenuar o ônus tributário sobre o contribuinte. Daí os dizeres de DEODATO, "um sistema tributário justo e enérgico é a mais poderosa arma contra as inconformidades e as rebeldias das classes menos privilegiadas pela fortuna". (ALBERTO DEODATO, *Manual de Ciência das Finanças*, 21.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1987, pág. 5.)

Isto porque o tributo não nivela as desigualdades. Mas as atenua.

Problemas Aduaneiros da Integração

OSWALDO DA COSTA E SILVA
Economista e Consultor do FMI

SUMÁRIO

I. Introdução. II. O tradicionalismo da administração aduaneira. III. Reversão das atividades da administração aduaneira ante o processo de integração. IV. Integração aduaneira versus integração econômica. V. Cooperação aduaneira: exigência do processo de integração. VI. Ação inovadora de universidades e institutos de pesquisa. VII. Conclusão. Bibliografia.

I. Introdução

Na derradeira visita a meu genial e querido amigo Gerson Augusto da Silva, já no final dos seus dias, para ter algo como um lema de vida, que marcasse para sempre as longas, produtivas e cordiais conversas que vínhamos mantendo, pedi-lhe seu conceito sobre a administração aduaneira confrontada com o processo de integração. E apesar de seu estado delicado, veio ele imediatamente nestes termos: "Sem o concurso de uma administração aduaneira modernizada, com regimes aduaneiros harmonizados, não há processo de integração que atinja seus objetivos".

No entanto, será que os países que ontem integravam a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), e hoje integram a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), já se deram conta da significativa relevância da integração aduaneira para a eficácia do processo de integração? Por isso, não tenho dúvida de que muitas pessoas, entre elas as que se dedicam também à matéria aduaneira, perguntarão: por que um estudo dos problemas aduaneiros da integração? E se julgarão certas de que jamais terão resposta convincente, argumentando: ora, há

trinta anos participamos de um processo de integração, e em tempo algum assunto de tal ordem foi suscitado — logo, por que admiti-lo correto?

Agora não importam as idéias contrárias; o que importa é esta certeza: os que forem atraídos até ao final deste estudo mudarão seus pontos de vista, ante a argumentação que será desenvolvida, e todos concordarão que o assunto, sem perda de tempo, deverá ser objeto da atenção das autoridades governamentais responsáveis pelo desenvolvimento do processo de integração se, de fato, estão à espera de resultados concretos.

Na análise crítica da administração aduaneira latino-americana o que primeiro se destaca é o tradicionalismo que a caracteriza, até mesmo em países que já a submeteram a processo de reforma — matéria estudada no item II.

Com vistas a analisar os aspectos marcantes da administração aduaneira dos países sob processo de integração, será discutida no item III a reversão das atividades das administrações aduaneiras, ante a necessidade de repensar os instrumentos da Alfândega Tradicional, ou seja, como encontrar a maneira de assegurar-lhes características novas, para que assim prestem a contribuição que se lhes está exigindo.

O ponto alto do estudo estará compendiado no item IV — Integração aduaneira *versus* integração econômica. Aí serão examinados os três fatores — Tarifa Aduaneira, Livre circulação de mercadorias e Legislação aduaneira — que dão substância ao processo de integração, pela relevância do terceiro elemento, ao exigir o processo de harmonização da legislação aduaneira, que assegura o desempenho dos dois primeiros fatores. Nesse capítulo serão feitas críticas aos Tratados de Montevideu 1960 e 1980, por não haverem disposto sobre a integração aduaneira, assim como críticas à ALALC e à ALADI, por não terem adotado medidas convincentes para que, alterados aqueles atos internacionais, viessem eles a consagrar a harmonização da legislação aduaneira. E, como natural, essas críticas, e outras mais, serão feitas ao Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento entre a República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina.

Como se estudará no item V, para o desenvolvimento do processo de integração é mister que se estabeleça a mais sólida cooperação entre as administrações aduaneiras — condição para que apliquem, com uniformidade, todos os instrumentos concebidos no âmbito do processo de harmonização da legislação aduaneira.

Finalmente, no item VI, valendo-me da experiência colhida no desempenho de tarefas do processo de harmonização da legislação aduaneira, ou então em atividades de assistência técnica ou de treinamento, em vários países da América Latina, pareceu-me conveniente e oportuno suscitar idéias

novas relativamente à eventual contribuição que possam oferecer a esse processo pessoas não vinculadas à administração aduaneira, por entender sejam elas livres para a proposição de medidas inovadoras, condizentes com o processo de integração, ao contrário da ação da burocracia aduaneira.

Aí está o conjunto de idéias que há muito me considero obrigado a discutir — para mim uma forma de elevar graças a Deus pela oportunidade de variadas missões que me proporcionaram os indispensáveis conhecimentos para este estudo, e também o faço na esperança de que essas idéias sejam lançadas em terra fértil, se algum mérito tiverem.

II. *O tradicionalismo da administração aduaneira*

São frequentes os comentários a respeito do tradicionalismo da administração aduaneira — tradicionalismo que se confirmaria na emergência da introdução de reformas consideradas indispensáveis. E dir-se-ia então que o presente da administração aduaneira seria de tal forma carregado de seu passado, que ela jamais admitiria estar a necessitar de qualquer correção de rumos.

Mas, em boa verdade, é de acreditar-se ser essa a atitude de qualquer grupo social na expectativa de reformas cujos objetivos não lhe hajam sido convenientemente explicitados, ante a natural preocupação de que tais reformas possam determinar alterações na maneira como vem desempenhando suas atividades.

Mas, quando explanados com acerto os objetivos de reformas propostas, como se impõe, muitos dos que antes a ela se opunham, poderão passar a apoiá-las decisivamente, ainda que por acaso, na certeza de que nenhum prejuízo lhes advirá, estando eles apenas obrigados à mudança de atitudes, ou então a se sujeitarem a processos de treinamento para aquisição dos conhecimentos indispensáveis à situação nova que se lhes apresentará.

E nesse ponto parece importante um depoimento pessoal. Militando na administração aduaneira desde 1945, não poucas vezes tive conhecimento de resistências a mudanças, tanto mais aguerridas quanto se desconheciam os objetivos das reformas, ou então quando os impugnadores vislumbravam alguma possibilidade de ofensa ao que julgavam ser indeclináveis direitos.

A propósito, vale uma referência ao que ocorreu, nos anos 50, ao longo dos trabalhos da Comissão Revisora da Tarifa Aduaneira — trabalhos em virtude dos quais veio o Brasil a adotar, pela primeira vez, uma Tarifa Aduaneira *ad valorem*, substituídos assim os direitos aduaneiros específicos. (E a Tarifa Aduaneira então alterada, para um total de 1.897

posições, continha apenas 7 *ad valorem*.) E recorde-se que, no Brasil, Tarifa Aduaneira exclusivamente *ad valorem*, só a que adveio da Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, que abriu os portos brasileiros ao comércio internacional.

Assim é que os aduaneiros de então, diuturnamente aplicando uma Tarifa Aduaneira de tributação específica, não admitiriam vê-la substituída por uma tributação *ad valorem*, sobretudo pela facilidade de que se revestia a aplicação daquela — limitada a controle de peso, medida ou contagem, contrariamente a todas as dificuldades que a nova deixava entrever.

Assim é que se mostrou a comunidade aduaneira totalmente adversa à mudança prevista, com o que revelou todo seu indestrutível apego às idéias do passado, em nenhum momento se detendo para examinar criticamente os efeitos da tributação aduaneira, o que, se realizado, por certo a levaria a convencer-se de que, na situação da economia brasileira daquela época, se justificaria satisfatoriamente a tributação aduaneira *ad valorem*, em que pese à evidência dos problemas que adviriam de seu controle.

Há que se reconhecer, no entanto, que a Comissão Revisora da Tarifa Aduaneira, ao contrário do que lhe cumpria — e isso mais tarde disse eu ao seu ex-presidente — nenhuma medida adotou com vistas a minimizar a relutância contra a tributação aduaneira *ad valorem*. Com efeito, a estratégia para a implantação de qualquer mudança deve considerar, entre seus mais relevantes instrumentos, os relativos aos meios com que enfrentar a oposição a essa mudança. E não há dúvida de que, se ressaltados os aspectos positivos da tributação aduaneira *ad valorem*, certamente muitos passariam a aceitá-la, apesar das dificuldades de sua aplicação — como sobremodo conhecidas — notadamente as relacionadas com as fraudes que pode suscitar.

Ademais, mesmo antes de implantada a reforma aduaneira, já deveriam estar programados cursos de treinamento para estudos da tributação aduaneira e da Definição de Valor de Bruxelas, parcialmente adotada como modelo, e de todos os instrumentos de controle da nova forma de tributação. Mas nada disso se fez. Na verdade, os primeiros cursos de matéria aduaneira, realizados pelos Cursos de Aperfeiçoamento do Ministério da Fazenda, só tiveram início, por iniciativa minha, nos anos 60.

Nesse sentido, é pertinente trazer-se à colação uma administração permanentemente preocupada com a eficácia do treinamento, em todas as suas formas. Trata-se da administração aduaneira francesa, que talvez por isso mesmo é considerada como uma das mais desenvolvidas do mundo, sempre se valendo do treinamento como meio adequado para tornar saliente o valor de sua legislação, concebida na linha da proteção de sua economia, mais igualmente tendo em conta os altos interesses de seus usuários.

Na administração aduaneira francesa, com efeito, de maneira constante, o advento de atos legais e regulamentares de influência marcante, que por isso exigem novos conhecimentos, por alterarem normas antes aplicadas, normalmente dá origem a Jornadas de Estudos, de que participam os aduaneiros incumbidos de sua execução. E isso é tanto mais significativo quanto se sabe do rigor dos estudos que seguiram na *École Nationale des Douanes*, como condição para o acesso à carreira.

Outro fato a ressaltar, ainda vinculado com o treinamento, é a realização anual da Reunião de Diretores-Regionais, sob a presidência do Diretor-Geral de Alfândegas, no curso da qual, em seguida às exposições dos Chefes das Divisões da Direção Geral de Alfândegas, a respeito de temas de notória repercussão, promove-se ampla discussão pelos participantes, com a difusão dos indispensáveis conhecimentos relativamente à melhor ação a adotar para o desenvolvimento dos serviços.

É oportuno recordar o que se passou na administração aduaneira inglesa, quando se iniciaram os estudos que levaram à sua informatização. No primeiro momento, admitiram os aduaneiros que os computadores viariam a substituí-los no trabalho. E, como protesto, ameaçaram lançar-se em greve. Informado da situação, o Diretor-Geral de Alfândegas, em sucessivas reuniões, salientou, ante os aduaneiros, que os computadores não tinham por missão substituí-los nas suas tarefas, mas seriam tão-somente eficientes auxiliares que se incumbiriam de fazer, com a maior velocidade, tudo o que se lhe ordenasse. Afastada assim aquela preocupação, prosseguiram os trabalhos da reforma administrativa, do que adveio a satisfatória implantação do Sistema LACES — *London Airport Cargo Electronic Data Processing Scheme*.

Esses fatos levam à conclusão de que o tradicionalismo aduaneiro, que em verdade existe — como pode existir em todos os grupos sociais — pode ser facilmente contornável sempre e quando, mediante estratégias adequadas, sejam expostos os objetivos das reformas programadas, de maneira que todos se informem dos seus valores, com amplos esclarecimentos no tocante à ofensa a pretensos direitos adquiridos, ante a situação que se transformará.

E fator saliente dessa estratégia é ter presente contribuição que os cursos de treinamento podem prestar às reformas. De fato, os cursos de treinamento, orientados na linha das reformas, são valiosos como meio para transmitir os novos conhecimentos necessários a quantos estarão envolvidos pelas reformas.

Se os fatos repercutem negativamente no âmbito da administração aduaneira dos países não vinculados a processos de integração, bem se pode avaliar a nociva influência que o tradicionalismo aduaneiro causa ao pro-

cesso de integração, que não se consolida se não dispuser de serviços aduaneiros renovados.

III. *Reversão das atividades da administração aduaneira ante o processo de integração*

O processo de integração econômica latino-americana, objeto do Tratado de Montevidéu 1960 e do Tratado Geral de Integração Econômica Centro-Americana (este Tratado teve por antecedentes cinco zonas de livre comércio do tipo bilateral nos cinco países),¹ vem convivendo desde então com administrações aduaneiras ainda bem longe de poderem ser havidas como modernizadas. E apesar dos muitos anos passados, não se pode ao menos virlumbrar quando essas administrações aduaneiras seguirão caminhos novos. Assim é que esses processos de integração estão até agora confrontados com a *Alfândega Tradicional*.

É claro que ao longo desses anos ocorreram alterações impostas pelas circunstâncias, que devem ser assinaladas. É a generalizada utilização, por seus países-membros, da Nomenclatura do Conselho de Cooperação Aduaneira (o Brasil foi o primeiro a adotá-la, com algumas alterações, ao tempo conhecida como Nomenclatura Aduaneira de Bruxelas), a substituição dos direitos aduaneiros específicos pelos direitos aduaneiros *ad valorem*, o emprego da Definição de Valor de Bruxelas, e agora, pelo menos dois — Argentina e Brasil — já signatários do Acordo de Avaliação do GATT.

A *Alfândega Tradicional*, por suas características, alheia à evolução dos tempos, sempre fechada ao ambiente externo, e por isso indiferente aos interesses de seus usuários, na grande maioria dos países latino-americanos apenas se preocupa com a arrecadação de tributos aduaneiros, com vistas ao aumento das receitas tributárias, sem se vincular à missão econômica que lhe cumpre desempenhar. E não atenta que poderia ter às mãos os instrumentos necessários ao desenvolvimento de suas economias. E assim não se transforma na desejada *Alfândega Nova*.

A *Alfândega Tradicional* poderia ser admitida no caso de países que agem isoladamente, embora com prejuízos notórios, ante a já antiga internacionalização das atividades aduaneiras — mas isso é absolutamente inadmissível quando se trata de países que pretendem integrar-se economicamente, o que, como se sabe, lhes impõe missões compartilhadas, no plano da cooperação aduaneira.

O objetivo fundamental do processo de integração é a livre circulação das mercadorias — limitada na etapa de zona de livre comércio às que

1 Alberto Fuentes Mohr. *La Creación de un Mercado Común: Apuntes Históricos sobre la Experiencia de Centroamérica*. Buenos Aires, Instituto para la Integración de América Latina, 1973, p. 44.

haja merecido tratamento preferencial, e ampla nas demais etapas. Pois bem: é a livre circulação das mercadorias que torna indispensável sejam repensados todos os instrumentos utilizados pela *Alfândega Tradicional*. (Ressalve-se a existência de outros fatores que, se não harmonizados, podem causar sérios embaraços à livre circulação das mercadorias, como, por exemplo, as normas técnicas dos produtos industriais, que até hoje desafiam a persistência das Comunidades Européias.)

No âmbito da união aduaneira — a segunda etapa do processo de integração, salvo se esse se inicia pelo sistema de preferências aduaneiras — a livre circulação das mercadorias é conseqüência da inexistência de quaisquer tributos sobre as originárias dos países-membros, ante o advento do território aduaneiro único, em substituição aos territórios aduaneiros individuais. Já quanto às procedentes de terceiros países, essa livre circulação só ocorre depois de se sujeitarem as mercadorias à Tarifa Aduaneira Comum e aos tributos de efeitos equivalentes. E para que não sucedam desvios nas correntes comerciais, e nem se alterem as condições de concorrência, é mister que os efeitos dessa tributação sejam rigorosamente iguais em todo o território aduaneiro da união aduaneira.

É a partir dessa obrigação irrefutável que se configura a necessidade de que surja a *Alfândega Nova* — conseqüência de haverem sido repensados, um a um, todos os instrumentos aduaneiros da *Alfândega Tradicional* — e isso, se em verdade, se deseja que o processo de integração atinja seus objetivos finais.

Nesse repensar dos instrumentos aduaneiros da *Alfândega Tradicional* impõe-se, como tarefa preliminar, a análise crítica de documentos e formalidades aduaneiros previstos para os regimes aduaneiros. E, como se sabe, regime aduaneiro, na linha da definição do Conselho de Cooperação Aduaneira, é o “Tratamento aplicável, pela alfândega, às mercadorias sujeitas ao controle aduaneiro”.²

Tem-se, pois, que devem ser criticados, com vistas à sua simplificação, todos os documentos e formalidades aduaneiros exigidos pelas administrações aduaneiras dos países-membros no cumprimento de suas atividades relacionadas com as mercadorias submetidas à sua jurisdição, quando importadas ou exportadas. Mas é imprescindível que essa análise crítica tenha sempre em alta conta as exigências econômicas do comércio internacional, entre elas, principalmente, a aceleração das atividades e a redução de custos, de maneira a anular tudo o que, sem expressão, vem sendo mantido por inércia administrativa.

Quando se sustenta a conveniência da análise crítica de documentos e formalidades aduaneiros relativos aos regimes aduaneiros surge, desde

² Conseil de Coopération Douanière. *Glossaire des Termes Douaniers Internationaux*. Bruxelles, 1987.

logo, a figura do despacho aduaneiro, que se refere ao "Cumprimento das formalidades necessárias para exportar mercadorias, dar-lhes consumo ou então submetê-las a outro regime aduaneiro."³ E pode-se afirmar que o despacho aduaneiro, assim na importação como na exportação, é das mais cruciais atividades da *Alfândega Tradicional*, pelos inúmeros e dispensáveis passos a que está sujeito. Há, ainda hoje, administrações aduaneiras onde esse despacho aduaneiro só é concluído ao longo de cento e seis passos, quando, em condições normais, não alcança ele sequer vinte passos.

Simplificados os documentos e formalidades aduaneiros — vale dizer: concebidos novos documentos aduaneiros e, se possível, um documento administrativo único, e novas formalidades aduaneiras, mediante a adoção de critérios racionais, contrariamente aos vigentes, que às mais das vezes parecem significar apenas um conjunto desordenado de exigências (a clássica papelada!) destinado a entorpecer a movimentação das mercadorias (o tão discutido protecionismo administrativo!), passa-se à conclusão de outra relevante tarefa: a uniformização dessas formalidades — sem a qual jamais se concretizará a livre circulação das mercadorias, ante o embaraço que suscitará, no seio do território aduaneiro comum, a divergência flagrante de formalidades.

(E note-se que essa referência específica às atividades de simplificação e uniformização das formalidades aduaneiras naturalmente não significam estejam elas sendo consideradas à revelia da modernização da legislação aduaneira, e sua posterior harmonização, ou mesmo uniformização daqueles capítulos que deverão ser aplicados, como um só direito, por todos os países-membros. Isso será analisado no item IV — Integração aduaneira *versus* Integração econômica.)

E parece pacífico que tanto a simplificação de documentos e formalidades aduaneiros, quanto sua uniformização, se entregues à discricão da burocracia (considerada no sentido positivo), dificilmente se obterá algo de concreto. Hoje essas atividades, em grande número de países, são atribuídas aos Comitês Nacionais de Facilitação, vinculados ao Programa Especial para a Facilitação do Comércio, da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD). E esses Comitês Nacionais, sugere a UNCTAD, devem ser compostos de representantes, de alto nível, de órgãos públicos e organismos privados. Na França — é sobretudo relevante esta informação — o Comitê para a Simplificação dos Processos do Comércio Internacional, criado em 1973, vem sendo desde então dirigido por pessoas que representam organismos privados, cabendo à Secretaria-Geral a funcionário graduado da Direção Geral das Alfândegas.

A certeza da conveniência de medidas que assegurem a uniformidade nos procedimentos do despacho aduaneiro — uniformidade que é de cres-

3 *Ibid.*

cimento ilimitado, sempre e quando se beneficie das vantagens da cooperação aduaneira, para a tranqüilidade das correntes intracomunitárias, levou o Conselho de Ministros das Comunidades Européias a expedir os Regulamentos (CEE) n.ºs 768 e 679, de 18 de fevereiro de 1985, com vigência a partir de 1.º de janeiro de 1988, que dispõem, respectivamente, sobre a simplificação de formalidades nas trocas de mercadorias no interior da Comunidade, e a implantação de um modelo de formulário de declaração (modelo administrativo único), a ser utilizado nessas trocas.

Mais tarde, veio a lume o Regulamento (CEE) n.º 2.855, de 18 de setembro de 1985, da Comissão das Comunidades, relativo às disposições para execução daqueles. E com o objetivo de melhoria de ordem técnica e de redação, esses Regulamentos vêm sendo objeto de sucessivas alterações.

Foram consideráveis os trabalhos que deram origem aos dois primeiros Regulamentos, devendo-se ressaltar, que iniciados em 1982,⁴ esses trabalhos contaram com total e permanente colaboração dos meios econômicos — unânimes em julgar excessivamente numerosos os dados então exigidos para o despacho aduaneiro. E com intuito de racionalização, as Comunidades Européias fizeram questão de não admitir divergência muito acentuada entre as formalidades nas trocas intracomunitárias e as que dizem respeito às suas relações com terceiros países.⁵

E naturalmente a partir dessa experiência das Comunidades Européias, já o Conselho de Cooperação Aduaneira, sempre tão diligente na busca do mais “alto grau de harmonização e de uniformidade em matéria aduaneira”, adotou, em suas sessões de junho de 1990, recomendação para introduzir, no âmbito mundial, uma *Declaração Única de Mercadorias*, elaborada por seu Comitê Técnico Permanente, e a ser utilizada, a partir de 1992, mediante convenção internacional.

Há ainda em execução outro elemento novo, igualmente capaz de oferecer grande eficácia à reversão das atividades da administração aduaneira. É a *Convenção Internacional sobre a Harmonização dos Controles de Mercadorias*, concebida pela Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas, e concluída em 20 de outubro de 1982. A medida que se concretize, essa Convenção irá contribuir para reduzir, em âmbito mundial, as formalidades aduaneiras, simplificando, em conseqüência, o controle aduaneiro das mercadorias.

Aí está, pois, o panorama que o processo de integração está a exigir, ou seja, que a *Alfândega Tradicional* conclua estar finda sua missão, acei-

4 Commission des Communautés Européennes. *Dix-huitième Rapport Général sur l'Activité des Communautés Européennes* 1984. Bruxelles. Luxembourg, 1985, p. 100.

5 Comissão das Comunidades Européias. *Nono Relatório Geral sobre a Atividade das Comunidades Europeias* 1985. Bruxelas. Luxemburgo, 1986, p. 106.

tando então o advento da *Alfândega Nova*. Tão logo se iniciaram as atividades das Comunidades Européias, diante do fato de que se caminharia no sentido da inexistência de tributos aduaneiros sobre as mercadorias originárias dos países-membros, vozes se levantaram profetizando estar a administração aduaneira vivendo seus derradeiros dias. Isso levou alguns países, notadamente a França, a sustentar a desvalia da proposição, asseverando, ao contrário, que não mais subsistiria a *Alfândega Tradicional*, a ser suplantada pela *Alfândega Nova*, a impor todo um vigoroso conjunto de instrumentos modernizados.

IV. *Integração aduaneira versus Integração econômica*

O processo de integração econômica, para desenvolver-se cabalmente, no plano de suas etapas, tem de caminhar estreitamente vinculado, e de maneira irreversível, a outro processo, sem cujo apoio jamais atingirá seu apogeu. Trata-se do processo de integração aduaneira, na linha destes três fatores: Tarifa Aduaneira Comum, livre circulação das mercadorias e legislação aduaneira.

Tarifa Aduaneira Comum. Mesmo omitidas as clássicas discussões em torno do efeito-proteção e do efeito-consumo dos direitos aduaneiros, que tanto dificultam a elaboração das Tarifas Aduaneiras nacionais, pode-se concluir ser extremamente problemática a configuração de uma tarifa aduaneira, com vistas à integração das economias dos países, ante os riscos que pode projetar sobre as atividades econômicas, notadamente porque, ao se fixarem seus níveis de tributação, ainda não estão concebidas as políticas comercial e aduaneira comuns.

Dáí por que se considera audaz a decisão da Comunidade Econômica Européia, ao fixar os níveis de sua Tarifa Aduaneira Comum na base da média aritmética das quatro Tarifas Aduaneiras de seus Estados-Membros: Alemanha, França, Itália e BENELUX. E por isso adverte Roger Touzelet, que, se assim não fosse, as negociações tarifárias teriam durado cerca de três anos, como foi o caso dos níveis tarifários dos produtos sensíveis da Lista G anexa ao Tratado de Roma.⁶

E ponto importante para que em todos os países-membros sejam idênticas as bases de aplicação da Tarifa Aduaneira Comum, são necessárias regras comuns que garantam seja a mesma, em todo o território aduaneiro comum, a incidência da tributação sobre as mercadorias importadas — o que impedirá ocorram, além de desvios no intercâmbio comercial, outras alterações nas condições de concorrência.

⁶ Roger Touzelet. "Las Experiencias de la Armonización Aduanera en Europa" (Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, BENELUX, CEE). In: *Hacia una Tarifa Externa Común en América Latina*. Buenos Aires, INTAL-BID, 1969, p. 325.

Entre outras, essas regras dizem respeito às notas explicativas da Tarifa Aduaneira, que facilitem a classificação tarifária das mercadorias; à determinação do valor aduaneiro, com indicação do momento em que deve ocorrer essa determinação; às condições necessárias para restituição dos direitos aduaneiros pagos; às condições para a concessão de isenção tributária. E essas regras devem ser objeto de uniformização, vale dizer: constarem de ato a ser aplicado, como tal, por todos os países-membros.

Livre circulação de mercadorias. A livre circulação de mercadorias, do ponto de vista tributário, no seio da união aduaneira e das outras etapas de integração, pela existência de um território aduaneiro comum, é consequência, de um lado, da aplicação da Tarifa Aduaneira Comum sobre mercadorias procedentes de terceiros países, e, de outro lado, da estrita proibição de se aplicarem tributos às mercadorias originárias dos países-membros. Anote-se, porém, que essa livre circulação, de caráter amplo, só quando já consolidada a união aduaneira, com a decorrência de uma efetiva harmonização fiscal, visto como, do contrário, apenas existiria uma união tarifária. E é este o estágio das Comunidades Europeias, a despeito de serem costumeiramente havidas já como mercado comum.

Convém assinalar, ademais, que a livre circulação de mercadorias permanecerá longo prazo como simples intenção, enquanto não se lograr a harmonização dos entraves técnicos ao intercâmbio, no que tange às normas industriais, alimentares, sanitárias, etc.

Legislação aduaneira. Na conformidade do *Glossário de Termos Aduaneiros Internacionais*, do Conselho de Cooperação Aduaneira, é esta a definição de legislação aduaneira:

“Conjunto de normas legais e regulamentares concernentes à importação e à exportação das mercadorias, que a alfândega é expressamente incumbida de aplicar, e regulamentação eventualmente decidida pela alfândega, em virtude dos poderes que lhe são atribuídos por lei.

Nota

Em geral, a legislação aduaneira compreende disposições sobre:

- a estrutura e a organização da administração aduaneira, suas atribuições, prerrogativas e responsabilidades, assim como direitos e obrigações dos usuários;
- os diversos regimes aduaneiros, assim como as condições e formalidades relativas à sua aplicação;
- os elementos relacionados com a aplicação dos direitos e impostos de importação ou de exportação;

- a natureza e as conseqüências jurídicas das infrações aduaneiras; e

— as diversas formas de recursos.”⁷

Como se vê, com exclusão das questões fiscais, monetárias e cambiais, é extraordinariamente amplo o campo da legislação aduaneira, já que lhe cabe disciplinar todas as ações relacionadas com o intercâmbio comercial de importação e de exportação, donde advém sua qualidade de ferramenta de política econômica, vinculada que está à aplicação da Tarifa Aduaneira — esta, como se sabe, o principal instrumento da política comercial e da política aduaneira.

E é essa preponderância da natureza econômica da legislação aduaneira que torna extremamente complexo o processo de sua harmonização — a mais difícil tarefa da integração aduaneira. Por outro lado, e isso é por demais sabido, que a harmonização da legislação aduaneira que substancia os meios imprescindíveis para que a Tarifa Aduaneira Comum e a livre circulação das mercadorias sejam eficazes na produção dos efeitos que lhe são atribuídos com vistas à consolidação da união aduaneira.

Em conseqüência, nada mais natural que em benefício do paulatino desenvolvimento da integração aduaneira se iniciem as atividades do processo de harmonização da legislação aduaneira ao mesmo tempo em que se vai corporificando a união tarifária, a fim de que, ao se transformar esta em união aduaneira, já encontre em plena vigência as normas legais e regulamentares transformadas nas normas comuns indispensáveis a seu desempenho.

No caso da América Latina, é de lamentar-se que essa preocupação pelo cumprimento das exigências da integração aduaneira, como condição *sine qua non* da integração econômica, só proveleceu enquanto a Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL) esteve a compartilhar dos albores do processo latino-americano de integração, ante sua convicção de que o desenvolvimento desse continente exigia uma ação conjunta no âmbito econômico.

Relativamente à América Central, por exemplo, foi graças à Resolução 9 (IV) da CEPAL que se iniciou oficialmente o Programa de Integração Econômica Centro-Americana, que teve como órgão coordenador o Comitê de Cooperação Econômica do Istmo Centro-Americano, e como Secretaria-Técnica a própria CEPAL. E foi esse Comitê que adotaria em 1953, esta relevante decisão: que os Governos se dedicassem “à unificação da legislação, regulamentação, terminologia e procedimentos aduaneiros”.

7 Conseil de Coopération Douanière. *Op. cit.*

Com isso, tornou claro seu conhecimento de assunto de significativa relevância para a integração aduaneira.

Essa atividade, executada logo a seguir, com o concurso da Assistência Técnica das Nações Unidas, teve resultados concretos em 1955, com a apresentação, pela CEPAL, à reunião do Subcomitê de Comércio Centro-Americano, do anteprojeto do Código Aduaneiro e seu Regulamento. E ressaltou-se que isso ocorreu antes da instituição, nos termos atuais, do processo centro-americano de integração.

Paralelamente a essa tarefa, também sob o patrocínio da CEPAL, se aceleravam os trabalhos que deram origem ao Tratado Geral de Integração Econômica Centro-Americana, que dispõe no seu

“Artículo XXIX — Para los efectos de reglamentación relacionados con el libre comercio, el tránsito de mercancías y la aplicación del Arancel Centroamericano Uniforme a la Importación, las Partes contratantes suscribirán dentro de un plazo no mayor de un año a partir de la entrada en vigencia del presente Tratado, protocolos especiales mediante los cuales se adopte un Código Aduanero Uniforme Centroamericano y los reglamentos necesarios de transporte.”⁸

Assim é que vieram à luz o Código Aduaneiro Uniforme Centro-Americano e o Regulamento do Código Aduaneiro Uniforme Centro-Americano.

Não há notícia de outro processo de integração⁹ que já nos seus primeiros dias iniciasse, em bases tão definitivas, seu processo de integração aduaneira, na linha da harmonização da legislação aduaneira. E apesar de essa legislação aduaneira harmonizada não estar sendo utilizada por Costa Rica e Honduras, mesmo assim os outros três países, que as adotam desde então, podem oferecer sugestões válidas para seu aperfeiçoamento.

Em outra oportunidade a CEPAL trouxe à baila suas inquietações no tocante à integração aduaneira. Foi na Assembléia do Panamá, quando se discutia o Relatório do Grupo de Peritos incumbido de examinar e sugerir as primeiras linhas do possível Mercado Comum Latino-Americano — o que se materializou na Resolução 6(II), de 19 de maio de 1959, ao cuidar das normas gerais que recomendou para a constituição do Mercado Comum, entre as quais esta: “Ser caracterizado pela uniformização progressiva dos regimes aduaneiros e outros instrumentos de política comercial dos

⁸ Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales. *Instrumentos Relativos a la Integración Económica en América Latina. Tratado General de Integración Económica Centroamericana, suscrito en Managua el 13 de diciembre de 1960.* Washington, 1964.

⁹ Há um exemplo, mas de aspecto limitado, no Tratado que instituiu a União Aduaneira e Econômica da África Central.

países latino-americanos, nas suas relações com as outras regiões do mundo, levando em conta os compromissos internacionais".¹⁰

E como se sabe, foi nessa Assembléia da CEPAL que se deu o adiamento *sine die* do Mercado Comum Latino-Americano, por problemas suscitados pelo Brasil, que para isso obteve principalmente a adesão de Argentina, Chile e Uruguai.¹¹ Mas antes dessa Assembléia, fatos novos, advindos da reforma tarifária brasileira, consubstanciada na Lei n.º 3.244, de 14 de agosto de 1957, por determinar se promovessem gestões necessárias em matéria de tratamento aduaneiro que importassem na aplicação de tributo diferente do fixado na nova Tarifa Aduaneira, impuseram urgentes discussões no que tange aos acordos bilaterais que o Brasil mantinha com Argentina, Chile, Paraguai e Uruguai.

E o assunto assumiu caráter de urgência, para evitar que, por força da cláusula de nação mais favorecida, muitos países continuassem a gozar das vantagens previstas naqueles acordos bilaterais, que tiveram por objeto direitos aduaneiros específicos, de alíquotas insignificantes, enquanto a nova Tarifa Aduaneira, de tributação *ad valorem*, com alíquotas que atingiam até 150%.

Sob o comando pessoal do ilustre Raúl Prebisch, foram tentadas várias soluções, a primeira delas no seio de reunião de Diretores de Política Comercial da Argentina, Brasil, Chile e Uruguai, por ele convocada. A solução final, no entanto, partiu da Delegação do Brasil que participava, no Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e o Comércio, das negociações da nova Lista III — Brasil, anexa àquele Acordo Geral. Propôs essa Delegação que, mantidos os estudos com vistas ao "sonhado" Mercado Comum Latino-Americano, os países do "cone sul" buscassem a instituição de uma zona de livre comércio — o que daria ensejo ao Brasil de reorganizar, à luz de outras bases, o tratamento tarifário objeto daqueles acordos bilaterais.

Assim terminaram, na América Latina, as abalizadas preocupações com as imprescindíveis exigências da integração aduaneira. E as que viriam a surgir depois, embora jamais em ato de cumprimento obrigatório, mesmo assim não passaram de fogos-fátuos, como se poderão apontar exemplos vários, nos atos internacionais subseqüentes.

O Tratado de Montevidéu 1960, apesar de técnicos da CEPAL terem colaborado na primitiva redação de seu anteprojeto, não contém qualquer referência à integração aduaneira, e, em consequência, silencia

10 Victor Urquidí. *Génesis du Marché Commun Latino-Américain*. Paris, Presses Universitaires de France, 1962, p. 55.

11 Gustavo Magariños. "Perspectivas Históricas y Actuales de la ALALC". In: *Integración Latinoamericana*. Buenos Aires, INTAL, mayo de 1976, p. 31.

a respeito da harmonização da legislação aduaneira. E isso é de surpreender, notadamente porque, na linha do seu Artigo 54, deveriam as Partes Contratantes empreender esforços no sentido de orientarem suas políticas em prol do Mercado Comum Latino-Americano, para o que ficou o Comitê Executivo Permanente com a obrigação de realizar estudos e considerar projetos com aquele objetivo. Mais tarde, o Protocolo de Caracas determinou fossem aqueles estudos realizados antes de 31 de dezembro de 1973.

À época, por estar desempenhando, junto à Secretaria da ALALC, missão de cooperação técnica, como funcionário da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, coube-me apresentar este estudo: *La Armonización de la Legislación Aduanera en la ALALC*¹² e, ao que me parece, o único até agora sobre o assunto. E por um preito de justiça, devo revelar a origem desse estudo. Foi ele fruto da capacidade de análise e interesse profissional do então Secretário-Executivo da ALALC — Embaixador Gustavo Magariños, ilustre cidadão uruguaio, que bem assimilou as críticas por mim feitas, dois anos antes, sobre a conveniência de estudos daquela natureza.

As únicas disposições do Tratado de Montevideu 1960, que poderiam revelar alguma preocupação, ainda que tênue, no caminho da integração aduaneira, seriam estas:

“Artigo 49 — Para melhor execução das disposições do Tratado, as Partes Contratantes procurarão, no mais breve prazo possível:

a) Fixar os critérios que serão adotados para a determinação da origem das mercadorias, assim como sua condição de matérias-primas, produtos semi-elaborados ou produtos elaborados;

b) Simplificar e unificar trâmites e formalidades relativas ao comércio recíproco;

c) Estabelecer uma nomenclatura tarifária que sirva de base comum à apresentação das estatísticas e à realização das negociações previstas no presente Tratado;

d) Determinar o que se considera tráfico fronteiriço;

e) Determinar critérios para a caracterização do *dumping* e outras práticas desleais de comércio e os procedimentos a respeito.”

12 Oswaldo da Costa e Silva. *La Armonización de la Legislación Aduanera en la ALALC*. Montevideo, Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, 1973, pp. 1-52.

E o que surgiu dessas disposições do Tratado? Apenas Resoluções sobre origem de mercadorias e a Nomenclatura Aduaneira da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (NABALALC).

Mas, pelo menos um dos que estiveram à frente das gestões, que culminaram no anteprojeto do Tratado de Montevideu 1960, em tempo expressou *mea culpa*. Ao reconhecer que o objetivo das Partes Contratantes era alcançar um mercado comum, Gerson Augusto da Silva sustentou que a ALALC deveria formular e adotar medidas pertinentes, ou seja, a gradual harmonização dos seus regimes aduaneiros, até lograr o objetivo final, com a Tarifa Externa Comum.

E essa mudança, na sua opinião, apresentaria três tipos de problemas, a serem resolvidos separadamente, mas de forma coordenada, à base de um programa geral de harmonização dos seus regimes aduaneiros, nestes termos: "a) uniformizar os instrumentos aduaneiros no tocante a seus aspectos técnico-formais; b) lograr a homogeneização conceitual de forma que as Tarifas Aduaneiras dos países-membros tenham funções equivalentes como instrumento de política de comércio exterior; e c) harmonizar a política aduaneira, considerando as Tarifas Aduaneiras tanto em sua função paramétrica, inter-relacionada com as características macroestruturais de cada economia, quanto em função de variável instrumental a serviço das políticas econômicas nacionais."¹³

Ademais disso, traçou ele, com rara propriedade, todas as fases desse programa, com indicação das etapas de uniformização técnico-formal, os esforços conjuntos tendentes a modernizar a estrutura e racionalizar os serviços aduaneiros, ao lado da capacitação dos quadros técnicos e administrativos.

Concluída a uniformização técnico-formal, indicava ele que, antes de passar ao plano da harmonização da política aduaneira, seria necessário estabelecer um marco conceitual uniforme, a fim de tornar mais homogêneas as funções atribuídas à Tarifa Aduaneira nos diversos países, devendo-se, para isso, ter em conta dois fatores de particular importância: "a) minimização do papel das Tarifas Aduaneiras em alguns países, por haverem sido transferidas a outros instrumentos (adicionais cambiais, depósitos prévios, restrições administrativas, etc.) as funções típicas da política aduaneira; e b) a maximização das funções das Tarifas Aduaneiras, já que a estrutura dos direitos aduaneiros de alguns países contém um componente de importância variável, que assume acentuadas características de imposto interno sobre o consumo."¹⁴

13 Gerson Augusto da Silva. "Problemas Fiscais da Integração Econômica Latino-Americana". In: *Estudos de Integração e de Harmonização Tributária*. Brasília, Escola de Administração Fazendária, 1983, p. 72.

14 *Ibid.*, pp. 72-3.

A seguir, trata das conseqüências desses desvios conceituais das Tarifas Aduaneiras; da retificação desses desvios, quando as Tarifas Aduaneiras recuperariam seu caráter num quadro conceitual uniforme, tornando mais explícitas, e fáceis de comparar, as orientações das políticas aduaneiras nacionais, a eliminação dos obstáculos causados pela diversidade de políticas aduaneiras, o que obrigará a distinguir, de um lado, os efeitos derivados da falta de uniformidade dos direitos aduaneiros, e, de outro lado, as freqüentes alterações do nível real dos direitos aduaneiros, por força de isenções e reduções, relacionados com os diversos objetivos de política econômica; o problema causado pelo programa de liberação comercial, ante a falta de uniformidade das Tarifas Aduaneiras; como evitar as dificuldades dos desequilíbrios tarifários, se a Tarifa Externa Comum só pode ser alcançada a longo prazo, pela heterogeneidade estrutural das economias da Zona; necessidade de promover a coordenação, no plano regional, dos programas nacionais de desenvolvimento, tornando-os compatíveis com o processo de integração, quando a harmonização das políticas aduaneiras seria considerada como o instrumento adequado dos objetivos comuns das políticas de desenvolvimento dos países da ALALC.

Com o passar dos dias houve, é certo, na própria ALALC, a antecipação das exigências da integração aduaneira — exigências que evidentemente não poderiam estar limitadas tão só à nomenclatura aduaneira e às regras de origem das mercadorias. E isso veio a surgir com o advento da Resolução 73 (III), da Conferência de 1963, logo substituída pela Resolução 100 (IV), da Conferência de 1964.¹⁵

Naturalmente que ambas as Resoluções bem ponderaram as condições necessárias à etapa de mercado comum, previstas no Artigo 54 do Tratado de Montevideú 1960. Por isso, a Resolução 100 (IV) se refere ao programa de trabalhos a respeito de alguns temas aduaneiros. Esse programa, no entanto, somente tomou corpo, no que concerne aos regimes aduaneiros especiais, a partir de 1971, quando me coube iniciar a elaboração de documentos sobre as Normas Comuns para a aplicação dos regimes de trânsito aduaneiro, entreposto aduaneiro e zona franca.

Ademais dessas atividades, há duas outras não constantes da Resolução 100 (IV), mas estranhamente da Resolução 98, de 18 de agosto de 1966, do Comitê Executivo Permanente, que apenas dispõe sobre o calendário para cumprimento do Programa de Ação daquela primeira Resolução. Trata-se do Esquema de Matérias que poderia conter o Código Aduaneiro Uniforme, da metodologia dos trabalhos pertinentes e da elaboração

15 A respeito dos esforços no tocante à harmonização da legislação aduaneira, cf. Rômulo de Almeida. "L'Origine, la Structure, le Fonctionnement et les Problèmes de l'Association Latino-Américaine de Libre-Echange". In: *L'Intégration Latino-Américaine*. Paris, Tiers Monde, Presses Universitaires de France, T. 6, n. 23, 1966, p. 623.

desse Código Aduaneiro — atividades que deveriam estar concluídas, respectivamente, em 31 de dezembro de 1966 e 1970.

No que tange ao Esquema de Matérias, ao conhecê-lo, manifestei a opinião de que, com tais matérias, se produziria o mais tradicional Código Aduaneiro, quando as exigências econômicas do comércio internacional já impunham a adoção de instrumentos mais modernos, tanto mais quanto se destinava ele a países submetidos a processo de integração.

E a respeito do Código Aduaneiro Uniforme, apenas me coube esta simples opinião: a esse Código não se chegará senão com o passar de muitos anos, e representará, sem sombra de dúvida, o somatório das conquistas que a duras penas vierem sendo obtidas. A experiência nesse tipo de tarefa ao longo de três anos, me convenceu de que, muito mais do que nas Comunidades Européias, a harmonização da legislação aduaneira na América Latina, notadamente por toda uma série de limitações, entre as quais a notória falta de formação aduaneira, não é das menores, reclamará inauditos esforços.

Anote-se que essas idas-e-vindas na ALALC, em torno dos aspectos aduaneiros da integração, atingiu seu ponto mais alto, pelo menos formalmente, quando se aprovou, em 1965, na Comissão Assessora de Política Comercial, o documento ALALC/CAPC/di 2, sobre *La Armonización de las Legislaciones Aduaneras Nacionales y el Proceso de Integración Regional*, que reproduz, *ipsis litteris*, mas sem nenhuma referência à fonte, o Programa da Comunidade Econômica Européia em Matéria Aduaneira, apresentado a seu Conselho de Ministros em agosto de 1963. E naturalmente se substituiu Comunidade Econômica Européia, que se lê no original, por Associação Latino-Americana de Livre Comércio...

A propósito de todas as iniciativas da ALALC, no caminho da integração aduaneira — iniciativas que se frustraram uma a uma — ademais de sua inata dificuldade, acrescida da exagerada idolatria pelas legislações nacionais, deve-se registrar que o principal fator negativo foi, na verdade, a inexistência, no Tratado de Montevidéu 1960, da mais tênue disposição que impusesse a adoção de instrumentos que consubstanciassem normas para a harmonização da legislação aduaneira, que assim ficaram na dependência do interesse dos países, de aceitá-los ou não, o que, por evidente, lhes retirou toda eficácia.

Foi Jules Renard que, em seu *Diário*, afirmou: “A experiência: um presente útil que não serve para nada.” Essa verdade foi confirmada na concepção do Tratado de Montevidéu 1980. Com efeito, ao contrário do que seria justo admitir-se, não se buscou sanar as debilidades do Tratado anterior, no tocante à integração aduaneira, e isso apesar de o novo Tratado repetir a intenção de promover um processo convergente que conduza ao estabelecimento de um mercado regional. Enfim, não se valeram seus

redatores não só da própria experiência da ALALC, mas também da fecunda experiência das Comunidades Européias, que vêm construindo o mais sólido e moderno conjunto de disposições aduaneiras, a despeito também das debilidades, nesse campo, do Tratado de Roma.

Agora, alguns comentários críticos relativamente ao Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento entre Brasil e Argentina.

Com o Programa de Integração e Cooperação Econômica pretendem, Brasil e Argentina, recuperar o tempo perdido no caminho da integração econômica, notadamente agora, quando a sucessão de acordos bilaterais e parciais parece entrar a desejada multilateralização preferencial da ALADI. E, se em verdade, os novos Governos desses países têm por objetivo concretizar a integração de suas economias, seria sobremodo vantajoso que, indicada a etapa a ser alcançada (em nenhum dos atos surgidos até este momento se faz referência a essa etapa) — seria sobremodo vantajoso se se voltassem com urgência para a integração aduaneira, a fim de que, sem tardança, surgisse o prelúdio das duras tarefas preparatórias que, pela vez primeira, conduziriam à ampla harmonização que abrangesse toda a matéria aduaneira — o que certamente encontraria relativa facilidade, seja pelo vigor da vontade política que está na base das decisões governamentais, seja por se tratar de apenas dois países (ou quatro, se Paraguai e Uruguai mantiverem sua presença).

Há ainda outras debilidades. Prescreve o Tratado que a remoção (não seria mais adequado falar em eliminação?) dos obstáculos tarifários e não tarifários será alcançada gradualmente, no prazo de dez anos, por meio de negociações. Ora, sem fixar, no ato internacional, prazos e percentagens da redução tarifária, essa redução, à vista de exemplos passados, talvez jamais venha a ser cumprida. (Repita-se o caso das Comunidades Européias que, graças aos prazos, e percentagens adotadas com base na média aritmética das Tarifas Aduaneiras em vigor, antecipou em dezoito meses a utilização da Tarifa Aduaneira Comum, enquanto a redução tarifária de produtos sensíveis impuseram negociações que se arrastaram por três anos.)

O Tratado se refere à “harmonização das políticas aduaneiras de comércio interno e externo”, naturalmente parecendo referir-se à política aduaneira relativa às mercadorias originárias dos países, de um lado, e, de outro, à política aduaneira das mercadorias procedentes de terceiros países. Contudo, em momento algum, o Tratado cogita da política comercial. Ora, enquanto a política aduaneira, subordinada à política comercial, se preocupa com o nível e a estrutura das importações, a política comercial tem por objetivo orientar as importações e incentivar as exportações — donde a imprescindível exigência de uma política comercial comum, que disciplinará o intercâmbio comercial dos dois países.

Alcançada a união aduaneira, surge, por natural consequência, a livre circulação das mercadorias — beneficiadas, as originárias dos países-membros, com a mais ampla liberdade (sempre que já houver a harmonização fiscal, e minimizadas as fronteiras técnicas), verificando-se essa liberdade, quanto às procedentes de terceiros países, após submetidas à Tarifa Aduaneira Comum — o principal instrumento assim da política comercial como da política aduaneira, dependentes estas da política econômica — e igualmente a tributação interna.

Logo, sem cogitar da política comercial, como dispor relativamente às regras aduaneiras comuns para a uniforme aplicação dos instrumentos da política comercial comum? De fato, como dispor sobre a definição e controle da origem das mercadorias, de que dependerá a Tarifa Aduaneira Comum, quando para a mesma mercadoria houver direitos aduaneiros diferentes, segundo o país de origem; ou a aplicação de disposições várias nos casos de importação de mercadorias de terceiros países, ou de exportação de mercadorias produzidas nos dois países? É igualmente quanto à necessidade de regras comuns para a adoção de direitos aduaneiros anti-dumping e compensadores?

Ademais, são igualmente exigíveis, como já acentuado, outras regras uniformes para o manejo da Tarifa Aduaneira Comum, tais como: interpretação da nomenclatura tarifária; determinação do valor aduaneiro; modalidades de cálculo, liquidação e restituição dos direitos aduaneiros; isenção tributária e condições de sua comum outorga; reimportação de mercadorias exportadas a terceiros países. E todas essas normas, se não impostos prazos para sua concepção, muitos anos certamente se passarão sem que nada de positivo se consiga.

Dispõe ainda o Tratado que a coordenação de políticas, dentre elas a fiscal, será realizada gradualmente, por meio de acordos específicos. Antes de falar em política fiscal, mais adequado seria referir-se ao sub-ramo — política tributária, excluído assim o outro sub-ramo — política orçamentária, que nada tem a ver com o processo de integração. E como se verá, ao invés de coordenação das políticas tributárias, deverá ela ser harmonizada, já que “coordenar entre si normas diferentes significa simplesmente querer eliminar os contrastes, sejam substanciais, sejam lógicos existentes entre elas.”¹⁶

Com efeito, num processo de integração, é forçoso que a harmonização da legislação aduaneira caminhe paralelamente com a harmonização

16 Ricardo Monaco. “Comparaison et Rapprochement des Législations dans le Marché Commun Européen”. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris, Société de Législation Comparée et Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Janvier-Mars, 1960, p. 64.

da tributação interna sobre bens e serviços, para que não se distorçam as condições tanto da concorrência entre produtores, quanto da localização de investimentos. E para esse fim, não se podendo admitir desde logo a unificação tributária — só possível, pelo menos no âmbito da união econômica, ante a existência de uma política econômica comum, há que se pensar na adoção de critérios que possam neutralizar os efeitos da diversidade de níveis de tributação.

Na opinião de Gerson Augusto da Silva, que venho trazendo à colação, notadamente porque suas geniais idéias têm sido repetidas às escâncaras, às vezes *ipsis litteris*, mas sempre sem nenhuma indicação de fonte — nesse caso caberia a adoção do princípio de tributação no destino, mais consentâneo com as etapas iniciais do processo de integração.

Assim é que, para os produtos de exportação e os respectivos insumos, sustentou Gerson Augusto da Silva que “o restabelecimento de condições eqüitativas de concorrência poderia lograr-se mediante dois sistemas: a) uniformizando completamente, em todos os países, os critérios e níveis de tributação interna sobre bens e serviços; e b) adotando o princípio de tributação exclusiva no país de destino, mediante a devolução dos impostos devidos no país exportador e tributação no país importador”.

No segundo caso — prossegue Gerson Augusto da Silva — “o país exportador isentaria dos impostos internos os produtos de exportação, ou devolveria, aos produtores, os impostos já cobrados, e o país importador, por sua vez, tributaria esses mesmos produtos com os impostos que aplicasse aos produtos nacionais.”¹⁷

Ressalvada a difícil questão do nivelamento das alíquotas dos impostos, as administrações tributárias dos países-membros da ALADI, graças à constância dos esforços de Gerson Augusto da Silva — admirável homem que soube pensar a América Latina, seja nos cursos que fez instituir na Escola Interamericana de Administração Pública, da Fundação Getúlio Vargas, seja em consequência de sua passagem pela Divisão de Finanças Públicas da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (1969-73), por intermédio da qual tanto influenciou as Reuniões de *Diretores de Tributação Interna realizadas pela ALALC — as administrações tributárias dos países-membros da ALADI* contam hoje com relativa homogeneidade, sobretudo com a adoção de tributos cobrados sobre o valor agregado, especialmente o imposto geral sobre vendas, do qual apenas estão excluídos o Paraguai, que aplica um tributo monofásico, do tipo suspensão, e a Venezuela, onde ainda não há tributação às vendas.

17 Gerson Augusto da Silva. “A Harmonização Fiscal no âmbito do Pacto Andino.” In: *Estudos de Integração e de Harmonização Tributária*. Brasília, Escola de Administração Fazendária, 1983, pp. 105-6.

Agora estes comentários no tocante à Comissão de Execução do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, que funciona sob o comando dos Presidentes do Brasil e da Argentina. Será que a presença desses altos mandatários à frente dessa Comissão representaria condição satisfatória para o cumprimento de suas tarefas, embora nenhuma delas esteja prevista? Mesmo agindo em nome dos Ministros das Relações Exteriores de seus países, será que os Secretários Nacionais da Comissão terão forças para o desempenho de seus poderes, ainda que nenhum deles esteja previsto?

A propósito da integração aduaneira que o processo de integração reclama, vale trazer à colação os resultados de reunião realizada em Buenos Aires (setembro de 1990), pelo Grupo Mercado Comum Argentina-Brasil, que decidiu criar nove subgrupos de trabalho, e, nesse sentido, comentar as atribuições de quatro subgrupos.

Enquanto ao Subgrupo 1 - Assuntos comerciais correspondem estas matérias: "a) tarifa aduaneira; b) restrições não tarifárias; c) *drawback*; d) cláusula de origem; e) tarifa externa comum; f) normas e procedimentos cambiais; e g) compras do Estado", é de admitir-se que o Subgrupo 2 — Assuntos aduaneiros tratará apenas de matérias abstratas, já que nada se lhe atribuiu.

O fato de a legislação aduaneira ser definida, pelo Conselho de Cooperação Aduaneira, como o conjunto de normas legais e regulamentares aplicadas à importação e à exportação de mercadorias, parece ser de elementar entendimento que nem por isso as matérias objeto dessas normas devam ser catalogadas entre os assuntos comerciais. Não há, portanto, outra conclusão senão esta: assessoramento aduaneiro inadequado.

Ademais disso, foram omitidas outras matérias. A integração aduaneira exige que toda a legislação aduaneira seja compendiada em normas comuns para serem utilizadas pelos países-membros. E nada se diz a respeito. Por outro lado, falou-se em *drawback*. E por que não os outros regimes aduaneiros especiais — também relevantes instrumentos de expansão da economia?

O Subgrupo 3 — Normas técnicas, se refere apenas a duas matérias: a) metrologia; e b) normas sanitárias. E será que esses dois temas esgotam assunto tão importante, como as normas técnicas? Será ainda possível ignorar as tormentosas dificuldades que as Comunidades Européias vêm enfrentando, pelo menos no tocante aos entraves técnicos ao intercâmbio de produtos industriais?¹⁸

18 Embora muito valiosa, a esse propósito, a análise dos Relatórios Gerais sobre as Atividades das Comunidades Européias, pelo menos a partir de 1967, sugere-se a análise deste documento: *Communautés Européennes. Commission. L'Achèvement du Marché Intérieur: Livre Blanc de la Commission à l'intention du Conseil Européen*. Luxembourg, 1985, pp. 6-8 e 16-22.

O Subgrupo 4 — “Política fiscal e monetária relacionada com o comércio”, trata destes temas: “a) aspectos de política fiscal e monetária; e b) estímulos à produção; exportação e consumo”. E será que na alínea a está prevista a política tributária, com as complexíssimas tarefas preparatórias da harmonização da tributação interna, relativa a bens, serviços e investimentos?

As debilidades do *Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento* entre Brasil e Argentina, e também as apontadas em recentes trabalhos da Comissão Mercado Comum Argentina-Brasil, talvez não ocorreriam se se tratasse de missões atribuídas a grupos compostos de pessoas com suficientes conhecimentos das várias áreas do processo de integração, e que, ademais, além de disporem, todas elas, de informações relativas às frustrações que se vêm colhendo nesse processo, ao longo dos anos, conhecessem algo da história de outros processos de integração — notadamente os das Comunidades Europeias, pela riqueza de lições contínuas que estão oferecendo ao mundo.

Como se vê, trata-se de atividades interdisciplinares que, em consequência, não podem e não devem ficar restritas a uma só categoria profissional, por melhor que seja em suas tarefas específicas. E, quem sabe, se, dessa forma, os autores das propostas indispensáveis à concretização do processo de integração teriam meios de limitar os males que mortalmente prejudicaram a ALALC, segundo Gustavo Magariños: “Ela [a ALALC] padeceu, talvez com maior intensidade que outro qualquer dos mecanismos ensaiados, os males derivados da errática vontade política dos governos, da incapacidade dos empresários para atravessar a barreira do medo, e da inaptidão dos dirigentes, públicos e privados, para fazer prevalecer os interesses, comuns ou concorrentes, sobre os interesses egoístas.”¹⁹

E essa debilidade, no tocante à integração aduaneira, também é o traço dominante do *Tratado de Assunção*, que dispõe sobre a constituição de um mercado comum entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Ainda uma vez — e é de lamentar-se — deixou-se de caminhar à luz da experiência das Comunidades Europeias...

Com efeito, ao contrário do que se impunha, não há, por exemplo, disposições taxativas sobre a harmonização da legislação aduaneira — disposições relativas às matérias a serem harmonizadas, ao grau da harmonização, aos instrumentos que disciplinassem essa harmonização — se auto-aplicáveis, ou não, aos prazos a serem observados. E recorde-se que a inexistência de tais dados, no *Tratado de Roma*, tornou sumamente difícil,

19 Gustavo Magariños. *Op. cit.*, p. 30.

para as Comunidades Européias, comandar a seqüência do processo de harmonização da legislação aduaneira.

Diz-se-á que a harmonização da legislação aduaneira estaria contemplada no Artigo 1 do Tratado, ao prever que o mercado comum implica o "compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes para lograr o fortalecimento do processo de integração". Esqueceram-se os redatores do Tratado, que antes de ser instrumento para fortalecer o processo de integração, a harmonização da legislação aduaneira é o único fator capaz de dar vida, e vida permanente, ao desejado mercado comum.

Essas debilidades da integração aduaneira, e outras muitas que estão à margem deste estudo, põem de manifesto a inanidade do Tratado de Assunção, estando assim frontalmente justificadas estas assertivas do diplomata uruguaio — Embaixador Gustavo Mangariños: "O Tratado de Assunção foi negociado às pressas e com impulsos de finalidades políticas. E seu texto não revela nem acabado processo reflexivo, nem rigorismo técnico suficiente. E sua leitura, por parte dos que decidiram sua subscrição, e dos que a aprovaram, parece haver sido imperfeita."²⁰

V. *Cooperação aduaneira: exigência do processo de integração*

A cooperação, que, por seus propósitos, visa estabelecer a simultaneidade de ações, orientadas para que se harmonizem, ou pelo menos se aproximem, os instrumentos, decisões ou tarefas no caminho da obtenção de determinado objetivo, é atitude que, de uma forma ou outra, com maior ou menor intensidade, sempre esteve na consciência da humanidade. E se considerada em sua forma espontânea, pode-se afirmar ser a cooperação tão velha quanto o pensamento humano — presente que está nas relações familiares e nas relações da comunidade.

E como reciprocidade de interesses, na linha da minimização das rivalidades nacionais, a cooperação econômica internacional adquiriu foros de cidadania, diante das ações desenvolvidas a partir do último pós-guerra, com base na Doutrina Truman, e que, com o advento do Plano Marshall, se dedicou tenazmente à recuperação da Europa.

Sem nenhum condicionamento ideológico, o Plano Marshall foi o instrumento decisivo para a recuperação econômica da Europa, livrando-a da hegemonia do poder soviético, que considerou aquele Plano como a forma de penetração do capitalismo norte-americano.

20 Gustavo Magariños. *Uruguay en el Mercosur*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1991, p. 8.

E para consubstanciar essa forma de cooperação, outros organismos foram surgindo na época. Assim é que, criados pela Conferência de Bretton Woods, em 1944, entraram em cena o Fundo Monetário Internacional e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento — mais conhecido como Banco Mundial.

O outro organismo é o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e o Comércio — este dedicado à cooperação econômica internacional. Em consequência da falência da Carta de Havana, que deveria criar a Organização Internacional do Comércio, ante o desinteresse dos Estados Unidos da América, inicialmente seu mais entusiasta promotor, que temia viesse ela a reduzir sua desejada liberdade de amplas decisões em matéria comercial — passou o Acordo Geral a regular as relações comerciais de seus países-membros à luz destes princípios fundamentais: a) concessões tarifárias; b) não-discriminação; e c) proibição de restrições quantitativas.

E nessa linha, tendo em vista o recrudescimento do protecionismo, não só por meio de direitos aduaneiros elevados, mas também de inúmeras restrições não tarifárias, tem sido substancial a contribuição do Acordo Geral em busca da expansão do comércio internacional, por considerar sobremodo relevante sua influência, tanto sobre o desenvolvimento econômico dos países industrializados, quanto dos que iniciam processo de industrialização. E é para o incremento do comércio internacional que foi lançada, em 1985, a Nova Rodada de Negociações Comerciais Multilaterais (Rodada Uruguai), que deveria estar concluída em dezembro de 1990, quando seus trabalhos foram suspensos sem que fossem alcançados seus objetivos.

Pode-se conceituar a cooperação aduaneira como as relações necessárias entre as administrações responsáveis pelas trocas internacionais de mercadorias — relações que, se já se justificavam mesmo quando as Alfândegas, como no passado, agiam com total independência, assumem agora caráter de imprescindibilidade, no plano das etapas do processo de integração — processo que impõe seu aperfeiçoamento à medida que se vão atingindo suas etapas superiores.

Mesmo na etapa de zona de livre comércio, em consequência da liberação progressiva do essencial do comércio recíproco entre os países-membros, já a cooperação aduaneira se vai impondo de forma crescente. Com efeito, a liberação desse comércio passa a determinar de modo constante a cooperação aduaneira — consequência não só desse comércio livre, mas também das indispensáveis medidas de aproximação de todos os instrumentos relacionados com a livre circulação das mercadorias, no sentido de se evitarem distorções comerciais.

Assim é que a cooperação aduaneira está indissolúvelmente ligada a todas as ações requeridas pelo aperfeiçoamento da zona de livre comércio.

E entre essas ações tem expressivo realce a harmonização prévia dos instrumentos de política comercial — requisito essencial à posterior coordenação da política comercial, que, em alguns casos, deve até mesmo ser harmonizada.

E concluída a zona de livre comércio, se há decisão política a fim de evoluir para as etapas superiores do processo, a começar pela união aduaneira, mais decisivo é o concurso que se passa a reclamar da cooperação aduaneira. É o que está pondo de manifesto a experiência das Comunidades Europeias.

A concepção em comum dos instrumentos da união aduaneira e, paralelamente, seu emprego uniforme por todos os países-membros, é, em verdade por um lado, a mais elementar, mas, por outro lado, a mais fundamental exigência para que essa etapa do processo de integração atinja seus objetivos precípuos. Nesse ponto, vale ressaltar, em primeiro lugar, a livre circulação das mercadorias originárias dos países-membros, e, em segundo lugar, a administração compartilhada da Tarifa Aduaneira Comum, utilizada para terceiros países, a fim de que haja uniformidade em sua incidência.

Roger Touzelet, ilustre aduaneiro francês, primeiro Chefe da Divisão de Legislação Aduaneira da Comunidade Econômica Européia, e meu ilustre professor na *École Nationale des Douanes*, da França, aponta que os problemas de execução das tarefas aduaneiras no seio da integração “estão sob o signo da *interdependência das responsabilidades* que assumem as seis alfândegas [eram essas ao tempo de sua conferência] da CEE; e que isso é, por sua vez, consequência da aplicação das mesmas leis e os mesmos instrumentos a serviço de uma mesma causa e de economias que se integram progressivamente. Essa *interdependência impõe solidariedade* e divisão das competências no nível de execução.”²¹ (Grifado no original)

A fusão dos territórios aduaneiros, *conditio sine qua non* da união aduaneira, sem o apoio de uma sólida cooperação aduaneira, não ensejará a livre circulação dos bens, pela inexistência de efetivas garantias contra as distorções da concorrência — o que é objetivado pela harmonização das legislações aduaneiras e da tributação interna sobre bens e serviços.

A cooperação aduaneira é igualmente valiosa para que se adotem seguras medidas capazes de proporcionar os meios exigidos na comprovação de que está sendo convenientemente aplicado o tratamento tarifário negociado. E, como exemplo, cabe recordar o problema da definição da origem

21 Roger Touzelet. “Les Problèmes Douaniers du Marché Commun.” In: *La Vie de la Douane*. Neuilly-sur-Seine, Ecole Nationale des Douanes, 131, septembre-octobre, 1966, p. 46.

das mercadorias, sobretudo quando se trata de produtos que hajam recebido a contribuição da mão-de-obra de um ou mais países.

E note-se que o processo de harmonização das legislações aduaneiras passa a exigir, a fim de se concretizarem seus objetivos, a mais acentuada cooperação aduaneira, notadamente porque essas legislações harmonizadas, concebidas que são em comum, não podem ser aplicadas unilateralmente, senão de maneira compartilhada, para que se alcance a desejada uniformidade de métodos — condição indispensável a que sejam idênticos os resultados de seu cumprimento por todos os países que a adotem. Ressalte-se, assim, a ação efetiva das Comunidades Européias, sempre a velar pela prevalência da aplicação uniforme dos regimes aduaneiros, à medida que os vêm harmonizando — o que evidentemente, para ter êxito, deve apoiar-se na cooperação aduaneira.

E tão logo admitiram os efeitos benéficos da cooperação aduaneira em suas atividades, os Estados-Membros do Tratado de Roma, antecipando-se a qualquer proposta de seus órgãos institucionais, subscreveram, em 1967, a *Convenção de Nápoles*, com a qual suas administrações aduaneiras se comprometeram a desenvolver ações conjuntas que permitissem fossem apurados os casos de infrações aduaneiras.

Logo a seguir veio à luz, instituída pelas Comunidades Européias, a *Convenção para a Assistência Mútua entre as Administrações Aduaneiras*. Nos termos dessa Convenção, seus signatários tornaram possível, entre si, a assistência mútua entre as autoridades administrativas dos Estados-Membros à correta percepção dos direitos aduaneiros e outros impostos de importação e de exportação, ademais de prevenir, investigar e reprimir as infrações às leis aduaneiras.

E afim de minimizar as deficiências apontadas por Claude Jacquemart,²² também aduaneiro francês, nessa Convenção, principalmente por não se tratar de um ato comunitário, com base no Tratado de Roma, surgiu o Regulamento n.º 1.468-68, do Conselho de Ministros, que dispõe sobre a assistência mútua entre as autoridades administrativas dos Estados-Membros e a colaboração entre esses Estados e a Comissão das Comunidades Européias.²³ Esse Regulamento, contudo, não tornou sem efeito aquela Convenção.

E sempre a confirmar sua relevância, a cooperação aduaneira se tem tornado cada vez mais expressiva por meio da atuação dos comités insti-

22 Claude Jacquemart. *La Nouvelle Douane*. Paris, Jupiter, 1971, pp. 396-7.

23 Commission des Communautés Européennes. *Journal Officiel des Communautés Européennes*. Luxembourg, n.º L 144, 2 juin. 1981.

túdos pelo Conselho de Ministros, com vistas à uniformidade da aplicação dos vários instrumentos comunitários que vem concebendo, principalmente os que dizem respeito aos atos relativos à harmonização da legislação aduaneira.

VI. *Ação inovadora de universidades e institutos de pesquisa*

As administrações aduaneiras latino-americanas, embora algumas venham reformando sua legislação e sua organização, por várias circunstâncias ainda não teriam condições de estar na vanguarda do processo de integração, caso este, não fossem as frustrações que o cercam,²⁴ estivesse em marcha batida a caminho de sua concretização.

Mas, admitido que esses países, por já haverem assimilado a idéia da relevância da administração pública no processo de desenvolvimento, e, em conseqüência, se dispusessem a submeter-se a processo permanente de reforma, será que a administração aduaneira teria condições de reformar-se por exigência do processo de integração? E será que a própria administração aduaneira poderia, com os meios de que dispõe, realizar essa reforma? Ou, em termos mais objetivos: dispor-se-ia a burocracia aduaneira a enfrentar, com determinação, as tarefas necessárias a imprimir-lhe as características renovadas reclamadas pelos objetivos do processo de integração?

Minha experiência, em longos anos de trabalhos em assistência técnica, e também em treinamento, que me permitiram as mais variadas observações em países do nosso continente, com exceção da Colômbia, os latino-americanos, sempre muito pródigos em torno de generalidades no que tange às reformas da administração aduaneira, normalmente deixam de sê-lo à vista de casos concretos. Nessa ocasião, todas as propostas são havidas como inadequadas a seus países. Assim é que, reformas? — matéria apenas de retórica, de discursos.

Confirma-se, dessa forma, a tese de Guerreiro Ramos, em apoio a fundamentos empíricos de muitos cientistas, de que só ocasionalmente a burocracia, que resiste às mudanças, se decide a contribuir para as reformas. E isso, na sua opinião, porque, entre outras razões, "A disciplina imposta ao burocrata habitualmente amortece suas faculdades críticas e o leva a observar normas que perderam razão de ser, embora, no momento em que foram elaboradas, atenderam a imperativos reais de eficiên-

²⁴ Gustavo Magariños. "Primer Decenio de la ALADI. Principios e Instituciones". In: *Integración Latinoamericana*. Buenos Aires, INTAL, n. 100, setembro 1990, pp. 10-23.

cia. A timidez, o conservadorismo, a incapacidade para adaptar-se, tornam-se assim constantes desse tipo de conduta.”²⁵

Variados episódios me foram convencendo da extrema dificuldade em se dispor da ampla e generalizada colaboração da burocracia aduaneira em trabalhos de reforma — com as naturais ressalvas que podem ocorrer.

No Brasil, como já adiantado no item II, a primeira advertência dessa indisposição adveio ao integrar grupo de trabalho para conceber medidas indispensáveis à adoção da tributação *ad valorem* (Lei n.º 3.244, de 14 de agosto de 1957). Por não concordarem com esse tipo de tributação, e sem ao menos se preocuparem em conhecer seus efeitos, naturalmente superiores à tributação específica, houve deserção total dos funcionários mais graduados, apenas assumindo as atividades do grupo de trabalho os dois funcionários de menor hierarquia.

Mas essa indisposição se configuraria mais ostensivamente, quando, responsável pela Equipe do Imposto de Importação da Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda (1963-67), à qual coube, entre outras tarefas, elaborar, em substituição à *Nova Consolidação das Leis das Alfândegas e Mesas de Rendas*, de 1894, o anteprojeto de que resultou o Decreto-Lei n.º 37, de 18 de novembro de 1966 — o nosso Código Aduaneiro, e projeto do Regimento do futuro Departamento de Rendas Aduaneiras, de vida muito curta. (Talvez algum dia me anime a compendiar os penosos momentos vividos pela Equipe, que lutou todo o tempo contra a incompreensão.)

Outras tantas indisposições foram igualmente ratificadas no exterior, seja no desenvolvimento de missão de cooperação técnica, junto à ALALC, seja em atividades de assistência técnica — em todas elas tendo de enfrentar o impenitente conservadorismo, que, sem nenhuma argumentação lógica, se opunha a tudo que fosse julgado contrário à tradição.

Até então, por não estar a par dos estudos sociológicos sobre problemas da burocracia, no que tange à sua incapacidade de assumir atitude de agente ativo de mudanças, intentei descobrir as razões de tal comportamento, notadamente porque as propostas de mudanças sempre foram acompanhadas de críticas à situação sob reforma, e das vantagens que deveriam marcar a situação nova. E essa tentativa ensejou, paulatinamente, a exata compreensão dos velados motivos de resistência à mudança — motivos exemplarmente sumariados por Guerreiro Ramos nestes termos: “A iniciativa da modernização e do desenvolvimento verifica-se, ordinariamente, no nível dos participantes superiores, na medida em que das mudanças

25 Guerreiro Ramos. *Administração e Estratégia do Desenvolvimento: Elementos de uma Sociologia Especial da Administração*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1966, p. 249.

do *status quo* possam resultar, para eles, ganhos ou vantagens em prestígio, poder e riqueza.”²⁶

Mas, ao lado desses fatores, admito que também outros poderiam ser alinhados. E entre esses fatores há um que me parece sobretudo relevante: a burocracia aduaneira se julga limitada nas sugestões de mudanças. E isso, a meu juízo, por estar vinculada à administração aduaneira, considera normal julgar-se sem liberdade de propor medidas realmente inovadoras, que surpreendam por seu ineditismo. Ora, como natural, para chegar-se à proposição de medidas inovadoras, é necessário, antes de tudo, liberdade de criação, ademais de todo um processo de assimilação crítica, não só de experiência de outros países, mas também de material concebido por organismos internacionais.

Assinale-se, além disso, que pouquíssimos são os países latino-americanos que preenchem, com funcionários aduaneiros, os cargos de direção — de Diretor-Geral de Alfândegas ao Chefe de Alfândegas — escolhidos sempre à luz de interesses políticos.

Nos dias atuais, apesar da generalizada inação dos países do continente, cada vez mais se tornam facilitadas as tarefas de mudanças aduaneiras, tanto na legislação quanto na organização. Aí estão, com efeito, as significativas propostas do Conselho de Cooperação Aduaneira no tocante à simplificação e à harmonização dos regimes aduaneiros, consubstanciadas em diversos atos, e hoje consolidadas na *Convenção Internacional sobre a Simplificação e a Harmonização dos Regimes Aduaneiros*, cujos Anexos se iniciaram em 1973. Já no que tange à organização, há toda uma série de exemplos de administrações aduaneiras, agora compreendidos por esse organismo internacional em documento especial.²⁷

E esses modelos, mesmo sem a indispensável análise, sempre são rechaçados, sob a alegação não comprovada de não terem cabimento em países em desenvolvimento — como se as atividades aduaneiras fossem diferentes, na sua essência, segundo o estágio econômico dos países. Esquecem-se, os que assim argumentam, que o Conselho de Cooperação Aduaneira, apesar de sua capacidade para examinar os fatores econômicos relacionados com os regimes aduaneiros, só considera mesmo os aspectos técnicos desses regimes, apenas visando sua harmonia no plano das relações internacionais.²⁸

26 *Ibid.*, pp. 279-80.

27 *Conseil de Coopération Douanière. Manuel sur la Structure et l'Organisation des Administrations des Douanes*. Bruxelles, 1987.

28 Claude J. Berr et Henri Tremeau. *Le Droit Douanier: Régime des opérations de commerce international en France et dans la C.E.E.* Paris, Economica, Nouvelle édition, 1988, p. 65.

Andando o tempo, novas luzes foram entrevistas em face das atividades aduaneiras do Centro Universitário de Pesquisa Européia e Internacional, da Universidade de Ciências Sociais de Grenoble — França, na linha de artigo de seu então diretor, com base nas quais passei a admitir já existirem meios originais para a estratégia da reforma da administração aduaneira.²⁹ E isso por considerar que, ademais de outros fatores negativos da burocracia, a falta de liberdade de proposição é um dos principais obstáculos à concepção, pelos integrantes da administração aduaneira, de idéias de mudança. E esses meios originais podem igualmente advir de Institutos de Pesquisa, não necessariamente vinculados a Universidades.

São dignas de nota as idéias que estão na base desse Centro. Ao registrar que a pesquisa é a vocação fundamental do Centro, Berr acentua que não se busca atingir o conhecimento da regulamentação e seus subtítulos, senão muito mais compreender o porquê das coisas. E para ele, o Código Aduaneiro não é apenas uma coletânea dos direitos e obrigações dos usuários e dos serviços. É mais a manifestação dum certo estado da civilização, a síntese de diversas preocupações (necessidade de proteger os direitos do Tesouro, vontade de favorecer o comércio exterior, etc.).

E como esses imperativos evoluem, por exemplo em face da integração econômica, e os textos correm o risco de se tornarem ultrapassados — sustenta caber às autoridades responsáveis adaptá-los às situações novas, precisamente porque o alvo dos pesquisadores deve ser suprir essas autoridades de análises objetivas, a partir das quais possam tomar decisões com absoluto conhecimento de causa.

Significativamente Berr declara que, longe de se substituir à ação, a pesquisa deve prepará-la. E por estarem livres de qualquer *sujeição* (o grifo é meu — O.C.S.), os pesquisadores devem refletir sobre as instituições atuais, e, considerando as possibilidades de sua reforma, propor às autoridades os meios de logrâ-las.

Qualquer que seja o nível em que se situe a pesquisa — anota Berr — é preciso insistir sobre o fato de que o Centro trabalha em estreita colaboração com os serviços locais da administração aduaneira.

Outra afirmativa valiosa é esta: ser desejável a integração dos problemas aduaneiros com as categorias de formação oferecidas pela Universidade, e que, no plano da pesquisa, ambiciona, antes de tudo, provar que a Alfândega é, de fato, uma disciplina científica, graças à qual se podem vincular inúmeras questões que dependem de campos científicos

²⁹ Claude J. Berr. "Grenoble: Le C.U.R.E.I." In: *La Vie de la Douane*. Neuilly-sur-Seine, Ecole Nationale des Douanes, n. 163, Mars, 1975, pp. 55-60.

aparentemente dispersos: trocas comerciais internacionais, política externa, problemas de países em desenvolvimento, diplomacia, etc.

Por fim, sublinha aspirar que o Centro seja considerado, pela administração aduaneira, como uma instituição aberta a todos quantos, além de suas preocupações quotidianas, tenham o gosto de refletir sobre sua profissão, e de contribuir para um melhor conhecimento científico dos problemas aduaneiros.

Essas duas últimas referências têm, em verdade, ampla aplicação ao Brasil. Entre nós, a matéria aduaneira, cuja literatura é de pobreza franciscana, ainda hoje é considerada de somenos importância, qualquer um se julgando com o direito de doutrinar a respeito, embora deixando registradas as marcas da indigência.

Seria extremamente valioso se as Universidades latino-americanas despertassem para a excelência da contribuição que poderiam assegurar ao processo de integração, à medida que desenvolvessem estudos da matéria aduaneira. E diga-se o mesmo relativamente aos variados órgãos intergovernamentais que se ocupam da integração, já que, até agora, ao que eu saiba, nenhum deles se dedicou a essa matéria, apesar da já aparentemente excessiva abundância de estudos acadêmicos de integração.

E se alguns o fizerem, talvez logrem influir para que se modernize a administração aduaneira, minimizando assim a influência negativa da burocracia, mesmo que os países não estejam ainda voltados para a modernização — modernização que, no entanto, é imposta pelo processo de integração, no caminho da concretização dos seus objetivos.

VII. *Conclusão*

Ante o estágio em que se encontra, a administração aduaneira latino-americana não apresenta ainda as mínimas condições para o apoio que lhe deveria exigir o processo de integração econômica, isso porque a evolução aduaneira, ou talvez mais adequado — a revolução aduaneira, já presente há algum tempo nos países desenvolvidos, até agora não se pronunciou em países deste continente.

Trata-se de uma administração aduaneira estática, seguindo uma legislação antiquada, com a exceção talvez de um único país, ou mesmo novas, mas concebidas à luz de modelos ultrapassados, atribuindo maior ênfase à sua missão fiscal, despreocupando-se assim de sua missão econômica — a que mais importa.

Reformas episódicas não são eficazes — apenas são válidas as reformas com caráter de processo permanente, oferecendo condições para trans-

formar a *Alfândega Tradicional* em *Alfândega Nova*, mantendo-a sempre adaptada ao ambiente externo, não só para atender aos interesses de seus usuários, mas também para exercer suas atividades na linha das exigências econômicas do comércio internacional.

Na estratégia do processo de reforma permanente devem estar previstas, por absoluta necessidade, variadas ações de treinamento, primeiro para expor os objetivos das reformas e seus valores, com o sentido de obter a indispensável colaboração dos quadros funcionais, e, depois, transmitir os *conhecimentos essenciais, para que esses quadros tenham condições para o desempenho das funções novas que passarão a ser disciplinadas por instrumentos também novos.*

Para prestar seu concurso ao processo de integração econômica, é mister que a Alfândega tenha repensado seus instrumentos de ação, notadamente no tocante à sua fundamental atividade — que é o despacho aduaneiro de mercadorias para consumo, já informatizado em muitos países desenvolvidos, o que lhe assegura a maior celeridade, compatível com os objetivos dos que têm suas necessidades supridas pelo comércio internacional.

Para que o processo de integração econômica possa desenvolver-se cabalmente, na linha de suas etapas, tem de estar vinculado, de forma efetiva, ao processo de integração aduaneira, que compreende três fatores: Tarifa Aduaneira Comum, Livre Circulação de Mercadorias e Legislação Aduaneira, dentre os quais a legislação aduaneira é o de maior repercussão, pois que é sua harmonização que oferece os meios efetivos para a uniforme aplicação dos outros dois.

A Tarifa Aduaneira Comum, quando aplicada à margem dos efeitos do processo de harmonização da legislação aduaneira, sua incidência deixa de apresentar resultados uniformes, ensejando quase sempre a ocorrência de desvios no intercâmbio comercial e de outras alterações nas condições de concorrência.

Ante as notórias dificuldades do processo de harmonização da legislação aduaneira, como está evidenciado na experiência vivida pelas Comunidades Européias, é inevitável que os atos internacionais, ao disporem sobre os processos de integração econômica, sejam também explícitos na concepção das normas disciplinadoras do processo de harmonização, notadamente no que tange aos atos apropriados, às matérias a serem harmonizadas, e em que nível, e a prazos.

O Tratado de Montevidéu 1960 silencia totalmente a respeito da integração aduaneira, não se referindo, conseqüentemente também, ao processo de harmonização da legislação aduaneira, a despeito de seu Artigo 54 dis-

por que as Partes Contratantes deveriam empreender esforços no sentido de orientarem suas políticas em prol do Mercado Comum Latino-Americano.

Esse silêncio determinou, como se sabe, que se frustrassem, uma a uma, todas as atividades formalizadas pela ALALC, com vistas a lograr a harmonização dos instrumentos básicos cuja ausência estava apresentando seus efeitos negativos no processo de liberação comercial.

Assim também, e inexplicavelmente, falhou o Tratado de Montevidéu 1980, quando o normal seria que seus redatores, que naturalmente devem ter estado abertos para o quadro de dificuldades enfrentadas pela ALALC, se julgassem obrigados a sugerir meios compatíveis que eliminassem tão absurda debilidade.

Na verdade, só a CEPAL, enquanto esteve à frente das tentativas de instaurar processos de integração na América Latina, se preocupou expressamente com as exigências da integração aduaneira. Assim foi em todas as tarefas de que resultou o Tratado Geral de Integração Econômica Centro-Americana, cujo Artigo XXIX, de maneira excepcional, como ainda não o fez nenhum outro ato internacional da espécie, estabeleceu a adoção do Código Aduaneiro Uniforme Centro-Americano.

Essas preocupações igualmente foram mantidas quando se cogitava do advento do Mercado Comum Latino-Americano, havendo desaparecido quando se tornou vitoriosa a criação da zona de livre comércio — objeto do Tratado de Montevidéu 1960.

Merecem ainda conhecidas, por seu teor científico e objetividade, as lições de Gerson Augusto da Silva, tanto no que respeita à harmonização da legislação aduaneira, quanto no que tange à harmonização da tributação interna.

O Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento entre Brasil e Argentina (1988), como concebido, não terá condições de fazer desenvolver o processo de harmonização da legislação aduaneira, frustrando-se, em conseqüência, os objetivos de integrar as economias dos dois países, em poucos anos, segundo tem noticiado a imprensa. Ademais disso, o Tratado dispõe sobre a coordenação das políticas fiscais, quando mais corretamente deveria falar em harmonização das políticas tributárias.

E se alterado esse Tratado, passando a compendiar disposições relativamente ao processo de harmonização da legislação aduaneira, também deverão ser previstas ações no campo do treinamento para que, com a urgência necessária, sejam convenientemente formados os quadros funcionais que se ocuparão dessas tarefas, e quem sabe se não também os de níveis de decli-

são — e não se tratará de cursos operacionais, como sói acontecer, pelo menos no Brasil dos últimos tempos, mas na verdade de cursos de nível elevado, que transmitam não apenas sólidos conhecimentos de legislação aduaneira, mas de todas as disciplinas cujos objetivos devem ser respeitados por essa legislação, além da metodologia do trabalho a ser empreendido.

No âmbito de um processo de integração, mesmo na etapa de zona de livre comércio, já têm ampla repercussão o sustentáculo da cooperação aduaneira, notadamente no caminho da livre circulação das mercadorias, na etapa da união aduaneira, em consequência da fusão dos territórios aduaneiros, que exige, para sua eficácia, a aplicação uniforme da Tarifa Aduaneira Comum, à base de instrumentos concebidos no quadro da legislação aduaneira harmonizada.

Na América Latina, a burocracia da administração aduaneira, até mesmo se dispuser de sólidos conhecimentos, parece sentir-se limitada no oferecimento de sugestões inovadoras — dessas de que tanto carecem seus países, por estarem obrigados a submeter sua administração aduaneira à constância de processos de modernização, para adaptá-la às condições novas do comércio internacional — tudo isso mais insistentemente exigido ante um processo de integração econômica.

Por isso, parece-me que seria valiosa a tentativa de institucionalizar-se o apoio de Universidades e Institutos de Pesquisa, num primeiro momento, no levantamento de necessidades de reformas das disposições legais e regulamentares de matéria aduaneira, à vista de suas insuficiências à luz da missão econômica da *Alfândega Nova*, e logo a seguir, após o amadurecimento de suas conclusões, seu apoio na concepção das medidas novas.

Vivemos hoje, ainda que ao longe, uma autêntica Revolução Aduaneira — e revolução não se compagina com idéias, atitudes, métodos ultrapassados, senão apenas com a modernidade.

Bibliografia

- ALMEIDA, Rômulo. "L'Origine, la Structure, le Fonctionnement et les Problèmes de l'Association Latino-Américaine de Libre Échange". *L'Intégration Latino-Américaine*. Paris, Tiers Monde, Presses Universitaires de France, T. 6, n. 23, 1965.
- BERR, Claude J. et TREMEAU, Henri. *Le Droit Douanier: Régime des opérations de commerce internationale en France et dans la C.E.E.* Paris, Economica, Nouvelle édition, 1988.
- BERR, Claude J. "Grenoble: Le C.U.R.E.I.". *La Vie de la Douane*. Neuilly-sur-Seine, École Nationale des Douanes, n. 163, 1976.

- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Décimo Nono Relatório Geral sobre a Actividade das Comunidades Europeias* 1985. Bruxelas. Luxemburgo, 1986.
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES. *Journal Officiel des Communautés Européennes*. Luxembourg, n. L 144, 2 juin. 1981.
- . *Dix-huitième Rapport Général sur l'Activité des Communautés Européennes* 1984. Bruxelles. Luxembourg, 1985.
- COMMUNAUTÉS. COMMISSION. *L'Achèvement du Marché Intérieur: Livre Blanc de la Commission à l'intention du Conseil Européen*. Luxembourg, 1985.
- CONSEIL DE COOPÉRATION DOUANIERE. *Glossaire des Termes Douaniers Internationaux*. Bruxelles, 1987.
- . *Manuel sur la Structure et l'Organisation des Administrations des Douanes*. Bruxelles, 1987.
- DA COSTA E SILVA, Oswaldo. *La Armonización de la Legislación Aduanera en la ALALC*. ALALC/SEA/PA/9. Montevideo, Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, 1973.
- DA SILVA, Gerson Augusto da. "Problemas Fiscais da Integração Econômica Latino-Americana". *Estudos de Integração e de Harmonização Tributária*. Brasília, Escola de Administração Fazendária, 1983.
- FUENTES MOHR, Alberto. *La Creación de un Mercado Común: Apuntes Históricos sobre la Experiencia de Centroamérica*. Buenos Aires, Instituto para la Integración de América Latina, 1973.
- GUERREIRO RAMOS. *Administração e Estratégia do Desenvolvimento: Elementos de uma Sociologia Especial da Administração*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1966.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE ESTUDIOS JURÍDICOS INTERNACIONALES. *Instrumentos Relativos a la Integración Económica en América Latina. Tratado General de Integración Económica Centroamericana*. Washington, 1964.
- JACQUEMART, Claude. *La Nouvelle Douane Européenne*. Paris, Jupiter, 1971.
- MAGARIÑOS, Gustavo. "Perspectivas Históricas y Actuales de la ALALC". *Integración Latinoamericana*. Buenos Aires, INTAL, mayo de 1976.
- . *Uruguay en el Mercosur*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1991.
- "Primer Decenio de la ALADI. Principios e Instituciones" *Integración Latinoamericana*. Buenos Aires, INTAL, septiembre de 1990.
- MONACO, Riccardo. "Comparaison et Rapprochement des Législations dans le Marché Commun Européen". *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris, Société de Législation Comparée et Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, janvier-mars, 1960.
- TOUZELET, Roger. "Problèmes Douaniers du Marché Commun. *La Vie de la Douane*. Neuilly-sur-Seine, École Nationale des Douanes, n. 125, 1965.
- . "Las Experiencias de la Armonización Aduanera en Europa (Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, BENELUX, CEE)". *Hacia una Tarifa Externa Común en América Latina*. Buenos Aires, INTAL-BID, 1969.
- URQUIDI, Victor. *Génesis du Marché Commun Latino-Américain*. Paris, Tiers Monde, Presses Universitaires de France, 1962.

A Consolidação do Regime Parlamentar Britânico na Segunda Metade do Século XIX

ESTEVÃO DE REZENDE MARTINS

Assessor Legislativo do Senado Federal e Professor da Universidade de Brasília. Ex-Diretor do Departamento de Estudos e Acompanhamento Legislativo. Ex-Secretário Federal de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça.

SUMÁRIO

Preâmbulo. 1. Regras eleitorais. 2. Composição da Câmara dos Comuns. 3. Câmara dos Lordes. 4. Conclusão.

A segunda metade do século XIX britânico identifica-se com a mesma fase do reinado da Rainha Vitória (1837-1901) e, no que diz respeito à consolidação das práticas parlamentares da Grã-Bretanha, marca três aspectos determinantes: a fixação das regras eleitorais, o estabelecimento da composição e dos procedimentos regimentais da Câmara dos Comuns (Deputados) e o papel ou a posição institucional da Câmara dos Lordes.

1. Regras eleitorais

O sistema censitário por referência a níveis de propriedade ou de renda, estabelecido pela lei eleitoral de 1832 (*Reform Act*) estava ainda em vigor em 1861. Dessa forma, o número de eleitores de então (cerca de 500.000) dobrara em 1861, por aumento populacional (e, embora modestamente, também em virtude da evolução da estrutura fundiária), alcançando um

milhão. Esses eleitores eram sempre e exclusivamente do sexo masculino e de idade superior a 35 anos. As mulheres não dispunham do direito de voto, situação que perdurou assim até 1918. De qualquer forma, o sufrágio universal para maiores de idade só foi introduzido na Grã-Bretanha em 1928. No período de 1861 a 1901, contudo, pode-se destacar duas modificações maiores. A primeira foi a lei de 1867, aprovada a duras penas sob o governo conservador de Lorde DERBY,¹ graças, particularmente, à ação decidida de DISRAELI², líder do governo na Câmara. Essa lei concedeu o direito de voto aos proprietários e locatários de casas nas cidades e aldeias, embora ainda não nas áreas rurais, malgrado redução da franquia rural. O efeito imediato foi o de duplicar o eleitorado, elevando-o a dois milhões. A lei de 1862 foi uma manobra política dos conservadores para tomar, à maioria *whig* e liberal, a iniciativa de uma mudança que parecia, de toda forma, inevitável, e para administrá-la em benefício próprio.

Nessas circunstâncias, foi igualmente importante manter sob controle conservador os mecanismos de redivisão dos distritos eleitorais. O Primeiro Ministro descreveu essa manobra como um "salto no escuro" e declarou que ela se destinava a desbancar os *whigs*. De acordo com critérios contemporâneos, a distância entre o tamanho da população britânica da época (cerca de 27.000.000 de habitantes) e o eleitorado (dois milhões após a reforma de 1862) continuava enorme. A geografia distrital igualmente acarretava distorções de monta: Manchester, por exemplo, com 48.000 eleitores, elegia apenas três deputados, o mesmo número de representantes de um distrito reunindo três pequenos burgos com um total de 2.500 eleitores (a polêmica acerca dos *bourgs pourris* — distritos que, malgrado pequena ou praticamente nula expressão eleitoral, conservavam poderes, entretanto tornados injustificáveis, de eleger um ou mais deputados — era particularmente intensa nessa época, quando foi, enfim, resolvida pelas sucessivas reformas eleitorais).

Em 1884 Gladstone realizou a terceira reforma. Essa reforma concedeu o direito de voto, por unidade residencial, à área rural, sobretudo porque a diferenciação administrativa (até então praticada) entre "cidades" e "condados" era extremamente difícil de sustentar. A reforma de 1884 provocou, contudo, reações da Câmara dos Lordes. O sucessor de Disraeli como líder dos conservadores, Lorde Salisbury, usou sua maioria na Câmara Alta para obter vantagens significativas no processo de delimitação dos distritos e de distribuição dos mandatos. As decisões então tomadas são de particular importância, na medida em que cunharam o sistema eleito-

1 DERBY, Edward George Stanley, 14.^o Conde de. 1799-1889. Membro do Parlamento desde 1820, foi Primeiro-Ministro em 1852, 1858 e 1866.

2 DISRAELI, Benjamim. Conde de Beaconsfield. Estadista e romancista inglês (1804-1881). Líder conservador e político destacado, Primeiro-Ministro em 1868 e 1874-1880.

ral britânico de hoje. Até aquele momento certos distritos elegiam até três deputados (*bourgs pourris*). Doravante valia o critério de que a cada distrito corresponderia apenas um mandato (do que decorria uma nova redistribuição territorial dos distritos e o aumento de seu número total). Tal regra traduziu-se em grande vantagem para os conservadores, em particular nos subúrbios de Londres e eu outras áreas urbanas. Com tal recurso eles conseguiram compensar amplamente as posições dos "radicais" dos centros das cidades. Quantitativamente, o resultado foi o aumento do eleitorado de dois para cinco milhões. Mesmo assim o eleitorado estava ainda longe de ser universal (mesmo para o masculino, já que sequer existia o feminino): cerca de dois quintos dos homens maiores de 21 anos continuavam excluídos do direito do voto. Aparentemente, à época, tal circunstância não os afetou demasiado. Somente as mulheres interessaram-se ativamente pela conquista dos direitos civis plenos e, mesmo assim, apenas no início do século XX (movimento das *suffragettes*), durante os reinados de Eduardo VII e de George V (sobretudo sob o gabinete de Lloyd-George).

Duas outras medidas merecem destaque. Após anos de intensa pressão, o voto secreto vem a ser adotado em 1872. Palmerston combatera incansavelmente esta fórmula, a seus olhos "pouco inglesa, pois dissimulada". Com sua morte, em 1865, liberou-se o caminho para o sufrágio secreto, cujo efeito concreto sobre os eleitores ou sobre os partidos políticos não parece ter sido medido até hoje. Decerto sua introdução terá contribuído para diminuir o tráfico de "influências", para coibir os procedimentos de intimidação ou quiçá para reduzir o suborno eleitoral, na medida em que deixou de ser possível o controle do voto de um eleitor eventualmente "comprado". De qualquer forma, a situação de duplo suborno seria igualmente possível: o eleitor inescrupuloso aceitaria as propinas de mais de um contendor, certo de que jamais se descobriria sua felonía. O sistema do voto secreto teve, no entanto, uma conseqüência séria para os historiadores e analistas políticos. Até 1872, os eleitores registravam voto, nome e profissão na folha de votação. Esses registros são fontes preciosas de informação sócio-política. De que outra forma se poderia ficar sabendo que os quitandeiros votavam sempre nos liberais e que os açougueiros preferiam os conservadores? Aliás, até hoje não se sabe o por quê! Após 1872, todavia, não sabemos mais do que as pessoas declaram ter feito ou (mais recentemente) o que as sondagens e análises permitem, putativamente, reconstruir.³

3 No sistema eleitoral proporcional, os comentaristas e analistas políticos dependem do exame das folhas de votação de cada urna, para compará-las com a composição sócio-económica de cada secção ou zona eleitoral e, assim, poder estimar o comportamento eleitoral dos grupos. Nos sistemas distritais dispomos da facilidade da circunscrição (distrito) restrita, que revela diretamente o principal do comportamento dos eleitores locais (pela vitória de tal ou qual candidato e pelo percentual por ele obtido). É prática corrente nos países onde vigora o sistema distrital (Grã-Bretanha, com turno único; França, com dois turnos, por

(continua)

Mais concretamente eficaz foi a Lei sobre Atos de Corrupção de 1883. Esta foi a primeira medida efetiva para limitar o suborno eleitoral, restringindo as despesas dos candidatos. Como qualquer medida do gênero, essa lei não extinguiu as práticas de corrupção, mas reduziu-as, tornando-as mais difíceis. Alguns comentaristas interpretaram as modificações do comportamento político subsequentes, como a substituição de um suborno individual do eleitor, por dinheiro, pelo suborno do eleitorado, por promessas. Não se pode deixar de reconhecer, numa tal visão das coisas, uma boa dose de cinismo contemporâneo, que as campanhas eleitorais em geral (e as brasileiras não constituem exceção) não desmentem.

2. *Composição das Câmaras dos Comuns*

A Câmara dos Comuns é, na prática, o resultado da aplicação do sistema eleitoral ao contexto sócio-econômico em que vive a sociedade. A questão mais imediata e óbvia é saber por quê há pessoas que desejam exercer mandatos eletivos, em um sistema parlamentarista em que poucos chegam a ser chamados ao exercício de cargos executivos governamentais (já na segunda metade do século XIX inglês o número de integrantes do governo britânico propriamente dito (*cabinet*) não ultrapassa oito, embora existam numerosos cargos e encargos executivos de natureza política cujo provimento depende da maioria parlamentar). Dentre os 650 deputados integrantes dos Comuns, cerca de 50 terão tido algum tipo de experiência governamental nessa época (hoje conta-se com algo em torno de 100). A primeira razão para querer eleger-se — abstraindo-se daquele sentido de serviço público que, espera-se, motiva todo e qualquer membro do Parlamento — era o prestígio, a vontade de ser “alguém”, uma pessoa de destaque, conhecida e reconhecida em sua região, em sua cidade, em seu

(*Continuação da nota 3*)

exemplo), que os partidos conheçam com exatidão os distritos “tranquilos”, onde têm certeza da eleição imediata de seu candidato.

Somente as eleições de 1986 (legislatura 1986-1988) foram realizadas pelo sistema proporcional. Esse sistema permitira a eleição de vários deputados da extrema-direita, derrotados em 1988, em eleições realizadas novamente segundo o sistema distrital. Como na Alemanha Federal (onde pequenos partidos raramente conseguem ultrapassar o limite mínimo de 5% dos votos para obter um mandato), os “extrema-direita” só conseguem ser eleitos pela proporcional. Os classificados “extrema-esquerda”, dessarte, sequer logram eleger-se, no atual contexto político europeu ocidental (eleições diretas para o Parlamento Europeu, em Estrasburgo, para mandatos de cinco anos, praticadas desde 1979). Anteriormente o Parlamento Europeu era composto de delegações destacadas pelos parlamentos nacionais. De acordo com os comentaristas políticos mais difundidos, na Comunidade Européia, o aumento provável dos países-membros dos organismos comunitários ou a eles associados (indiretamente esse aumento ocorreu com a absorção da ex-República Democrática Alemã pela Alemanha Federal) reforçará a importância do Parlamento Europeu. O ingresso da Áustria já está sendo examinado e a Turquia tem sua solicitação em compasso de espera. Cogita-se de contratos de associação com a Polónia e a Hungria.

bairro. A questão financeira (vencimentos e indenizações do parlamentar) nada significava na segunda metade do século XIX: não existia remuneração e a maior parte dos deputados era financeiramente independente. Decerto existia sempre a possibilidade de ser chamado ao governo. Embora os proventos e emolumentos nada fossem, em comparação com o que haviam sido; no auge do século XVIII, havia — e sempre houve — o fascínio do poder. Ninguém sabe ao certo o que significa “poder” e muitos — mesmo os que chegam ao topo — não são capazes de defini-lo adequadamente.⁴ De qualquer forma, o primeiro-ministro é, sem dúvida, já nessa época, um personagem de primeiríssimo plano, no mundo social e na organização política. No universo político em geral, e no britânico em particular, a “ambição secreta” de ser o grande articulador público, após a soberana, parece ser um sonho, uma idéia motriz dos candidatos a uma vaga no Parlamento. Não resta dúvida de que, na absoluta maioria dos casos, o sonho jamais se torna realidade, por força do tempo e das circunstâncias. Não se pode negligenciar, no entanto, a influência, por vezes determinante e maior do que a própria realidade, que os sonhos, as utopias, as ambições podem ter.

Era, pois, o prestígio social na Inglaterra assim tão diferente do que é na França ou nos Estados Unidos? Aparentemente sim e talvez em parte, porque a existência de uma câmara alta hereditária fechava certas portas. De toda maneira, o fato de a busca do prestígio social via cargo eletivo ser importante na Inglaterra vitoriana, é ineludível.

Quais terão sido as principais mudanças na Câmara dos Comuns no período posterior a 1861, sobretudo com as leis de reforma de 1867 e de 1884? A composição alterou-se, com efeito, mas de modo extremamente gradual. Até 1884 ela continuou sendo uma instituição essencialmente dominada pelas classes alta e média-alta, com alguns poucos “radicais” de origens diversas: negociantes ciosos, como COBDEN⁵ e BRIGHT,⁶ ou inte-

4. A complexa tentativa de Niklas Luhmann (*Poder*, trad. bras. Brasília, 1982), por recurso à cadeia social de reconhecimento/submissão “autoridade” que gera dependência — pelo autor rebatizada de “poder” —, parece demonstrar tal dificuldade de definição. Examinando a produção científica recente, verifica-se que os trabalhos publicados tendem a preferir uma sociologia política dos grupos em presença, investigando as relações sociais concretas de poder e autoridade. Assim, dentre os “clássicos” brasileiros, são citados regularmente Raimundo Faoro, Salomão Schwartzman e José Murilo de Carvalho, por exemplo.

5. COBDEN, Richard. 1804-1865; deputado a partir de 1841, tendo tomado parte ativa na oposição às medidas protecionistas beneficiando os cerealistas ingleses e na defesa do livre comércio.

6. BRIGHT, John. 1811-1889; deputado a partir de 1847. Vigoroso defensor do livre comércio; fez oposição crítica às disposições legais relativas à Irlanda católica.

lectuais inflamados, como BRADLAUGH.⁷ Uma mudança de maior alcance intervém em 1886. GLADSTONE⁸ pôde afirmar, em 1892, duvidar que um só acre de terra, de cada cinqüenta, pertencesse a um liberal. Isso não teria sido verdade trinta anos antes. Ao final do século XVIII, contudo, os conservadores haviam monopolizado os "interesses rurais" em ambas as casas do Parlamento. Não apenas ocorrera, pois, aumento da quantidade de proprietários rurais identificados com a postura *tory*, mas igualmente os praticantes políticos eram majoritariamente desse redil. Não foi esse, contudo, o único tipo de propriedade a ver aumentar a presença conservadora. Industriais, banqueiros, produtores de bebidas, magnatas da siderurgia, da imprensa ou da tecelagem desembarcavam, em tromba, nas searas conservadoras.

A transferência política da classe dos proprietários, do campo liberal para o conservador, vinha acontecendo já desde a morte de Palmerston, em 1865. Ela parece ter sido o penhor de uma espécie de conservadorismo discreto ("cripto-conservadorismo") no interior do Partido Liberal. O que, inicialmente, não passava de um "vazamento" transformou-se numa "sangria" em 1886, quando os liberais se cindiram por causa da questão irlandesa e uma parte — conhecida sob o nome de "unionistas", liderada por Lorde HARTINGTON⁹ e, surpreendentemente, por JOSEPH CHAMBERLAIN,¹⁰ até então líder do "radicalismo militante" —, recusou-se a apoiar Gladstone e votou com Lorde Salisbury.¹¹ A questão irlandesa não se resumia a problemas de nacionalismo e religião, mas tangia igualmente a corda sensível da propriedade, por causa da posição especial da oligarquia protestante anglo-irlandesa, detentora de vastos latifúndios improdutivos na Irlanda. O ataque dos camponeses católicos contra os direitos dos proprietários rurais na Irlanda podia levar facilmente a um ataque

7 BRADLAUGH, Charles. 1833-1891. Político não-conformista, livre-pensador republicano, de confessada posição anti-religiosa, notável por sua habilidade em utilizar-se do regimento.

8 GLADSTONE, William Ewart. 1809-1898. Integrante da Câmara dos Comuns durante mais de sessenta anos, foi o político conservador britânico mais destacado, no século XIX. Exerceu o cargo de Primeiro-Ministro durante quase quinze anos, em quatro ocasiões: 1868-1874; 1880-1885; 1886; 1892-1894.

9 HARTINGTON, Spencer Compton; Marquês de Cavendish. 1833-1908. Filho do Duque de Devonshire, foi Deputado liberal de 1868 a 1892, quando sucedeu ao pai na Câmara dos Lordes.

10 CHAMBERLAIN, Joseph. 1836-1914. Deputado liberal de 1876 a 1914; "unionista" a partir de 1886.

11 GASCOYNE-CECIL, Robert Arthur Talbot; 3º Marquês de Salisbury, 1830-1903. Íntimo colaborador de Disraeli, foi seu sucessor na liderança conservadora, exercendo o cargo de Primeiro-Ministro entre junho de 1885 e janeiro de 1886, e em 1886-1892, 1895-1900 e 1900-1902.

generalizado contra os direitos de propriedade na Escócia, no País de Gales e mesmo na Inglaterra. Ao final do século XIX já se identificava, entre os membros do Parlamento, uma clara oposição entre classes, o que ainda não aparecia claramente em 1861.

As modificações mais perceptíveis, na Câmara dos Comuns, terão sido talvez as reformas do Regimento. Elas refletem a transição de um *laissez faire* (um mínimo de regulação da vida social) para o que, ao fim e ao cabo, tornou-se o “estado de bem-estar” (*welfare state*), que se esboça no século XIX mas que somente generalizar-se-á após a 2.^a Guerra Mundial. A mola propulsora dessa mudança marcante na vida social e em sua organização foi a necessidade crescente de intervenção governamental, de modo a assegurar aos cidadãos *uma vida civilizada, honesta e saudável*, para retomar adjetivos correntes nas justificações e discursos da época que estamos tratando. Essa necessidade só poderia ser satisfeita através da legislação de interesse do governo na Câmara dos Comuns, única instância efetivamente relevante no processo legislativo britânico.

Há contudo um elemento característico da Câmara dos Comuns que em nada alterou-se, até nossos dias:¹² embora a Câmara possa comportar-se com solene gravidade em sessões de cerimônia, ela se comporta, às vezes, em momentos mais descontraídos ou de *grande tensão política*, com a rudeza e o rebuliço próprios a uma garotada turbulenta ao sair da escola, sobretudo se os “professores” (no caso, o *speaker*) não dispõem de clara autoridade disciplinar e habilidade regimental. Como exemplo, podemos citar uma passagem de C. TREVELYAN,¹³ em que o autor transcreve a descrição dada, por Thomas Macaulay, da violenta discussão acerca da lei relativa ao estatuto da Irlanda, em 1840.

“Lorde Norreys assoviava e fazia o máximo de barulho possível. Lorde Maiestone comportava-se de modo tão ruim que espero sinceramente que ele estivesse bêbado. . . No final, o tumulto cessou por pura exaustão física. Já era uma da manhã e os obstrutores da oposição haviam tumultuado (a sessão) desde as seis da tarde, quase ininterruptamente.”

Já dois anos antes a leitura da mensagem com o programa de governo de Disraeli havia sido interrompida bruscamente por uma gritaria intencional dos parlamentares irlandeses. Este foi um caso excepcional, pois uma antiga tradição fazia respeitar, sem apartes, a apresentação dos programas de governo. Blake sublinha que, malgrado progresso nas práticas parla-

12 BLAKE, R.: “The Development of the British Parliamentary System”, in CONACHER: *The Emergence...* p. 111.

13 *The Life and Letters of Lord Macaulay* (1889), pp. 392-393. Macaulay, historiador e político inglês (1800-1859), é autor de uma história da Inglaterra, publicada entre 1848 e 1861, clássica na historiografia britânica do século XIX.

mentares, os últimos cem anos foram testemunha de tumultos incríveis na Câmara dos Comuns.

Em 1912, um deputado conservador jogou um exemplar do Regimento — um livro de peso, nos dois sentidos da palavra — em Wiston Churchill, acertando-o na cabeça! Até hoje podem acontecer cenas que, para o público eleitor, seriam nada recomendáveis. Não é, pois, de admirar-se que a Câmara dos Comuns continue extremamente reticente em aceitar a transmissão regular de suas sessões. Já a Câmara dos Lordes não hesitou em permitir a transmissão de suas sessões, a título experimental, a partir de 1.º de janeiro de 1990. Em todo caso, é opinião corrente que os lordes sempre se manifestaram de modo exemplarmente discreto (ao menos no século XX), ao ponto de BLAKE¹⁴ reproduzir a ironia popular que diz só serem ouvidos dois ruídos, na Câmara dos Lordes: a voz do que discursa e os “cliques” dos aparelhos de surdez sendo desligados!...

No que diz respeito ao regimento e ao processo deliberativo, as regras permaneceram praticamente inalteradas entre 1688 (consolidação definitiva do direito de funcionamento constante da instituição parlamentar, como uma das conquistas da Revolução Gloriosa para a entronização de Guilherme de Orange) e 1832, embora seu alcance fosse limitado. A Câmara dos Comuns era vista mais como um “muro das lamentações”, cuja função seria a de servir de amplificador das reclamações sociais, de auditor e crítico das iniciativas governamentais, sobretudo no campo fiscal e orçamentário; o possível espaço de iniciativa própria era (i. é)¹⁵ praticamente inexistente. No modesto exercício dessa função, o máximo que a Câmara podia fazer era recusar o aumento de impostos (ou seja: restringir a ação governamental pela limitação da receita). Não se estabeleciam distinções entre as leis de interesse geral e as de interesse particular (leia-se: as de iniciativa governamental e as de iniciativa do parlamentar), do ponto de vista formal. É certo que a absoluta maioria dos parlamentares, mesmo quando muitos não integram ou apoiam o governo, sobretudo no processo de votação da lei de meios, procura defender interesses regionais, locais ou pessoais, na distribuição da despesa. Esse fenômeno é, penso eu, mundialmente corrente. A Câmara dos Comuns fixou, todavia, por uma resolução de 1713, uma regra restritiva que, em nossos dias, provocaria grande

14 BLAKE, *op. cit.*, p. 112.

15 As estatísticas do processo legislativo em regimes parlamentaristas como o britânico, o alemão e o francês, por exemplo, demonstram que os projetos transformados em norma legal são, em sua esmagadora maioria, de iniciativa do Executivo ou por ele assumidos. Nos regimes presidencialistas (como o brasileiro atual, principalmente sob o influxo do sistema eleitoral proporcional), há leve tendência ao incremento dos projetos de iniciativa parlamentar, por via de negociação em torno dos recursos para execução da norma, sempre de responsabilidade do governo.

controvérsia (embora continue em vigor): a Câmara “não aprovará nenhuma solicitação financeira relativa a despesa pública que ultrapasse o que tiver sido recomendado pela Coroa (i. é: pelo Governo)”. Essa resolução foi reforçada pela prática ulterior, de que a despesa prevista no projeto governamental de orçamento não poderia ser aumentada por força de iniciativa individual de parlamentares. O regimento foi ampliado e, por fim, consolidado na forma de 1866, incluindo vários tipos de artifícios. Esses recursos regimentais eram simultaneamente uma defesa contra o provincialismo de quintal (parlamentares interessados apenas pela pequenez de suas localidades) e uma barreira contra as pressões sobre o erário público. As dificuldades do equilíbrio entre receita e despesa no orçamento público (cf. a questão do Orçamento da União para 1989 e os tropeços dos vetos presidenciais, gerados por causa dos arts. 66, par. 1.º e 2.º, e 165, par. 4.º, da Constituição Federal) são um indício suficientemente claro de que tais restrições não são, de fato, uma limitação arbitrária do Poder Legislativo, mas a expressão da prioridade que se reconhece ao interesse comum, em contraste com os multifacetados interesses particulares, mesmo que estes se refiram a causas públicas e não a preferências pessoais privadas desse ou daquele parlamentar.¹⁶

Não resta dúvida, todavia, que esse tipo de resolução contribui para reforçar a preeminência do Executivo na gestão do Estado. Os reformadores do Estado francês, retomando essa posição, quiseram, através da Constituição da 5.ª República (1958), assegurar ao governo, em nome da almejada governabilidade, não apenas uma maioria parlamentar clara (via sistema eleitoral distrital em dois turnos), mas também um rígido controle da ordem do dia parlamentar (Câmara e Senado) pelo próprio governo.¹⁷

Em 1835 foram reservadas as segundas e as sextas-feiras para proposições do governo (ou seja: os projetos ou mensagens do Executivo têm preferência automática sobre os de origem parlamentar). Essa medida foi a primeira a distinguir claramente, na ordem de prioridade, assuntos de interesse governamental e os de interesse dos parlamentares. Uma longa

16 Veja-se, a esse propósito, a teoria clássica do bem comum, tal como a exprime o aforismo “quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet”. Ler-se-á, com proveito, o excelente artigo do teólogo dominicano Yves Congar, que tem por título o referido provérbio, publicado na *Revue historique de droit français et étranger* 36 (1958) pp. 210-259.

17 Por força do art. 48-C, da Constituição de 1958, têm prioridade permanente, para efeito da ordem do dia de ambas as Casas do Parlamento, os projetos de interesse do Governo, que figuram sempre em primeiro lugar, por solicitação do Primeiro-Ministro (art. 47 do Regimento Interno). Somente depois é que vêm as questões orais do governo (nas sessões das quartas-feiras) e os projetos inscritos pela “conferência dos presidentes” (reunião da Mesa com os presidentes de comissão).

tradição parlamentar britânica, a das discussões sobre petições (externas), em sessões nas quais exercícios de oratória e a "vontade de aparecer" predominavam, foi abolida em 1842, mediante acordo entre as bancadas.

Cada vez mais parlamentares participavam ativamente das sessões. Até 1832, apenas cerca de 150 deputados, dentre 658, usavam da palavra, em média, ao longo de uma sessão legislativa. Meio século depois, com a evolução do sistema eleitoral (reformas de 1832 e de 1861), a média subiria para 385, em 1876. No período "áureo" da história parlamentar da Câmara dos Comuns (1688-1832), o presidente (*Speaker*) desempenhava funções meramente protocolares, já que os debates pareciam regular-se espontaneamente, segundo convenções sociais tacitamente observadas. As sessões transcorriam, então, tanto mais cordialmente quanto menos deputados estivessem presentes e/ou o assunto em discussão fosse pouco polêmico. Dessa forma pode-se comparar a antiga Câmara dos Comuns com a Câmara dos Lordes contemporânea, cujos debates transcorrem de modo auto-regulado, com pouca ou nenhuma interferência da presidência (*Lord Chancellor*), que se restringe a enunciar os pontos da ordem do dia e os respectivos resultados de votação.

Ao longo da segunda metade do século XIX tem-se, numa fase cada vez mais "gerencial" da Câmara dos Comuns, ao menos um outro indício da transformação: o aumento dos poderes disciplinares (regimentais) do presidente. Esse incremento foi consequência imediata da necessidade de agilizar a ação governamental e de fornecer-lhe suficiente fundamento legal. Um exemplo característico pode ser visto na sessão legislativa de 1881. Os deputados irlandeses praticavam já há seis meses uma obstrução sistemática para expandir o âmbito de autonomia da Irlanda, tentando evitar a aprovação do Home Rule Bill.¹⁸ Um dos deputados da bancada ocupou a tribuna, em sucessivas manobras de obstrução, durante 41 horas consecutivas, de 31 de janeiro a 2 de fevereiro de 1881. A essa altura o presidente (divergindo da prática corrente) interrompeu o debate, não dando a palavra a nenhum outro orador e colocou a questão em votação. Regimentalmente competia ao *Speaker* proceder dessa forma e esse foi um caso excepcional, que afinal só pôde acontecer porque, entretantes, todos os integrantes da bancada irlandesa haviam sido suspensos por causa de indisciplina e nenhum encontrava-se presente para levantar nova questão de ordem e recorrer ao plenário. No dia subsequente, sem perder tempo, Gladstone apresentou um projeto de resolução destinado a dotar o presidente,

18 Inicialmente rejeitado em 1884 e por fim aprovado por maioria em 1893, mas rejeitado pelos Lordes, o que acabaria por causar a rebelião da Páscoa de 1916 e a guerra civil a partir de 1920, culminando com a independência da Irlanda católica em 1937.

regimentalmente, de poderes para concluir terminativamente um debate (a pedido do governo) e para decidir certas questões de ordem.¹⁹

A competência regimental da presidência para encerrar (ou suspender) uma sessão toma aqui sua origem. O encerramento dos trabalhos (ou sua ocasional suspensão) passou a ser útil instrumento na mão da presidência das casas parlamentares em geral, tanto no sentido de reforçar o efeito regimental do "bom andamento dos trabalhos" quanto para possibilitar espaço de negociação que levasse a um desenrolar eficaz dos trabalhos.²⁰

Essa atribuição da presidência foi incorporada ao regimento da Câmara dos Comuns em 1882, junto com outras decisões tomadas por recomendação de comissão especial, constituída para consolidar disposições regimentais (a sétima desde 1832). Com essa resolução conseguiu-se, enfim, dar cabo da obstrução irlandesa e criar uma ferramenta organizacional que transformará o conhecimento regimental em trunfo ímpar para o parlamentar versado (tanto para obstruir como para presidir!). Não se deve, contudo, imaginar que apenas os irlandeses fossem mestres em obstrução. A quebra de sua resistência não foi caso único (embora tenha sido o mais gritante, no último quartel do século XIX. Em 1872, um grupo de coronéis conservadores, também deputados nos Comuns, fizeram obstrução sistemática ao projeto de E. Cardwell para suspender a aquisição de suprimentos militares. Um outro exemplo é o caso de Charles Bradlaugh, radical que, em nome de seu ateísmo militante, recusava-se (inicialmente) a prestar o juramento regimental, para a posse no mandato, em cuja fórmula constava a expressão "so help me God" (equivalente a "com a graça de Deus"). Bradlaugh ficou amplamente conhecido como uma espécie de "ovelha negra" na "pax victoriana" do século XIX britânico: um republicano, livre-pensador e anticlerical, que era uma verdadeira "pedra no sapato" no mecanismo instalado da alternância conservadores/liberais no governo de Sua Majestade. O episódio gerou um bloqueio temporário dos trabalhos parlamentares, em 1880, na Câmara dos Comuns, semelhante ao que resultou da viva polêmica, na Assembléia Nacional Constituinte brasileira de 1987/88, em torno da questão de se dever ou não manter, no projeto de preâmbulo ao texto constitucional, a invocação do nome de Deus.²¹

19 Convém recordar, nesse ponto, que, nos regimes parlamentares de governo, a presidência da Câmara dos Deputados fica sempre com o maior partido que, se majoritário (caso inglês) também constitui o governo ou lidera a coalizão governamental (casos alemão e francês).

20 Os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte brasileira, sobretudo na fase de votação chamada de "primeiro turno de plenário" (primeiro semestre de 1988) oferecem um exemplo significativo. Contemporaneamente essa competência é corriqueira em praticamente todas as assembleias parlamentares.

21 Cf. Anais da Assembléia Nacional Constituinte, Atas de Comissão de Sistematização, Suplemento "C" ao N° 171, de 27-1-1988, pp. 812-813 e 860 ss., relativamente, em especial, à emenda n.º 1P-06650-6 e ao destaque n.º 0523-87.

O recurso à obstrução e a habilidade em servir-se dela caracterizaram quatro parlamentares conservadores da Câmara dos Comuns na segunda metade do século XIX a tal ponto que ficaram conhecidos como o “quarto partido” (fourth party), sob a liderança de Lorde Randolph Churchill, pai de Winston Churchill. Bradlaugh e os “4”, entre outros, mas principalmente, são parte das razões porque, em 1880, o recém-instalado governo Gladstone marcou tanto passo: o próprio Gladstone reagiu irritado a cada questão, tratando-a longamente. Esse jogo de cena consumiu, entre os seis oradores (Bradlaugh, Gladstone e os “4”), ao longo da sessão legislativa de 1880, nada menos do que um terço dos debates (247 intervenções em 57 questões de ordem).²²

Em 1887 procedeu-se a um novo encurtamento dos debates: introduziu-se um limite de tempo (uma espécie de decurso de prazo) para debater-se cada conjunto de proposições, por projeto; terminado o tempo estipulado, a Casa tinha de passar ao conjunto seguinte. Esse limite logo foi apelidado de “guilhotina”. Sua importância não deve ser minimizada: no caso de projetos polêmicos, provocadores de amplos e longos duelos político-retóricos, certos artigos e/ou emendas a eles referentes nunca chegavam — pelo decurso do prazo de discussão — a ser examinados pelos Comuns. Tal circunstância conferiu à função revisora dos Lordes uma relevância suplementar (e, em certo sentido, acidental), pois o regimento da Câmara Alta desconhece qualquer limite de tempo para as discussões, cuja duração sempre se regulou pelo bom-senso relativo a que, se um lado exagerar, o outro poderá fazer o mesmo.

No ano seguinte (1888) novo passo foi dado, no sentido de acelerar o processo legislativo: foram criadas duas comissões permanentes (posteriormente aumentadas para quatro), nas quais certos projetos poderiam ser decididos sem passar obrigatoriamente pelo plenário (competência terminativa). As diversas modificações regimentais adotadas ao longo das duas últimas décadas do século XIX foram consolidadas por mais uma comissão especial, em 1902, cujo relator foi Lord BALFOUR.²³ Pode-se dizer que o “maquinário regimental” do processo legislativo contemporâneo na Grã-Bretanha (e em praticamente todas as grandes democracias parlamentares ocidentais) começou nesta data, a partir da qual os interesses do Executivo ficaram, em definitivo, consagrados como os efetivamente decisivos. Atente-

22 Cf. BLAKE, *op. cit.*, p. 123.

23 BALFOUR, Arthur James; Conde de. 1848-1930. Político conservador, Primeiro-Ministro de 1901 a 1906; Secretário de Estado das Relações Exteriores de 1916 a 1919. Autor da conhecida “Declaração Balfour” sobre o direito dos judeus a um “lar nacional” na Palestina (1917).

se para o fato de que o controle da ordem do dia e dos procedimentos deliberativos, por força da existência de uma maioria parlamentar investida das funções governamentais (situação característica dos regimes parlamentaristas de governo) corresponde ao instituto do veto, no regime presidencialista. O veto constitui-se em recurso pelo qual o governo, por não ter logrado condições de obter do Parlamento a aprovação de projetos que lhe convenham, ao menos impede, pelo veto, a prevalência da decisão parlamentar.

Uma terceira mudança importante, que não pode deixar de ser mencionada, é a do sistema partidário. Em 1861, os liames partidários ainda eram extremamente frouxos. Com frequência os votos se davam contra a orientação partidária (*cross-voting*). Havia um grande número de deputados "independentes", cujo voto era imprevisível, no dizer de Disraeli. O politólogo S. H. BEER pesquisou e tabulou os resultados das votações na Câmara dos Comuns em longas séries, construindo equações do que chamou de "coeficientes de coesão" interna às bancadas partidárias, nas ocasiões em que a liderança do partido encaminhava orientações de voto.²⁴ Assim, o índice 100 vale para um partido cuja bancada seguiu, unanimemente, a liderança. Em 1860, os liberais alcançaram 58.9 e os conservadores 63. Aproximadamente uma geração mais tarde, em 1894, os índices foram de 89.9 e 97.9, respectivamente. Tal evolução revela uma substancial mudança comportamental e parece ter resultado das inúmeras polêmicas legislativas durante o segundo governo Gladstone (1880-1885). Anteriormente, os governos só vinham a promover revisões dos procedimentos legislativos quando o eleito ou o clamor público os forçava (um exemplo sempre repetido é o da Irlanda). Retomando a expressão de Clarke, pode-se dizer que, em 1901, a Câmara dos Comuns passara por uma verdadeira "revolução silenciosa"; as regras de então são as mesmas de hoje, de forma que um deputado deste fim de século sentir-se-ia plenamente à vontade no seu início!

3. Câmara dos Lordes

Uma opereta de W. S. Gilbert e A. Sullivan ("Iolanthe, or the Peer and the Peri", 1882) utiliza uma expressão que reproduz uma certa ironia corrente, no século XIX, acerca da Câmara dos Lordes, e que desde então tornou-se clássica: "The House of Peers did nothing in particular and did it very well".²⁵

24 SAMUEL H. Beer: *The State and the Poor*. Cambridge, Mass., 1970.

Modern British Politics; A Study of Parties and Pressure Groups. Londres, 1969, 2ª ed. *Treasure Control: The co-ordination of Financial and Economic Policy in Great-Britain*. Oxford, 1963, 2ª ed.

25 Apud BLAKE, *op. cit.*, p. 113.

Nos sistemas bicamerais, com freqüência ouve-se críticas às Câmaras Altas²⁶, em nome de sua inutilidade representativa ou de sua excepcionalidade (nos regimes parlamentaristas, com exceção da Itália, o Senado — ou a casa que lhe corresponda — não pode ser dissolvido, no caso de eleições antecipadas). Na Inglaterra vitoriana posterior à reforma eleitoral de 1832, inúmeros comentaristas davam por contados os dias da Câmara dos Lordes. No entanto, a Câmara alta manteve seus poderes formais. Legal (e “constitucionalmente”) ela dispunha de quase a mesma autoridade que os Comuns, em cuja Câmara um eventual governo poderia consolidar sua maioria brandindo a ameaça de levar a Coroa a criar tantos Pares quantos fossem necessários para constituir, nos Lordes, uma maioria que aprovasse os projetos de lei, quebrando dessarte a posição dos Comuns. Decerto trata-se aqui de medida extrema e difícil (embora, nos sistemas bicamerais completos — como nos Estados Unidos, por exemplo — seja possível compensar uma decisão da Câmara pela decisão contrária do Senado, como no caso do veto presidencial ao projeto de lei sustando as relações EEUU-China, derrubado na Câmara e restaurado no Senado, em janeiro de 1990).

A única exceção à igualdade entre as duas Câmaras era a tramitação do orçamento e dos projetos relativos ao sistema financeiro, que só podiam ser iniciados nos Comuns. Essa exceção era contudo já bem antiga, uma vez que essa regra fundamentava a reserva de um único cargo a um não-lorde: o de Ministro das Finanças (Chancellor of the Exchequer). Os demais podiam ser exercidos por lordes, o que ocorria com freqüência: o cargo de primeiro-ministro foi ocupado por lordes durante mais da metade do século XIX. Embora os Lordes não dispusessem de iniciativa em matéria financeira, seu eventual direito de emendar ou rejeitar dispositivos de projetos desta natureza era um tema de atualidade. No final do século XVII, a Câmara dos Comuns aprovava diversas resoluções denegando aos Lordes o direito de emendar ou de rejeitar projetos sobre finanças. Os Lordes jamais assentiram explicitamente às resoluções de 1670, mas acata-taram-nas tacitamente, já que, desde então, não apresentaram emendas. No entanto, a rejeição em bloco de um projeto sobre matéria financeira (mesmo se renunciavam às emendas) não parecia impossível. Em meados do século XIX era opinião comum que, se as emendas seriam “inconstitucionais”, a rejeição seria conforme à prática constitucional. Os Lordes eram competentes para rejeitar qualquer projeto e houve casos em que a rejeição atingiu igualmente matéria financeira. Em 1860, os Lordes rejeitaram um projeto de Gladstone para restabelecer os encargos das obrigações públicas

26 Veja-se algumas posições contrárias à subsistência do Senado Federal na fase de campanha eleitoral que precedeu as eleições para a Assembléia Nacional Constituinte, em 1986. As manifestações contra o sistema bicameral ressurgem episodicamente, quando as decisões revisoras do Senado eventualmente derrubam votações da Câmara, em particular na apreciação de vetos ou medidas provisórias (cf. art. 62 da Constituição Federal), nas sessões conjuntas do Congresso Nacional.

(tributação dos Pares e assimilados). Gladstone contornou o problema no ano subsequente, ao consolidar toda a legislação financeira numa única "lei de finanças internas e de alfândegas", predecessora da forma contemporânea das leis de meios. Dessa feita os Lordes não ousaram rejeitar a lei em bloco, o que teria significado retirar a sustentação da Coroa (i. é, do governo, que age em nome dela). Meio século depois, em 1909, os Lordes rejeitaram integralmente o projeto de orçamento de Lloyd-George, o que veio a acarretar graves conseqüências para seu estatuto constitucional. No entanto, na segunda metade do século XIX, foram poucos os conflitos abertos entre Lordes e Comuns. Afinal de contas, não havia diferenças sociológicas marcantes entre as duas Casas. Em 1865, um quarto da Câmara dos Comuns era originário de 31 grandes famílias aristocráticas, distribuídas entre whigs e liberais, e conservadores. Os whigs não desejavam desestabilizar uma "instituição do reino, na qual tomavam assento alguns de seus mais eminentes representantes: Earl Grey, Lorde Lansdowne, Earl Russel, os duques de Devonshire, Sutherland e Bedford.²⁷ Os conservadores não queriam meter-se novamente numa crise grave como a da lei de reforma de 1832, diretamente voltada contra os Lordes.

Embora os liberais tenham governado a maior parte do tempo entre a primeira e a terceira reforma, criando 198 novos Lordes (os conservadores criaram 70), nunca lograram constituir uma maioria entre os Lordes. Houve períodos (p. ex. fim dos anos 50 e início dos 60) em que tampouco os conservadores dispuseram de uma maioria segura, ficando o fiel da balança nas mãos dos "independentes" e "renovadores". Em 1869 o liberal Lorde Granville constatou que os conservadores levavam uma vantagem de 60 a 70 votos sobre seu partido. O problema estava no "efeito conservador" que a Câmara dos Lordes causava nos novos Lordes; muitos Lordes "liberais" passavam logo a votar com o outro lado, mesmo sem desligar-se formalmente de seu partido. A partir de 1886, graças às manobras de Gladstone para aprovar a reforma da Home Rule, os Lordes tornaram-se definitivamente conservadores (de atitude). A segunda Home Rule foi rejei-

27 GREY, George. Baronete e Conde Grey (Earl Grey). 1799-1882. Deputado liberal de 1823 a 1874.

RUSSELL, John. Conde (Earl) Russell. 1792-1878. Deputado liberal de 1813 a 1861. Primeiro-Ministro de 1846 a 1852 e em 1865/1866. Criado Conde em 1861, passa aos Lordes.

DEVONSHIRE, William George Spencer Cavendish, 7º Duque de. 1790-1858. Ativo político liberal.

SUTHERLAND, George Granville Leveson-Grower, 3º Duque de. 1828-1892. Deputado liberal de 1852 a 1861, quando herda o título e passa aos Lordes.

BEDFORD, John Russell, 6º Duque de. Pai do Earl Russell.

HARCOURT, William G. Granville Venables Vernon. 1827-1904. Deputado liberal de 1868 a 1904.

tada em 1893 por 419 a 41. Em 1894, curiosamente, o orçamento de Harcourt foi aprovado sem modificações, malgrado fortes críticas da parte dos Lordes.

No que diz respeito às competências e à composição, a Câmara dos Lordes permaneceu praticamente intocada na segunda metade do século XIX. O direito de voto por procuração foi abolido em 1868. A Comissão de Privilégios estabeleceu, em 1856, que a nobreza (*peerage*) tinha de ser hereditária. Essa decisão só poderia ser modificada por uma resolução conjunta do Parlamento (Act of Parliament). Lorde Russel tentou introduzir o princípio da criação limitada de lordes vitalícios em 1869, mas a Câmara dos Lordes rejeitou o projeto. Em 1876, o Estatuto da Magistratura autorizou a criação de dois cargos de juiz (mais tarde aumentados para quatro) como Lordes de Recurso Ordinário. Inicialmente essa condição de nobreza judiciária coincidia com a duração do mandato, cessando com o término deste, como no caso dos lordes "spiritual" (bispos anglicanos). Em 1887, no entanto, a elevação à nobreza eclesiástica e judiciária passou a ter caráter vitalício. O fundamento da limitação à vitaliciedade, no caso das nobilitações judiciárias, repousava sobre a convicção profunda de que um nobre (*peer*) deveria ser suficientemente rico para sustentar sua condição e para passar uma fortuna razoável a seu herdeiro, enquanto que um magistrado não era necessariamente um homem rico.

Em suma, abstraindo-se a matéria financeira, a Câmara dos Lordes e a dos Comuns tinham as mesmas atribuições, embora diferentes graus de prestígio. Os Lordes podiam tornar-se primeiros-ministros, mas o sentimento dentre os Pares era de que tal cargo apresenta mais inconvenientes do que vantagens.²⁸

A escolha de um lorde para chefiar o governo dava-se sempre em circunstâncias especiais e requeria a designação de um "líder" na Câmara dos Comuns, responsável direto pela tramitação das matérias de interesse do governo naquela casa; foi assim com o primeiro-ministro Lorde Derby, em 1852, cujo líder nos Comuns era Disraeli; com Lorde Salisbury, em 1885, cujo líder era Northcote, ou ainda com Lorde Rosebery, em 1894, cujo líder era Harcourt. A efetiva sustentação política estava, pois, nos Comuns, cujo voto de confiança era decisivo. O último voto de confiança

28 Mesmo no caso de longas chefias de governo, como a de Lorde Liverpool, Primeiro-Ministro de 1812 a 1827. Com freqüência cada vez maior primeiros-ministros não-nobres passavam a ser nobilitados após longa e bem sucedida carreira política. No período a que nos referimos, o caso mais prestigioso foi o de Disraeli, criado Conde de Beaconsfield em 1880. Ao ser indagado acerca de como se sentia como lorde, Disraeli respondeu: "Estou morto, morto mas nos Campos Elíseos". Apud Norman Gash: *Politics in the Age of Peel: A Study in the Techniques of Parliamentary Representation*. Londres, 1988, 2ª ed.; *Reaction and Reconstruction in English Politics 1832-1852*. Oxford, 1971, 2ª ed.; *Aristocracy and People: Britain 1815-1865*. Londres, 1979.

explicitamente solicitado aos Lordes data de 1783 (governo Portland/Fox/North, sob George III). Por volta do final do século XIX predominou temporariamente, com respeito à Câmara dos Lordes, a posição defendida por Lorde Salisbury, segundo a qual os Lordes deveriam rejeitar sistematicamente todo e qualquer projeto “de importância” aprovado pelos Comuns, a menos que estes estivessem claramente apoiados pela vontade popular (ou seja: a cada ponto, os Comuns deveriam estar respaldados por maioria eleitoral específica). Essa visão das coisas se esboçou a partir das eleições gerais de 1868, em que se afrontaram Gladstone e Disraeli, praticamente só em torno da questão da igreja irlandesa. Gladstone ganhou as eleições com uma maioria superior a 100 cadeiras e o governo recebeu “um mandato claro” para levar adiante sua política. Não resta dúvida, contudo, de que se trata aqui de uma situação excepcional, embora os Lordes pudessem, na prática, pretender que qualquer medida adotada pelos Comuns (v.g da maioria governamental) fosse “importante” (no sentido preconizado por Salisbury) e bloquear o processo legislativo e a ação governamental, ao ponto de que um governo liberal se visse constrangido a dissolver os Comuns e a convocar novas eleições. Esse tipo de conflito, todavia, tornou-se particularmente problemático, sobretudo por uma questão de moral pública: que autoridade teria uma câmara alta hereditária para dizer ou não se é necessária uma consulta eleitoral ou se o governo deve abandonar seu programa. O ambiente de tensão devido à “doutrina Salisbury” levou à grave crise de 1909 (rejeição do orçamento pelos Lordes) e à lei orgânica do Parlamento, de 1911, reduzindo drasticamente as competências da Câmara alta, que deixou de poder manifestar-se, em qualquer sentido, sobre matéria financeira, e só conservou o direito de adiar, por um prazo máximo de dois anos, a entrada em vigor de qualquer outra matéria legislativa.

* * *

Pode-se constatar que o final do período da Rainha Vitória à frente do Reino Unido significou a consolidação do Poder Legislativo britânico nas mãos da Câmara dos Comuns, na forma praticada até hoje, mesmo após a notável expansão do eleitorado pela introdução do sufrágio universal direto. Ao lado da monarquia simbólica (representativa da unidade do Estado), o Parlamento é das instituições mais estáveis da Grã-Bretanha moderna e boa parte de suas características contemporâneas estabelecem-se nesse final do século XIX definido como a “pax victoriana”. Como foro — ora plenamente abrangente — de repercussão dos diversos segmentos sociais, o Parlamento britânico parece ter sido a instituição que mais bem soube absorver e administrar as sucessivas revoluções sociais, científicas, tecnológicas e econômicas que sacudiram e sacodem o mundo do século XX às vésperas de modificações políticas de monta, com a implantação da Comunidade Européia (os “Doze”), incorporando-as à gestão prática dos negócios públicos, no interesse do bem-estar geral (uma das conseqüências, a título de exemplo, é a manutenção, apoiada por amplo espectro político, do sistema eleitoral inglês, distrital em turno único com maioria simples).

Bibliografia

- BEER, Samuel H.: *The State and the Poor*. Cambridge. Mass., 1970.
- Modern British Politics: A Study of Parties and Pressure Groups*. Londres, 1969, 2ª ed.
- Treasury Control: the Co-ordination of Financial and Economic Policy in Great-Britain*. Oxford, 1963, 2ª ed.
- BELOFF, Max: *The Government of the United Kingdom: Political Authority in a Changing Society*. Londres, 1985, 2ª ed.
- Britain's Liberal Empire*. Londres, 1985, 2ª ed.
- BEYME, Klaus von: *Die parlamentarischen Regierungssysteme in Europa*. Munique, 1969.
- BOSL, Karl e MOECKL, Karl: *Der moderne Parlamentarismus und seine Grundlagen in der staendischen Repraesentation*. Berlin, 1977.
- BRIGGS, Asa: *The Making of Modern England 1783-1807: The Age of Improvement*. Londres, 1962.
- CONACHER, J. B. (edit.): *The emergence of British Parliamentary Democracy in the Nineteenth Century*. Londres, 1971.
- CROMWELL, Valerie: *The Nature of British Parliamentary Reform*, in: BOSL/MOECKL, op. cit., pp. 121-136.
- CROMWELL, Valerie: *Revolution or Revolution: British Governement in the Nineteenth Century*. London: Longmans, 1977.
- GLUM, Friedrich: *Das parlamentarische Regierungssystem in Deutschland, Gross-Britanien und Frankreich*. Munique-Berlin: C. H. Beck'sche, 1950.
- JENNINGS, Ivor: *Parliament*. Cambridge: University Press, 1970.
- JENNINGS, Ivor e RITTER, Gerhard A.: *Das britische Regierungssystem*. Koeln-Opladen: Westdeutscher Verlag, 1970, 2ª ed.
- KELSEN, Hans: *Das Problem des Parlamentarismus*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968 (reimpr. da ed. de 1926).
- KLUXEN, Kurt: *Die Entstehung des englischen Parlamentarismus*. Stuttgart: Klett-Cotta, 1972.
- RITTER, Gerhard A.: *Deutscher und britischer Parlamentarismus*. Tuebingen: Mohr, 1962.
- TREVELYAN, G. M.: *Lord Grey of the Reform Bill*. Londres: 1920.

O Legislativo Analisado como um Sistema Organizacional Aberto

YAMIL E SOUSA DUTRA

SUMÁRIO

I. Introdução. II. Inputs. III. Processos. IV. Outputs. V. Ciclo. VI. Entropia negativa. VII. Retroalimentação. VIII. Homeostase dinâmica. IX. Diferenciação. X. Controle. XI. Equifinalidade. XII. Conclusão. XIII. Bibliografia.

I. Introdução

Para que se entenda a organização legislativa é necessário compreender os elementos ou unidades que compõem tal instituição. Esses elementos, entretanto, devem ser percebidos não só dentro dos limites físicos do Parlamento, mas também nas fronteiras sutis, diversas e extensas de uma entidade cuja função não é a de prover um produto ou serviços definidos, mas de representar e negociar interesses heterogêneos.

Não pretendemos ver o Legislativo apenas como uma organização para representação. Nosso enfoque é o de que, nos sistemas políticos onde se adota a tripartição clássica dos Poderes do Estado, o Poder Legislativo, através das unidades que o formam, possui funções de representação, de fiscalização, educacionais e de tomada de decisão. Com isto, a versão tradicional do Poder Legislativo como uma instituição produtora de leis terá uma importância limitada no desenvolvimento desta análise.

Neste ensaio o autor procura analisar as atividades e procedimentos do Poder Legislativo através das características teóricas da teoria das organizações abertas, especialmente sob o enfoque de DANIEL KATZ e ROBERT KAHN. O objetivo é o de verificar a possibilidade de aplicar este tipo de conceituação de modo a enriquecer os instrumentos de análise e compreensão da Instituição.

O primeiro passo no sentido de caracterizar o Legislativo como uma organização é o de reconhecer suas unidades formativas, as quais nós dividimos em duas categorias genéricas: as pessoas e as entidades. Estas últimas dizem respeito aos subsistemas coletivos que são instrumentais e influentes no processo e no comportamento legislativos, tais como o Plenário, as Comissões, as Lideranças, os Grupos Parlamentares, a Assessoria, os Centros de Informação, os Servidores Técnicos, os Servidores Administrativos, os "Lobbies", o Eleitorado, os Grupos de Pressão e a Imprensa. A primeira categoria é formada por pessoas que integram tais coletividades, ou seja, os indivíduos que interconectam e ativam os subsistemas. Ela é composta pelos congressistas, pelos funcionários, pelos "lobbistas", pelos eleitores, pelos jornalistas, etc.

As unidades formativas podem também ser vistas em relação à sua proximidade física e jurisdicional com o Legislativo. Assim, elas podem ser classificadas como internas, ou seja, sob a jurisdição direta do Poder Legislativo, como é o caso das Comissões, dos Parlamentares, dos Serviços de Pesquisa, da Assessoria e do Pessoal Administrativo, e como externas, ou jurisdicionalmente independentes do Poder Legislativo, como é o caso dos jornalistas, dos "lobbistas" e dos eleitores.

Até aqui nós categorizamos as unidades formadoras do Legislativo sob duas variáveis: a primeira relacionada à consistência, e a segunda relacionada ao nível de proximidade jurisdicional, conceito que pode ser definido como a maior ou menor distância do controle do Legislativo. Controle exercido pelo órgão através de suas competências legais para administrar diretamente os elementos formativos.

Já podemos verificar duas importantes características do Poder Legislativo, quando analisado sob o ponto de vista organizacional: alto nível de complexidade e fronteiras indeterminadas. Ambas intimamente ligadas aos elementos formativos. Entretanto, estes aspectos serão detalhados mais à frente.

Anteriormente, mencionamos que o Legislativo é uma instituição com funções específicas. Funções estas que podem ser pensadas dentro do modelo de sistemas abertos sugerido por KATZ e KAHN (1978), ou seja, que possua "inputs", processos e "outputs".

A organização legislativa, quando analisada através dessa moldura teórica, apresenta uma imagem muito interessante.

Os “inputs” devem ser estudados em relação a cada uma das unidades formativas, já que cada uma delas pode servir de entrada para a principal matéria-prima a ser processada: dados.

Dados é a matéria genérica que penetra a instituição. Entretanto, *dados* necessita ser qualificado neste contexto, já que consiste não somente de informação factual, mas também de informação altamente avaliativa e condicionada por interesses específicos. Em outras palavras, o “input” não só é diversificado no que diz respeito a assuntos e quantidades, mas especialmente quanto aos níveis de qualidade. Podemos dizer que a matéria-prima a ser processada pelo Legislativo vem em cores, formas e quantidades imprevisíveis. Assim, imprevisibilidade é o nome do negócio, e flexibilidade estrutural parece ser a forma estratégica necessária para enfrentar tal meio ambiente.

A contradição, que pode aparecer num enfoque mais superficial, é a de como uma instituição altamente formalizada, com protocolos e regulamentos rígidos, com cerimônias e tradições bem estabelecidas, pode não só sobreviver mas também impor-se num ambiente tão mutável. Como pode isto ser possível quando rigidez é a “anti-receita” para incerteza?

A resposta está sob a crosta de pompa e circunstância que envolve o Legislativo, especialmente naquelas situações dadas a público, e que podem perturbar um observador menos atento.

Assumimos a idéia de que o Legislativo tem para a sociedade um custo de tipo fundo-perdido, ou seja, a existência de tal organização é resultado de uma opção histórica tomada por forças que decidem socialmente. Assim sendo, a “performance” de tal organização, de certo modo, independe de seu próprio comportamento, já que seu nascimento e a morte estão fora de seu controle direto, pois são previstos e regulados por uma Constituição ou Carta semelhante, de modo a reproduzir uma vontade social.

Isto não significa dizer que o Legislativo poderá sobreviver sempre, independentemente de que seus custos sociais se sobreponham aos possíveis benefícios. Entretanto, ele sobreviverá tanto tempo quanto os valores das forças que decidem socialmente o admitam como instituição política.

Desta forma somos levados a entender o Legislativo não só como uma organização, mas também como a corporificação de certos valores sociais e políticos.

A decisão de manter um Parlamento é muito diferente daquela utilizada para construir uma fábrica. Apesar de que tanto a fábrica quanto o Parlamento possam ser considerados organizações, eles localizam-se em domínios diferentes e estão assegurados de formas diferentes contra riscos e falências.

A sobrevivência de uma empresa, de modo geral, depende dos lucros que a mesma possa prover, de tal forma que os mesmos cubram os custos decorrentes da produção de bens ou serviços. A sobrevivência de uma organização legislativa depende de fatores tais como tradição, história, equilíbrio político das forças sociais, constitucionalidade e outros. Sua existência não pode ser sustentada no número de unidades produzidas ou de clientes atendidos, pois depende do nível de respostas que possa dar às expectativas sociais para as quais ela foi criada para harmonizar. A permanência e a sobrevivência do Legislativo estão garantidas por valores e princípios dos quais a instituição emanou e se constituiu. Esses princípios e valores serão duradouros na medida em que sejam socialmente reforçados. Reforço que também é produzido pelo Legislativo quando desenvolve suas atividades.

A possibilidade de sobrevivência da organização legislativa é maior, quando comparada com outras organizações, porque ela responde não somente às necessidades imediatas e materiais, mas a necessidades localizadas numa área de abstração e internalização que dificulta a alteração ou substituição por alternativas de moda.

Isto não significa que se desconheça a fragilidade física do Poder Legislativo. Não é possível negar os constantes recessos forçados declarados sobre os Parlamentos de diferentes nações por seus autoproclamados salvadores que se vestem em uniformes militares ou em trapos manchados de suor e sangue revolucionário. Entretanto, assume-se que estas são quebras acidentais e provisórias e prefere-se aceitar a idéia de que os Legislativos são organizações cuja estabilidade pode ser considerada de forma positiva.

Afirmou-se, há pouco, que o Legislativo, no que diz respeito à sua habilidade para sobreviver, está localizado numa posição mais segura do que outras organizações. Isto não significa, entretanto, que essa segurança determine uma imunização completa aos acontecimentos do meio ambiente. Também mencionou-se que a sobrevivência da instituição depende intensamente da sua avaliação pela sociedade e de que as atividades desenvol-

vidas pelo Legislativo são instrumentais no reforço daqueles valores de apoio. Assim, o Legislativo possui uma relação utilitária com as forças que decidem na sociedade. Esta relação é utilitária na medida em que as atividades são desenvolvidas pelos interesses dessas forças e com isso favorecem a manutenção da instituição. Dentro desta concepção é exatamente onde o Legislativo aproxima-se de outros tipos de organizações, pois assim ele pode ser visto como qualquer entidade que dependa do meio ambiente para seus "inputs" e dos lucros produzidos pelos seus "outputs". Por isso consideramos possível aplicar a teoria de organizações abertas para descrever e, de certo modo, categorizar o Legislativo.

II. "Inputs"

Retornando para as características de sistemas organizacionais abertos descritos por KATZ e KAHN, e tentando aplicar o modelo à organização legislativa, pode-se afirmar que a energia importada do ambiente externo, ou os "inputs" já mencionados, é trazida para dentro da organização pelas diferentes unidades formadoras. Entretanto, é importante notar que esta "energia" não só provém do ambiente externo como também é fornecida internamente por aquelas unidades permanentes na estrutura organizacional.

Podemos então diferenciar entre "inputs" que são incertos, os quais poderiam ser descritos através de uma imagem de matéria-prima imprevisível quanto a cores, formas e quantidades, e "inputs" que são, pelo menos em termos de consistência avaliativa, muito predizíveis.

No primeiro grupo localizaríamos dados fornecidos pelo eleitorado e pela mídia em geral. Informações que dependem fortemente das mutações do ambiente externo e sobre o qual o Legislativo possui um nível de controle bastante limitado.

O outro grupo possui uma certa permanência e consistência. São "inputs" que se caracterizam por uma constância, no sentido de que estão ligados a posições predefinidas de suas fontes geradoras. O termo "posição" deve ser entendido aqui como uma visão ideológica do mundo ou como uma defesa de interesses permanentes. Assim, esses "inputs" podem estar sob o controle do Legislativo, na medida em que são esperados, em função da definição da posição da(s) fonte(s) de onde emanam, os legisladores.

ZEY-FERREL (1979) subdivide "inputs" em duas categorias: *inputs de manutenção* e *inputs sinalizadores*. Os primeiros serviriam para ener-

gizar o sistema e prepará-lo para funcionar, os últimos seriam recebidos pelo sistema para serem processados.

Esta categorização pode ser adotada e aplicada aos dois tipos de "inputs" que chegam ao Legislativo. Os "inputs" de posição ou ideologicamente definidos seriam os *inputs de manutenção*, pois são instrumentais no processamento dos de outro tipo, os *inputs sinalizadores*.

Os *inputs de manutenção* podem ser considerados instrumentais na medida em que são utilizados como meios de filtragem. Eles se expressam através dos *inputs sinalizadores*, os quais são utilizados para ativar e indicar a posição e/ou a ideologia da fonte. Na organização legislativa, os *inputs de manutenção* são aquelas posições permanentes e de longa duração nas quais outros "inputs" são mergulhados e através dos quais tomarão uma forma especial e terão adicionados a si um valor específico. Em outras palavras, os *inputs de manutenção* são os posicionamentos políticos que se adicionam aos dados a serem transformados no processo legislativo. Eles são mais predizíveis e consistentes porque dependem de uma unidade muito permanente na organização legislativa, o legislador e suas posições político-ideológicas.

III. Processos

Seguindo o modelo de KATZ e KAHN, podemos também dizer que a interação entre *inputs de manutenção* e *inputs sinalizadores* é um passo a mais na direção da próxima característica dos sistemas abertos, ou seja, a existência de processos e procedimentos.

Aqui estamos preocupados em analisar as transformações e alterações sofridas pelos "inputs", as quais, no caso do Legislativo, devem ter em conta as condições específicas dos tomadores de decisão, os legisladores.

Os dados ("inputs") estarão sendo constantemente adaptados de modo a ter uma aceitação fácil por parte dos tomadores de decisão. Esta aceitação será determinada pela qualificação dos dados em relação aos interesses do legislador e de sua capacidade de absorver as informações. Assim, dados relacionados a uma área de preocupação do eleitorado de um certo parlamentar será muito mais aceitável, e precisará menos transformação, para este parlamentar do que para outro cujo eleitorado não esteja envolvido.

O nível de aceitação e transformação do "input" está firmemente relacionado ao nível de resposta do legislador em face dos dados que lhe são

submetidos. A resposta será negativa ou positiva na proporção em que os dados trazidos ao sistema estejam mais distantes ou próximos de certos graus de interesse demonstrados ou internalizados pelo receptor, no caso o legislador.

Por exemplo, dados relacionados com a situação de favelados nordestinos em São Paulo necessitarão pouquíssimo processamento para que se tornem de alto interesse, e por isso mesmo merecedores de alto nível de resposta, de um legislador paulistano de descendência nordestina eleito por um partido popular de esquerda. Neste caso há uma perfeita integração entre o *input sinalizador*, os dados sobre os favelados, e o *input de manutenção*, o posicionamento e as condições do legislador. Entretanto, o mesmo "input" receberá uma resposta neutra ou possivelmente negativa de um legislador conservador cuja base eleitoral seja a **Região Rural de Santa Catarina**.

Processos na organização legislativa são procedimentos através dos quais um "input" é transformado de forma a obter a resposta mais alta possível do maior número de legisladores. Isto significa que o "input" deve ser adaptado de maneira a prover para o maior número possível de expectativas.

O meio ambiente legislativo, de certo modo, facilita essa transformação, já que os interesses geográficos, políticos, econômicos e individuais dos parlamentares são bastante fáceis de levantar. E são estes exatamente os *inputs de manutenção* através dos quais os *inputs sinalizadores* devem passar.

Entretanto, como nem todos os parlamentares possuem o mesmo peso no processo de tomada de decisão, a quantidade de variáveis a controlar reduz-se dramaticamente. Com isto o processo de transformação-para-aceitação torna-se viável, não só internamente, mas também externamente, ou seja, o "input" pode ser trazido para dentro do sistema já "empacotado" para aceitação de uma maioria preocupada com o assunto em causa.

Internamente o processo ocorre através de negociação e barganha política. Externamente através de campanhas de relações públicas, levantamento de bases eleitorais e todos os tipos de estratégias de "lobby".

Os mecanismos de processamento interno são variados. Entretanto, alguns elementos especiais têm uma importância fundamental. As comissões permanentes, como instrumentos educacionais para os legisladores,

são, por sua própria estrutura de poder, importantes instrumentos de socialização. A especialização e os privilégios do tempo como parlamentar, que os americanos chamam de "seniority", dão a alguns membros das comissões a habilidade de selecionar, filtrar e decidir a respeito de muitos itens de informação. O "input" é reorganizado, entre outros, pelos grupos parlamentares, pelos grupos de pressão e, também, pela delegação de competência de um parlamentar para outro ou para um *especialista na Assessoria*. Em outras palavras, diferentes unidades formativas agem sobre o "input" inicial.

O processo legislativo, com as discussões pelas diferentes comissões envolvidas em determinadas matérias, e com a revisão de uma Câmara pela outra, é um processo de transformação no qual os pontos de vista das clientelas representadas pelos parlamentares são adicionados ou adaptados. Entretanto, nem só estes pontos de vista são acrescentados no processo, pois os legisladores devem também ser considerados como indivíduos que enxergam seus mandatos como uma oportunidade para avançar em seus objetivos políticos.

Devemos ter em mente, entretanto, que esta transformação não produz mudanças espetaculares no resultado final. MATTHEWS (1975) indica que as alterações ocorrem nas margens, isto é, elas são incrementais, já que o comportamento de decisão do legislador, seu voto, sustenta-se em decisões prévias e similares para com isto manter uma certa coerência ou para facilitar racionalmente sua tomada de decisão. Este procedimento também se deve à carência de um produto muito importante no meio ambiente do Legislativo, o tempo. Assim, as aspirações não são muito altas e há uma forte necessidade de que a decisão seja tomada. Então, o legislador aceitará a decisão de um "especialista" que já tenha pesquisado e empacotado politicamente o resultado.

IV. "Outputs"

A organização legislativa, como um sistema aberto, exporta produtos para o meio ambiente. O principal e o mais típico desses produtos é o ato legislativo que, como resultado do processo de transformação e negociação mencionado anteriormente, causa alto impacto, pois é produzido para regular e normatizar as relações entre pessoas e entidades.

Entretanto, outros produtos emergem da organização dependendo das funções da mesma que se analise.

SOLOMA (1969) define dois grupos de funções exercidas pelo Legislativo:

a. *funções específicas*, que subdividem-se em duas subcategorias:

a1. *funções principais*:

funções legislativas;
controle da administração;
competência de investigação;
função judicial; e
organização interna.

a2. *outras funções*:

capacidade informativa;
serviços ao eleitorado;
aconselhamento ao Executivo
etc.;

b. *funções gerais*:

administração de conflitos;
integração;
legitimação;
participação;
recrutamento de lideranças;
educação etc.

Para atingir e desenvolver cada função dessas algo deve ser produzido, e para cada produto uma ou mais unidades formativas deverão estar envolvidas. Os serviços prestados aos eleitores, por exemplo, determinam a criação de alguns serviços fornecidos pela estrutura do gabinete do parlamentar, mas que podem se expandir por outras unidades da administração, tais como a Biblioteca, a Assessoria e outras, que produzem bens e serviços, em forma de análise, relatórios, dados fatuais, os quais são solicitados pelo legislador ou pelos eleitores através de seu gabinete.

Os relatórios e depoimentos de uma Comissão de Inquérito são outro produto de amplo efeito no meio ambiente, e que têm a potencialidade de causar importantes transformações no *status quo*.

A organização legislativa produz "outputs" complexos e variados, os quais podem envolver e afetar tanto seu meio ambiente interno como externo. O Legislativo é afetado internamente na medida em que as solicitações colocadas no sistema ativam parcial ou totalmente as unidades formativas e estas atuam de acordo com as demandas da tarefa a ser cumprida. En-

tretanto, o cumprimento dessa tarefa enfrenta sérios obstáculos. Problemas que MATTHEWS define como as causas principais para a execução de uma tarefa numa situação de incerteza.

O primeiro problema refere-se à “novidade” dos “inputs”, ou seja, a existência de “inputs” para os quais o sistema não possui estratégias predefinidas de processamento.

Levando-se em conta que o Legislativo é uma organização aberta para a sociedade como um todo, fica fácil entender ser quase impossível para a instituição e para suas unidades formativas individualmente estarem preparadas para enfrentar, de forma imediata, todos os “inputs” dirigidos à entidade.

Um esforço histórico, entretanto, tem sido desenvolvido para adaptar e melhorar a organização visando a aperelhá-la para enfrentar tais demandas.

O sistema de comissões permanentes, o reconhecimento da existência de parlamentares e funcionários especialistas, a melhoria dos serviços de assessoramento e informação, a intensificação dos contatos com o mundo acadêmico e a delegação de responsabilidades ao Executivo, em áreas de alto nível de complexidade e especialização, são algumas das muitas soluções encontradas para resolver o problema.

O segundo obstáculo diz respeito à ambigüidade dos “inputs”.

É difícil para a organização, em vista da composição de seus membros, identificar de forma permanente quais “inputs” são relevantes e que estratégias utilizar para tratá-los. Relevância e validade, no Legislativo, estão estreitamente conectadas com oportunidade política, e esta é mutável.

Isto nos leva ao terceiro problema: subjetividade, que ainda de acordo com MATTHEWS, é o conjunto de percepções que os executores, neste caso os parlamentares, possuem a respeito do “input”, das estratégias e do “output”. Essas percepções diferem, mais ou menos, de um executor para outro, e determinam que para cada tarefa, dependendo do seu nível de generalidade, uma nova rotina seja estabelecida.

Os “outputs” da organização legislativa são, até certo ponto, resultados do que COHEN (1972) chama de *anarquias organizadas*, já que o Legislativo opera sustentado numa variedade de “preferências inconstantes e não claramente definidas”. Preferências essas que são descobertas e definidas no processo de negociação política e de valores, as quais tomam uma forma final que é o equilíbrio entre preferências semelhantes e diversas.

Por outro lado, a participação é fluida, pois os participantes, parlamentares e outras unidades formativas, devotam quantidades de tempo variáveis para áreas e assuntos em discussão, além de que esse envolvimento varia de tempo para tempo.

Assim, os “outputs” do Legislativo, especialmente os atos legislativos, são escolhas feitas sem uma distribuição equitativa de objetivos em seu começo. São uma amálgama de preocupações e indiferenças pessoais, a qual dá forma a uma solução socialmente aceita. Os produtos do Legislativo dependem do que COHEN chama de “relatively complicating intermeshing of elements”, que inclui uma mistura de escolhas (aqui entendidas como ocasiões favoráveis a produzir comportamentos que levem à decisão) disponíveis a qualquer tempo, de problemas e “inputs” que penetram na organização, de soluções alternativas para os problemas apresentados e de demandas do meio ambiente, na forma como estas são percebidas pelos parlamentares.

V. Ciclo

O movimento dos “inputs”, processos e “outputs” é cíclico na organização legislativa. A instituição, como afirmou-se anteriormente, possui uma permanência e salvaguardas em relação às flutuações inesperadas do ambiente externo. Entretanto, esta estabilidade institucional não impede interações entre a organização e aquele ambiente.

Os produtos do Legislativo, ao mesmo tempo em que são uma forma de resposta a demandas sociais específicas, também são provocadores de novas demandas.

Ao aprovar o direito de voto para as mulheres, determinou-se a criação de novas demandas na área dos direitos sociais, já que, ao votar, as mulheres tornaram-se um importante vetor de influência política.

O mesmo efeito é produzido em relação a outros “outputs”, como, por exemplo, as conclusões de uma comissão parlamentar de inquérito, as quais afetam o ambiente externo, especialmente a agência governamental inquirida. Assim, o relatório de uma CPI pode criar condições para que a própria agência em causa ou o público, solicitem por novas normas reguladoras a serem aprovadas pelo Legislativo.

Também foi mencionado, anteriormente, que os produtos da organização legislativa são resultado de uma mistura especial de elementos num determinado momento. Com isso, os efeitos de tal produto atingirão com diferentes graus de intensidade as partes interessadas, criando condições

para novos realinhamentos, os quais serão expressos através de novas demandas ou "inputs" no sistema.

VI. *Entropia negativa*

O ciclo descrito no item anterior é essencial para a vida continuada e válida da organização legislativa e seguramente reverte o processo entrópico.

A enorme quantidade de "inputs" trazidos ao sistema pelas diferentes fontes de informação disponível para o Legislativo constitui uma potente capacidade de armazenamento da qual a organização pode depender para sua sobrevivência.

Os "inputs" procedem de diferentes áreas de preocupação, de onde o Legislativo pode sempre contar com uma razoável quantia de *matéria-prima para ser processada como "output"*. Esses produtos criarão condições para, ao mesmo tempo, trazer mais "inputs" ao sistema e para levantar mais apoio por parte dos beneficiados pelos "outputs".

Na medida em que o Legislativo é estruturado para produzir para os interesses representados majoritariamente em sua composição, com o menor nível possível de prejuízo para suas minorias, ele pode confortavelmente estancar o processo de dissolução e de desorganização.

O processo de entropia negativa existe para a organização legislativa na medida em que a instituição estiver habilitada a produzir favoravelmente para as forças que determinem sua permanência como instituição política útil.

A escolha do "input" certo para ser processado no meio do gigantesco acervo de dados disponíveis, e a habilidade de prever a reação do meio ambiente em face das soluções propostas e aprovadas, são pontos básicos no processo de adaptação que garante a sobrevivência do Legislativo.

VI. *Retroalimentação*

O processo de adaptação é regulado por outro processo, o de retroalimentação, o qual tem sua forma mais evidente nos resultados das eleições parlamentares. Entretanto, apesar de serem os mais dramáticos, os resultados eleitorais não são o único mecanismo de retroalimentação. Pesquisas de opinião pública, editoriais de jornais importantes e a reação da mídia em geral, visitas às bases eleitorais, impressões de amigos, relatórios do mundo científico e a própria consciência dos problemas, por parte do parlamentar, são importantes mecanismos de controle. Eles determinam a seleção dos "inputs", a forma de processá-los e o formato do "output".

A retroalimentação provida por essas fontes funciona como um código usado para classificar os "inputs", o que simplifica a ação dos legisladores no que diz respeito à aceitação, neutralidade ou rejeição dos dados.

Este mecanismo de codificação é variável e depende de mudanças no meio ambiente e na tipologia dos parlamentares, ou seja, na sua tendência a aceitar ou rejeitar os sinais provenientes do mundo externo. Em outras palavras, depende do tipo de papel assumido pelo legislador enquanto representante.

EULAU (1968) define dois tipos extremos de comportamento de representação política. Em uma extremidade do contínuo teríamos o *representante curador*, que age pelo seu eleitorado (aqui entendido de forma ampla) sem preocupação pelos pontos de vista dos eleitores. Assim, qualquer "input" proveniente do meio ambiente é filtrado e/ou neutralizado por suas concepções básicas:

a. uma interpretação moralista do mundo, através da qual todas as decisões sustentam-se no que está certo ou errado, ou seja, de acordo com o ditado da consciência e dos valores do parlamentar; e

b. uma concepção racional baseada na avaliação dos fatos e uma decisão tomada como resultado de uma profunda análise dos aspectos em discussão.

No outro extremo da linha de comportamento localiza-se o legislador que age como *um delegado*, ou seja, age pelo eleitorado somente nos termos dos interesses e demandas dos seus eleitores, servindo apenas como canal para os "inputs" providos pelo meio ambiente e oferecendo pouca ou nenhuma resistência pessoal aos sinais daí emanados.

No meio desses dois extremos encontra-se o *representante político*, o qual expressa ambas as orientações, tanto simultaneamente quanto em série, de acordo com suas probabilidades de reeleição ou para manter um nível de dissonância mais suportável entre suas decisões e suas convicções pessoais.

O impacto da retroalimentação na organização legislativa, especificamente nos níveis de tomada de decisão, é condicionado ao tratamento dado ao "input" pelos legisladores de acordo com sua tipologia dentro do enfoque explicado acima.

Presumimos que o *representante político* é o tipo que qualifica a maioria dos legisladores, permitindo-se desta forma que mudanças no meio ambiente e conceitos e interesses mais permanentes possam coexistir e resultar numa perpetuidade funcional para a organização.

VIII. *Homeostase dinâmica*

A permanência da organização legislativa caracteriza o que KATZ e KAHN chamam de homeostase dinâmica, ou seja, o processo dinâmico que permite ao corpo legislativo ingerir uma grande quantidade de forças externas e, ao processá-las e produzir "outputs", adquirir um certo nível de controle sobre as mesmas. A interação entre o meio ambiente e a organização legislativa resulta numa estabilidade para o organismo que está em constante mutação, e cujo principal mecanismo regulador, o legislador, também é mutável, pois ele é produto do meio ambiente.

IX. *Diferenciação*

Mencionamos anteriormente que o Legislativo é capaz de ingerir uma grande quantidade de "inputs" e de transformá-los em produtos. Entretanto, o desenvolvimento e a especialização na própria sociedade, para qual o Legislativo foi criado, têm determinado a evolução na direção de funções diferenciadas e especializadas.

Em sua obra clássica e centenária, de análise do Congresso dos Estados Unidos, WOODROW WILSON já previa uma América governada por um Congresso que existiria para sancionar as decisões das Comissões Permanentes.

De forma clara, a delegação da responsabilidade legislativa para as Comissões, como inclusive prevê a Constituição de 1988, é o resultado desse movimento na direção da multiplicação e elaboração de papéis com maior especialização de funções. Esta multiplicação, entretanto, não se extingue a nível das Comissões. Ela difunde-se por todo o sistema com a aceitação tácita ou expressa de parlamentares especialistas, assessores especiais, criação de agências e departamento técnico, e a intensificação do uso de serviços especializados.

Todas essas são formas de estender as capacidades de sentir e de agir da organização, criando para a mesma subsistemas diferenciados capazes de responder de forma mais sistemática ao meio ambiente.

X. *Controle*

O processo de diferenciação que acabamos de citar não determina necessariamente desorganização ou distribuição de poder de decisão pelos subsistemas. O sistema ajusta-se e unifica-se através de mecanismos reguladores que integram e coordenam as ações executadas pelas partes.

A integração é alcançada pela unificação através de valores, alguns dos quais são de nível mais alto e genérico, tais como os que defendem a importância da representação democrática ou respeito à opinião alheia, etc.

Outros são valores mais específicos defendidos por parlamentares individualmente ou por grupos parlamentares. Esses podem integrar os "outputs" de um subsistema fazendo com que os mesmos respondam a interesses especiais e a posições ideológicas, transformando o produto final num "mixing" de forças envolvidas na matéria tratada.

Paralelo ao processo de integração, e instrumental a ele, está o processo de coordenação que determina os passos e procedimentos a serem seguidos no processo legislativo. Aqui encontram-se as regras, os prazos, as prerrogativas formais e informais, e toda a detalhada arquitetura montada para prover uma constante revisão pelas partes envolvidas, e para uma articulação sistemática que resulta num produto, o qual, pelo menos em formato, reflete uma certa homogeneidade de ação.

XI. *Equifinalidade*

O processo que ocorre na organização legislativa pode ser representado graficamente por uma espiral que, apesar de tornear-se em volta de uma certa matéria, produz uma linha excêntrica que se expande em função das preocupações e interesses ativados pelo assunto.

Tendo em vista que essas preocupações e interesses são constantes nas pessoas dos legisladores (lembramo-nos dos "inputs" permanentes que chamamos de "inputs de manutenção") o desenho resultante, ou o produto, será muito semelhante a outros produtos que resultem da ativação das mesmas preocupações, independentemente da ordem em que se apresentem.

Por exemplo, se o assunto ativador relacionar-se com a construção de uma usina nuclear, as preocupações dos parlamentares com consciência ecológica estarão envolvidas da mesma forma que as preocupações daqueles parlamentares que procuram aumentar as oportunidades de emprego na região proposta para a construção da usina. Por outro lado, se o assunto ativador relacionar-se com regras mais restritas em defesa da ecologia, tanto os parlamentares preocupados com os riscos das usinas nucleares como aqueles preocupados com o aumento das oportunidades de emprego estarão mais uma vez envolvidos. Isto significa que duas condições iniciais diferentes podem desenvolver caminhos diferentes em seu processo na organização legislativa, mas resultar num produto muito semelhante. Este fenômeno sugere a caracterização do Legislativo como uma organização equifinal.

XII. *Conclusão*

A possibilidade, demonstrada neste ensaio, de compatibilizar o Legislativo com as características definidoras de organizações abertas, permite

identificar uma nova forma de analisar a entidade, não só através dos conceitos da teoria política, mas dos novos enfoques trazidos à discussão por modernos teóricos da área de administração organizacional. Entendemos que com a utilização da teoria de sistemas aumentamos nossa capacidade de entender o Legislativo, ao mesmo tempo em que podemos prepará-lo melhor para atender aos parlamentares e aos valores para os quais a Instituição foi criada.

XIII. *Bibliografia*

- ABEL, Peter, "Organizations as Technically Constrained Bargaining and Influence Systems", in *Organizations as Bargaining and Influence Systems*, Peter Abel (ed.), Halsted Press, N. Y., 1975.
- ALDRICH, Howard E., *Organization and Environments*, Prentice Hall, N. Jersey, 1979.
- COHEN, Michael, "A Garbage Can Model of Organizational Choice", *Administrative Science Quarterly* 17 (March): 1-25, 1972.
- DAWSON, Sandra, "Power Influence in Prison Workshops", in *Organizations as Bargaining and Influence Systems*, Peter Abel (ed.), Halsted Press, N. Y., 1975.
- EULAU, Heinz, "The Role of the Representative", in *American Legislative Behavior*, Samuel C. Patterson (ed.), Princeton, N. Jersey, c. 1968.
- HAGE, Jerald, *Communication and Organization Control: Cybernetic in Health and Welfare Settings*, John Wiley and Son, N. Y., 1974.
- HARPER, D. G. e E. H. M. Artgent, "An Empirical Study of Power Bargaining Relationships in a Industrial Organization", in *Organizations as Bargaining and Influence Systems*, Peter Abel (ed.), Halsted Press, N. Y., 1975.
- KATZ, Daniel e Robert L. Kahn, *The Social Psychology of Organizations*, John Wiley and Son, N. Y., 1978.
- MATHEWS, D. J., "The Logic of Task Analysis", in *Organizations as Bargaining and Influence Systems*, Peter Abel (ed.), Halsted Press, N. Y., 1975.
- MATTHEWS, Donald R. e James A. Stimson, *Yeas and Nays: Normal Decision Making in the US House of Representatives*, John Wiley and Son, N. Y., 1975.
- SOLOMA, John S., *Congress and the New Politics*, Little Brown & Co., Boston, 1969.
- SIMON, Herbert, *Administrative Behavior*, MacMillan, 1957.
- WEICK, Karl E., "Educational Organizations as Loosely Coupled Systems", *Administrative Science Quarterly* 21:1 (March) 1976.
- WILSON, Woodrow, *Congressional Government*.
- WOODWARD, Joan, *Industrial Organizations: Theory and Practice*, Oxford University Press, N. Y., 1965.
- ZEY-FERREL, Mary, *Dimensions of Organizations*, Goodyear, Santa Monica, Ca., 1979.

Os Meios de Comunicação de Massa: uma Nova Forma de Controle Social

JOSIANE ROSE PETRY VERONESE

Advogada. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina — UFSC.

SUMÁRIO

1. *Considerações iniciais* 2. *Uma perspectiva de redução do Direito.* 3. *Os meios de comunicação de massa: como mecanismos de controle do poder.* 4. *Considerações finais.* 5. *Bibliografia.*

1 — *Considerações iniciais*

Os tempos atuais reclamam do Direito a necessidade de que se estabeleçam novos e profundos contatos com as ciências sociais. Sabe-se através da história jurídica que não é a primeira vez que tal fenômeno ocorre, cite-se o Movimento do Direito Livre ou mesmo o descobrimento da Sociologia Jurídica na Alemanha no fim do século XIX; no entanto, a atual crise é mais ampla. Não se trata apenas de colocar em questão a sua capacidade de influir nas transformações sociais, como, também, de colocar em relevo seus limites no que tange a sua função específica, ou seja, enquanto instrumento de controle social (sentido estrito).

Diz NORBERTO BOBBIO:

“Esta necesidad de abrir los propios horizontes camina paralela la oscura conciencia de que el Derecho no ocupa ya ese puesto privilegiado en el sistema global de la sociedad que le había sido asignado por larga tradición.”¹

1 BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Edição de Alfonso Ruiz Miguel, Fernando — Editor, Valência, 1980, p. 225.

Para o autor citado, nas sociedades industriais avançadas, pode-se visualizar dois tipos de tendências, que caminham no sentido de uma significativa redução da específica função do Direito, enquanto meio de controle social:

Primeiro, o direito tradicionalmente caracteriza-se como instrumento desse controle, à medida que se serve de meios coercitivos e repressivos.

A novidade, que se apresenta neste ponto, é o crescente aumento do uso dos meios de comunicação de massa. Assim, evidencia-se nas sociedades contemporâneas uma espécie de controle social, totalmente diverso do tipo representado pelo Direito tradicional; um controle não mais do tipo coativo senão persuasivo, uma vez que sua eficácia não se relaciona com a força física, como qualquer ordenamento jurídico prescreve, mas com um condicionamento psicológico.

“(. . .) En el límite, se puede hipotetizar un tipo de sociedad en la que el condicionamiento psicológico de los individuos sea tan extenso y eficaz que haga supérflua esa forma de control, considerada generalmente más intensa, que es precisamente el control mediante el uso de medios coactivos, esto es, el Derecho.”²

Em segundo, nas sociedades tecnologicamente avançadas encontra-se em formação outro importante fenômeno, de vasta proporção, com capacidade de diminuir o espaço do controle jurídico, ao menos quanto à forma com que este tem sido exercido até o momento; trata-se, na expressão de BOBBIO, do “controle antecipado”³, ou seja, a função preventiva. Tal função, também, abordada pelo Direito, contudo, o é somente em face do caráter intimidatório da sanção. BOBBIO, entretanto, quando fala dessa função preventiva, visualiza-a inserida num provável desenvolvimento na política social das sociedades avançadas: da repressão à prevenção, através da utilização dos adequados conhecimentos que as ciências sociais estão em condições de oferecer sobre as motivações das atitudes desviantes e sobre as condições que as tornam possíveis, objetivando, além da eliminação do problema, quando já realizado, mas, principalmente, evitar a sua ocorrência.

Essas medidas implicam, a nível de sociedade, grandes vantagens, que vão desde a questão da segurança coletiva até a econômica, tal como as doenças biológicas ou psíquicas, a enfermidade social deve ser prevenida. Interroga BOBBIO:

“(. . .) en el campo de esa enfermedad social que es el comportamiento desviante, por qué preparar un gigantesco aparato para individualizar primero, juzgar después y castigar por

2 Idem, *op. cit.*, pp. 226/227.

3 Idem, *op. cit.*, p. 227.

último, un comportamento desviante, cuando se pueden modificar las condiciones sociales hasta el punto de influir en las causas mismas que determinan el comportamiento desviante?"⁴

Desta forma, esta busca de conhecimentos junto às ciências sociais, tendo por fim uma prevenção dos comportamentos desviantes, implica numa verdadeira revolução quanto ao modelo repressivo de larga tradição no Direito.

2 — *Uma perspectiva de redução do Direito*

Tradicionalmente o Direito é compreendido como um "complexo orgânico"⁵ de leis, preceitos e regras jurídicas das quais derivam todas as normas e obrigações, que se destinam aos homens a fim de que estes as cumpram, compondo, desta maneira, uma série de deveres, dos quais não podem fugir, sob a condição de terem seus comportamentos contrários à lei, enquadrados numa determinada punição legal, ou seja, a sanção.

Assim é, portanto, inconfundível uma característica do Direito (no seu sentido objetivo), a coação social, instrumento por ele utilizado (de histórica aceitação social), para fazer com que os deveres jurídicos instituídos pela sociedade sejam respeitados "a fim de manter a harmonia dos interesses gerais e implantar a ordem jurídica".⁶

Nesta análise, adentrar-se-ia na discussão do tipo de sociedade, está se falando, quais os interesses por ela defendidos, no sentido de como a estrutura do Direito é elaborada, se em função da classe dominante. O Direito é arquitetado cuidadosamente pela doutrina jurídica, cuja função é apresentá-lo como algo existente, que deve ser imposto e aceito assim como se apresenta.

"(...), o Direito, objetivamente considerado, em qualquer aspecto em que se apresente, em seu estado prático ou empírico, em seu estado legal, instintivo, costumeiro ou legislativo, ou ainda em seu estado científico, doutrinário, mostra-se, eminentemente, um fenômeno de 'ordem social', sendo assim, em qualquer sentido, uma norma de caráter geral, imposta pela sociedade, para ordem e equilíbrio de interesses na própria sociedade".⁷

KELSEN afirma que as normas de uma ordem jurídica além de regularem a conduta humana (povos civilizados), também apresentam a característica de serem ordens coativas, vez que se opoem a atitudes consideradas indesejáveis, isto através de um ato de coação, ou seja, com um mal, como por exemplo a privação da vida, da liberdade, dos bens eco-

4 Idem, *ibidem*, p. 227.

5 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Vol. II. Forense, Rio de Janeiro, 1980, p. 75.

6 Idem, *op. cit.*, p. 76.

7 Idem, *ibidem*, p. 76.

nômicos. Este mal é aplicado ao agente da conduta proibida, mesmo contra a sua vontade, com o emprego da força física, quando necessário, portanto, coativamente.

Afirma KELSEN:

“(. . .) Dizer que o Direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica. Isto não significa, porém, que em todos os casos da sua efetivação se tenha de empregar a coação física. Isso deverá suceder quando essa efetivação encontrar resistência, o que não é normalmente o caso.”⁸

Ao consubstanciar a ordem coativa na sua essência, o Direito diferencia-se das outras ordens sociais. O momento da coação, isto é, a situação que produz a aplicação do ato coativo, em virtude do cometimento de atitude considerada socialmente prejudicial, deve ser aplicado contrariando até mesmo a vontade de seu agente e, em caso de resistência, através do emprego de força física. Segundo o autor acima citado, “é o critério decisivo”.⁹

Este ato de coação, estatuído pela ordem jurídica, que surge no momento em que o sujeito pratica o ato que contrarie esta mesma ordem jurídica, configura-se numa sanção, e a conduta humana desviante, contrária ao que é prescrito pelo Direito, tem o caráter de antijurídica, proibida, de um ato ilícito e, portanto, um delito.

Em síntese, KELSEN ao designar o Direito como uma “técnica de organização social”,¹⁰ que utilizando de instrumentos coercitivos, induz os membros de uma certa sociedade a fazerem ou deixarem de fazer algo, consistindo, o Direito, assim, num mecanismo de coação, uma forma de controle social.

HART, por sua vez, comenta que a teoria do Direito que se apresenta unicamente como ordens coercitivas encontra três tipos de objeções principais, pois existem diversas leis que não se encaixam nesta descrição unilateral:

“(. . .) Em primeiro lugar, mesmo uma lei criminal, a que mais se lhe aproxima, tem muitas vezes um âmbito de aplicação diferente do de ordens dadas a outros; porque uma tal lei pode impor deveres àqueles mesmos que a fazem, tal como a outros. Em segundo lugar, outras leis são distintas de ordens na medida em que não obrigam pessoas a fazer coisas, mas podem conferir-lhes poderes; não impõe deveres, antes oferecem dispositivos

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. Livraria Martins Fontes Editora Ltda., São Paulo, 1987, p. 37.

⁹ Idem, *op. cit.*, p. 38.

¹⁰ Idem, *op. cit.*, p. 366.

para a livre criação de direitos e deveres jurídicos dentro da estrutura coercitiva do direito. Em terceiro lugar, embora a promulgação de uma lei seja em alguns aspectos análoga à emissão de uma ordem, certas regras de direito são originadas pelo costume e não devem o seu estatuto jurídico a qualquer acto consciente de criação do direito.”¹¹

O autor citado, ao analisar o Direito Criminal, define-o como “algo a que obedecemos ou desobedecemos e o que as suas regras exigem é designado como “dever.”¹² A desobediência implica num infringimento à lei, o que equivale dizer que uma ação é juricamente errada, uma violação do dever. Nesse contexto, a lei criminal cumpre a função de prescrever e definir condutas, alertando as que devem ser evitadas e as que podem ser realizadas. O castigo ou a sanção se apresenta associado pela lei às infrações, objetivando, com tal medida, afastar dos indivíduos o interesse de cometê-las. A regra de Direito Criminal, diz HART, permite ao menos a identificação de dois dados: primeiro, a identificação do tipo de atitude proibida pela regra jurídica e segundo, a sanção dirigida ao seu desencorajamento, desestimulando a prática dos ditos atos ilícitos¹³, fornecendo um motivo para a abstenção de tais atitudes.

É ainda considerado o Direito como um conjunto de normas dirigidas aos juizes ou a órgãos executores, a coação já não pode ser considerada como meio para a realização do Direito, tendo este, portanto, seu meio de atuação reduzido, pois o Direito passa a ser visto não como o regulador de todos os comportamentos humanos que têm alguma relação com a vida social, mas única e exclusivamente dirigidos a obter, mediante o uso da força, certos resultados; os comportamentos coativos representam as formas diversas de utilização da força, o que, segundo HART, implica na redução do Direito às normas secundárias, caracterizando-o como um conjunto de normas que disciplinam o uso da força.

Para BOBBIO, uma análise funcional do Direito que queira ter em conta as transformações nele ocorridas, não pode deixar de inserir no estudo da tradicional função protetora — repressiva do Direito, a sua função promocional (em face da intervenção do Estado na esfera econômica); essa integração faz-se necessária se se deseja construir um modelo representativo do Direito, enquanto sistema coativo, passando-se da concepção do Direito como simples mecanismo de controle social à concepção do Direito como forma de controle e de direcionamento social.

Em vista do constante crescimento das funções do Estado, da sua transformação de Estado liberal para o social, a função do sistema norma-

11 HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1986, p. 57.

12 *Idem*, *op. cit.*, p. 34.

13 *Idem*, *op. cit.*, p. 42.

tivo não mais está apenas associada ao caráter da previsão e repressão de comportamentos desviantes ou mesmo impedir o surgimento de conflitos, mas também a de repartir os recursos disponíveis: do Estado de Direito para o Estado Administrativo. O Direito pode ser usado tanto para reprimir como para inovar; o efeito repressivo ou promocional do Direito depende de que este seja compreendido, adverte BOBBIO, como meio de condicionamento de atitudes (comportamentos), assim, o efeito conservador ou inovador relaciona-se com o entendimento do Direito, enquanto regra ou conjunto de regras visando a um comportamento específico, cujo cumprimento ou não influi num certo sentido — de estabilização ou inovação — sobre a configuração da sociedade como um todo.¹⁴

“(. . .) Una expresión como ‘función revolucionaria del Derecho’ no tiene ningún sentido si ‘Derecho’ se entiende como medio de acción (porque con este medio quienes detentan el poder pueden revolucionar el estado de cosas existentes o pueden dejarlo como está); sólo adquiere sentido si se pretende hablar de los cambios sociales que pueden producirse a través de ese medio y, por tanto, de los contenidos políticos, económicos, sociales . . . que en cada ocasión pueden ser incluidos dentro de aquella forma.”¹⁵

Convém frisar que a importância dada ao vertiginoso aumento das normas de organização que caracteriza o Estado contemporâneo não põe em crise, necessariamente, a imagem do Direito como ordenamento protetor-repressivo, todavia, é característica relevante do sistema jurídico do chamado Estado assistencial, o aumento das leis de incentivo, objetivando promover comportamentos desejados.

BOBBIO chama atenção para o fato de que um comportamento é tido como ilícito quando não é conforme as normas de um sistema jurídico e que estas são os instrumentos de trabalho dos que têm como função social qualificar comportamentos como obrigatórios, proibidos ou permitidos e, portanto, atribuir direitos e deveres.¹⁶

“(. . .) Lo que caracteriza la presente situación son precisamente esas condiciones que hemos considerado particularmente favorables para la formación de una ciencia del Derecho antitradicional, que en última instancia busca su propio objeto no tanto en las reglas del sistema dado como en el análisis de las relaciones y valores sociales de los que se extraen las reglas del sistema: y que, lejos de considerarse, como por mucho tiempo se ha considerado, como una ciencia autónoma y pura, busca cada vez

14 BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, pp. 260/261 e 283.

15 *Idem*, *op. cit.*, pp. 283/284.

16 *Idem*, *op. cit.*, pp. 213 e 211.

más la alianza con las ciencias sociales hasta considerarse como una rama de la ciencia general de la sociedad.”¹⁷

No seu estudo, BOBBIO ressalta a crise no Direito, que nas sociedades avançadas, vê seu campo de ação restringido no que se refere a sua particular função de instrumento de controle social, e além do que, a coação e a repressão típicas do Direito, passam para um novo tipo de controle: a persuasão, o condicionamento psicológico através dos meios de comunicação de massa.

3 — Os meios de comunicação de massa: como mecanismo de controle do poder

SPRANGER, citado por HELLER, interroga: “Como poderia um Estado, mesmo referindo-se somente aos seus órgãos mais visíveis e à ordem jurídica válida nele, entrar na esfera de vivências de um indivíduo?”¹⁸

Não visualizava, certamente, este autor a complexidade da atual sociedade e o crescente desenvolvimento dos meios de comunicação de massa. Hoje, a realidade social apresenta-se em contínua transformação, como diria Marx, um “movimento de coisas sob cujo controle se acham, em vez de serem eles quem as controlem”.¹⁹

BOBBIO afirma ainda que na atualidade o uso de mecanismos eletrônicos, com capacidade de memorização dos dados sociais de todos os cidadãos, estabelece condições aos detentores do poder, de ver o público de maneira mais apurada e circunstanciada do que na antigüidade.

“Aquilo que o novel Príncipe pode vir a saber dos próprios sujeitos é incomparavelmente superior ao que podia saber de seus súditos mesmo o monarca mais absoluto do passado.”²⁰

Este tipo de controle computadorizado significa, também, uma nova forma de controle, o que permite ter em mãos, ou melhor, na memória do computador, o todo social.

Os pensadores do Iluminismo, no século XIX, tinham uma visão otimista do mundo, pensavam que os governos e seus governantes seriam de um modo geral razoáveis e benevolentes. Até mesmo os príncipes, que tivessem recebido uma educação para tornarem-se déspotas, tornar-se-iam esclarecidos, “iluminados”, acreditavam tais homens (como John Locke e seus seguidores) que este fato pudesse se realizar. Mesmo se os monarcas

17 Idem, *op. cit.*, p. 234.

18 SPRANGER *apud* HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. Trad. de Lycurgo Gomes Motta. Editora Mestre Jou, São Paulo, 1968, p. 62.

19 MARX, K. *apud* HELLER, H., *op. cit.*, p. 72.

20 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. Editora Paz e Terra, São Paulo, 1988, p. 72.

pudessem ter a capacidade de controlar o meio ambiente de seus súditos, controlando suas mentes e atitudes, os efeitos seriam, provavelmente, positivos. Dois séculos mais tarde, a experiência de governos e regimes totalitários e mesmo as catástrofes da II Guerra Mundial pareceram contestar o sonho dos iluministas. Alguns escritores como George Orwell, em sua obra "1984", exprimiram a crença de que o mal que habitava os homens era enorme e que tal negatividade atuava, de forma mais livre, entre os detentores do poder. Portanto, seus governos seriam não apenas desonestos, corruptos, mas, sobretudo, cruéis e, proporcionalmente ao poder do senhor sobre a mente de seus súditos, maiores seriam as conseqüências.

O mundo do ano de 1984, imaginado por Orwell, é um mundo de terror. Observado constantemente pelas câmaras de televisão presentes por toda a parte, o "Big Brother" — que representa o Estado — controlaria o meio ambiente e todas as atitudes humanas. No final dessa obra de ficção, o herói torna-se como os demais, um robô inanimado, que acredita em tudo o que o governo quer que acredite, que receia aquilo que lhe dizem que deve recear e até mesmo odeia ou ama o que lhe mandam que ame ou odeie.

Percebe-se que tanto no otimismo dos pensadores do Iluminismo como no extremado pessimismo de Orwell, há uma idéia comum, ou seja, os pensamentos humanos podem ser determinados pelo exterior; que o controle do meio físico (ambiente) influencia ou mesmo determina o sistema de memorização do homem e, a partir daí, possibilitaria o controle da sua personalidade e o seu futuro comportamento.

A radicalização da teoria ambiental (ENVIRONMENTA — LIST) não é totalmente sustentável, pois o comportamento não é apenas influenciado pelo meio ambiente, mas também pelos processos autônomos e combinações que se realizam no interior da sua mente. Mesmo levando-se em conta esta ressalva, de qualquer forma, é imprescindível a análise dos diferentes mecanismos de controle; e não só isto, já que a mente humana pode ser influenciável (com comprovação científica para esse dado), dependendo do uso dos mecanismos de atuação, há possibilidades de alterar comportamentos.

Daí o tema deste artigo que visa ao questionamento quanto ao papel dos meios de comunicação de massa, se estes são de fato capazes de alterar atitudes e ainda mais, se de fato constituem numa nova forma de coação na qual o Estado, servindo-se desses meios, persuade seus telespectadores (para não dizer governados) a agirem de uma certa maneira.

Tal colocação não pode ser acusada como impropriedade, vez que como afirma POULANTZAS:

"O Estado tem um papel essencial nas relações de produção e na delimitação-reprodução das classes sociais, porque não se

limita ao exercício da repressão física organizada. O Estado também tem um papel específico na organização das relações ideológicas e da ideologia dominante.”²¹

Também BOBBIO admite que a ideologia tem como função orientar os comportamentos políticos coletivos.²²

Segundo MACRIDIS, as ideologias são um conjunto de idéias e crenças, orientadas para a ação.²³ Estas idéias podem ao mesmo tempo serem compartilhadas por muitos que agem conjuntamente ou podem ser influenciadas a terem uma determinada atitude visando alcançar certos fins. Não pode ainda ser descuidada a idéia de POULANTZAS, de que a ideologia não significa apenas um sistema de abstrações; pois implica também num conjunto de práticas materiais que incidem sobre os hábitos, costumes, influenciando sobre o modo de vida das pessoas e desta maneira “se molda como cimento no conjunto das práticas sociais, aí compreendidas as práticas políticas e econômicas”.²⁴

MACRIDIS ensina que a ideologia tem diversas funções sociais, das quais destaca: a solidariedade, mobilização, organização, expressão, manipulação, comunicação e afeto. Assim, utilizando-se desses mecanismos, as ideologias têm capacidade de mobilizar o todo social em favor de um ou outro ponto de vista, de um determinado fim.²⁵ Aí faz-se mister a figura do Estado, que como ator político, como agente de controle e difusão da ideologia, ou mais especificamente, da ideologia da classe dominante, detentora do poder político e, assim, tem possibilidades de conduzir a sociedade sob um certo estilo, sob um certo comportamento.

“A manipulação (...) freqüentemente envolve a formação consciente e deliberada de proposições, que incitarão às pessoas a agir para fins que somente serão percebidos com clareza por aqueles que estão no poder.”²⁶

É por isso que ALTHUSSER divide em dois os tipos de Aparelhos de Estado: os Repressivos e os Ideológicos; o primeiro funciona pela violência, o segundo pela ideologia.²⁷

21 POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Trad. Rita Lima. 2ª ed. Edições Graal, Rio de Janeiro, 1985, p. 33.

22 BOBBIO, Norberto *et alii*. *Dicionário de política*. Trad. de Carmen C. Vanialli e outros. 2ª ed. Editora Universidade de Brasília. Brasília, 1986, p. 401.

23 MACRIDIS, Roy C. *Ideologias políticas contemporâneas*. Trad. de Luis Tupy Caldas de Moura e Maria Inês de Caldas de Moura. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1982, p. 20.

24 POULANTZAS, N., *op. cit.*, p. 33.

25 MACRIDIS, R. *op. cit.*, p. 25.

26 *Idem*, *op. cit.*, p. 24.

27 ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Trad. de Joaquim José de Moura Ramos. 3ª ed. Editora Presença, Lisboa, 1980, p. 46.

Desta afirmação pode-se apreender que o Direito numa abordagem tradicional, isto é, como mecanismo de controle social, via coação, por intermédio dos Aparelhos Repressivos do Estado, pode ser, também, realizado via persuasão através dos Aparelhos Ideológicos do Estado.

Entre os diversos Aparelhos Ideológicos enumerados por ALTHUSSER, cabe destacar os Aparelhos de Estado da Informação, o Cultural e o Jurídico.²⁸

O Aparelho Ideológico da Informação está relacionado com o controle que o Estado tem das informações, que são transmitidas à sociedade. Esse controle deve-se ao monopólio da concessão dos canais de comunicação e da censura.

As características da comunicação de massa, de acordo com CESAR L. PASOLD são:

“(. . .) Primeira: — as funções comunicativas são exercidas numa expectativa de criação de processos mistos, inicialmente unidirecionais, mas em seguida bidirecionais pela reação favorável do apelo. Segunda: — o seu núcleo está na pretensão de que haja a persuasão, a qual será traduzida em atitude favorável e coerente comportamento.”²⁹

No mundo atual, os meios de comunicação de massa constituem em crescentes e fundamentais elementos, por um lado, possibilitam a informação de larga escala, reunindo homens e dilatando seus conhecimentos e, por outro lado, o que poderia ser visto como o lado negativo da questão, trata-se de um instrumento com capacidade de moldar padrões coletivos de comportamentos, impondo mudanças de hábitos que não foram amadurecidos pelo corpo social e ainda, o condicionamento a modelos pré-estabelecidos.

O Aparelho Ideológico Cultural, também, pode funcionar como produtor ou mantenedor da ordem existente, e, portanto, o Estado pode manipulá-lo e lançar sobre a sociedade a sua cultura, o que equivale dizer, através da arte ou da música, introduzir as formas que lhe convém.

O Aparelho Ideológico Jurídico é importante nesta análise, vez que como a lei sempre emana do Estado, permanece ligada à classe daqueles que comandam o processo econômico, na condição de proprietários dos meios de produção. Assim, válida a afirmação de que a “lei é parte integrante da ordem repressiva da organização exercida por todo o Estado”.³⁰

28 *Idem, op. cit.*, p. 44.

29 PASOLD, Cesar Luiz. “Comunicação de massa e liberdade”. *Revista Scquência*. Florianópolis, UFSC, (9):dez./84, p. 22.

30 POULANTZAS, N., *op. cit.*, p. 87.

Sobre tal assunto, sustenta POULANTZAS:

“(. . .) o poder moderno não se basearia na violência física organizada mas na manipulação ideológico-simbólica, na organização do consentimento (. . .) As origens dessa concepção encontram-se nas primeiras análises da filosofia político-jurídica burguesa, que justamente opunha violência e lei, por ver no Estado de Direito e no reino da lei a limitação intrínseca da violência.”³¹

Essa concepção teve sua origem nas abordagens da Escola de Frankfurt (a família substituindo-se à polícia como instância autoritária), e também com MURCUSE e P. BOURDIEU, com o desenvolvimento da teoria da violência simbólica, na qual se entrevê um declínio da violência estritamente física.

“(. . .) Diminuição ou retração da violência física só poderia corresponder, no funcionamento e manipulação do poder, a uma acentuação ou aumento da inculcação ideológica (violência simbólica — interiorização da repressão).”³²

O Estado, ao possuir os Aparelhos Ideológicos, que por sua vez buscam disseminar a ideologia dominante, tem condições de manter o controle político da sociedade.

Hoje, a dimensão e a grandeza dos meios de comunicação de massa conduzem a reflexão de seu uso ideológico pelo Estado, desejoso da consecução de certos comportamentos que não o perturbem e desta feita possa realizar um condicionamento das mentes e atitudes dos governados.

BOBBIO afirma que se tal ocorresse, consubstar-se-ia uma sociedade conformista, como a imaginada por Orwell, ou uma sociedade sem Direito, como a hipotetizada por Marx; no entanto, as sociedades têm demonstrado através da história que o Direito era imprescindível onde os homens não eram nem livres, pois sentiam a necessidade de normas que restringissem as suas condutas e as de seus semelhantes, nem conformistas, vez que as leis eram, freqüentemente, desobedecidas.³³

4 — *Considerações finais*

No decorrer do presente artigo foi possível conhecer o pensamento de juristas como Kelsen, Hart e Bobbio, no tocante aos seus pensamentos sobre a relação entre o Direito e a coerção, ou melhor, sobre os mecanismos utilizados pelo Direito enquanto instrumento de controle social.

31 Idem, *ibidem*, p. 87.

32 Idem, *op. cit.*, p. 88.

33 BOBBIO, N. *Contribución a la teoría del derecho*, *op. cit.* p. 227.

O Direito, na sua concepção tradicional, admitia, tão-somente, o seu uso como mecanismo coativo, à medida que as sociedades evoluem, o Direito tem seu campo reduzido, em virtude, também, do crescimento em importância das ciências sociais.

A novidade trazida por Bobbio, para o âmbito jurídico, consiste na sua concepção de que o Direito passa pouco a pouco por um novo tipo de controle, não mais a coação e a repressão, típicas da abordagem tradicional do Direito, mas que também essa efetua-se através da persuasão, ou seja, através de condicionamento psicológico realizado pelos meios de comunicação de massa.

Essa abordagem pode a princípio parecer exagerada ou carente de cientificidade. De qualquer forma esta reflexão faz-se importante, sobretudo, num mundo que dia-a-dia vê-se invadido pela mídia em todos os ambientes.

Enfim, os meios de comunicação de massa criam expectativas e condicionamentos, aparentemente naturais, que por sua vez influenciam na formação do Direito. Citem-se, como exemplo, as polêmicas recentemente suscitadas a respeito da pena de morte, da legalização do aborto e outros temas que têm sido suscitados pelos veículos de comunicação e que objetivam posicionamentos legais, inclusive a nível constitucional.

6 — Bibliografia

- ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Trad. de Joaquim José de Moura Ramos. 3ª ed. Lisboa, Editora Presença, 1980, 120 p.
- BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Edição de Alfonso Ruiz Miguel, Fernando Torres — Editor Valência, 1980.
- . *Estado, governo e sociedade*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo, Editora Paz e Terra, 1988. 173 p.
- . *et alii. Dicionário de política*. Trad. de Carmen C. Vaniali e outros. 2ª ed. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986, 1.328 p.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, 306 p.
- HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo, Editora Mestre Jou, 1968, 374 p.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo, Livraria Martins Fontes Editora, 1987, 371 p.
- MACRIDIS, Roy C. *Ideologias políticas contemporâneas*. Trad. de Luis Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1982, 318 p.
- PASOLD, Cesar Luiz. "Comunicação de massa e liberdade". *Revista Sequência*. Florianópolis, UFSC, (9): dez./84, 17-27 p.
- POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Trad. de Rita Lima. 2ª ed. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1985, 307 p.
- SILVA, De Plácio e. *Vocabulário jurídico*. Vol. II. Rio de Janeiro, Forense, 1982, 526 p.

O Espaço Quaternário no Setor da Informação: Significado e Perspectivas

TANIA MARA BOTELHO
e
SELY MARIA DE SOUZA COSTA

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Espaço quaternário: abordagens e conceitos.* 3. *Relações e perspectivas: dependência Norte-Sul.* 4. *Modelando o novo cenário.* 5. *Conclusão.*

1. *Introdução*

A significação crescente das atividades de informação nas economias ocidentais é um dos inúmeros fatores que promovem uma atenção especial para a natureza do setor de serviços. Apesar da popularidade das idéias contidas no que se chama de sociedade pós-industrial ou sociedade de informação, tem havido muito pouco progresso além de concepções obsoletas sobre a natureza e o papel das atividades de serviços em geral e de informação, em particular. Menos ainda tem-se feito para acelerar as perspectivas no lado humano desta sociedade, procurando-se traduzir em ações, pensamentos que acelerem o discernimento das diversas classes que compõem esta sociedade.

O Quaternário, face a seu instrumental e características, é justamente o setor que impulsiona os outros três primeiros, o primário, o secundário e o terciário, permeando-os com intensidade em conhecimento, e isto quer dizer um novo pensar e agir na integridade do Ser Quaternário.

Este artigo tratará das principais abordagens e conceitos do setor Quaternário, as relações e perspectivas dos países do Hemisfério Norte com os países do Hemisfério Sul. Procuramos também traçar algumas linhas sobre o cenário prevalecente no contexto de aldeia global (TOFFLER) com a educação para uma nova era.

2. *Espaço quaternário: abordagens e conceitos*

O setor quaternário da economia se caracteriza pelo "ato de conceber, de criar, de interpretar, de organizar, de controlar e de transmitir, com o auxílio da ciência e da técnica, atribuindo a esses atos um valor econômico"³⁴.

São elementos do quaternário, então, as atividades relacionadas com a concepção, deliberação e decisão, que implicam fortemente em conhecimento técnico e científico. Ora, o conhecimento pode ser definido como produto da informação estruturada e já concebida, podendo-se afirmar que a informação entra nas atividades do quaternário como elemento básico, tornando-se um fator de bem-estar que beneficia seu usuário final e a sociedade, e que pode ser considerada como um recurso associado ao lucro provocado por decisões eficazes (7).

Tal definição se insere na abordagem que tem sido feita nas últimas décadas, com um enfoque econômico bastante desenvolvido, para a informação, embora realizada em diferentes áreas do conhecimento, pelo caráter multidisciplinar que lhe é peculiar.

O enfoque como recurso com valor econômico está sempre presente, o quem tem demonstrado uma característica da informação hoje, de um elemento essencial para as economias desenvolvidas, cujas tendências são de direcionar a atividade produtiva para o setor serviços, centralizando-se nas chamadas indústrias do conhecimento, com alto grau de utilização de tecnologias de informação.

O espaço quaternário é, pois, aquele ocupado pela atividade produtiva das indústrias relacionadas com a informação, que MASUDA²¹ dividiu em quatro grupos: indústrias da informação, indústrias do conhecimento, indústrias das artes e indústrias éticas. As duas primeiras, de acordo com o autor, tornar-se-ão nas principais indústrias do futuro, fazendo com que o conceito da sociedade quaternária seja invocado para demarcar uma linha nítida entre as indústrias de serviços e aquelas relacionadas com a informação, altamente prováveis de se desenvolver mais, numa Sociedade da Informação, sendo razoável distingui-las e classificá-las em um setor quaternário de forma a se delinear um conceito claro da estrutura industrial das sociedades da informação.

Caracteriza-se assim que o conceito de informação se reflete tanto na composição da estrutura ocupacional quanto na composição da estrutura social na análise do quaternário, ficando claro o seu papel em relação ao desenvolvimento econômico e social das nações como fator de mudança.

A questão da estrutura ocupacional do setor quaternário tem sido estudada por constituir uma mudança em termos de composição da atividade econômica. PORAT, *apud* CRONIN¹⁰, classifica as ocupações do setor de informações em 4 categorias principais: operários da informação (criam novas informações ou dão formas mais apropriadas a informações existentes); processadores de informação (recebem e respondem a insumos de informação como base para operações posteriores); distribuidores de informação (transmitem informação de seus geradores para os receptores); infra-estrutura de informação (responsável pela instalação, operação e ma-

nutrição de máquinas e tecnologias usadas para apoiar atividades de informação). O estudo de PORAT analisa a distribuição da força de trabalho nos Estados Unidos no período de 1860-1980, em relação aos 4 setores da economia e revela um crescimento exponencial do setor de informações.

O estudo considerado pioneiro na literatura mundial, contudo, é o de F. MACHLUP¹⁹, também para os Estados Unidos, no período de 1940-58, onde o autor analisa o crescimento do setor de produção de conhecimento na economia do país, avaliando se, como e em que medida a composição da força de trabalho e do emprego mudou, e como essa mudança está associada à mudança do papel do setor na economia. O estudo revela uma tendência de crescimento tanto na demanda quanto na oferta de pessoal para o setor, concluindo que as mudanças nos padrões de emprego indicam um movimento contínuo do trabalho manual para o mental e do menos instruído para o mais altamente instruído, mostrando um declínio nas oportunidades de trabalho para profissionais menos habilitados.

Um estudo similar, publicado um quarto de século após o trabalho de MACHLUP, pela OCDE²⁵, contendo os resultados do trabalho realizado por um grupo de especialistas com o objetivo de avaliar o papel das tecnologias de informação nos processos de mudança na sociedade, nas últimas décadas (1951-1982) em 14 países-membros com economias mais desenvolvidas, reflete a preocupação existente hoje com a análise do contexto das sociedades de Informação e a necessidade de identificação e acompanhamento dos indicadores que caracterizam a passagem de *status* de Sociedade Industrial para o de Sociedade da Informação.

O relatório da OCDE diz respeito mais especificamente à tipologia das ocupações relacionadas com a informação e o impacto das tecnologias de informação no nível e estrutura de emprego, revelando resultados semelhantes aos dos trabalhos de MACHLUP e PORAT, com algumas diferenças para o período após 1975, que revela uma tendência de redução no crescimento de algumas ocupações.

Todos os trabalhos identificam dificuldades tanto em relação aos esquemas tradicionais de classificação de ocupações, sem padronização e sem inclusão de ocupações criadas como resultado dos avanços da tecnologia e do setor de informações, dificultando o tratamento estatístico, quanto em relação a variabilidade nos critérios empregados nas abordagens, dificultando a utilização de estatísticas significativas entre as nações.

Soluções podem ser encontradas através da criação de novos esquemas de classificação, contendo os indicadores que relacionam os avanços das últimas décadas, assim como, segundo CRONIN¹¹, entreitar mais o enfoque.

No que diz respeito à questão da composição da estrutura social, em função das mudanças ocorridas no setor de informações, há que se considerar o aparecimento de novas elites e o advento de novos princípios de estratificação baseados no conhecimento, em função da valorização das atividades que se relacionam com a informação e a tecnologia e, conseqüentemente, das mudanças sociais.

DANIEL BELL⁴ propõe um novo princípio axial de organização social, baseado na economia, na tecnologia e no sistema de estratificação. Na economia, através da mudança da produção de manufaturas para os serviços; na tecnologia, com a centralidade das novas indústrias baseadas na ciência; em termos sociológicos, com o surgimento de novas elites técnicas e novo princípio de estratificação social.

O autor identifica como o principal problema para as sociedades pós-industriais, o da organização da ciência, pois a capacidade científica de um país, após a Segunda Guerra Mundial, tem se tornado um determinante de seu potencial e poder, com as atividades de pesquisa e desenvolvimento substituindo a produção de aço como medida comparativa da força das nações. Em função disso, a natureza e o tipo de apoio estatal à ciência, a politização da ciência e a organização do trabalho pelos quadros da ciência vêm se tornando nas questões políticas centrais das sociedades pós-industriais (BELL, p. 64).

Cada sociedade busca a solução de tais problemas de formas diferentes e com diferentes propósitos. Contudo, os princípios de estratificação social, baseados no conhecimento, mais do que na propriedade, fazem com que a principal classe social (aquela com *status* mais elevado) nessas sociedades passe a ser a classe profissional científica, tecnológica, administrativa e cultural, e que o sistema de controle se baseie na ordem política.

O conceito de Sociedade de Informação ou Sociedade Quaternária reflete, portanto, a idéia de novas estruturas e princípios axiais, baseados no conhecimento, com a informação, muito mais que a matéria-prima e a energia, sendo a tecnologia dominante.

Outro fator importante a ser analisado na abordagem do quaternário é a questão dos cenários, como forma de planejamento, em que se faz a "exploração sistemática dos pontos de mudanças ou manutenção dos rumos de uma dada evolução de situações" (CLÁUDIO PORTO, p. 64).

Há quem acredite que os líderes em uma sociedade podem moldá-la para que venha a ser como eles acham que deveria, e essa realização vai depender da capacidade, experiência e principalmente visão desses líderes em promover as escolhas sociais mais importantes.

A questão que se coloca se relaciona com a análise de que em medida o curso do desenvolvimento da sociedade pode ser totalmente diri-

gido, como, por exemplo, baseado em modelos de países mais industrializados.

KOCHEN¹⁸ exemplifica essa questão com os casos de países recentemente industrializados como Cingapura, Hong Kong, Coréia, etc., que atingiram crescimento na produtividade industrial maior que os Estados Unidos ou a maioria dos países menos desenvolvidos, através de medidas como: enfatizar os recursos humanos via uma educação rigorosa, o encorajamento de novas empresas e a ênfase na qualidade e gerência de sistemas humanos, segundo o exemplo do Japão; escolher as indústrias que melhor se adaptaram a cada país; prover um ambiente estável que atraia investimentos tanto internos como externos.

O autor indaga, então, se tais exemplos sugerem que é possível uma mudança social planejada, afirmando em seguida que é possível que cada sociedade se desenvolva de um mesmo modo, embora em diferentes taxas de crescimento, fazendo com que o mundo se torne pluralístico, caracterizado por uma crescente interdependência econômica e social. Mas é possível, também, que algumas sociedades permaneçam indefinidamente enraizadas a suas culturas.

Torna-se cabível então falar da possibilidade de em uma ou duas gerações, o *locus* de poder e controle mudar de estado-nação para uma unidade política de "região", "comunidade" (como a CEE, por exemplo) ou "sociedade".

A questão aqui, então, seria a de administrar os conflitos decorrentes de tal pluralismo, entre o que deve permanecer invariável nos valores culturais, políticos e sociais e o que deve ser adaptado. Tais conflitos são característicos da dinâmica das Sociedades da Informação, e seu gerenciamento através de tecnologia de informação pode ser a resposta a essa questão.

Nesse processo de transformação da sociedade quando do atingimento de estágio pós-industrial, com mudanças nos princípios de estratificação e na composição da estrutura ocupacional, há também mudanças relacionadas com as dimensões da qualidade de vida. KOCHEN¹⁸ relaciona essas mudanças (fig. 1) com relação aos atributos que o autor considera como as principais dimensões da qualidade de vida e sua mudança na passagem do estágio presente para o futuro, no quaternário. O autor considera, ainda, algumas características que permanecem geralmente invariáveis nas mudanças.

Da análise dessas questões pode-se chegar à característica principal das Sociedades da Informação, que é a predominância de atividades geradoras de conhecimento, baseadas no conhecimento e intensivas em conhecimento (KOCHEN, 1987, p. 154).

Com base nessa definição pode-se afirmar que há hoje, sem dúvida, um crescente reconhecimento do valor da informação na vida diária dos indivíduos e das nações, seguido da aceitação e entendimento do espaço do quaternário e do conceito de Sociedade da Informação, cuja natureza e dimensões devem ser suficientemente bem conhecidas.

Figura 1

<i>Dimensão</i>	<i>Do Presente</i>	<i>Para o Futuro Possível</i>
1. Bem-estar	O mais forte fisicamente e mais saudável vive mais.	Todos que desejarem, buscarem "know-how" e agirem para isso, poderão tê-lo. INVARIANCIA: crença na inviolabilidade da vida individual; ninguém é dispensável.
2. Saúde	Aquele com privilégios especiais, sorte, etc., tem melhor.	O mais bem informado tem melhor INVARIANCIA: crença na igualdade de oportunidades.
3. Afeição	Casamentos bem sucedidos, personalidades desenvolvidas em condições estáveis e felizes parecem acontecer por acaso.	A escolha do cônjuge, a educação dos filhos e o ajustamento interpessoal se baseiam no conhecimento. INVARIANCIA: crença em uma regra de ouro (faça aos outros como quer que eles o façam); justiça social.
4. Esclarecimento	A educação é orientada para o passado e para o presente.	A educação é orientada para o futuro. INVARIANCIA: educação liberal e humanística da pessoa como um todo; preservação de valores e pensamento racional.
5. Habilidade	O trabalho é enfadonho, realizado para sobreviver.	As habilidades são usadas para um propósito; para atingir algo, com emoção. INVARIANCIA: o sucesso depende do esforço e habilidade e não da força.
6. Retidão	A retidão é ritualística, tradicional, etc.	Os valores éticos transcendem a obediência cega, baseados em sentimentos genuínos e na razão. INVARIANCIA: cristianismo judaico; protestantismo; ética.

<i>Dimensão</i>	<i>Do Presente</i>	<i>Para o Futuro Possível</i>
7. Poder	Os que controlam os recursos físicos (militares) estão no topo.	Aqueles com autoridade legítima pelo conhecimento superior, estão no topo. INVARIANCIA: liberdades políticas individuais; supremacia do eleitorado.
8. Deferência	Honra ao mais visível, mais popular e mais útil.	Honra ao mais inteligente, com mérito pelo entendimento e conhecimento superiores. INVARIANCIA: honra baseada em valores de justiça, honestidade, verdade, bondade, beleza.

Fonte: KOCHEN, M. A new concept of information society, pp. 146-147.

MARTIN²⁰, depois de analisar vários trabalhos de autores que escreveram sobre o assunto, definiu alguns critérios ou condições preliminares para que uma nação venha a ser considerada, hoje, com *status* de Sociedade da Informação.

Tais condições ou critérios são utilizados aqui para finalizar essa abordagem do espaço quaternário:

1) tecnológico: a tecnologia de informação sendo a chave que possibilita a força, com ampla difusão em fábricas, escritórios, na educação e nos lares;

2) social: a informação como o fator enaltecedor da qualidade de vida, com ampla consciência e acesso a informações de alta qualidade por parte do usuário final;

3) econômico: a informação sendo o fator econômico chave como recurso, serviço, mercadoria, fonte de valor agregado e emprego;

4) político: a liberdade de informação levando a um processo político caracterizado pela participação e consenso crescentes;

5) cultural: o reconhecimento do valor cultural da informação, através da promoção de valores informacionais no interesse do desenvolvimento nacional e individual.

A tais critérios pode-se acrescentar indicadores relacionados com o tamanho do parque computacional, o fluxo de dados transfronteiras, as estatísticas das indústrias de informação, a participação das atividades de informação no PNB e na força de trabalho, o número de profissionais engajados em atividades de educação e treinamento, etc.

Como previsto por BOTELHO ⁶ em meados dos anos 70, "a capacidade de informação de uma nação se tornará um dos principais parâmetros através do qual será medido seu estágio de desenvolvimento, com as indústrias de informação sendo uma incomensurável fonte de recursos em sua economia".

3. *Relações e perspectivas: dependência Norte-Sul*

Ao término de um período de decadência sobrevém, em geral, o ponto de mutação (CAPRA). É por esta razão, a transformação do velho se torna mais fácil, e os movimentos em sua dinâmica são mais naturais. Entretanto, a fim de ampliarmos nossa visão sistêmica planetária a um perfil de evolução social e cultural, é necessário que nos ocupemos a compreender a sociedade de consumo que aí está.

De acordo com BAUTISTA ³, o ano de 1973 representou um divisor de águas na estrutura do poder internacional com o embargo do petróleo pelos países-membros da OPEP e todos os fatos militares que se sucederam. Implantou-se um modelo onde o petróleo assumiu o papel estratégico no processo econômico e isto provocou uma liquidez financeira no mercado de petrodólares. Esses dólares foram usados para cobrir os déficits criados pelos aumentos dos custos de importação de petróleo.

Como consequência da dependência do petróleo, criou-se, com a dívida externa resultante, uma outra dependência: a financeira. Isto tem sido no Brasil, como em outros países menos desenvolvidos, uma política que provoca a miséria e a fome. A intermediação e a especulação passaram a ser o fim da atividade econômica. A autonomia tecnológica do sistema produtivo diluiu-se ao longo do tempo numa política dependente, com exceção do setor de informática. Entretanto, também este setor foi se desgastando e a estrutura de mercado e de desenvolvimento desta tecnologia coloca economias menos desenvolvidas hoje numa tremenda defasagem tecnológica. As telecomunicações que seriam essenciais para, através da teleinformática, atingir milhares de brasileiros, encontra-se na mão de uns poucos cartéis multinacionais.

Estas evidências do conflito de interesses entre o Hemisfério Norte-Sul é basicamente de natureza econômica em contraposição ao conflito Leste e Oeste, de natureza ideológica.

As carências de nossas populações já configuram um sistema social perverso do jogo de poder maléfico exercido por governos inescrupulosos.

A vulnerabilidade deste modelo econômico dependente, associado a um sistema interno injusto, leva-nos a instabilidades políticas bastante duras.

Contudo, a avaliação que hoje podemos fazer do modelo de racionalismo científico, que enfatizou como ideal a eficiência e o progresso tecnológico, esqueceu a necessidade de se evoluir a consciência correlata. E

isto, segundo KREMA ³⁶, significa solucionar o problema básico-humano de dimensão ético-metafísico-espiritual.

Os mentores do pensamento moderno, Galileu Galilei, Francis Bacon, Isaac Newton e René Descartes, caracterizaram o determinismo racional que se propagou em outros ramos do conhecimento e da própria prática humano-comportamental.

O salto que se quer hoje nos é dado pela Física moderna que estabelece o conceito fundamental de um todo unificado e inseparável (CAPRA); uma teia de relações onde todos os fenômenos são determinados por suas conexões com a totalidade em uma estrutura de coerência total. Todas estas descobertas da Física Moderna nos levam a explorar estes conceitos, para sua aplicação no mundo quaternário do setor de informação.

A exploração desses conceitos de totalidade na abordagem do quaternário não pode deixar de considerar a inter-relação existente entre os diversos fatores que determinam a sua natureza e dimensões e que são: o tecnológico, o social, o econômico, o político e o cultural.

Podem-se realmente afirmar com segurança que há uma relação estreita entre as questões tecnológicas e sociais, políticas, culturais e econômicas, dimensões essenciais das mudanças ocorridas nas últimas décadas nos países com economias mais avançadas, que atingiram com seu desenvolvimento o estágio de Sociedades da Informação e cujas conseqüências podem ser o agravamento da dependência entre as nações.

O relatório de NORA & MINC para o governo francês ²⁴, por exemplo, sugere claramente uma ligação entre questões tecnológicas e sociais e entre as telecomunicações e tecnologias de processamento de dados e as políticas para o desenvolvimento econômico e social. MINC ²² avalia as conseqüências dos avanços tecnológicos das últimas décadas resultantes da combinação dos meios de comunicação com processamento eletrônico de dados, mais o advento dos satélites capazes de transmitir igualmente mensagens vocais, figuras e sons, em relação às questões de: i) soberania (político); ii) ganhos de produtividade obtidos através dessas ferramentas (econômico); e iii) desenvolvimento da sociedade (social).

De forma similar, o programa da Comunidade Européia de Previsão e Avaliação em Ciência e Tecnologia (FAST) sobre Sociedade da Informação reconhece a interação das questões tecno-industriais e sociais (MARTIN, p. 305).

Deve-se cuidar, no entanto, para que a história tecnológica e social não seja relatada de acordo com princípios que relacionam as máquinas como produtoras de efeitos sociais. O ideal é que, segundo A. SMITH ²¹, se enfatize menos a tecnologia, dando mais força às necessidades sociais como sendo o ponto de partida da tecnologia. O autor acrescenta que preci-

samos de modelos explanatórios do processo inventivo que demonstrem o coletivo (ainda que oculto) diálogo social que quase invariavelmente precede o advento de uma nova invenção.

TOFFLER ⁸² define um processo cíclico em que as diversidades crescentes e as mudanças aceleradas que ocorrem na sociedade provocam um aumento do volume de informações e isso requer o desenvolvimento de novas tecnologias para processá-las.

TOFFLER coloca, portanto, o fator informação como intermediário entre as necessidades sociais e a tecnologia, abordados por SMITH.

Nesse sentido, JESUS LAU ¹³ realizou uma pesquisa sobre a influência de variáveis sociais no desenvolvimento informacional, em um grupo de 31 países subdesenvolvidos, em desenvolvimento e altamente desenvolvidos, no período de 1960-77 quando, segundo o autor, o mundo atingiu o pico do crescimento econômico deste século. Os resultados de sua pesquisa sugerem que todos os indicadores sociais estudados (saúde, educação, alimentação, fornecimento de água e saneamento) têm um estreito relacionamento com os indicadores informacionais considerados (centro de armazenamento de informações para uso público, estoque de informação acumulado pelas nações e registros de informações representados por indicadores de editores) e que, portanto, o desenvolvimento informacional está associado ao desenvolvimento social.

MARTIN ²⁰ acrescenta que numa Sociedade da Informação, a qualidade de vida, assim como as expectativas para mudanças sociais e desenvolvimento econômico, dependem grandemente da informação e sua exploração. O padrão de vida, o trabalho, o lazer, o sistema educacional e o mercado são marcadamente influenciados pelos avanços em informação e conhecimento.

Sob uma perspectiva econômica, PARKER ²⁶ afirma que três fatores, intimamente relacionados, determinam a qualidade de vida: a matéria, a energia e a informação. Os dois primeiros não podem ter o seu consumo crescendo indefinidamente, sem o risco de sobrevivência das espécies. A informação, contudo, tem um fornecimento potencialmente infinito. Investir na produção de informação através das atividades de pesquisa e desenvolvimento e na ampla distribuição de informação, através da educação, pode ser o único meio para permitir melhorias contínuas na qualidade de vida, sem grandes aumentos no consumo de matéria e energia.

Segundo o autor, as despesas da sociedade com ciência e tecnologia e em pesquisa e desenvolvimento, assim como as descobertas em todas as áreas, podem ser vistas como um investimento na produção de informação. As despesas com educação, definida de forma ampla, podem ser vistas como investimento na distribuição de informação. E ainda, as despesas com redes telefônicas, satélites de comunicação, sistemas de informação computadorizados, transmissores de rádio, TV a cabo, imprensa, bibliotecas, foto-

copiadoras, leitoras de microformas, toca-discos, fitas cassete, áudio e vídeo, e outras utilidades, correspondem ao desenvolvimento de uma infraestrutura tecnológica para o armazenamento e transmissão de informação. O papel da informação na sociedade será determinado, então, de acordo como essa sociedade corresponde a questões econômicas concernentes à produção e distribuição de informação e à alocação de recursos para infraestrutura tecnológica para o armazenamento e transmissão de informações.

KOCHEN¹⁸ relaciona indicadores demográficos, econômicos, sociais, informacionais, tecnológicos, religiosos, políticos e culturais como os principais atributos da qualidade de vida: bem-estar e sobrevivência; saúde e seguridade econômica; afeição, amor e parentesco; nível de instrução e informação em sentido amplo; habilidade e experiência; moralidade e retidão; poder; prestígio.

Todos esses aspectos mudam muito lentamente, refletindo portanto os valores básicos ou invariáveis da sociedade. Uma sociedade cujas atividades são geradoras de conhecimento e baseadas em conhecimento deve ter uma rede de comunicação na qual as informações sobre essas invariáveis sociais circulem, sejam armazenadas e utilizadas, usando tecnologia de informação para gerir os conflitos entre o que deve permanecer invariável e o que deve ser planejado para mudanças adaptativas. São as chamadas Sociedades da Informação, as quais direcionam tantas atividades quantas sejam necessárias ao desenvolvimento de *know-how* para criar poder de compra em relação a países menos desenvolvidos com os quais negociam livremente.

MARTIN²⁰ aborda a questão da competitividade econômica e da sobrevivência das nações em um mundo onde o estado do balanço de pagamentos e os níveis de crescimento, bem-estar e emprego dependem dos avanços no setor informacional da economia, colocando em risco a soberania nacional, tanto pela interdependência entre nações, que é um fato hoje, por exemplo, na Comunidade Européia, como pelo resultado das atividades das maiores empresas multinacionais. Como resultado, a habilidade de cada país em exercer controle sobre seu desenvolvimento político, econômico, social e cultural, em suas próprias fronteiras pode ser adversamente afetada, restabelecendo-se assim o colonialismo, em forma eletrônica.

Politicamente, as questões importantes a serem levadas em conta dizem respeito à privacidade, segurança e liberdade de informação.

“O conceito de liberdade de informação se baseia na premissa de que, em uma democracia, os cidadãos devem ter razoável acesso à informação, particularmente a informação pública, exceto quando há questões de segurança a se considerar” (MARTIN, p. 308).

Os governantes, no entanto, sob a alegação das questões de segurança, tendem a evitar que se introduzam medidas que proporcionem liberdade de

informação aos cidadãos, tornando-se sempre mais relevante na política das nações as decisões relacionadas à privacidade das informações do que as de liberdade de informação.

A abordagem desta questão em relação à política de informação nos Estados Unidos, feita por RATH & CLEMENT²⁸ chama a atenção para a *informação científica e técnica que, de acordo com a política adotada, pode tanto enfraquecer quanto fortalecer o processo de comunicação científica e o conseqüente desenvolvimento da ciência*. Os autores afirmam que não deve ser ignorado o papel que o acesso à informação científica e técnica desempenha na manutenção da competitividade nacional e industrial e que, portanto, freqüentemente a política de informação dos Estados Unidos, *que contribuiu para sua posição competitiva, está em conflito direto com as políticas de segurança nacional, que restringem o fluxo de informação*.

Todas essas abordagens do papel da informação na sociedade, influenciando a relação entre as nações, devem considerar a habilidade destas em lidar com as questões sociais, econômicas, políticas e tecnológicas envolvidas.

Há no entanto um aspecto que nos parece ser o ponto crucial da dependência entre as nações, que é a questão cultural e a necessidade de evoluir uma consciência correlata nos indivíduos.

KOCHEN¹⁷ chama atenção para a questão cultural quando cita uma afirmativa de Menou de que a informação é altamente incomunicável, a menos que possa ser culturalmente assimilada. As diferenças culturais existem e impedem a verdadeira comunicação entre as nações. Há que se considerar, por exemplo, a barreira da linguagem, devendo-se levar em conta a necessidade de adaptar tecnologias e conteúdos de informação a grupos culturais específicos nos países em desenvolvimento, como medida para minimizar o imperialismo cultural, mais grave que aquele colonialismo em forma eletrônica citado por MARTIN.

SMITH³¹ chama atenção para a abundância de documentos em circulação que confirmam a disparidade crescente na provisão de informação e especialmente de tecnologia de informação entre os países do Norte e do Sul, detectando uma forte tendência dos fluxos de dados em se concentrarem nas capitais, e o que é mais grave: dos dados dos países menos desenvolvidos fluírem para os mais desenvolvidos onde as facilidades de processamento são mais abundantes e eficientes. As implicações culturais são auto-evidentes: por trás do emblema de abundância de informações existe um fenômeno crescente de dominação cultural. E o autor conclui:

Quanto maior for o estoque de especialistas em uma sociedade, maior será sua habilidade em fazer uso de tecnologia de informação e se beneficiar de seu *software*. A sociedade educada é a melhor preparada para

prosperar na nova era, e todas as coisas conspiram contra a sociedade com déficit em seu balanço nacional de talentos (SMITH, p. 29).

Como ficou claro na análise realizada aqui, os países industrializados mais avançados, que reorganizaram sua infra-estrutura de informações, estudando de forma profunda a informação e seu relacionamento com a economia nacional, têm levado total vantagem, nesta era da informação, sobre aqueles menos desenvolvidos, onde a informação não tem sido considerada como um componente sério da equação do desenvolvimento (KIRIGIBE, p. 158).

A solução, segundo KIRIGIBE¹⁶, é que se modifiquem suas infra-estruturas de informação (pessoal, instituições, políticas governamentais e atitudes em relação ao processamento e distribuição da informação) para que comecem a se beneficiar das tecnologias de informação, levando sempre em conta que o conhecimento é hoje o fundamento e a medida do potencial e do poder econômico das nações.

4. *Modelando o novo cenário*

A situação cultural brasileira podemos dizer que se caracteriza pela fragilidade ou falta de integridade cultural, um correlato da dependência econômica. SAMPAIO³⁰ afirma que o crescimento do sistema econômico exige sua própria superação, a qual se dá sob forma de inovação tecnológica. Com a dependência econômica, neutraliza-se o poder unificador do cultural sobre o político, ensejando o surgimento de formas primitivas de ação política: o populismo alterna-se com as ditaduras mais ou menos violentas. Em síntese, tanto o político quanto o cultural passam a servir ao econômico e da degradação econômica generaliza-se a degradação social global. Se, entretanto, a inércia popular, a incompetência das lideranças e os estreitos egoísmos corporativos que parasitam a sociedade e o Estado não permitirem que se empreenda apropriadamente esse reforço de reforma social e de reforma do Estado, não pode haver dúvidas quanto ao fato de que mergulhemos, segundo as palavras de JAGUARIBE¹⁵, dentro dos próximos anos, numa situação de caos.

O Brasil possui os requisitos para se tornar uma próspera democracia moderna, e, para que esse futuro promissor se realize, é necessário que se mobilize um básico consenso nacional. Este programa de reformas sociais começa a nosso ver na educação e na recuperação operacional do setor produtivo e do Estado. No Brasil, é flagrante a distância para sua identidade nacional em face das seguintes razões:

1) Sua fragilidade cultural, espelho de sua formação histórica. MORSE²⁸ analisa o caso do Brasil e da América Ibérica, onde as rupturas com as metrópoles — Espanha e Portugal — fizeram-se por acomodação com o poderio inglês, já em marcha forçada para o apogeu, revelando que, assim, ao contrário de um processo de independência, sofreram os países

da América Ibérica um aumento de dependência equivalente à diferença definida por BAUTISTA³ entre o poderio decadente de suas respectivas metrópoles e o poderio inglês em expansão. BAUTISTA afirma que, com as mudanças dos centros de poder, os métodos coloniais se alteraram, intensificando-se o controle na área econômica, através de um implacável sistema mercantilista que dominou todo o século XIX e o primeiro quarto do século atual.

Com o advento das novas tecnologias e, sobretudo, do uso de sistemas inteligentes, esta dependência pode se tornar muito pior do que na época do colonialismo, gerando cada vez mais miséria para nossa sociedade. E "a pior forma de violência é a miséria de seu povo" (Gandhi).

As universidades sofreram também uma ação reminiscente cultural com efeitos retardatários que ultrapassam os níveis toleráveis de bom senso. As universidades são em si fatos políticos de grande significado, somente possíveis de serem gerados pelos povos livres e sob a égide dos seus mais verdadeiros líderes (BAUTISTA).

O caso brasileiro sofre daquilo que chamamos de "síndrome de servidão" que por falta de vontade política (e não partidária) limitou-se à forma sem pretender o conteúdo, fruto da mente colonizadora e de um inconsciente coletivo com formas culturais degradadas, além do desnível entre "elite" e povo, permitindo que se estabeleçam modos de dominação quase que absolutos. Na realidade as universidades são contaminadas do que BAUTISTA³ chamou de modelo perverso que ignora aspectos essenciais ao desenvolvimento dos países. O sistema político, econômico e social como processo global de aprendizagem, segundo DEUTSCH¹², é possível ser reestruturado como pedagogia, dando à educação pelo menos o valor verdadeiro de "realização existencial do ser humano" (ROHDEN).

2) Sua dependência econômica, fruto da dependência tecnológica, ineficiência do sistema educacional básico e profissional, deriva como consequência a permanente geração da marginalidade econômica e social.

O esforço de interpretação das dificuldades enfrentadas pela economia brasileira gerou um amplo consenso de que, no quadro atual, taxas satisfatórias de crescimento só poderão ser restabelecidas se for elevada a taxa de poupança doméstica e restaurada a capacidade de investimento do governo.

Um estudo de BOTELHO⁷ sugere o lançamento de um programa na área social, educacional e rural que contemple progressiva redistribuição de renda, devendo ser esta a meta dos próximos anos.

3) Sua imaturidade política traduzida por "jogos" sociais de soma nula que SAMPAIO⁸⁰ descreve como aquele jogo em que a soma algébrica de ganhos e perdas dos parceiros, após qualquer número de rodadas, é certamente zero. A falta de maturidade política faz exatamente com que a

simples positividade não possa se estabilizar. A existência do ser humano na sociedade política é a existência histórica, segundo VÖEGELIN⁸⁵, e são aspectos essenciais ao desenvolvimento, numa concepção histórico-filosófica, sintetizada no resultado de uma dinâmica civilizatória que procura suprir as necessidades das nações e dos povos, em suas legítimas aspirações planetárias de paz e liberdade (BAUTISTA).

É no esforço de cooperação, inserido numa tradição de cultura intelectual que está o remédio para a restauração da ciência política junto com o ressurgimento dos julgamentos de valor e da moral ética sem corrupção (VÖEGELIN).

Os três pontos desse cenário atual do país analisados aqui, a fragilidade cultural, a dependência econômica e a imaturidade política, podem ser considerados, em certa medida, como resultado da atitude de nossos líderes (comum a uma grande parte dos países em desenvolvimento) em não considerar a informação como um componente real e bastante forte nos modelos de desenvolvimento do país.

O investimento maciço na formação de recursos humanos altamente qualificados, através do aumento crescente dos recursos para ciência e tecnologia, pesquisa e desenvolvimento e, por via de consequência, o *investimento na produção de informação*, deve estar incorporado às principais metas do nosso governo, a exemplo do que vem acontecendo em regiões menos desenvolvidas da Ásia, já citadas anteriormente, que atingiram em poucos anos um crescimento comparável ao dos Estados Unidos em suas taxas de produtividade e, portanto, em seu grau de desenvolvimento.

Além de investir na produção, porém, é necessário que se viabilize o investimento na distribuição da informação e na infra-estrutura tecnológica necessária, únicos meios de tornarem a informação acessível.

Ora, o acesso à informação relevante, a nível internacional, tem se tornado vital para as nações (KIRIGIBE, p. 158). G. LAU¹⁴ acrescenta que é necessário que os países em desenvolvimento almejem atingir auto-suficiência informacional, tal qual o fazem para o setor industrial, objetivando diminuir as diferenças internacionais e evitando assim "perder" a revolução informacional, tal como o fizeram com a industrial, sendo hoje considerados com baixo padrão de vida, pobres em informações, "ignorantes" em computação e industrialmente ineficientes. A baixa produtividade desses países, segundo o autor, está fortemente relacionada às suas limitadas tecnologias de informação, e seu desenvolvimento econômico os restringe de possuir instituições e pessoas suficientes para gerar todo o conhecimento que é necessário. O autor conclui que a maturidade informacional só é atingida pelas nações com um sólido desenvolvimento sócio-econômico, consequência do estágio pós-industrial.

Todas essas questões se aplicam ao caso do Brasil e todo esse cenário induz à questão do papel dos profissionais de informação do país, que

poderiam assumir as funções do grande "diretor de cenas", com capacidade de *gerenciar* (incluindo todas as facetas que o termo implica) de forma eficiente e eficaz a *informação* (com todas as características e implicações abordadas neste trabalho).

A questão é: "a formação em ciência da informação pode produzir profissionais capazes de positivamente resolver a questão de construir sistemas de informação e prover produtos e serviços de informação diretamente apropriados às necessidades de desenvolvimento? A resposta é não!" (KIRIGIBÉ, p. 160).

O desafio é para os cursos que aí estão. . .

Conclusão

As mudanças de conceitos e idéias que ocorrem hoje provocam a necessidade de uma profunda transformação em nossa visão de mundo. Da energia da revolução industrial à informação da revolução pós-industrial e desta a outros espaços mais conectados com outra atualidade, este processo de transformação cultural segue um padrão regular de *ascensão, apogeu, declínio e desintegração* característico da evolução cultural. O desafio das situações é que somente a mudança tem sido permanente num processo contínuo da dinâmica do equilíbrio.

O ponto de mutação (CAPRA), ao se aproximar, envolve a necessidade de compreensão de que mudanças evolutivas não podem ser impedidas por ações políticas e isto pode ser uma esperança para o futuro.

Os custos da crise mundial em que vivemos têm dimensões intelectuais, morais e espirituais. O tempo e o espaço do quaternário estruturam-se para permitir uma nova alavancagem de nossa humanidade. As próximas décadas afetam diretamente nossa profissão de informação. No Brasil, além da poluição cartorial sobre o meio ambiente profissional, temos um macroambiente produzindo um desequilíbrio que requer ajustes criativos. A expansão do conceito de Telecasas e sistemas de informação inteligentes do tipo convivial (BOTELHO & ROBREDO) são úteis para a reorganização do estrato social. Entretanto, estas transformações equivalem a uma fase de transição, avanços que ocorrem em ciclos anteriores da história humana (CAPRA). Estas mudanças foram desde o declínio do patriarcado, o final da era do combustível fóssil e o novo paradigma que ocorre no pensamento, percepção e valores que formam uma determinada visão da realidade.

Necessitamos de reexaminar as premissas de valores de nossa cultura como profissionais da informação, o que envolve uma profunda mudança na nossa mentalidade. Esta mudança deve ser igualmente acompanhada de uma alteração nas relações sociais e formas de organização social que vão além de reajustamentos metodológicos, tecnológicos, econômicos ou políticos.

Esta fase de reavaliação e renascimento humano profissional é importante para minorar as discórdias e rupturas ocorridas nestes tempos de

mudança. As atitudes e comportamentos deverão refletir um novo sistema de valores onde surgem líderes mais compatíveis com a transição de culturas harmoniosas e pacíficas. A dinâmica de equilíbrio desta mudança é de uma interação dialética de opostos. Os resultados são decorrentes de uma nova educação (BAILEY) que terá o seguinte perfil:

- 1) fomento do sentido de síntese e espírito de grupo;
- 2) condução à plenitude da capacidade de cada um;
- 3) desenvolvimento da intuição e da capacidade de contato com o mundo das idéias;
- 4) a unificação e identificação da personalidade centrada;
- 5) desenvolvimento da mente como instrumento intermediário da personalidade, com aspirações superiores a serviço do Bem.

BIBLIOGRAFIA

- 1 ATTENBOROUGH, R. *As palavras de Gandhi*. Rio de Janeiro, Record, 1982.
- 2 BAILEY, Alice. *La educación en la nueva era*. Buenos Aires, Kier, 1954.
- 3 BAUTISTA VITAL, J. N. *De estado servil a nação soberana*. Petrópolis, Vozes, 1987.
- 4 BELL, Daniel. The post-industrial society: a conceptual Schema. In: CAWKELL, A. E., ed. *Evolution of an information society*. Londres, ASLIB, 1987, pp. 60/75.
- 5 BOTELHO, Tânia Mara. A indústria de informação no Brasil. *Revista de Biblioteconomia de Brasília*, 13(2):215-24, jul./dez. 1985.
- 6 ————. A informação disponível em sistemas no Brasil. *Dados e Idéias*, 1(6):57-62, jun./jul. 1976.
- 7 ————. & ROBREDO, Jaime. Telecottages: a need for the development of the quaternary information sector. In: *Anais da International Conference of the Telecottages International*, Lisboa, 1-5 abril 1989. Lisboa, 1989.
- 8 CAPRA, F. *O ponto de mutação*. São Paulo, Cultrix, 1982.
- 9 CLAUDIO PORTO & CONSULTORES ASSOCIADOS. *Sistemas de informação, planejamento e cenários: treinamento conceitual*. Brasília, IBICT, 1987.
- 10 CRONIN, Blaise. Post-industrial society: some manpower issues for the library/information profession. *Journal of Information Science*, 7(1):1-14, 1983.
- 11 CRONIN, Blaise. Towards information-based economics. *Journal of Information Science*, 12(3):129-37, 1986.
- 12 DEUTSCH, Karl. On the learning capacity of large political systems. In: KOCHEN, Manfred. *Information for action: from knowledge to wisdom*. Nova York, Academic Press, 1975.
- 13 G. LAU, Jesus. *A study of selected social variables influencing information development in low, middle and highly developed countries: an assessment for the period 1960-1977*. Sheffield, University of Sheffield, 1988. (Tese de Doutorado).

14 G. LAU, Jesus. Will developing countries miss the information revolution, too? In: *International on line Information Meeting*, 11, London, 8-10 December, 1987. Londres, 1987.

15 JAGUARIBE, H. et alii. *Brasil: reforma ou caos*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989.

16 KIRIGIBE, Harry H. Development of information science. *International Library Review*, 21(2):157-63, April 1989.

17 KOCHEN, Manfred. Information and society. *Anual Review of Information Science and Technology*, 18:277-304, 1983.

18 KOCHEN, Manfred. A new concept of information society. In: CAWKELL, A. E., ed. *Evolution of an information society*. Londres, ASLIB, 1987, pp. 141-54.

19 MACHLUP, Fritz. Knowledge production and occupation structure. In: CAWKELL, A. E., ed. *Evolution of an information society*. Londres, ASLIB, 1987, pp. 31-45.

20 MARTIN, William J. The information society: idea or entity? *ASLIB Proceedings*, 40(11/12):303-9, nov./dec. 1988.

21 MASUDA, Y. *A sociedade de informação como sociedade pós-industrial*. Trad. de Kival C. Weber e Ângela Mellin. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1982.

22 MINC, Alain. The information of society. In: CAWKELL, A. E., ed. *Evolution of an information society*. Londres, ASLIB, 1987, pp. 134-40.

23 MORSE, R. M. *O espelho do próspero: cultura e idéias nas Américas*. São Paulo, Companhia das Letras, 1988.

24 NORA, S. & MINC, A. *A informatização da sociedade*. Rio de Janeiro, FGV, 1980.

25 OCDE, Paris. *Trends in the information economy*. Paris, 1986. (ICP Series, 11).

26 PARKER, Edwin B. Information and Society. In: CAWKELL, A. E., ed. *Evolution of an information society*. Londres, ASLIB, 1987, pp. 46-59.

27 O PENSAMENTO vivo de Gandhi. Rio de Janeiro, Tecnoprint, 1985. (Coleção O Pensamento Vivo).

28 RATH, Charla M. & CLEMENT, John C. B. Information policy science and technology. *Anual Review of Information Science and Technology*, 23:35-57, 1988.

29 ROHDEN, H. *Educação do homem integral*. São Paulo, Alvorada, 1980.

30 SAMPAIO, L. S. *Informática e cultura nova*. Rio de Janeiro, EMBRATEL, 1984.

31 SMITH, Anthony. Information technology and the myth of abundance. In: CAWKELL, A. E., ed. *Evolution of an information society*. Londres, ASLIB, 1987, pp. 14-30.

32 TOFFLER, Alvin. *Previsões e premissas*. Trad. de Ruy Jungman. Rio de Janeiro, Record, 1983.

33 TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1981.

34 TOMELIN, Mário. *O quaternário: seu espaço e poder*. Brasília, UnB, 1988.

35 VOEGELIN, E. *A nova ciência política*. Brasília, UnB, 1982.

36 KREMA, R. *Introdução à visão holística: breve relato de viagem do velho ao novo paradigma*. São Paulo, Semmus, 1989.

Lei dos Partidos Políticos da República Federal da Alemanha

(Versão de 3 de março de 1989)

Tradução de ULF GREGOR BARANOW

Professor da Unb e Tradutor
do Senado Federal.

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

§ 1. *Posição jurídico-constitucional e atribuições dos partidos.*

(1) Os partidos são parte integrante necessária da ordem fundamental das liberdades democráticas. Com sua atuação livre e permanente na formação da vontade política¹ do povo, cabe-lhes cumprir uma função pública, a qual lhes é assegurada pela Lei Fundamental.

(2) Os partidos políticos participam na formação da vontade política¹ do povo em todos os setores da vida pública, cabendo-lhes em particular:

influir na formação da opinião pública;

estimular e aprofundar a formação política;

Nota Explicativa:

Mantivemos na tradução da presente lei a ordem de classificação do texto original, relativamente às subdivisões, a saber: parágrafo, inciso, número. Na prática legislativa alemã tende-se ao uso de períodos mais breves e, diferentemente da tradição jurídica brasileira, fazem-se referências à ordem seqüencial desses períodos ou frases (*Satz, Sätze*) no interior de seus respectivos artigos ou parágrafos, sem que esses períodos ou frases estejam enumerados explicitamente. Para essas referências empregamos aqui, na falta de tradução mais apropriada, o termo "alínea" numa acepção ligeiramente diversa da usual.

Fonte: Bundesgesetzblatt I, 327; e III, 112.

promover a participação dos cidadãos na vida política;

formar cidadãos capacitados ao desempenho de responsabilidades públicas;

participar nas eleições por meio da apresentação de candidatos, em nível federal, estadual e municipal;

influir sobre a evolução política no Parlamento e no Governo;

incorporar os objetivos políticos por eles elaborados no processo da vontade política do Estado; e

possibilitar um relacionamento efetivo entre o povo e os órgãos do Estado.

(3) Os partidos fixarão seus objetivos em programas políticos.

§ 2. *Conceito de partido.*

(1) Os partidos são agremiações políticas de cidadãos, as quais, em caráter permanente ou temporário, influem na formação da vontade política no âmbito federal ou estadual, e que aspiram participar na representação do povo no Parlamento Federal Alemão, ou em Assembléias Estaduais, desde que, nas condições efetivamente vigentes, em especial pela abrangência e consolidação de sua organização, número de filiados e atuação pública, ofereçam garantias suficientes sobre a seriedade de tais objetivos. Somente pessoas físicas poderão filiar-se aos partidos.

(2) Uma agremiação perderá sua condição jurídica de partido, no caso de ela não ter participado, com candidatos próprios, durante seis anos consecutivos, de eleições federais ou de eleições estaduais.

(3) Não será considerado partido a agremiação política:

1. Cujos filiados ou membros de seu diretório forem majoritariamente estrangeiros;

2. Cujas sede ou gerência estiver situada fora do âmbito de vigência da presente lei.

§ 3.º *Legitimidade ativa e passiva.*

O partido poderá propor ação ou ser acionado em juízo apenas sob a sua denominação partidária, o mesmo se aplicando às suas seções regio-

nais hierarquicamente superiores, contanto que os estatutos partidários não contenham disposição em contrário.

§ 4. *Denominação.*

(1) A denominação partidária deverá diferenciar-se nitidamente daquela de um partido político já existente, exigindo-se o mesmo em relação às siglas partidárias. Na propaganda eleitoral e nos procedimentos eleitorais será utilizada exclusivamente a denominação ou sigla fixada pelo estatuto, podendo ser omitidas designações complementares.

(2) As agremiações partidárias regionais são portadoras da denominação de seu respectivo partido, à qual é acrescentada a sua posição hierárquica na organização partidária. A designação complementar caracterizadora de agremiações partidárias regionais poderá ser apenas acrescentada à denominação do partido. Na propaganda em geral e na propaganda eleitoral, a designação complementar poderá ser omitida.

(3) As agremiações partidárias regionais que se desligarem do partido perderão o direito de continuar a utilizar-se da denominação deste partido. Uma nova denominação partidária não poderá consistir de simples complemento à denominação anteriormente utilizada, o mesmo se aplicando às siglas.

§ 5. *Igualdade de condições.*

(1) Havendo concessão de uso de locais ou de outras facilidades aos partidos por um titular do Poder Público, todos os partidos deverão receber tratamento em igualdade de condições. A amplitude das facilidades concedidas poderá ser determinada de acordo com a importância dos partidos, podendo essa amplitude restringir-se ao mínimo necessário à consecução de seus fins. Na avaliação da importância de um partido, será levado em consideração também seu desempenho nas últimas eleições para uma representação popular. As facilidades concedidas a um partido representado no Parlamento Federal Alemão ao nível de bancada, deverão atingir pelo menos a metade daquelas oferecidas a qualquer outro partido.

(2) Para a concessão de facilidades pelos Poderes Públicos relativas às eleições aplicar-se-á durante a campanha eleitoral o disposto no inciso 1, exclusivamente àqueles partidos que estejam concorrendo com candidatos próprios.

(3) As facilidades concedidas pelos Poderes Públicos nos termos do inciso 1 poderão ser condicionadas a determinadas exigências objetivas, a serem cumpridas por todos os partidos beneficiados.

(4) Permanece inalterada a aplicação do que dispõe os §§ 18 a 22.

CAPÍTULO II

ORDEM INTERNA

§ 6. *Estatuto e programa.*

(1) O partido disporá, sob forma escrita, de um estatuto e de um programa. As seções partidárias regionais deverão regulamentar seus negócios por estatutos próprios, na ausência de regulamentos específicos nos estatutos da seção partidária hierarquicamente superior.

(2) Os estatutos deverão conter disposições sobre:

1. denominação e, quando couber, sigla, sede e região de atuação do partido;

2. admissão e desligamento de filiados;

3. direitos e deveres dos filiados;

4. medidas disciplinares previstas contra filiados e disposições sobre sua exclusão (§ 10, incisos 3 a 5);

5. medidas disciplinares permitidas contra seções partidárias regionais;

6. estrutura geral do partido;

7. composição e competência do diretório e dos demais órgãos;

8. decisões relativas aos assuntos previstos no § 9, pelas assembleias de filiados e assembleias de representantes;

9. condições, forma e prazo de convocação das assembleias de filiados e assembleias de representantes, bem como a homologação das decisões;

10. seções partidárias regionais e órgãos habilitados à apresentação (endosso) de candidaturas a cargos eletivos de representação popular, na ausência de dispositivos legais específicos a respeito;

11. referendo dos filiados e procedimento a ser aplicado, quando decidida em convenção partidária a extinção de partido ou de seção partidária regional ou a fusão com outros partidos, nos termos do § 9, inciso 3. Em conformidade com o referendo, a decisão será confirmada, alterada ou anulada;

12. forma e conteúdo de uma regulamentação financeira, em cumprimento aos dispositivos estabelecidos no Capítulo VI da presente lei.

(3) O diretório do partido comunicará ao diretor eleitoral federal:

1. os estatutos e o programa do partido;
2. os nomes dos membros do diretório do partido e das seções partidárias estaduais, indicando suas respectivas funções;
3. extinção do partido ou de uma seção partidária estadual.

Alterações relativas à alínea 1, n.^{os} 1 e 2, serão comunicadas até 31 de dezembro do ano civil. A documentação apresentada, estando sob os cuidados do diretor eleitoral federal, ficará à disposição de quem sobre ela queira informar-se. A pedido, serão fornecidas gratuitamente cópias dessa documentação.

(4) Aos partidos cuja organização for restrita a um Estado (partidos estaduais) aplicar-se-ão os regulamentos pertinentes ao partido, referidos na presente lei.

§ 7. Estrutura.

(1) Os partidos serão estruturados em seções partidárias regionais. Extensão e abrangência das seções partidárias regionais serão fixadas nos respectivos estatutos. A estrutura regional deverá proporcionar aos filiados participação adequada na formação da vontade do partido¹. Restringindo-se a organização de um partido a uma cidade-estado², tal organização ficará dispensada de constituir seções regionais; será considerada partido nos termos da presente lei. É permitida a associação organizacional de várias seções partidárias regionais, se isto não vier em detrimento da organização do partido como um todo.

(2) Inexistindo seções partidárias estaduais em um partido, aplicar-se-ão, no que couber, os regulamentos da presente lei, relativos às seções partidárias hierarquicamente subordinadas.

§ 8. Órgãos.

(1) A assembléia de filiados e o diretório são órgãos constitutivos necessários ao partido e às suas seções regionais. O estatuto poderá dispor que, nas seções partidárias supra-regionais, a assembléia de filiados seja

1 Al. *Willensbildung* (cf. § 1, inciso 1; § 2, inciso 1; § 8, inciso 2 e § 15) significa literalmente "formação da vontade", no presente contexto, no âmbito político e partidário. No caso do § 15, refere-se aos rumos a serem tomados pelo partido, pressupondo, naturalmente, tomada de decisões.

2 Algumas cidades alemãs como Berlim, Hamburgo e Bremen têm o status jurídico de unidades federativas.

substituída por uma assembléia de representantes, cujos membros serão eleitos para um mandato de no máximo dois anos pelas assembléias de filiados, ou pelas assembléias de representantes das seções partidárias hierarquicamente subordinadas. Na hipótese de contar com mais de 250 filiados, o partido estadual sem seções partidárias regionais (§ 7, inciso 1, alínea 4) poderá substituir a assembléia de filiados por uma assembléia de representantes. Poderão ser formadas assembléias de representantes também no caso de agremiações partidárias locais com mais de 250 filiados, ou agremiações localizadas em áreas de grande extensão territorial.

(2) Os estatutos poderão prover a criação de outros órgãos destinados à formação da vontade política¹ nas respectivas seções partidárias regionais. Deverão ser caracterizados expressamente como tais nos respectivos estatutos.

§ 9. Assembléia de filiados e assembléia de representantes (convenção partidária, assembléia geral).

(1) A assembléia de filiados e a assembléia de representantes (convenção partidária, assembléia geral) constitui o órgão máximo de cada seção partidária regional. Nas seções partidárias regionais hierarquicamente superiores, este órgão é denominado "convenção partidária", e nas seções hierarquicamente subordinadas é denominado "assembléia geral"; os dispositivos seguintes sobre a convenção partidária aplicam-se também à assembléia geral. As convenções partidárias realizar-se-ão pelo menos uma vez a cada dois anos.

(2) Aos membros do diretório e aos membros de outros órgãos da seção partidária regional, bem como às pessoas que preenchem as condições referidas no § 11, inciso 2, é facultado participarem de assembléias de representantes, nos termos do estatuto, sendo-lhes vedado exceder um quinto do total de filiados nos termos do estatuto, com direito a voto, presentes à assembléia.

(3) A convenção partidária deliberará, nos limites da competência da respectiva seção partidária regional, sobre os programas partidários, estatutos, regimento de anuidades dos filiados, regimento de arbitragem, extinção e fusão com outros partidos.

(4) A convenção partidária elegerá o presidente da seção regional, seus suplentes e demais membros do diretório, os membros de outros órgãos, bem como os representantes de órgãos de seções partidárias regionais hierarquicamente superiores, desde que a presente lei nada estipule em contrário.

(5) A convenção partidária apreciará pelo menos a cada dois anos o relatório de atividades do diretório, submetendo-o à votação. A parte do

relatório referente às finanças, antes de sua apresentação, será submetida a auditores eleitos pela convenção.

§ 10. *Direitos dos filiados.*

(1) Os órgãos competentes do partido deliberarão livremente nas condições fixadas pelo estatuto, sobre a filiação partidária. A decisão denegatória de pedido de filiação não necessita de justificativa. É vedada a suspensão geral de admissões, ainda que temporária. Não podem filiar-se a um partido aqueles que, em decorrência de sentença judicial, tiverem suspensa a sua elegibilidade ou seu direito de voto.

(2) Os eleitores filiados a partido político e os representantes nos órgãos partidários têm o mesmo direito de votar. O exercício do direito de voto, em conformidade com o estatuto, poderá ser condicionado ao pagamento das anuidades devidas pelo filiado. Este tem o direito de cancelar sua filiação partidária a qualquer momento.

(3) O estatuto deverá conter dispositivos sobre:

1. medidas disciplinares previstas contra filiados;
2. os casos em que é permitida a aplicação de medidas disciplinares;
3. os órgãos do partido autorizados a aplicarem medidas disciplinares.

No caso de destituição de cargo ou de declaração de incapacidade comprovada para seu desempenho, a decisão será acompanhada de justificativa.

(4) O cancelamento da filiação partidária verificar-se-á, apenas, quando o filiado tiver contrariado deliberadamente o estatuto ou os princípios e regulamentos do partido, causando-lhe dano grave e irreparável.

(5) Sobre o cancelamento da filiação decidirá o Tribunal de Arbitragem, nos termos do Regimento de Arbitragem. Garantir-se-á recurso a um Tribunal de Arbitragem hierarquicamente superior. As decisões serão justificadas por escrito. Em casos urgentes ou graves, que exijam atuação imediata, o diretório do partido ou de uma seção partidária regional poderá suspender os direitos de um filiado, até a decisão final do Tribunal de Arbitragem.

§ 11. *Diretório.*

(1) O diretório será eleito a cada dois anos, devendo compor-se de no mínimo três membros.

(2) Do diretório poderão, nos termos do estatuto, participar deputados ou outras personalidades do partido, cuja função ou mandato lhes tenha sido conferido em virtude de eleições. A proporção dos membros não escolhidos, nos termos do § 9, inciso 4, não deverá exceder um quinto do número total de membros do diretório. Ficará vedado ao presidente e ao tesoureiro do partido exercerem funções análogas em fundação política afinada com os ideais do partido.

(3) A seção partidária regional será dirigida pelo diretório, que conduzirá seus negócios nos termos da lei e dos estatutos, e em conformidade com as decisões tomadas pelos órgãos hierarquicamente superiores. O diretório representará a seção partidária regional nos termos do disposto no § 26, inciso 2 do Código Civil, exceto nos casos em que for prevista uma regulamentação própria pelo estatuto.

(4) Dentre os membros do diretório poderá ser constituído um diretório executivo (mesa diretora), habilitado a executar as decisões e tratar dos negócios usuais e urgentes do diretório. Seus membros poderão ser eleitos pelo diretório ou nomeados segundo dispõe o estatuto.

§ 12. *Comissões partidárias em geral.*

(1) Os membros de comissões partidárias em geral e entidades afins, com atribuições abrangentes, consoante o estatuto, relativas à deliberação ou decisão de questões políticas ou organizacionais do partido, poderão ser eleitos também pelas seções partidárias hierarquicamente subordinadas.

(2) É facultado aos membros do diretório e às pessoas físicas referidas no § 11, inciso 2, fazerem parte de comissões partidárias em geral e entidades afins, nos termos do estatuto. A proporção de membros não eleitos não poderá exceder um terço do número total de membros do respectivo órgão; dele poderão participar outros membros com direito apenas a voz, sem ultrapassar da metade do número total de membros desse órgão.

(3) O mandato dos membros eleitos para os órgãos referidos no inciso 1 terá duração máxima de dois anos.

§ 13. *Composição das assembleias de representantes.*

Será fixada estatutariamente a composição de uma assembleia de representantes ou de outros órgãos, consistindo no todo ou em parte de representantes de assembleias partidárias regionais. O número de representantes da seção partidária regional será fixado, em primeiro plano, de acordo com o número dos filiados a serem representados. O estatuto poderá determinar que os demais representantes, até no máximo a metade do número total, seja distribuído proporcionalmente pelas seções partidárias regionais, de acordo com os votos obtidos por estas nas últimas eleições

para órgãos de representação na Assembléia ou no Parlamento. O exercício do direito do voto poderá ser condicionado ao pagamento das contribuições pela seção partidária regional.

§ 14. Tribunais de Arbitragem do Partido.

(1) Serão formados Tribunais de Arbitragem, pelo menos junto ao partido em nível nacional e junto às seções partidárias regionais hierarquicamente mais elevadas, com a finalidade de arbitrar ou decidir em casos de conflitos do partido, ou de uma seção partidária regional com filiados individuais, bem como de conflitos relativos à interpretação ou à aplicação do estatuto. É facultada a criação de Tribunais de Arbitragem, em nível de distrito eleitoral, comuns a várias seções partidárias regionais.

(2) Os membros dos Tribunais de Arbitragem serão eleitos para um mandato de, no máximo, quatro anos. É vedado a esses membros pertencerem a diretórios de partido ou de seção partidária regional, sendo-lhes ainda vedado manter relação empregatícia com o partido ou com uma seção partidária regional ou deles regularmente receber proventos. Esses membros serão independentes e não sujeitos a cumprir ordens superiores.

(3) De acordo com o estatuto, nos Tribunais de Arbitragem em geral, ou em casos especiais, poderão participar vogais, nomeados paritariamente pelas partes litigantes.

(4) Deverá ser baixado um Regimento Interno do Tribunal de Arbitragem, destinado a regulamentar suas atividades específicas, garantindo o direito de audiência às partes litigantes, procedimento justo e o direito de recusar, por suspeição, a participação de membro do referido Tribunal.

§ 15. Tomada de decisão¹ nos órgãos partidários.

(1) Os órgãos partidários tomarão suas decisões por maioria simples de votos, desde que não seja exigida a maioria absoluta pela lei ou pelo estatuto.

(2) A votação para membros do diretório, assembléias de representantes ou órgãos das seções partidárias regionais hierarquicamente superiores será realizada em escrutínio secreto. Nas demais votações, o voto poderá ser aberto, desde que não haja manifestação em contrário pelos membros presentes, previamente ouvidos.

(3) O direito de petição será regulamentado de modo a possibilitar uma tomada de decisão democrática, possibilitando especialmente às minorias apresentarem livremente suas propostas. Nas assembléias das seções partidárias regionais hierarquicamente superiores ficará assegurado o direito de petição aos representantes de pelo menos duas seções regionais,

respectivamente subordinadas em termos hierárquicos. Em eleições e votações é vedada a vinculação a resoluções de outros órgãos.

§ 16. *Medidas disciplinares contra seções partidárias regionais.*

(1) A dissolução e exclusão de seções partidárias regionais, bem como a exoneração coletiva de órgãos daquelas seções, serão permitidas apenas em casos de infrações graves contra os princípios ou a ordem do partido. O estatuto conterà dispositivos sobre:

1. quais os motivos que permitem a aplicação de medidas disciplinares;

2. qual a seção partidária regional hierarquicamente superior e qual o órgão dessa seção que podem aplicar essas medidas.

(2) O diretório do partido ou de uma seção partidária regional hierarquicamente superior necessita, para aplicar medida disciplinar, da ratificação por um órgão superior. Cessará a vigência da medida, na hipótese de não haver ratificação na convenção partidária subsequente.

(3) Contra medidas nos termos do inciso 1, será permitido o recurso a um Tribunal de Arbitragem.

CAPÍTULO III

APRESENTAÇÃO DE CANDIDATOS

§ 17. *Apresentação de candidatos.*

A apresentação de candidatos a cargos eletivos de órgãos de representação popular far-se-á em escrutínio secreto. A apresentação de candidaturas será regulamentada nas leis eleitorais e nos estatutos dos partidos.

CAPÍTULO IV

RESTITUIÇÃO DE CUSTOS DECORRENTES DA CAMPANHA ELEITORAL

§ 18. *Princípios e forma de restituição de custos decorrentes da campanha eleitoral.*

(1) Os custos necessários para uma campanha eleitoral apropriada serão restituídos aos partidos que tiverem participado das eleições para o Parlamento Federal Alemão com candidaturas próprias. Os custos eleitorais correspondem ao valor médio fixado em 5,00 marcos alemães por

eleitor, nas eleições para o Parlamento Federal Alemão (dotação financeira eleitoral), além do subsídio básico, de acordo com o disposto no inciso 6.

(2) A dotação financeira eleitoral será distribuída aos partidos que nas eleições precedentes obtiveram pelo menos:

1. 0,5% (meio por cento) dos segundos votos válidos, computados em nível nacional; ou

2. 10% (dez por cento) dos primeiros votos válidos, computados em um distrito eleitoral, na hipótese em que, nesse Estado, o respectivo partido não tiver concorrido com uma lista estadual própria.

(3) O rateio da dotação financeira eleitoral far-se-á:

1. no caso dos partidos que preenchem o disposto no inciso 2, n.º 1, proporcionalmente aos segundos votos obtidos em nível nacional;

2. no caso de um partido preencher as condições estipuladas no inciso 2, n.º 2, computando-se o valor médio de 5,00 marcos alemães para cada um dos primeiros votos computados nos distritos eleitorais, em que o partido tiver alcançado, no mínimo, 10% dos votos.

(4) Os incisos 1 a 3 serão aplicados, no que couber, às candidaturas apresentadas por eleitores, nos termos dos §§ 18 e 20 da Lei Eleitoral Federal, no caso em que esses candidatos tiverem obtido no mínimo 10% dos votos válidos computados em um distrito eleitoral.

(5) Ao ser fixada a participação dos partidos na dotação financeira eleitoral, de acordo com o inciso 3, n.º 1, serão deduzidos do montante global dessa dotação os itens referentes aos partidos, nos termos do inciso 3, alínea 2, e aqueles referentes aos candidatos, nos termos do inciso 4.

(6) Os partidos que houverem obtido no mínimo 2% dos segundos votos válidos computados em nível nacional receberão pelas eleições parlamentares, além do montante fixo, nos termos do inciso 1, um subsídio básico no valor de 6% do montante fixado no inciso 1. O subsídio básico, a ser entregue ao partido, não poderá exceder de 80% de sua participação na dotação financeira eleitoral (inciso 3).

(7) A soma das restrições com recursos públicos, dos custos decorrentes de campanhas eleitorais, adequadamente realizadas, não excederá a receita total do partido, prevista no § 24, inciso 2, alíneas 1 a 5 e 8, no segundo ano civil, após a restituição dos custos referentes à campanha das eleições federais, e nos três anos anteriores. Quantias pagas ultrapassando este limite serão deduzidas da restituição seguinte.

(8) Antes de modificar composição e montante da restituição de custos decorrentes da campanha eleitoral, uma comissão de consultores independentes, nomeada pelo Presidente Federal, apresentará recomendações pertinentes ao Parlamento Federal Alemão.

§ 19. *Processo de restituição.*

(1) A fixação e o pagamento da restituição (que se compõe da participação na dotação financeira eleitoral, acrescida do subsídio básico) deverá ser requerida por escrito ao Presidente do Parlamento Federal Alemão, no prazo de dois meses após a convocação parlamentar. O montante requerido poderá restringir-se a uma parcela do montante total restituível.

(2) A restituição será fixada e efetuada pelo Presidente do Parlamento Federal Alemão. Adiantamentos já efetuados, de acordo com o § 20, serão abatidos, sem prejuízo do disposto no § 23a.

§ 20. *Adiantamentos financeiros.*

(1) Aos partidos que nas eleições precedentes obtiveram resultados pelos quais se teriam qualificado a receber restituição, receberão, a seu pedido, adiantamentos financeiros sobre o montante restituível. Os adiantamentos financeiros poderão ser efetuados no segundo e terceiro ano da Legislatura do Parlamento Federal Alemão, bem como no ano eleitoral, sendo vedado exceder 20% do montante total, restituível segundo o resultado do pleito eleitoral precedente.

(2) O requerimento para adiantamentos financeiros será dirigido por escrito ao Presidente do Parlamento Federal Alemão.

(3) Em caso de término antecipado da Legislatura do Parlamento Federal Alemão, seu Presidente poderá conceder adiantamentos financeiros antes das eleições parlamentares federais, diferentemente do disposto no inciso 1, alínea 2, desde que não excedam de 60% das quantias de restituição de custos.

(4) Os adiantamentos financeiros serão devolvidos após as eleições, no caso de excederem a quantia fixada para restituição de custos decorrentes da campanha eleitoral, ou quando não se configurou o direito àquela restituição.

§ 21. *Provisão de recursos federais.*

(1) Os recursos necessários ao disposto nos termos dos §§ 18 e 20 serão incluídos no orçamento federal.

(2) Ao Tribunal Federal de Contas cabe examinar, se o Presidente do Parlamento Federal Alemão, na função de órgão co-responsável, resti-

tuiu os custos decorrentes da campanha eleitoral, nos termos do presente capítulo.

§ 22. *Restituição de custos da campanha eleitoral nos Estados.*

Cabe aos Estados ³ baixarem dispositivos referentes à restituição de custos decorrentes de campanha eleitoral para as eleições estaduais. Esses custos deverão limitar-se ao previsto no § 18, incisos 1, 6 e 7 e §§ 19 e 20. No caso das minorias nacionais, a restituição independe de uma quota de participação mínima de votos obtidos.

CAPÍTULO V

BÔNUS ELEITORAL COMPENSATÓRIO

§ 22a. *Cálculo e pagamento do bônus eleitoral compensatório.*

(1) Os partidos que, de acordo com o resultado das últimas eleições federais antes de 31 de dezembro (data-limite), tiverem alcançado pelo menos 0,5% dos votos válidos computados em nível nacional, receberão anualmente um determinado montante a título de bônus eleitoral compensatório. ⁴

(2) O bônus eleitoral compensatório é calculado da seguinte forma:

Para os partidos que obtiveram no mínimo 5% dos segundos votos válidos nas últimas eleições federais antes da data-limite, serão fixados os seguintes valores-base: calcula-se 40% sobre o montante total, que se compõe por um lado da soma das anuidades pagas pelos filiados do partido, conforme a prestação de contas deste (§ 24) no ano anterior, dividindo-se esta soma pelo número dos filiados mencionados naquela prestação de contas, e por outro lado, da soma das doações recebidas pelo partido, dividida pelo número de votos segundos válidos, obtidos pelo mesmo partido. O valor-base mais elevado será multiplicado pelo número de filiados e pelo número de segundos votos obtidos pelo partido, nos termos do inciso 1. As diferenças decorrentes de ambos os cálculos, isto é, entre os resultados obtidos conforme o disposto na alínea 3 acima, e os 40% do montante total dos recursos obtidos pelo partido a partir das anuidades dos filiados e de doações, nos termos da alínea 1 acima, serão somadas e divididas por dois, resultando o montante do bônus eleitoral compensatório a que

3 Al. Land (plural: Länder), neste caso, significa Estado enquanto unidade federativa.

4 Al. *Chancenausgleich* significa literalmente "provimento de igualdade de condições e/ou perspectivas". Pelo presente instituto destinam-se recursos federais sob forma de bônus a partidos menores, que alcançaram um teto mínimo de votos, promovendo-lhes a competitividade. Inexistindo uma tradução equivalente, preferiu-se representar o conceito de forma descritiva.

faz jus o respectivo partido. Este montante não poderá exceder 10% da totalidade dos custos eleitorais do partido com direito à restituição, decorrentes da campanha eleitoral precedente.

(3) As quotas de bônus eleitoral compensatório serão fixadas pela Presidência do Parlamento Federal Alemão, sendo o pagamento efetuado nos primeiros 60 dias do ano civil subsequente à data-base.

(4) O Presidente do Parlamento Federal Alemão comunicará por escrito aos partidos o montante das quotas.

(5) Quotas de bônus eleitoral compensatório serão pagas, pela primeira vez, com referência ao ano fiscal de 1984.

(6) Relativamente a alterações na composição e no montante do bônus eleitoral compensatório, aplicar-se-á, no que couber, o disposto no § 18, inciso 8.

CAPÍTULO VI PRESTAÇÃO DE CONTAS

§ 23. *Obrigações de prestar contas publicamente.*

(1) O diretório do partido prestará contas publicamente, por meio de relatório, no final do ano fiscal, sobre a procedência e aplicação dos recursos financeiros, recebidos pelo partido no decorrer do ano fiscal, bem como sobre os bens do partido. No relatório da prestação de contas será também incluído o número dos filiados contribuintes.

(2) A prestação de contas será revisada por auditor ou empresa de auditoria, cumprindo as determinações dos §§ 29 a 31. Será apresentada até 30 de setembro do ano fiscal seguinte ao Presidente do Parlamento Federal Alemão, e por ele distribuído sob forma de impresso oficial do Parlamento. Havendo razões especiais, poderá o Presidente do Parlamento Federal Alemão prorrogar o prazo até três meses. A prestação de contas do partido será apresentada na primeira convenção partidária após a sua publicação.

(3) Cabe ao Presidente do Parlamento Federal Alemão examinar se a prestação de contas corresponde às normas expressas no presente capítulo. O resultado desse exame será incluído no parecer, nos termos do inciso 5.

(4) Não serão efetuados pagamentos nos termos dos §§ 18 a 20 e 22a, enquanto não for apresentada prestação de contas, atendendo aos dispositivos contidos no presente capítulo.

(5) O Presidente do Parlamento Federal Alemão apresentará anualmente relatório perante o Parlamento sobre a evolução das finanças dos

partidos e sobre as prestações de contas dos mesmos. O relatório será distribuído sob forma de impresso parlamentar.

§ 23a. *Doações recebidas à revelia da lei.*

(1) Tendo um partido recebido doações à revelia da lei, ou tendo utilizado recursos financeiros contrariando dispositivos da presente lei, ou no caso de ter omitido as respectivas referências na prestação de contas (§ 25, inciso 2), este partido perderá o direito à restituição de custos decorrentes da campanha eleitoral no valor de duas vezes o montante dos recursos obtidos de modo indevido ou em descumprimento da presente lei. As doações obtidas à revelia da lei serão encaminhadas à Mesa Diretora do Parlamento Federal Alemão.

(2) Serão consideradas indevidas, nos termos do § 25, inciso 1, alínea 2, as doações que, contrariando o disposto no § 25, inciso 3, não forem encaminhadas, de imediato, à Mesa Diretora do Parlamento Federal Alemão.

(3) A Mesa Diretora do Parlamento Federal Alemão encaminhará os recursos entrados durante o ano civil, no início do ano seguinte, a instituições com fins caritativos, eclesiásticos, religiosos ou científicos.

(4) Não se aplicará o inciso 1 no caso em que os Estados tiverem elaborado regulamentação para as seções partidárias estaduais, e respectivas seções hierarquicamente subordinadas. Os partidos deverão incluir em seus estatutos dispositivos para os casos em que se fizerem necessárias medidas nos termos do inciso 1, em relação às seções partidárias estaduais ou às seções regionais hierarquicamente subordinadas.

§ 24. *Prestação de contas.*

(1) Constará da prestação de contas o cálculo da receita e da despesa e dos bens de capital. Na prestação de contas da Direção Nacional do Partido serão incluídas, separadamente, as prestações de contas das seções federal e estadual, e as prestações de contas das seções hierarquicamente subordinadas, discriminadas por seção estadual. As seções estaduais deverão manter arquivadas, junto aos seus documentos comprobatórios de prestação de contas, as prestações de contas das seções que lhes são hierarquicamente subordinadas.

(2) Constituem títulos da receita:

1. as anuidades de filiados e contribuições afins, pagas em caráter regular;
2. receita proveniente de patrimônio;
3. receita proveniente de eventos públicos, venda de impressos e publicações e de atividades remuneradas do partido;

4. receita proveniente de doações;
5. receita proveniente de bônus eleitoral compensatório;
6. receita proveniente de restituição de custos decorrentes de campanha eleitoral;
7. subvenções de seções partidárias;
8. outros rendimentos.

(3) Constituem títulos da despesa:

1. despesas com pessoal;
2. despesas correntes;
3. despesas com grêmios intrapartidários e informação;
4. despesas com comunicação social e eleições;
5. subvenções para seções partidárias;
6. juros;
7. outras despesas.

(4) O cálculo dos bens patrimoniais abrange:

1. Patrimônio

I. Investimentos

1. investimentos imobiliários;
2. mobiliário da sede;
3. investimentos financeiros;

II. Capital em circulação

1. dívida ativa referente às anuidades;
2. restituição de custos decorrentes da campanha eleitoral;
3. crédito proveniente de bônus eleitoral compensatório;
4. contas bancárias;
5. outros bens patrimoniais.

2. Dívidas

I. Reservas

II. Obrigações

1. obrigações decorrentes de anuidades;
2. obrigações junto a instituições financeiras;
3. outras obrigações.

III. Capital Líquido (ativo ou passivo).

(5) Os custos decorrentes de cada campanha eleitoral serão discriminados nos termos do inciso 3, independentemente dos respectivos anos fiscais, e conciliados nos assentamentos com as receitas referentes à campanha eleitoral, discriminadas de acordo com o inciso 2.

(6) Será registrado, ao final do ano, o número de filiados que devem pagar anuidades.

(7) O partido poderá acrescentar breves explicações elucidativas à sua prestação de contas, especialmente no caso de determinados itens.

§ 25. Doações.

(1) Os partidos são legalmente autorizados a receberem doações, exceto:

1. doações por parte de fundações políticas;
2. doações por parte de entidades, associações de pessoas físicas e bens patrimoniais que, de acordo com seu estatuto, ato de fundação ou regimento, e em conformidade com a condução efetiva de seus negócios, se destinem exclusiva e diretamente a fins de utilidade pública, fins caritativos ou religiosos (§§ 51 a 68 da Lei de Tributação);
3. doações de proveniência fora da jurisdição da presente lei, exceto se:
 - a) tais doações provenientes do patrimônio de cidadão alemão nos termos da Lei Fundamental ou de uma empresa, cujas cotas pertençam em 50% a alemães, nos termos da Lei de Tributação, sejam destinadas diretamente a um partido;
 - b) tais doações provêm de um partido estrangeiro ou de sua bancada, representados no Parlamento Europeu, ou ainda de um membro estrangeiro daquele Parlamento;
 - c) tal doação for oferecida por um estrangeiro, no valor não superior a 1.000 marcos alemães;
4. doações de associações profissionais, que as tenham recebido com a condição de encaminhá-las a um partido político;

5. doações que, em cada caso, não sejam superiores a 1.000 marcos alemães, de doador anônimo, ou doações que sejam encaminhadas anonimamente a pedido de terceiros;

6. doações oferecidas com a evidente expectativa da obtenção de determinadas vantagens econômicas ou políticas.

(2) Doações recebidas por um partido, ou por uma de suas seções regionais, cujo valor global durante um ano fiscal é superior a 40.000 marcos alemães, deverão ser registradas na prestação de contas com a referência do nome e endereço do doador, além do montante total da doação.

(3) Doações vedadas nos termos do inciso 1, alínea 2, serão encaminhadas, de imediato, à Mesa Diretora do Parlamento Federal Alemão.

§ 26. *Conceituação de receita.*

(1) Entende-se por receita, ressalvados determinados itens (§ 24, inciso 2), toda e qualquer contribuição financeira ou facilidades equivalentes, recebidas pelo partido. Considerem-se igualmente itens da receita a liberação de compromissos regulares, ou o patrocínio de eventos e de iniciativas destinados à propaganda política partidária.

(2) Todos os ingressos financeiros serão registrados respectivamente nos títulos previstos para tal fim, sem prejuízo do disposto no § 27, inciso 2.

(3) Bens econômicos não financeiros serão avaliados conforme o valor de mercado de bens idênticos ou afins.

(4) Numerário em trânsito, prestação de serviços, contribuições de filiados e outros ingressos financeiros, destinados expressamente a uma distribuição proporcional entre várias seções regionais do partido, serão registrados pelo órgão a que forem destinados.

§ 27. *Títulos da receita.*

(1) Entende-se por anuidades de filiados e outras contribuições periódicas afins, nos termos do § 24, inciso 2, n.º 1, aquelas pagas pelo filiado com base em regulamentos estatutários. Outros tipos de pagamento, em especial taxas de filiação, contribuições especiais e coletas serão contabilizados sob o título de doações.

(2) No que se refere aos ingressos financeiros citados no § 24, inciso 2, n.ºs 2 e 3, será registrada a renda líquida. Manter-se-á a obrigatoriedade da comprovação nos termos do § 24, inciso 2, n.º 4. Os demais ingressos financeiros nos termos do § 24, inciso 2, n.º 8, serão devidamente discriminados e especificados, no caso de eles, em uma das seções partidárias refe-

ridas no § 24, inciso 1, forem superiores a 5% do montante global da receita, decorrente da soma dos n.ºs 1 a 6.

(3) Do cálculo da receita poderão ser excluídas as contribuições em espécie, trabalhos ou serviços em condições não empresariais, prestadas graciosamente, ou que não ultrapassem o valor de 1.000 marcos alemães em cada caso. Com relação ao patrocínio de realizações e iniciativas de propaganda partidária, aplica-se, no que couber, o disposto na alínea 1.

§ 28. *Obrigações relativas à contabilidade.*

Os partidos manterão livros contábeis sobre sua receita e despesa e sobre seu patrimônio. Deverão ser observadas as normas contábeis e cumpridos os dispositivos legais. Os comprovantes fiscais ficarão arquivados durante 5 anos, contando-se o início do prazo a partir do término do exercício fiscal.

§ 29. *Auditoria da prestação de contas.*

(1) A auditoria referida no § 23, inciso 2, alínea 1 e inciso 3 abrange o partido em nível federal, suas seções estaduais e, a critério do auditor, pelo menos quatro seções regionais, hierarquicamente subordinadas.

(2) O auditor poderá solicitar dos diretórios e de pessoas por eles autorizadas os esclarecimentos e comprovantes necessários ao fiel cumprimento da auditoria. Em decorrência, permitir-se-lhe-á revisar para fins de prestação de contas os livros contábeis e documentos, bem como as disponibilidades de caixa e bens patrimoniais existentes.

(3) O diretório da seção partidária regional sob auditoria deverá assegurar por escrito ao auditor que todos os títulos relativos à receita e custo e bens patrimoniais sujeitos à prestação de contas foram devidamente registrados. É facultado citar as declarações pertinentes feitas pelos diretórios das seções regionais subordinadas hierarquicamente. Será considerada suficiente a declaração de membro do diretório responsável pelos assuntos relativos à tesouraria.

§ 30. *Relatório e certificado de auditoria.*

(1) O resultado de auditoria será registrado em relatório, a ser apresentado ao diretório do partido e ao diretório da seção partidária regional sob auditoria.

(2) Não havendo ressalvas a fazer no resultado final da auditoria, confirmará o auditor por meio de certificado de auditoria que, revisados

os livros e assentamentos do partido, e examinados os esclarecimentos e comprovantes apresentados pelos diretórios, a prestação de contas (§ 29, inciso 1) corresponde, no âmbito previsto, aos regulamentos da presente lei. Havendo necessidade de ressalvas, o auditor negará ou limitará em seu certificado a aprovação. As seções partidárias regionais, em que foi efetuada a auditoria, serão nomeadas individualmente no certificado de auditoria.

(3) O certificado de auditoria será apenso à prestação de contas e publicado, na íntegra, de acordo com o § 23, inciso 2, alínea 2.

§ 31. Auditores.

(1) Não poderá ser convocado para auditor aquele que no momento da convocação estiver em exercício, ou nos três anos anteriores, tiver exercido as funções de membro do diretório, ou da Comissão Geral do Partido, ou de responsável pelo julgamento de recursos, ou de empregado do partido sob auditoria, ou de uma de suas seções regionais.

(2) Os auditores, seus auxiliares e os representantes legais da empresa de auditoria em questão deverão executar suas tarefas com competência e isenção, obrigando-se, inclusive, ao sigilo. Aplica-se, no que couber, o disposto no § 168 da Lei de Ações.

CAPÍTULO VII

EXECUÇÃO DE SENTENÇA JUDICIAL RELATIVA A PROIBIÇÃO DE PARTIDO ANTICONSTITUCIONAL

§ 32. Execução.

(1) Tendo sido julgado anticonstitucional um partido ou agremiação partidária, de acordo com o disposto no § 21, inciso 2 da Lei Fundamental, aplicarão as autoridades designadas pelos respectivos Governos Estaduais as medidas previstas em lei, necessárias à execução da sentença judicial e de eventuais exigências executórias adicionais, determinadas pelo Tribunal Federal Constitucional. Os Governos Estaduais terão poderes plenos para zelar pelo cumprimento de suas ordens por parte das autoridades públicas e repartições no âmbito estadual, responsáveis pela segurança e ordem pública.

(2) Estendendo-se uma organização ou atividade partidária ou ainda uma seção de partido declaradas anticonstitucionais além das fronteiras de um Estado, tomará o Ministro do Interior as medidas necessárias a uma execução integrada.

(3) O Tribunal Federal Constitucional poderá regulamentar a execução nos termos do § 35 da Lei Constitutiva daquela Corte, diferentemente do disposto nos incisos 1 e 2 acima.

(4) A contestação e impugnação judiciais contra ações executórias não têm efeito suspensivo. Se um elemento de fundamental relevância para a execução da sentença for objeto de processo administrativo, o processo será suspenso naquela instância, devendo ser requerida a decisão do Tribunal Federal Constitucional. Cabe ao Tribunal Federal Constitucional julgar, também, os pedidos de execução contra a forma de serem realizadas as medidas executórias por ele ordenadas.

(5) No caso do confisco de patrimônio, aplicar-se-ão, no que couberem, os §§ 10 a 13 da Lei de Registro de Sociedades e Associações, de 5 de agosto de 1964 (BGBL. 1, pág. 593). Órgão competente para proferir a proibição é o Poder Público Estadual, em seu nível mais elevado; no caso do inciso 2, será o Ministro do Interior.

§ 33. *Proibição de agremiações substitutas.*

(1) É vedado formar agremiações substitutas destinadas a darem continuidade a atividades anticonstitucionais de partido proibido, nos termos do § 21, inciso 2 da Lei Fundamental e do § 46 da Lei Constitutiva do Tribunal Federal Constitucional, sendo vedado igualmente dar continuidade a agremiações partidárias existentes, sob a forma de agremiações substitutas.

(2) Caso a agremiação partidária substituta seja idêntica a um partido que existia anteriormente ao partido julgado anticonstitucional, ou sendo ela representada no Parlamento Federal ou em uma Assembléia Estadual, caberá ao Tribunal Federal Constitucional constatar se tal agremiação preenche os requisitos de uma agremiação partidária substituta proibida, aplicando-se, no que couberem, os §§ 38, 41, 43, 44 e 46, inciso 3 da Lei Constitutiva do Tribunal Federal Constitucional e o § 32 da mesma Lei.

(3) Aos partidos e às associações nos termos do disposto no § 2 da Lei de Associações, que constituírem organizações substitutas de um partido proibido, será aplicado o § 8, inciso 2 da Lei de Associações.

CAPÍTULO VIII DISPOSIÇÕES FINAIS

§ 34 *(Alteração da Lei do Imposto de Renda).*

§ 35 *(Alteração da Lei do Imposto de Pessoas Jurídicas).*

§ 36 (*Aplicação de dispositivos fiscais*).

§ 37 (*Inaplicabilidade de dispositivos do Código Civil*).

Não se aplicam aos partidos políticos o disposto no § 54, inciso 2 e nos §§ 61 a 63 do Código Civil.

§ 38. *Cobrança compulsória pelo diretor eleitoral federal.*

O diretor eleitoral federal poderá obrigar o diretório do partido a cumprir o disposto nos termos do § 6, inciso 3, por meio de uma taxação compulsória. Aplicam-se, no que couberem, os dispositivos da Lei de Execuções Administrativas; exercendo o diretor eleitoral federal, neste caso, as funções de autoridade pública, com poderes de execução. A taxação compulsória será de no mínimo 500 marcos alemães, e no máximo de 3.000 marcos alemães.

§ 39. *Disposições transitórias.*

(1) Aplica-se aos anos fiscais de 1987 e 1988 o disposto no § 22a, inciso 2, na forma em vigor até 31 de dezembro de 1988, não devendo o montante do bônus eleitoral compensatório exceder de 10% do montante total restituível ao partido com direito à restituição dos custos decorrentes da campanha eleitoral precedente. Esta ressalva aplica-se aos partidos que, devido às alterações legais havidas, seriam prejudicados com um montante de bônus eleitoral menor. Nos demais casos, aplica-se o § 22, inciso 2, na versão de 1.º de janeiro de 1989, a partir do ano fiscal de 1987. Os partidos com direito a receberem bônus eleitoral compensatório (§ 22, inciso 1), devem comunicar ao Presidente do Parlamento Federal Alemão até 31 de março de 1989 o número dos seus filiados contribuintes ao final do ano de 1987. Os dados deverão ser devidamente revisados por um auditor, de acordo com o disposto no § 23, incís 1.

(2) Para as eleições do 12.º Parlamento Federal Alemão, o subsídio básico deverá perfazer três por cento, de acordo com o § 18, inciso 2.

§ 40. *Cláusula referente a Berlim.*

A presente lei aplica-se, também, ao Estado de Berlim, nos termos do § 13, inciso 1 da Terceira Disposição Transitória. Enquanto houver impedimentos no Estado de Berlim⁵, a aplicação do art. 21, inciso 2, alínea 2 da Lei Fundamental, o Capítulo VII e o § 38 da presente Lei não serão aplicados naquele Estado.

⁵ Com a reunificação da Alemanha, ocorrida em 1991, deixam de existir, por força de lei, as restrições concernentes a Berlim.

Lei Francesa de Auxílio Mínimo de Integração

Tradução de JEAN-FRANÇOIS CLEAVER
Tradutor do Senado Federal

LEI N.º 88-1088, DE 1.º DE DEZEMBRO DE 1988

Relativa ao Auxílio Mínimo de Integração. (Publ. no *Diário Oficial*
da República Francesa de 3-12-88.)

A Assembléia Nacional e o Senado deliberaram,

A Assembléia Nacional aprovou,

O Presidente da República promulga a seguinte lei:

TÍTULO PRIMEIRO

Disposições Gerais

Art. 1.º Qualquer pessoa incapacitada de trabalhar em decorrência de sua idade, estado físico ou mental, ou da situação da economia ou do emprego, tem direito a receber da comunidade recursos para uma existência decente. A integração social e profissional das pessoas necessitadas constitui imperativo nacional. Para este fim, é instituído o Auxílio Mínimo de Integração, disciplinado por esta lei. O Auxílio Mínimo de Integração é parte de dispositivo de luta contra a pobreza destinado a eliminar qualquer tipo de marginalização, especialmente nas áreas de educação, emprego, profissionalização, saúde e moradia.

Os franceses estabelecidos no exterior que se enquadrem na situação definida no *caput* deste artigo são abrangidos pela política de luta contra

a pobreza e de integração social e profissional das pessoas necessitadas, e têm direito a socorros e auxílios provenientes das verbas assistenciais do Ministério de Negócios Estrangeiros, bem como ao benefício de outras medidas adequadas à situação econômica e social do país em que residem. São consultados, em relação a essa política, o Conselho Superior dos Franceses no exterior e, nos países interessados, os Comitês consulares.

Art. 2.º Toda pessoa residente na França cujos recursos, assim definidos nos arts. 9.º e 10, sejam inferiores à renda mínima definida no art. 3.º e tenha mais de 25 anos de idade ou um ou vários dependentes menores tem direito a receber o Auxílio Mínimo de Integração, nos termos desta lei, desde que se comprometa a participar das ações ou atividades requeridas pela sua integração social ou profissional, com ela pactuadas.

Art. 3.º A renda mínima de integração, definida segundo critérios estabelecidos em ato regulamentar, varia em função da composição do lar e do número de dependentes, sendo o seu valor definido em decreto e reajustado semestralmente em função da evolução dos preços.

Art. 4.º O beneficiário do Auxílio Mínimo de Integração tem direito a receber auxílio de valor igual à diferença entre a renda mínima definida no art. 3.º e os recursos definidos nos termos dos arts. 9.º e 10.

Art. 5.º O custeio deste auxílio é encargo do Estado.

TÍTULO II

Concessão do Auxílio Mínimo de Integração

CAPÍTULO I

Da aquisição do direito ao benefício

Art. 6.º Atendidos os requisitos mencionados no art. 2.º, efetiva-se o direito ao benefício a partir do dia de entrega da solicitação.

Art. 7.º Alunos, estudantes e estagiários não podem receber este benefício, a menos que a formação por eles recebida seja atividade de integração prevista no contrato de integração mencionado no art. 36.

Art. 8.º Podem solicitar o Auxílio Mínimo de Integração:

— o estrangeiro titular de carteira de residente ou do título de permanência previsto no art. 12, terceiro inciso, do decreto-lei (NdT: "ordonnance") n.º 45-2658, de 2 de novembro de 1945, relativo a ingresso e permanência de estrangeiros na França, ou de título com vigência e direi-

tos equivalentes, desde que, nesse regime, atenda os requisitos previstos no *caput* do art. 14 do referido decreto-lei;

— o estrangeiro com título de permanência previsto em tratado ou acordo internacional, desde que esse título confira direitos equivalentes aos assegurados pela carteira de residente.

Podem ser considerados, para o cálculo do valor do Auxílio Mínimo de Integração, os estrangeiros menores de 16 anos nascidos na França, ou que ingressaram na França antes da promulgação desta lei, ou que, a partir de sua promulgação, nela residem legalmente.

CAPÍTULO II

Da avaliação das condições dos beneficiários

Art. 9.º Entram no cálculo do valor do benefício todos os recursos das pessoas cuja solicitação foi deferida.

No entanto, o montante de recursos considerado para o cálculo do benefício pode, de acordo com normas regulamentares, ser total ou parcialmente expurgado de certos benefícios sociais de objeto especializado, bem como da remuneração de atividades profissionais ou estágios de formação iniciados no decorrer do prazo de pagamento do benefício. Este é o caso do auxílio-moradia previsto no Código de Seguridade Social e no Código de Construção e Habitação, ressalvadas percentagens fixas do Auxílio Mínimo de Integração, até o limite do auxílio-moradia a que têm direito os beneficiários do Auxílio Mínimo de Integração.

Art. 10. Para as pessoas que exercem atividade não assalariada, são determinados em ato regulamentar critérios especiais de avaliação dos recursos auferidos desse exercício, adequados às peculiaridades das diversas profissões.

CAPÍTULO III

Do compromisso do beneficiário e da decisão de concessão do benefício

Art. 11. O interessado deve, ao entregar a solicitação, assinar termo de compromisso de participar das atividades ou ações de integração a serem pactuadas com ele, nos termos do art. 36.

Art. 12. A solicitação de benefício pode ser entregue:

— nos Centros municipais e intermunicipais de Ação Social;

— no Serviço departamental de Ação Social definido no art. 28 da Lei n.º 75-535, de 30 de junho de 1975, relativa a entidades sociais e médico-sociais;

— nas associações e entidades sem fins lucrativos habilitadas para tal por decisão do representante do Estado no Departamento.

As solicitações recebidas são imediatamente registradas pela secretaria da Comissão local de Integração em cuja circunscrição reside o solicitante, e remetidas ao presidente do Centro municipal ou intermunicipal do município de residência, a menos que se trate de solicitação diretamente entregue a esse Centro.

A instrução administrativa e social do processo compete ao órgão que recebeu o pedido. Os órgãos de repasse de recursos mencionados no art. 19 participam da instrução administrativa, particularmente no que tange à avaliação das condições do beneficiário.

Art. 13. Na primeira solicitação, o representante do Estado no Departamento concede o benefício por um prazo de 3 meses, nos termos do art. 4.º

Em vista do Contrato de Integração celebrado nos termos do art. 36, o representante do Estado no Departamento prorroga o direito ao benefício por um prazo de 3 meses a um ano.

A sonegação do Contrato de Integração até o fim do prazo de 3 meses mencionado no *caput* deste artigo, quando imputável ao órgão contratante, não acarreta suspensão do pagamento do benefício.

Art. 14. O direito ao benefício é renovável por períodos não inferiores a 3 meses e não superiores a um ano, por decisão do representante do Estado no Departamento, ouvida a Comissão local de Integração sobre a execução do Contrato de Integração mencionado no art. 36.

Caso o parecer da Comissão local de Integração não seja transmitido em tempo hábil para a renovação, é mantido o pagamento do benefício e adiada a decisão de renovação até o representante do Estado no Departamento receber esse parecer.

Art. 15. O solicitante sem residência fixa deve eleger domicílio junto à entidade habilitada para tal, de comum acordo, pelo representante do Estado no Departamento e o presidente do Conselho geral.

Constam do ato de reconhecimento os casos em que a entidade pode, eventualmente, negar-se a receber declaração de eleição de domicílio.

Ao menos uma entidade, na circunscrição de cada Comissão local de Integração, tem obrigação de receber toda e qualquer declaração de eleição de domicílio.

Ressalvadas as duas disposições precedentes, a solicitação do benefício vale por eleição de domicílio junto à entidade receptora.

Art. 16. Caso não seja cumprido o Contrato de Integração mencionado no art. 36, esse pode ser revisado por iniciativa do presidente da Comissão local de Integração, do representante do Estado no Departamento ou do beneficiário do auxílio.

Se a falta de cumprimento do contrato for imputável ao beneficiário do auxílio, pode ser suspenso o pagamento do benefício, sendo esse retomado após a celebração de novo contrato.

A decisão de suspensão é tomada pelo representante do Estado no Departamento, em vista de parecer fundamentado da Comissão local de Integração, após o interessado, eventualmente assistido por pessoa de sua escolha, ter oportunidade de manifestar-se.

Art. 17. O valor do benefício é periodicamente reexaminado, podendo o interessado solicitar revisão de decisão incidente no valor do benefício se a situação que motivou essa decisão for modificada por fato superveniente.

Art. 18. Sempre que entidade prestadora de serviços sociais ficar ciente de acontecimentos suscetíveis de acarretar redução, abaixo da renda mínima de integração, dos recursos de pessoa por ela atendida, informará essa pessoa dos requisitos para a aquisição do direito ao Auxílio Mínimo de Integração, fornecendo-lhe todas as informações necessárias para solicitá-lo nas entidades ou órgãos de instrução mais próximos.

A lista desses serviços sociais e acontecimentos, bem como as modalidades de informação dos interessados, são estabelecidas em ato regulamentar.

CAPÍTULO IV

Do pagamento do benefício

Art. 19. O pagamento do benefício é efetivado, em cada Departamento, pelos estabelecimentos de auxílio familiar (NdT: "caisses d'allocation familiales") e, quando necessário, pelos estabelecimentos de socorros mútuos rurais (NdT: "caisses de mutualité sociale agricole"), nos termos de convênios celebrados para este fim com o representante do Estado.

Art. 20. Um convênio celebrado entre, de uma parte, o Estado e, de outra parte, a Caixa nacional de Auxílio familiar (NdT: "Caisse natio-

nale des Allocations familiales”) e a Caixa central de Socorros mútuos rurais (NdT: “Caisse centrale de Mutualité sociale agricole”) pode especificar os procedimentos de pagamento do benefício. A celebração desse convênio dispensa os convênios mencionados no art. 19.

Art. 21. Os órgãos de repasse de recursos mencionados no art. 19, no exercício de suas atribuições, verificam as declarações dos beneficiários, podendo para tal solicitar quaisquer informações úteis a órgãos da administração pública, particularmente a órgãos financeiros, coletividades territoriais e organismos de seguridade social, aposentadoria complementar e seguro-desemprego, que têm obrigação de comunicar-lhas.

As informações solicitadas pelos órgãos de instrução mencionados no art. 12 e os órgãos de repasse de recursos mencionados no art. 19 não devem extrapolar os dados necessários para apreciar a situação do solicitante, com vistas à concessão do benefício e condução das ações de integração.

Os funcionários dos órgãos supracitados não podem comunicar as informações colhidas no exercício de suas atribuições senão ao representante do Estado no Departamento, ao presidente do Conselho geral e ao presidente da Comissão local de Integração definida no art. 34.

Art. 22. Qualquer pessoa que tenha participado da instrução de solicitações ou da concessão do benefício deve guardar segredo funcional, nos termos do art. 378 do Código Penal, sendo sujeita às penas previstas nesse artigo.

Art. 23. O pagamento do benefício é subordinado ao fato de o interessado exercer seus direitos a benefícios sociais, legais, regulamentares e convencionais, excetuados os benefícios mensais de que trata o art. 43 do Código da Família e da Ajuda social e os benefícios prestados, nos Departamentos de Baixo-Reno, Alto-Reno e Mosela, em aplicação das Leis de 30 de maio de 1908 e 8 de novembro de 1909.

O pagamento do benefício também é subordinado ao fato de o interessado exercer direitos decorrentes das obrigações alimentícias prescritas nos arts. 203, 212, 214, 255, 282, 334 e 342 do Código Civil, o direito à prestação compensatória devida em aplicação do art. 270 do mesmo código, bem como o direito à pensão alimentícia atribuída em juízo a cônjuge divorciado em ação impetrada antes da entrada em vigor da Lei n.º 75-617, de 11 de julho de 1975, instituindo reforma do divórcio.

Os órgãos de instrução mencionados no art. 12 e os órgãos de repasse de recursos mencionados no art. 19 assistem os solicitantes nas providências que se façam necessárias para atender os requisitos mencionados no *caput* e no inciso subsequente deste artigo.

O benefício é pago a título de adiantamento. O órgão de repasse de recursos, em nome do Estado, sub-roga-se, até o limite dos benefícios

pagos, nos direitos que o beneficiário possa exigir de entidades sociais ou devedores.

É facultado ao interessado requerer dispensa da obrigação estabelecida no segundo inciso deste artigo. O representante do Estado no Departamento resolve sobre esse requerimento em vista da situação do devedor faltoso, após dar ao interessado, eventualmente assistido por pessoa de sua escolha, oportunidade de manifestar-se, e pode reduzir o Auxílio Mínimo de Integração de valor não superior ao da obrigação alimentícia, quando já fixado, ou do auxílio de arrimo de família.

Art. 24. O representante do Estado no Departamento pode resolver mandar pagar adiantamentos sobre importâncias supostamente devidas.

Art. 25. São fixados em decreto:

1.º — O valor mínimo do auxílio abaixo do qual não se pagará o benefício;

2.º — O valor do auxílio abaixo do qual não poderá ser repetido pagamento indevido do benefício.

Art. 26. São determinados em ato regulamentar os casos em que pode ser reduzido ou suspenso o benefício, em decorrência da admissão do beneficiário ou dependente seu, por prazo mínimo certo, em estabelecimento hospitalar, de hospedagem ou penitenciário.

No caso de pessoa recolhida em estabelecimento mencionado no *caput* deste artigo; paga-se o benefício antes da saída do interessado.

Quando o recolhido é o beneficiário, levam-se em consideração os encargos de família com que arca, variando em função do prazo de recolhimento a data de entrada em vigor, a duração e, eventualmente, a proporção da redução ou suspensão.

CAPÍTULO V

Do recurso

Art. 27. Pode ser impetrado recurso contencioso de decisão relativa ao Auxílio Mínimo de Integração, por qualquer pessoa que nela tenha interesse, na Comissão departamental de Ajuda social, instituída pelo art. 128 do Código da Família e da Ajuda social, sob cuja jurisdição foi tomada essa decisão.

Neste caso, a Comissão se reúne na presença de dois representantes do Conselho departamental de Integração, definido no art. 35, designados

de comum acordo pelo representante do Estado no Departamento e o presidente do Conselho geral.

A decisão da Comissão departamental é suscetível de recurso junto à Comissão central de Ajuda social instituída pelo art. 129 do Código da Família e da Ajuda social.

Aplica-se o disposto no art. 133 do mesmo Código.

CAPÍTULO VI

Disposições diversas

Art. 28. Prescreve no prazo de dois anos a ação para pagamento de benefício movida pelo beneficiário. Prescreve no mesmo prazo, salvo em caso de fraude ou falsidade ideológica, a ação de repetição de indébito movida por órgão de repasse de recursos.

Art. 29. Qualquer indébito é recuperado mediante retenção no valor dos benefícios vincendos ou, caso o beneficiário opte por esse procedimento ou perca o direito ao Auxílio Mínimo de Integração, mediante ressarcimento em uma ou várias prestações.

No entanto, o beneficiário pode, com efeito suspensivo, impugnar repetição indevida na Comissão departamental de Ajuda social, nos termos do art. 27.

As retenções não podem exceder limite percentual fixado em ato regulamentar.

Estando o devedor em situação precária, o débito pode ser perdoado ou reduzido segundo procedimentos estabelecidos em ato regulamentar.

Art. 30. As quantias pagas a título de Auxílio Mínimo de Integração são reavidas em caso de óbito ou cessão do patrimônio do beneficiário, só incidindo a repetição na fração de patrimônio líquido excedente de limite fixado em decreto.

A repetição é efetuada pela administração do Estado, em casos e segundo procedimentos determinados em decreto.

Os débitos podem ser garantidos por hipoteca legal, válida a partir de sua inscrição, dispensado o pagamento de taxas. O beneficiário proprietário de fundo de comércio compromete-se a aceitar, em garantia de seus débitos, o penhor de fundo de comércio instituído pela Lei de 17 de março de 1909.

A ação de repetição de indébito prescreve no prazo de 5 anos, contados do óbito ou cessão de patrimônio do beneficiário.

Art. 31. O benefício não pode ser cedido, penhorado ou seqüestrado.

No entanto, o representante do Estado no Departamento pode, ouvida a Comissão local de Integração e com a anuência do beneficiário, pedir que o órgão de repasse de recursos transfira o benefício para entidade habilitada para tal, incumbindo-a de pagá-lo ao beneficiário, eventualmente em parcelas.

São fixados em decreto os casos em que o Auxílio Mínimo de Integração pode, com a anuência do beneficiário, ser transferido para entidade habilitada para tal, desde que superior a determinado limite a remuneração regularmente paga ao beneficiário que autorizou essa transferência.

Aplicam-se ao benefício as disposições do Capítulo 7, Título VI, Livro 1.º do Código de Seguridade social relativas à administração e controle das prestações sociais.

Art. 32. Completa-se o art. L. 167-3 do Código de Seguridade social com inciso com a seguinte redação:

“3.º — ao Estado, quando não for especificado por outra disposição legislativa o órgão incumbido de arcar com as despesas de administração e controle.”

Art. 33. — I. Incorre nas penas previstas no art. 405 do Código Penal quem recebeu ou tentou receber o auxílio por meio de fraude.

— II. Incorre nas penas previstas no art. L. 554-2 do Código de Seguridade social o intermediário convicto de oferecer, direta ou indiretamente, serviços remunerados para a obtenção do auxílio.

TÍTULO III

Dos Programas de integração social e profissional

Art. 34. A Comissão local de Integração de que trata o art. 14 se compõe de um representante do Estado e ao menos um membro do Conselho geral, eleito por Cantão sob jurisdição da Comissão, um prefeito ou membro do Conselho municipal de município sob sua jurisdição e dois representantes de instituições, empresas, entidades ou associações com atuação econômica e social.

O número e as respectivas áreas de jurisdição das Comissões locais de Integração são definidos de comum acordo pelo representante do Estado no Departamento e o presidente do Conselho geral, havendo no mínimo uma comissão por "arrondissement".

A lista dos membros da Comissão local de Integração é estabelecida de comum acordo pelo representante do Estado no Departamento e o presidente do Conselho geral, segundo procedimentos definidos em ato regulamentar.

Art. 35. É instituído o Conselho departamental de Integração, presidido pelo representante do Estado no Departamento e o presidente do Conselho geral, ou seus representantes. Os membros do Conselho departamental de Integração são nomeados de comum acordo pelo presidente do Conselho geral e o representante do Estado no Departamento, dentre, particularmente, representantes da Região, do Departamento, dos Municípios, de entidades ou associações com atuação econômica e social e membros das Comissões locais de Integração.

Art. 36. Em um prazo de 3 meses, contados do pagamento inicial do Auxílio Mínimo de Integração, celebra-se, entre o beneficiário e as pessoas levadas em consideração no cálculo do valor do benefício, desde que atendam certos requisitos de idade, de uma parte, e a Comissão local de Integração sob cuja jurisdição reside o beneficiário, de outra parte, contrato de integração de que constam:

— todos os elementos úteis de apreciação da situação sanitária, social, profissional e financeira dos interessados, bem como suas condições de residência;

— a natureza do projeto de integração suscetível de ser formulado pelos interessados, ou de ser-lhes proposto;

— a natureza das facilidades que podem ser-lhes oferecidas em apoio à realização desse projeto;

— o cronograma das diligências e atividades de integração requeridas pela realização desse projeto.

Art. 37. A modalidade de integração proposta aos beneficiários do Auxílio Mínimo de Integração é definida com sua participação e pode, particularmente, adotar a forma de:

— atividades de interesse coletivo, desenvolvidas em administração ou entidade de recepção do público, associativa e sem fins lucrativos;

— atividades ou estágios de integração em meio profissional, definidas em convênios celebrados com empresas ou associações, segundo procedimentos estabelecidos em ato regulamentar;

— estágios de aquisição ou aprimoramento de qualificação profissional;

— ações destinadas a ajudar os beneficiários a restabelecer ou desenvolver sua autonomia social.

Art. 38. O presidente do Conselho geral e o representante do Estado no Departamento estabelecem, por prazo determinado, um Programa departamental de Integração, de que constam:

— uma avaliação da demanda a ser atendida, em vista das características dos beneficiários do Auxílio Mínimo de Integração;

— um levantamento das ações de integração já custeadas pelo Estado, as coletividades territoriais e outras pessoas jurídicas de direito público e privado;

— eventualmente, uma previsão de complementação de recursos, para garantir a integração de todos os beneficiários do Auxílio Mínimo de Integração;

— a determinação das medidas que se façam necessárias para harmonizar todas as ações de integração desenvolvidas ou a serem desenvolvidas no Departamento.

Art. 39. Caso o representante do Estado no Departamento e o Presidente do Conselho não cheguem a um acordo para:

— estabelecer o número e as respectivas áreas de jurisdição das Comissões locais de Integração, ou a lista de membros dessas Comissões;

— nomear os membros do Conselho departamental de Integração;

— estabelecer o Programa departamental de Integração; essas decisões são tomadas em portarias interministeriais do Ministro encarregado do Interior, do Ministro encarregado dos Assuntos sociais e do Ministro encarregado do Emprego.

Art. 40. As modalidades, particularmente financeiras, de execução do Programa departamental de Integração são definidas em um ou vários convênios celebrados, em cada Departamento, entre o Estado, o Departamento, a Região e as outras coletividades territoriais e pessoas jurídicas interessadas.

Constam desses convênios os objetivos e recursos dos dispositivos de integração custeados, bem como os procedimentos de avaliação dos resultados.

O Conselho departamental de Integração recebe comunicação da conclusão e das modalidades de execução desses convênios.

Art. 41. Para o custeio das novas ações destinadas a facilitar a integração dos beneficiários do auxílio mencionado no art. 4.º e das respectivas despesas de apoio, o Departamento tem obrigação de incluir em seu orçamento anual, em capítulo próprio, verba não inferior a 20% das verbas gastas pelo Estado, no exercício anterior, em custeio do referido auxílio no território do Departamento.

O valor da verba para o exercício de 1989 será determinado por estimação, com base na previsão de despesas a serem realizadas pelo Estado para o custeio do referido auxílio no Departamento, sendo eventualmente efetuado acerto no orçamento do exercício subsequente, em vista das despesas efetivamente realizadas pelo Estado.

Art. 42. As verbas decorrentes da obrigação prevista no art. 41 são comprometidas em aplicação dos convênios previstos no art. 40.

O montante das verbas que não foram comprometidas com as despesas, verificado em conta de gestão, é integralmente transferido para o exercício subsequente, sob pena de o representante do Estado no Departamento abrir o processo previsto no art. 93 da Lei n.º 83-8, de 7 de janeiro de 1983, relativa aos direitos e liberdades dos Municípios, Departamentos e Regiões.

Art. 43. A participação mínima do Departamento, assim definida no art. 41, entra no cálculo da participação financeira dos Municípios prevista no art. 93 da Lei n.º 83-8, de 7 de janeiro de 1983, relativa à distribuição de competências entre Municípios, Departamentos, Regiões e Estado.

TÍTULO IV

Disposições relativas à seguridade social e ao direito ao trabalho

Art. 44. I — Completa-se o art. L. 831-2 do Código de Seguridade Social com inciso, inserido antes do último inciso desse artigo, com a seguinte redação:

“6.º os beneficiários do Auxílio Mínimo de Integração instituído pela Lei n.º 88-1088, de 1.º de dezembro de 1988, relativa ao Auxílio Mínimo de Integração.”

II — Revoga-se o art. L. 831-4-1 do Código de Seguridade Social.

Art. 45. São obrigatoriamente filiadas ao seguro pessoal instituído pelo art. L. 741-1 do Código de Seguridade Social as pessoas com direito reconhecido ao Auxílio Mínimo de Integração e seus dependentes que não

tenham direito, a qualquer título, a receber prestações não financeiras de seguro médico e de maternidade obrigatório.

As contribuições mencionadas nos art. L. 741-4 e L. 741-5 do código supracitado são pagas, de pleno direito, a título de ajuda social, pelo Departamento em cujo território foi tomada a decisão de concessão do auxílio, sem prejuízo das regras relativas à obrigação alimentar.

Extingue-se o direito a essa ajuda com a perda do direito ao auxílio, ressalvado o disposto no art. L. 741-10 do Código supracitado. No entanto, é mantida a ajuda até ser tomada decisão relativa ao pagamento das contribuições, nos termos do Título III do Código da Família e da Ajuda Social.

Art. 46. São reintegradas em seus direitos, a partir da concessão do Auxílio Mínimo de Integração, em casos definidos em ato regulamentar, as pessoas excluídas do benefício das prestações do seguro contra a doença, a maternidade e a invalidez dos empresários agrícolas, em aplicação do art. 1106-12 do Código rural, e do seguro contra a doença e a maternidade dos trabalhadores não assalariados das profissões não agrícolas, em aplicação do art. L. 615-8 do Código da Seguridade Social.

Art. 47. — I — Completa-se o art. L. 241-5 do Código da Seguridade Social com inciso, com a seguinte redação:

“contribuições únicas podem ser instituídas, em portaria ministerial, para certas categorias de assalariados ou equivalentes.”

II — Completa-se o art. L. 412-8 do Código de Seguridade Social com inciso inserido após o inciso 9.º, com a seguinte redação:

“10. Os beneficiários do Auxílio Mínimo de Integração instituído pela Lei n.º 88-1088, de 1.º de dezembro de 1988, relativa ao Auxílio Mínimo de Integração, em caso de acidente havido em razão ou durante ação de facilitação de sua integração, em casos definidos em decreto.”

III — No último inciso do artigo supracitado, substituem-se as palavras “para as pessoas mencionadas nos incisos 4.º, 5.º, 6.º, 7.º e 9.º” pelas palavras “para as pessoas mencionadas nos incisos 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 9.º e 10.”

Art. 48. O representante do Estado no Departamento e o Presidente do Conselho Geral podem, de comum acordo, celebrar com coletividades locais, entidades de direito público e entidades de direito privado sem fins lucrativos convênios destinados a organizar atividades de integração profissional ou de interesse geral, destinadas a beneficiários do Auxílio Mínimo de Integração.

As entidades conveniadas podem pagar aos beneficiários uma remuneração cujo valor é calculado segundo normas fixadas em decreto.

Os estagiários são reputados estagiários da formação profissional, salvo no tocante à remuneração e benefícios conexos definidos no Título VI, Livro IX do Código do Trabalho.

Art. 49. Aplica-se às pessoas mencionadas no art. 48 o disposto pelo Código do Trabalho em matéria de jornada de trabalho, trabalho noturno, repouso semanal remunerado, feriados, segurança no trabalho e trabalho de mulheres, menores e jovens trabalhadores.

Art. 50. Os beneficiários do Auxílio a Pai isolado que se enquadrem nos casos previstos no art. L. 524-1 do Código de Seguridade Social podem comprometer-se a participar das atividades de integração social e profissional mencionadas no art. 2.º que sejam adequadas à sua situação particular.

TÍTULO V

Disposições Finais

Art. 51. As medidas de aplicação desta lei são tomadas em decretos emanados do Conselho do Estado, salvo disposição contrária.

As modalidades particulares de aplicação desta lei nos Departamentos ultramarinos, observados os princípios aplicados na metrópole, também são fixadas em decretos emanados do Conselho de Estado, ouvidas as coletividades locais competentes.

Art. 52. Em um prazo de 3 meses, contados da promulgação desta lei, o Governo submeterá ao Parlamento relatório sobre os procedimentos de avaliação de sua aplicação por ele estabelecidos.

Aplica-se, até 30 de junho de 1992, o disposto nos Títulos II e subsequentes desta lei.

O Governo remeterá ao Parlamento, até 2 de abril de 1992, relatório avaliativo. Em vista das conclusões desse, o Governo remeterá projeto de lei contendo as modificações que julgar necessárias.

Esta lei será executada como lei do Estado.

Paris, 1.º de dezembro de 1988. — *FRANÇOIS MITTERRAND*

Pelo Presidente da República:

O Primeiro Ministro, *Michel Rocard*.

O Ministro de Estado, Ministro da Economia, Fazenda e Orçamento, *Pierre Bérégovoy*.

O Ministro de Estado, Ministro do Equipamento e Moradia, *Maurice Faure*.

O Chanceler, Ministro da Justiça, *Pierre Arpaillange*.

O Ministro do Interior, *Pierre Joxe*.

O Ministro da Indústria e Planejamento Territorial, *Roger Fauroux*.

O Ministro do Trabalho, Emprego e Formação Profissional, *Jean-Pierre Soisson*.

O Ministro da Agricultura e Florestas, *Henri Nallet*.

O Ministro dos Departamentos e Territórios Ultramarinos, *Louis le Pensec*.

O Ministro da Solidariedade, Saúde e Proteção Social, Porta-voz do Governo, *Claude Évin*.

O Ministro delegado junto ao Ministro de Estado, Ministro da Economia, Fazenda e Orçamento, encarregado do Orçamento, *Michel Charasse*.

O Ministro delegado junto ao Ministro da Indústria e Planejamento Territorial, encarregado do Comércio e Artesanato, *François Doubin*.

O Secretário de Estado junto ao Ministro do Interior, encarregado das Coletividades Territoriais, *Jean-Michel Baylet*.

Trabalhos preparatórios à Lei n.º 88-1088

Assembléia Nacional:

— Projeto de Lei n.º 146; relatório de Jean-Michel Belorgey, relator da Comissão de Assuntos culturais, n.º 161. Anexo: observações de Jean-Pierre Worms (Comissão de Leis).

— Discussão em 4, 5, 10, 11 e 12 de outubro de 1988, adoção, em regime de urgência, em 12 de outubro de 1988.

Senado:

— Projeto de Lei, adotado pela Assembléia Nacional, n.º 30 (1988-1989).

— Relatório de Pierre Louvot, Relator da Comissão de Assuntos Sociais, n.º 57 (1988-1989).

— Parecer da Comissão de Leis (Bernard Laurent) n.º 60 (1988-1989) e de Finanças (Bernard Pellarin) n.º 61 (1988-1989).

— Discussão em 2, 3 e 4 de novembro de 1988, adoção em 4 de novembro de 1988.

Assembléia Nacional:

— Relatório de Jean-Michel Belorgey, Relator da Comissão Mista Paritária, n.º 353.

Senado:

— Relatório de Pierre Louvot, Relator da Comissão Mista Paritária, n.º 79 (1988-1989).

Assembléia Nacional:

— Projeto de Lei, modificado pelo Senado em primeiro turno, n.º 347.

— Relatório de Jean-Michel Belorgey, Relator da Comissão de Assuntos Culturais, n.º 357.

— Discussão e adoção em 21 de novembro de 1988.

Senado:

— Projeto de Lei, adotado com modificações pela Assembléia Nacional em segundo turno, n.º 94 (1988-1989).

— Relatório de Pierre Louvot, Relator da Comissão de Assuntos Sociais, n.º 96 (1988-1989).

— Discussão e adoção em 27 de novembro de 1988.

Nota do Tradutor:

A organização administrativa do território francês compõe-se das seguintes coletividades territoriais (sinônimo de coletividades locais), listadas em ordem decrescente de tamanho:

— a região, mais ou menos equivalente à província do antigo regime, reúne 4 ou 5 departamentos;

— o departamento, dotado de uma assembléia eleita denominada Conselho Geral, é subdividido em "arrondissements";

— o "arrondissement";

— o cantão, que reúne vários municípios;

— o município, de tamanho muito modesto, havendo atualmente cerca de 36.000 municípios em um território nacional de área equivalente à do Estado brasileiro de Minas Gerais.

Obras Publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

Os pedidos a serem atendidos através da ECT deverão ser acrescidos de 50% (cinquenta por cento) de seu valor, para a cobertura das respectivas despesas postais, acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal ou de vale postal remetido à agência APT Senado.

Deixamos de atender pedidos por reembolso postal em virtude de o preço de várias publicações desta Subsecretaria estar abaixo do mínimo exigido pela ECT para remessa através do referido sistema.

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

Posto de Venda no Senado Federal: Via nº 2 — Unidade de Apolo I (fundos do CEGRAF, pelo estacionamento à direita deste) — Praça dos Três Poderes — CEP 70165 — Brasília, DF — Telefones: (061) 311-3578 e 311-3579. Fax: (061) 321-7333. Telex: (061) 1357.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. N.ºs 10, 12, 13/14, 17, 18, 46, 62, 79 a 85, 87 a 111.

Cr\$5.000,00

— Periódico trimestral de pesquisa jurídica. Lançamento: jan./mar. 1964, com circulação ininterrupta.

ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA N.º 1 a 100.

Distribuição gratuita aos assinantes da Revista

- Conteúdo: índice temático dos artigos publicados; índice onomástico dos autores (colaboradores); sumários.
- Editado de 10 em 10 números. Índices já publicados: 1 a 10; 1 a 20; 1 a 30; 1 a 40; 1 a 50; 1 a 60; 1 a 70; 1 a 80; 1 a 90; 1 a 100.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL — QUADRO COMPARATIVO

- Texto de 1988 comparado às Constituições de 1946 e 1967 e à Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. Índice temático e tabelas.

Cr\$7.000,00

CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. Série, com 6 volumes publicados; edição de 1987.

Cr\$2.000,00

- *Volume 1:* Alemanha (República Democrática); Bulgária; Hungria; Polónia; Romênia; Tchecoslováquia.
- *Volume 2:* Costa Rica; Nicarágua.
- *Volume 3:* Angola; Cabo Verde; Moçambique; São Tomé e Príncipe.
- *Volume 4:* Dinamarca; Finlândia; Noruega; Suécia.
- *Volume 5:* Áustria; Iugoslávia.
- *Volume 6:* Coréia; Filipinas; Suriname.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS. 4 volumes; edição de 1984, com suplemento de 1986.

Cr\$1.500,00

LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA. 9.^a edição atualizada, com as normas das eleições de 1992.

Cr\$1.500,00

- Código Eleitoral; Lei de Inelegibilidade; Lei Orgânica dos Partidos Políticos; legislação correlata. Índices.
- Eleições de 1990: instruções do TSE.

CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

Cr\$1.500,00

- Lei n.º 6.029/90; legislação correlata. Índice temático.

CÓDIGO CIVIL — ANTEPROJETOS. 6 volumes; edição de 1989.

Cr\$2.000,00

- *Volume 1*: Anteprojeto de Código de Obrigações — Parte Geral (1941); Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (1964).
- *Volume 2*: Anteprojeto de Código Civil (1963); Anteprojeto de Código Civil — revisto (1964).
- *Volume 3*: Anteprojetos de Código de Obrigações: Negócio Jurídico, Obrigações em geral, Contratos e outros títulos de ordem geral (1963); Sociedades e exercício da atividade mercantil (1964); Títulos de Créditos (1964).
- *Volume 4*: Projetos do Governo Castello Branco: Projeto de Código Civil (1965); Projeto de Código de Obrigações (1965).
- *Volume 5*: — *Tomo 1*: Anteprojeto de Código Civil (1972).
Tomo 2: Anteprojeto de Código Civil — revisto (1973); índice temático comparativo (volumes 1 a 5).

LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS. 3 volumes; 2.^a edição — 1987.

Cr\$1.500,00

— Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados.

— Índice temático comparativo.

ESTATUTO DO MENOR E DO ADOLESCENTE

Cr\$2.000,00

— Lei n.º 6.029/90; legislação correlata. Índice temático.

MEIO AMBIENTE — LEGISLAÇÃO

(2.^a edição atualizada)

Cr\$8.000,00

— *Atos internacionais; Código Florestal; Código de Mineração; legislação federal.*

OBRAS NO PRELO

CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS DO BRASIL

— Textos de 24 Estados, promulgados em 1989. Índice temático comparativo.

REGIMENTOS INTERNOS: SENADO FEDERAL — CÂMARA DOS DEPUTADOS — COMUM (CONGRESSO NACIONAL)

TEXTOS POLÍTICOS DA HISTÓRIA DO BRASIL

PROCESSO LEGISLATIVO

DADOS BIOGRÁFICOS DOS PRESIDENTES DO SENADO FEDERAL — 1826 A 1993

ANAIS DO SENADO FEDERAL

ANAIS DO CONGRESSO

DECRETOS-LEGISLATIVOS

RESOLUÇÕES DO SENADO FEDERAL

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

(Números 113 a 116 — jan./mar. a out./dez. 1992)

Cr\$30.000,00

O preço está acrescido de 50% de seu valor para a cobertura das despesas postais.

Os pedidos deverão ser acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal ou de vale postal remetido à agência APT Senado.

Autorizo a remessa dos números 109 a 112 da Revista de Informação Legislativa para o endereço abaixo discriminado:

Nome:

Endereço:

CEP: Cidade UF:

Data: / / Assinatura:

Obs.: O Índice da Revista de Informação Legislativa (nºs 1 a 100) é de distribuição gratuita aos assinantes.

**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
Superior Tribunal de Justiça
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

Estas Bibliotecas recebem, regular e gratuitamente, todas as obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas.