

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



**SENADO FEDERAL**  
SERVIÇO DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

**ABRIL JUNHO - ANO 1978 NÚMERO 58**

**REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**

a. 15 n. 58 — abril/junho 1978

Publicação trimestral da  
Subsecretaria de Edições Técnicas  
do Senado Federal

---

---

**Fundadores:**

Senador AURO MOURA ANDRADE

Presidente do Senado Federal

(1961—1967)

e

Dr. ISAAC BROWN

Secretário-Geral da Presidência

do Senado Federal

(1946—1967)

---

---

**Direção:**

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

---

---

**Chefe de Redação:**

ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR

---

---

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. 15	n. 58	abr./jun. 1978
-----------------	----------	-------	-------	----------------

---

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

---

Preço deste exemplar: Cr\$ 30,00

Pedidos, pelo reembolso postal, à Subsecretaria  
de Edições Técnicas

Tiragem: 10.000 exemplares

SOLICITA-SE PERMUTA  
PIDESE CANJE  
ON DÉMANDE 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- Leyla Castello Branco Rangel.

ISSN 0034-835X

1. Direito — Periódicos. I. Brasil. Congresso. Senado Federal. Subse-  
cretaria de Edições Técnicas. II. Rangel, Leyla Castello Branco, dir.



CDD 340.05  
CDU 34(05)

## SUMÁRIO

	Pág.
<b>HOMENAGEM</b>	
ALIOMAR BALEEIRO .....	5
<b>COLABORAÇÃO</b>	
Teoria da Constituição — <i>José Alfredo de Oliveira Baracho</i> .....	27
Lacunas. Direito Público e Direito Privado — <i>Lourival Gonçalves de Oliveira</i> ..	55
O regime jurídico da “concentração” de empresas — <i>Washington Peluso Albino de Souza</i> .....	77
A empresa pública — <i>João Bosco Leopoldino da Fonseca</i> .....	93
O princípio da anualidade dos tributos e a flexibilidade constitucional — <i>Arx Tourinho</i> .....	113
Princípios informativos do contencioso administrativo tributário federal — <i>Geraldo Ataliba</i> .....	123
A culpa e o risco como fundamento da responsabilidade pessoal do diretor do banco — <i>Arnoldo Wald</i> .....	139
Os direitos fundamentais da personalidade moral (à integridade psíquica, à segurança, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade) — <i>Antônio Chaves</i> .....	157
Reprografia e Direito de Autor — <i>Carlos Alberto Bittar</i> .....	181
Nova tecnologia pede renovação do Direito — <i>Igor Tenório</i> .....	197
Da legalidade e oportunidade da intimação pela imprensa particular, nos juízos do interior (arts. 236 e 237 — CPC) — <i>Breno Moreira Mussi</i> .....	209
A interpelação prévia na adjudicação compulsória — <i>Celso Antonio Rossi</i> .....	219
Execução contra a Fazenda Pública municipal — <i>Paulo Guimarães de Almeida</i> .....	223
Dos crimes contra a Administração Pública — <i>Rubem de Oliveira Lima</i> .....	237
Facetas del llamado derecho automovilístico — <i>Jorge Enrique Valencia M.</i> .....	259
O Conselho Distrital — <i>Silveira Neto</i> .....	277
<b>PUBLICAÇÕES</b>	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas .....	325

HOMENAGEM

Aliomar Baleeiro



*Aliomar Baleeiro, quando pronunciava a palestra de encerramento do Seminário sobre Modernização Legislativa e Desenvolvimento Político, comemorativo do Sesquicentário da instalação dos trabalhos do Senado. (Plenário do Senado Federal, em 11 de junho de 1976.)*

Aliomar Baleeiro superou a casa dos 70 anos e morreu jovem — o tempo não lhe conseguiu quebrar a força da inteligência vigorosa e versátil, nem enfraquecer-lhe o brilho do espírito irrequieto; experimentou, desde cedo, as mais altas posições e morreu simples — a vaidade não lhe vedou os olhos à realidade da vida.

Sua morte sensibilizou a Nação inteira, porque todos, quantos, direta ou indiretamente, receberam o influxo de seu talento e de sua cultura.

Mas, muito maior que o vazio deixado pelo Jornalista, o Advogado, o Político, o Tribuno, o Jurista, o Magistrado, o Mestre, foi a máguia que feriu o círculo de amizade do homem, do amigo desaparecido.

Foi, em especial, a figura do amigo que, na sessão do Senado Federal, de 11 de maio de 1978, dedicada à memória do homem público, os Senhores Senadores evocaram comovidos.

É, também, ao amigo que a **Revista de Informação Legislativa** expressa o carinho de sua homenagem. A ela, a partir das primeiras edições, Baleeiro emprestou decidido apoio, incentivando-lhe a Direção com a força de sua palavra, enriquecendo-lhe as páginas com o brilho de sua colaboração (**Revistas** números 3 e 21).

Lembrá-lo é, hoje, a melhor forma de agradecer-lhe os inúmeros gestos de consideração. E a maneira mais eficiente de fazê-lo é gravar e difundir o que sobre ele disseram aqueles que o amaram e admiraram.

É justo que a **Revista de Informação Legislativa** escolha para reproduzir, do que foi dito sobre Aliomar Baleeiro, as palavras dos Senhores Senadores, pronunciadas na sessão especial em honra à sua memória, a 11 de maio de 1978. E que divulgue, também, como homenagem dos juristas colaboradores ao colaborador eminente, Aliomar Baleeiro, a conferência sobre sua vida e seu pensamento, remetida à direção da **Revista** por Jarbas Maranhão, ex-Senador, atual Conselheiro do Tribunal de Contas e Professor da Universidade Católica de Pernambuco.

#### **4.ª Sessão Legislativa Ordinária, da 8.ª Legislatura**

**O SR. PRESIDENTE (José Lindoso)** — A lista de presença acusa o comparecimento de 30 Srs. Senadores. Havendo número regimental, declaro aberta a sessão.

De acordo com o Requerimento nº 5, de 1978, do Sr. Senador Ruy Santos e outros Srs. Senadores, o tempo destinado aos oradores do Expediente da presente sessão será dedicado a reverenciar a memória do Ministro Aliomar Baleeiro.

Concedo a palavra ao nobre Senador Ruy Santos, que falará em nome da Aliança Renovadora Nacional.

**O SR. RUY SANTOS (Pronuncia o seguinte discurso.)** — Sr. Presidente, Srs. Senadores.

De há muito que o coração de Aliomar Baleeiro lhe pedia cuidados; desde quando ainda se encontrava no Supremo Tribunal Federal, honrando nossa *alta Corte de Justiça e a engrandecendo*. Aliomar, *entretanto, não era homem de se atemorizar*. Nem face ao poder, nem diante das ciladas da morte. Nunca teve medo nem de julgar, que é medo de tantos julgadores. E continuou a mesma vida, o mesmo trabalho. Às vésperas de se ir, já no leito, redigiu dois pareceres. E a mesma vibração; *vibração que repercute principalmente no sistema circulatório*. E, de cilada em cilada, acabou desaparecendo.

Ao ouvir, em Salvador, a notícia pela televisão, pensei de não resistir ao choque, tal a admiração que tinha pela sua personalidade, tal o bem que lhe queria. E num instante passei a *recordar-lhe a vida que, em mais de quarenta anos, andou em caminhos que se cruzaram com os meus*. E isto mesmo ele disse ao me receber, na Academia Brasileira de Letras, acrescentando:

"Por onde andastes, de cidade em cidade, de tarefa em tarefa, de luta em luta, de vitória em vitória, ou de derrota em derrota, por aí também andei, lado a lado, irmanados, ambos, pelas mesmas causas, identificados pelos mesmos pendores. Fados dum homem comum nas afinidades eletivas com outro homem comum."

Ele porém não tinha nada de homem comum. Superior, sim, é o que ele era.

Nossas vidas cruzaram-se de fato. Nossas vidas, em quase meio século, corriam em viadutos superpostos, que se cruzavam: o em que ele andava vertiginosamente, lá em cima; o em que eu ziguezagueava, cá em baixo. Mas nos vendo. Nos estimando. Nos dando com a mão. Ele a me convidar a subir, e eu sem saber como.

Não sou homem, Sr. Presidente, e V. Ex<sup>a</sup> sabe disso, de pleitear oportunidades na vida. Estas me surgem, inesperadamente e, daí, o seu sabor maior. Ao resolver, porém, o Senado homenagear Aliomar Baleeiro, pedi a Eurico Rezende — o meu Líder — que me reservasse esta vez. E não pensava, na oportunidade, em escrever um discurso. Não pretendia me servir do lápis do cérebro, mas da pena do coração. E falaria, e falaria, e o lembraria, nestes anos todos em que andamos tão próximos, apenas falando, falando o que a alma e a emoção me fossem permitindo. Optei, porém, por escrever estas palavras, molhando a minha pena na tinta da saudade.

Conheci Aliomar Baleeiro, ali pelos idos de 1933. Eu deixara o interior baiano e me transferia para Salvador. E fui trabalhar no **Estado da Bahia**, vespertino das classes conservadoras, onde recebíamos, todas as manhãs, a visita de um dos donos que se revezavam no orientar e, talvez, até no policiár a nossa conduta. E chamavam a atenção do diretor ou do repórter, para um assunto ou um aspecto da vida da cidade, merecedor de um comentário ou de uma reportagem. O vespertino ficava na Cidade Baixa da minha admirável Salvador, na rua principal do seu comércio. Redação e oficinas no andar térreo, de onde acompanhávamos, quase da rua, os pregões dos *mercadores* e o tilintar dos elétricos. E a memória me impõe, ao retratar a vida de Aliomar, aquela irreverência de que não se despegou por toda a vida. Uma irreverência que não feria fundo, suavizada por sua simpatia pessoal e engrandecida pelo seu talento. Talento de homem de humor.

Certa manhã, um dos donos do jornal, ao entrar na redação, foi diretamente ao gabinete do diretor. Levava à mão um número do **Time**. Este patrão nosso era um exportador de cacau e pleiteava do Aliomar a transcrição — traduzida, é claro — de uma das páginas da revista americana. Aliomar ouviu-o pacientemente e achou que a matéria merecia ser transcrita. O "comendador" queria mais, porém: a matéria deveria ser ilustrada com um **fac simile** da matéria. E a insistir nisso. Mas só dizia **faque simaile**. À terceira ou quarta recomendação, todavia, a irreverência do Baleeiro subiu-lhe à cabeça: está bem, senhor Fulano... Mas, por amor de Deus, não me fale mais em **faque simaile**...

E que jornalista que ele foi. Ao tempo, estávamos na época dos artigos de fundo, que redigia com precisão, numa linguagem perfeita e numa rapidez enorme.

Allomar escrevia os seus editoriais, naquela letra regular que manteve até a morte. E quase não tinha nada a retocar ao final ou ao revê-lo, revisão que exigia fazer antes de deixar a redação. Seu pensamento descia, límpido, do cérebro à pena. A idéia tinha como que uma virgindade a respeitar.

A política porém, sua grande vocação, o atraía. Preocupava-se nesta época Juracy Magalhães, ao constituir a sua bancada na Assembléia Legislativa, em agir como agira na Assembléia Nacional Constituinte. Integrá-la com expressões culturais da terra. E o nome de Allomar foi lembrado e eleito; em pouco, era, indiscutivelmente, das vozes mais altas do Legislativo baiano, enfrentando uma oposição onde havia um Nestor Duarte, um Antônio Balbino, um Jaime Ayres, um João Mendes. O líder da bancada governista — naquele tempo do Partido Social Democrático — era um brilhante jurista, um grande argumentador, figura das melhores, da minha terra — Alfredo Amorim. Não gostava, entretanto, dos entreveros, que ficavam a cargo do Allomar. Que se tornava assim o condutor. E, eu, que era repórter político ao tempo, como que ainda o estou vendo — vendo e ouvindo — brilhante e oportuno, com intervenções em que punha em destaque a vivacidade de sua inteligência.

Por esse tempo, nomeado por Juracy Magalhães, Allomar Baleeiro foi ser consultor jurídico do Instituto de Pecuária da Bahia, então criado. E lhe deram como datilógrafa Darly Lobão, moça das mais distintas da sociedade baiana. O trabalho aproximou-os, o dia-a-dia tornou-os companheiros. E acabaram se casando. Darly, já agora Baleeiro, datilografava-lhe os trabalhos, secretariava-o, ajudava-o. E até que ele se foi. Companheira admirável, a ternura em pessoa, apaixonada pelo talento excepcional do marido.

O Estado Novo, contudo, lhe interromperia a função de legislador, e o prendeu. Como a Nestor Duarte, como a mim. Outro cruzamento nas nossas vidas.

A noite da ditadura, entretanto, não o imobilizaria. E estávamos sempre juntos, ou no seu escritório de advogado, onde tinha, como companheiros, o hoje Senador Luiz Viana e Álvaro Nascimento; ou na sua casa, no Sodré, à vista de D<sup>a</sup> Isaura, sua mãe admirável que, no seu julgar, foi a grande modeladora do seu caráter.

Uma tarde, cruzamos na rua do Chile, em Salvador — o cruzamento material das nossas vidas — e me fez entrar numa farmácia ali existente:

— Entremos aqui, que quero lhe falar.

E fomos ao laboratório. Allomar encostou-se a um balcão, abriu a sua pasta, retirou um papel e me disse:

— Assine isso aqui.

Nem esperou que eu o lesse. Ele também conhecia o meu pensamento e a minha formação. Era um manifesto contra a ditadura, semelhante ao "manifesto dos mineiros". A minha assinatura foi a quinta ou sexta. Dias depois, contou-me ele que um bacharel que também o assinara, seu colega na Escola de Direito e membro do Tribunal de Contas, o procurou no escritório:

— Allomar, você me desculpe, mas vim retirar a minha assinatura daquele manifesto...

À boca pequena, já se sabia da reação do Ditador ao manifesto mineiro.

— Mas, você ficará mal. A todo o mundo terei que dizer que a assinatura riscada é a sua.

O acovardado bacharel porém, como que antevendo a desculpa do Allomar, abriu da pasta e retirou um vidro:

— Não vim riscar... Eu trouxe eureka para apagar o meu nome... E outro assina no meu lugar...

Em 1945, porém, a ditadura se apagava. Com a eureka de entrevista de José Américo de Almeida. E Allomar Baleeiro não só por seu valor, como por sua luta no período que então se encerrava, foi incluído na chapa de Deputados Federais da União Democrática Nacional. E foi eleito. Como eu. Novo cruzamento nas estradas do nosso viver. A partir dali é que sua figura se projetaria nacionalmente.



Ao se instalar a Assembléia Constituinte, foi ele um dos parlamentares da UDN indicados para a grande Comissão Constitucional, onde tinham assento as maiores expressões da cultura e da política brasileira, que voltaram, ou chegaram ao Palácio Tiradentes. Poucos o conheciam. O provinciano chegava, contudo, para se impor à Nação. Designaram-no para a Subcomissão Tributária, levando em conta a sua condição de professor de finanças, na Escola de Direito da Bahia. Aliomar porém, nos debates plenos da Comissão, discutia toda matéria constitucional, com uma precisão admirável, servido por uma memória privilegiada. Afirmava-se pelo seu talento e pela sua cultura; com uma segurança de impressionar e, o que é mais importante, com uma vibração enorme, tocando, às vezes, as raias da grosseria, na defesa dos seus pontos de vista. E se fazia respeitado.

Promulgada a Carta de 1946, onde fez inserir aquele princípio em favor dos Municípios, na discriminação de rendas, descia Baleeiro ao plenário da Câmara ordinária — expressão que só repito por respeito à tradição. E não exagero dizendo que se deve a ele a constituição da chamada "banda de música da UDN".

**O Sr. Otto Lehmann** — Permite V. Ex<sup>a</sup> um aparte, nobre Senador Ruy Santos?

**O SR. RUY SANTOS** — Pois não.

**O Sr. Otto Lehmann** — Nobre Senador Ruy Santos, conheci o Professor Aliomar Baleeiro, eu ainda estudante. Frequentava ele a casa do meu sogro, o ex-Deputado Agostinho Monteiro, que foi, também, constituinte de 1946. Reuniam-se ali grandes vultos de nossa Pátria, praticamente todos os Líderes da antiga UDN. Sei, portanto, do alto valor desse notável brasileiro, quer como parlamentar, como jurisconsulto, como patriota e, sobretudo, como chefe de família. Com a sua morte perdeu, efetivamente, o Brasil um dos seus grandes filhos. Peço, portanto, licença a V. Ex<sup>a</sup> para trazer a solidariedade da Representação de São Paulo à justa e carinhosa homenagem que presta, nesta tarde, à memória de Aliomar Baleeiro.

**O SR. RUY SANTOS** — Agradeço o aparte de V. Ex<sup>a</sup>, que sensibilizaria e deve estar sensibilizando a Aliomar Baleeiro, que era um apaixonado da terra paulista.

**O Sr. Henrique de La Rocque** — Permite V. Ex<sup>a</sup> um aparte?

**O SR. RUY SANTOS** — Ouço o nobre Senador.

**O Sr. Henrique de La Rocque** — Peço-lhe, nobre Senador Ruy Santos, que agasalhe, em seu magnífico e comovido pronunciamento, o meu aparte, que sintetizo assim: não são tantos os que morrem deixando não apenas a saudade, que mortifica, mas também a obra que os imortalize. Aliomar Baleeiro foi assim. Soube ser amigo leal e dedicado, notabilizando-se na cátedra e no Parlamento, como V. Ex<sup>a</sup> está, minuciosamente, descrevendo ao Plenário. Deu exemplo de quanto e como se pratica a fé que se carrega, não vacilou no que pregava até como risco da incompreensão. Conhecendo-o bem, quis-lhe o muito que se dedica aos que se molduram, pelo exemplo do talento, da cultura e do amor à Pátria. Jamais poderia esquecer a forma fraterna com que sempre me distinguiu: de alguns amigos, raros são os de quem jamais ouvimos um não. Ele era um destes. À Dona Darily, não sei se maior como mãe ou como esposa, o meu permanente respeito, rogando-lhe que receba com seus filhos e familiares a expressão da minha mágoa maior.

**O SR. RUY SANTOS** — Agradeço a V. Ex<sup>a</sup>, mas devo uma explicação à Casa. Estou certo de que a viúva Aliomar Baleeiro não está assistindo à homenagem do Senado, porque a esta hora o Supremo Tribunal Federal presta uma homenagem à memória de seu marido.

**O Sr. Arnon de Mello** — Permite V. Ex<sup>a</sup> um aparte?

**O SR. RUY SANTOS** — Ouço V. Ex<sup>a</sup>

**O Sr. Arnon de Mello** — Nobre Senador Ruy Santos, estou ouvindo com encantamento o seu brilhante discurso e não pretendia interrompê-lo. Mas tratando-se de Aliomar Baleeiro, que conheci há muitos anos como Secretário da Fazenda do grande Governador da Bahia, Juracy Magalhães, e cuja vida de lutas pela democracia acompanhei sempre com muita atenção, animo-me a repetir aqui as lúcidas palavras que dele ouvi, no aeroporto de Brasília, poucos meses antes de seu desa-

parecimento. A propósito da minha atitude, favorável a uma transformação social pacífica para a tranqüillidade de todos, disse-me Baleeiro:

— Mas você não esqueça de que a árvore para dar frutos precisa do tronco. E o tronco, no caso do Estado, é a institucionalização.

Eram estas as palavras que queria dizer, juntando a minha solidariedade à dos companheiros que já se fizeram ouvir neste Plenário, em apartes a V. Ex<sup>a</sup>

**O SR. RUY SANTOS** — Muito obrigado a V. Ex<sup>a</sup>

Mas o fim da vida de Allomar Baleeiro foi todo ele dedicado a essa campanha da redemocratização do Brasil.

**O Sr. Lourival Baptista** — Permite V. Ex<sup>a</sup> um aparte?

**O SR. RUY SANTOS** — Com todo o prazer, concedo o aparte a V. Ex<sup>a</sup>

**O Sr. Lourival Baptista** — Muito obrigado. Eminente Senador Ruy Santos, Allomar Baleeiro foi, sem dúvida, uma das principais figuras da vida política brasileira. Parlamentar excepcionalmente bem dotado, soube impor-se a todos, amigos e adversários, por sua capacidade intelectual, sua probidade sem jaça e seu espírito destemido, que o colocou na vanguarda da luta política travada a partir de 1945, com a redemocratização do Brasil. Sua atuação parlamentar foi das mais brilhantes, sempre marcada por sua bravura moral e cívica. Destacou-se, igualmente, como professor universitário e intelectual, exercendo o Magistério e influenciando, poderosamente, a mocidade. Como magistrado, nomeado que foi para o Supremo Tribunal Federal, logrou atuação igualmente exemplar, revelando-se Juiz íntegro e capaz. Tive a honra de privar da amizade do Ministro Allomar Baleeiro. Foi um extraordinário Professor, insigne Deputado, eminente Ministro e um liberal, autêntico e capaz de tomar atitudes ditadas pela sua consciência e arcar com todas as consequências que delas adviessem. O seu falecimento foi perda inestimável para o nosso País, deixando uma grande lacuna na vida jurídica, intelectual e política do Brasil. Não lhe faltaram lealdade, inteligência e coragem, no exercício de todos os cargos e missões que exerceu.

É com o mais profundo pesar que me associo às homenagens que o Senado presta, através da palavra de V. Ex<sup>a</sup>, eminente Senador Ruy Santos, ao ilustre e saudoso Ministro Allomar Baleeiro que, com o seu falecimento, enlutou o Brasil, privando-nos de uma personalidade rara e de grande conceito nacional e Internacional. E, associando-me às homenagens justas e merecidas que o Senado da República presta à sua memória, nesta oportunidade, renovo aos seus dignos familiares e, de maneira especial, à sua dedicada esposa, Dona Darily Lobão Baleeiro, o meu mais sentido e saudoso pesar.

**O SR. RUY SANTOS** — Agradeço o aparte de V. Ex<sup>a</sup>

**O Sr. Luiz Cavalcante** — Permite V. Ex<sup>a</sup> um aparte?

**O SR. RUY SANTOS** — Ouço o nobre Senador alagoano Luiz Cavalcante.

**O Sr. Luiz Cavalcante** — Nobre Senador Ruy Santos, do muito que disse e escreveu o seu conterrâneo Allomar Baleeiro, guardei esta sentença: "Sempre que houver almas de escravos, existirão vocações de senhores". O epitáfio de Allomar bem poderia ser simplesmente este: "Nunca foi escravo". Muito obrigado.

**O SR. RUY SANTOS** — Agradeço o aparte de V. Ex<sup>a</sup>

**O Sr. Dinarte Mariz** — Permite-me V. Ex<sup>a</sup>?

**O SR. RUY SANTOS** — Ouço o nobre Senador Dinarte Mariz.

**O Sr. Dinarte Mariz** — Não posso deixar de me congratular com o Senado por prestar esta justa homenagem à memória de Allomar Baleeiro. Falo, talvez, como um dos mais antigos ou um dos mais idosos daqueles que pertenceram à União Democrática Nacional, onde pontificava Allomar Baleeiro como uma das figuras mais destacadas, em razão de seu talento, de seu brilhantismo e, sobretudo, de seu espírito de luta. Foi um lutador, um homem polémico, dentro do seu próprio Partido. Lembro-me quando chegou ao Rio de Janeiro. Nos primeiros dias de sua estada naquela cidade, tive oportunidade de entrar em contato com Allomar Ba-

leheiro. Vinha em companhia de Nestor Duarte. Eram duas grandes figuras que a Bahia mandava para o centro dos acontecimentos político-nacionais dentro da Câmara dos Deputados. Foram duas das mais destacadas figuras de uma geração: Aliomar Baleeiro e Nestor Duarte. Cito-os, porque ambos chegaram como verdadeiros irmãos. Sabia que um pertencia ao grupo de Juracy Magalhães e, outro, ao do Dr. Mangabeira. Apesar disso, não só se entendiam como viviam quase que diariamente juntos. Sempre os encontrava juntos. Tão polêmica era a figura de Baleeiro que, ao ser submetido o seu nome à aprovação desta Casa, para compor o Supremo Tribunal Federal, o Líder da Maioria de então, o eminente colega Daniel Krieger, teve sérias dificuldades em seu trabalho. Fui um dos auxiliares do Senador Krieger naquela época. Falei com todos os colegas, fazendo-os ver o interesse que tinha a Liderança na aprovação do nome de Aliomar Baleeiro. Foi aprovado, mas com sérias restrições. Posteriormente, verificou-se que Baleeiro foi uma das figuras mais eminentes que já passaram pela Alta Corte do País. Isso diz bem do seu talento, da sua cultura, pois, naquela época, se alegava que Baleeiro era um especialista em assuntos econômicos e não estava bem indicado para o lugar de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Deixando o STF, a Nação inteira lhe prestou homenagem. Assisti ao sepultamento de Aliomar Baleeiro. Toda a Nação sentiu o seu desaparecimento. Proeminentes figuras e toda aquela gama de homens de cultura de que se orgulha a nossa antiga e sempre lembrada Capital da República, o Rio de Janeiro, e de que se orgulha o nosso País, chorava a falta de Aliomar Baleeiro, ainda quando a sua voz era tão escutada, tão lembrada e tão respeitada. Este, o meu aparte, e V. Ex<sup>a</sup> o receba em nome da bancada do Rio Grande do Norte.

**O SR. RUY SANTOS** — Acolho o aparte de V. Ex<sup>a</sup> com toda a simpatia.

Sr. Presidente e Srs. Senadores, já agora se encontra, em uma das tribunas do Senado, a Sr<sup>a</sup> Darly Baleeiro, a quem, neste instante, rendo o preito da minha estima e homenagem da minha solidariedade.

**O Sr. Daniel Krieger** — V. Ex<sup>a</sup> me concede um aparte?

**O SR. RUY SANTOS** — Com prazer, nobre Senador.

**O Sr. Daniel Krieger** — Embora repete supérflua qualquer palavra aos magníficos conceitos que V. Ex<sup>a</sup> acaba de expender, com brilho e emoção, sobre essa figura admirável que foi Aliomar Baleeiro, desejo, também, associar-me, de inteligência e de coração, a esta homenagem, porque, indiscutivelmente, Aliomar Baleeiro foi um dos maiores homens públicos dos últimos tempos no Brasil.

**O SR. RUY SANTOS** — Aliomar Baleeiro, nobre Senador Daniel Krieger, lá onde se encontra — e só pode ser no lugar reservado aos dignos — há de se sentir feliz com este pronunciamento de V. Ex<sup>a</sup>

**O Sr. Heitor Dias** — Permite V. Ex<sup>a</sup> um aparte?

**O SR. RUY SANTOS** — Ouço o nobre Senador Heitor Dias.

**O Sr. Heitor Dias** — Baiano e representante da Bahia nesta Casa e um dos amigos que privaram de perto com Aliomar Baleeiro, não poderia deixar de associar-me à justa homenagem que o Senado Federal, hoje, tributa à sua memória. Aliomar Baleeiro foi, sem dúvida, uma figura extraordinária. Aonde chegou, chegou pelo seu talento, pela sua cultura, pela sua dignidade. Homem de consciência limpa, de coração puro e de alma aberta, era pessoa que, por isso mesmo, sabia fazer amigos. E eles os tinha em grande número, que se tornavam seus admiradores e que são os que hoje lhe reverenciam a memória e sentem o seu desaparecimento. Foi um homem combativo, um lutador. Combatia, lutava, não para destruir, mas para construir. Por isso mesmo é que, chegando ao nosso mais alto Tribunal de Justiça, ele pôde pontificar, porque o seu amor era à verdade e à justiça e, como magistrado, pôde comprová-lo. Assim, a Bahia que tanto o admirou, que tanto o compreendeu, chora com toda a Nação a sua morte. Mas homens com tais virtudes, como as que teve Aliomar Baleeiro, não desaparecem. Permanecem presentes na lembrança geral porque vida assim vivida é de permanente exemplo e uma lição constante de bravura, probidade, fidelidade às nobres causas e de amor à causa pública.

**O SR. RUY SANTOS** — Agradeço a V. Exª o seu aparte de conterrâneo e amigo.

**O Sr. Luiz Viana** — Permite V. Exª um aparte?

**O SR. RUY SANTOS** — Ouço, com prazer, o nobre Senador Luiz Viana.

**O Sr. Luiz Viana** — Diante das palavras tão expressivas, tão justas, tão comovidas que V. Exª está proferindo sobre a vida e a personalidade do nosso eminente e sempre saudoso companheiro, amigo e colega Allomar Baleeiro, era meu propósito inicial calar-me, tal a emoção com que me devo referir a um amigo que, ao longo de mais de cinqüenta anos, foi aquele companheiro primoroso, sem jaça e, que, em todas as circunstâncias da minha e da sua vida, fez com que essa amizade crescesse dia a dia. Hoje, revendo-lhe a caminhada áspera e também gloriosa através da vida pública brasileira, confesso a V. Exª que não sei bem qual a faceta de Allomar Baleeiro que eu deva ter como maior. Poderia falar do amigo; esse foi, realmente, incomparável, e V. Exª bem o conheceu. Era aquele amigo prestimoso, diligente, capaz de sacrifícios e sempre pronto a dar a colaboração, a ajuda que dele fosse solicitada. Não preciso falar do jurista, tanto é lembrada a sua figura como uma das maiores que, em todos os tempos, passaram pelo Supremo Tribunal Federal. É que Allomar Baleeiro aliava à cultura jurídica a personalidade brava, corajosa, destemida, que também assinalou outro grande componente do Supremo, que foi Pedro Lessa. É que para o Supremo Tribunal Federal não basta apenas o porte de jurista; é preciso ter o porte do homem público, o porte do cidadão, e Allomar Baleeiro foi, acima de tudo, o grande cidadão do Brasil. Ele amou o Brasil, amou os brasileiros e a liberdade. E foi com esse sentimento que atravessou, durante toda a vida, desde a nossa província, a Bahia, até os píncaros mais altos da vida pública brasileira, onde o seu nome será sempre imortal pelo seu talento, pela sua cultura e, sobretudo, pelo seu caráter.

**O SR. RUY SANTOS** — Meu discurso não estaria completo, nobre Senador Luiz Viana, se a ele não viesse a chegada da palavra do companheiro fraternal de Allomar Baleeiro.

**O Sr. Benedito Ferreira** — Permite V. Exª um aparte?

**O SR. RUY SANTOS** — Com muito prazer.

**O Sr. Benedito Ferreira** — Permite V. Exª um aparte?

**O SR. RUY SANTOS** — Ouço o nobre colega.

**O Sr. Benedito Ferreira** — Senador Ruy Santos, V. Exª, com a sua estatura moral, não só por ser conterrâneo, por ser um velho correligionário, mas por todos os títulos, V. Exª deveria ser, nesta tarde, a voz das homenagens. Embora seja eu um dos mais novos dos velhos udenistas, pelo menos o sou no meu Estado, porque, em 1945, aos doze anos de idade, eu já vendia a voz da UDN no Estado de Goiás, no nosso saudoso **Jornal do Povo**, não é nessa condição que desejo participar do discurso de V. Exª. Quero participar na condição de pai de uma discípula de Allomar Baleeiro. A influência de Allomar Baleeiro na cátedra, a sua estatura moral repercutiu tanto e de maneira tamanha na formação de minha filha mais velha, sua aluna, sua discípula, impregnou-a com as suas idéias liberais e com a sua personalidade tão forte e tão válida para esta época tão difícil de envergadura e inversão de valores que estamos atravessando, que, casada esta filha, dando-me o primeiro neto, eis que, para batizá-lo, teve-se que proceder a um sorteio, na minha família, um sorteio entre o genro e a filha, para decidir se esse meu neto homenagearia o liberal vivo ou o liberal morto. Nesse sorteio não foi vitorioso Allomar Baleeiro, eis que o meu neto, o filho de minha filha, esperando em Deus que ele tenha, realmente, o comportamento do seu patrono, o meu neto Daniel, em homenagem ao nosso querido Daniel Krieger, presente e participando destas homenagens. Mas de qualquer forma regozijo-me em trazer ao bojo do discurso de V. Exª essa lembrança de um mestre, que foi, sobretudo, um mestre, Allomar Baleeiro.

**O SR. RUY SANTOS** — A vida de Allomar Baleeiro precisa ser completada com esses depoimentos afetivos como este que V. Exª acaba de dar, neste instante.

**O Sr. Braga Júnior** — Permite V. Ex<sup>a</sup> um aparte?

**O SR. RUY SANTOS** — Ouço o nobre colega.

**O Sr. Braga Júnior** — Eminente Senador Ruy Santos, o desaparecimento do eminente brasileiro Aliomar Baleeiro representa para a Nação e para o seu povo uma perda irreparável, especialmente para o nosso Estado, o Amazonas, que neste instante deposita uma lágrima de saudade, para que esta lágrima reproduza outras lágrimas em benefício da Nação e do povo brasileiro, não para chorar de saudade, mas de alegria pelo muito que Aliomar Baleeiro fez pelo País e pelo seu povo. Muito obrigado.

**O SR. RUY SANTOS** — Agradeço a V. Ex<sup>a</sup>

**O Sr. Jarbas Passarinho** — Permite V. Ex<sup>a</sup> um aparte?

**O SR. RUY SANTOS** — Dou aparte ao nobre Senador Jarbas Passarinho.

**O Sr. Jarbas Passarinho** — Serei muito breve, nobre Senador Ruy Santos, até porque estou ávido de ouvi-lo até o fim. Eu não fui dos que respiraram Aliomar Baleeiro de perto, mas, de longe, a cintilação do seu talento chegava a nós. Eu queria apenas me referir a dois fatos mais recentes e ambos — creio — compartilhados por V. Ex<sup>a</sup>: um, quando Aliomar Baleeiro assumiu a sua Cadeira na Academia Brasileira de Letras, como nosso confrade, com um discurso pontilhado de uma fina ironia e respaldado numa extraordinária erudição. Esse lado do caráter do pranteado brasileiro é que mais me fascinava, quando tive, ainda, no passado, oportunidade de ler, no **Diário do Congresso**, algumas das suas intervenções, como um dos mais combativos representantes da UDN. Mas aqui, nesta Casa, o segundo episódio a que me refiro — V. Ex<sup>a</sup> certamente presente, quando se comemorava o sesquicentenário do Senado — Aliomar nos fez uma preleção e deu a sua aula, talvez a sua última aula dentro de um Congresso, e liberal, arraigado que era, admirável combatente contra todos os tipos de extremismos, a sua irreverência se caracterizou pelo início das suas palavras, quando começou dizendo que todos os dias rezava pelo nosso monarca atual. Ele queria caracterizar a sua dissensão entre os rumos que as coisas tinham tomado e seus pensamentos originais. E este lado admirável da vida daquele homem eu gostaria que ficasse — se não estiver por acaso retratado no discurso de V. Ex<sup>a</sup> como parte desta manifestação que peço a V. Ex<sup>a</sup> que acolha.

**O SR. RUY SANTOS** — Agradeço o aparte de V. Ex<sup>a</sup>

Mas, continuando, Sr. Presidente, dizia eu — e não exagero dizendo — que se deve a ele a constituição da "banda de música" da UDN. Um maestro invisível a conduzia. Talvez a "eterna vigilância". E Aliomar era o grande solista. Ao lado, principalmente, de Adauto Lúcio Cardoso, Bilac Pinto, Heitor Beltrão, José Bonifácio, João Agripino, Emani Sátyro, Oscar Correia e uns poucos mais.

**O Sr. Dirceu Cardoso** — Permite V. Ex<sup>a</sup> um aparte?

**O SR. RUY SANTOS** — Pois não. Ouço V. Ex<sup>a</sup> com muito prazer.

**O Sr. Dirceu Cardoso** — Nobre Senador Ruy Santos, V. Ex<sup>a</sup> é um homem do coração, escreve suas coisas com sentimento e com o coração. Ao retratar, hoje, aqui e agora, a figura inesquecível de Aliomar Baleeiro, prestando a homenagem que o Brasil tanto lhe deve, V. Ex<sup>a</sup> faz uma página de sentimento e de emoção. Aliomar Baleeiro foi daquelas figuras que, na história política do nosso País, formou com a equipe de homens que gravitavam em torno dele uma época na história política do País; ele foi como a figura esganhada do relâmpago, que ilumina toda a escuridão do céu. Através do discurso de V. Ex<sup>a</sup>, quero prestar, eu, homem do PSD — e peço licença a V. Ex<sup>a</sup> e ao meu prezado ex-Presidente Amaral Peixoto — uma homenagem dos homens sofridos do PSD, atacados e combatidos pela UDN, aquela UDN inclemente, impiedosa e desassomburada, mas idealista. Quero prestar uma homenagem aos homens que formaram uma época da história política do nosso País. Ao lado de Aliomar Baleeiro, quero trazer esta minha moção e esta a minha homenagem aos seguintes brasileiros ilustres: Brigadeiro Eduardo Gomes, Otávio Mangabeira, Milton Campos, Aliomar Baleeiro, Prado Kelly, Afonso Arinos, Pedro Aleixo, Soares Filho, Adauto Lúcio Cardoso, Virgílio de Melo Franco, Bilac Pinto, Juracy Magalhães, Magalhães Pinto, Carlos Lacerda, Oscar

Correia, José Bonifácio, João Agripino, Ruy Santos — que é V. Ex<sup>a</sup> — Senador Vespasiano Martins, Heitor Beltrão, João Vilas Boas, Ernani Sátyro, José Américo de Almeida, Luiz Vianna, Nestor Duarte, Osvaldo Trigueiro, Herbert Levy, Artur Santos, Virgílio Távora, Flores da Cunha, Daniel Krieger, Hamilton Nogueira, Montelro de Castro, Plínio Barreto, Arnon de Mello, Toledo Pizza, Odilon Braga, Clemente Mariani, Raymundo Padilha, Dinarte Mariz, Ruy Palmeira, Carlos de Lima Cavalcanti, Saldanha Derzi, Agostinho Montelro, Argemiro Figueiredo, José Humberto, Manoel Novaes e Paulo Sarasate; e, peço perdão àqueles cujos nomes esqueci na minha emoção. Mas, aqui vai a homenagem de um brasileiro, de um político que os conheceu, aqui, no Senado e na Câmara, atuando na vida brasileira e, que, como Aliomar Baleeiro, iluminaram uma época inteira da história política de nossa Pátria.

**O SR. RUY SANTOS** — Obrigado a V. Ex<sup>a</sup> e o meu agradecimento é também em nome da extinta União Democrática Nacional.

Mas, dizia eu, Sr. Presidente: seus solos, os solos de Aliomar Baleeiro, não eram em Instrumentos de palheta; antes, um trompetista, cujas notas não deixavam dormir nem Getúlio, nem Juscelino, nem João Goulart, nem Lafer, nem Alkmin. Nunca foi líder da nossa bancada; mas não exagero dizendo que não era, também, liderado por ninguém, o que pode atestar o Afonso Arinos, como o próprio Carlos Lacerda e Soares Filho atestariam, se fossem vivos. Com um e outros, nas reuniões da bancada, teve divergências ásperas de fazer estremecer as paredes do Palácio Tiradentes.

Agressivo na tribuna, como no episódio que fez com que Getúlio Vargas viesse à Constituinte, para pronunciar o seu único discurso no exercício do mandato de Senador. E quase sempre irreverente. Um grande expositor. A Fernando Ferrari ele deu um aparte que fez com que a Câmara quase toda não se contivesse em riso. O jovem líder gaúcho fazia um discurso sobre finanças, ele que ainda estudava Direito, ou vinha de se diplomar, quando Aliomar não se conteve ao ouvir o que lhe pareceu uma heresia em matéria financeira. Interrompeu-o, apenas para dizer: "Não foi isso que lhe ensinei quando meu aluno na Escola de Direito do Catete." Este o homem, um aspecto do grande homem.

Naqueles dias do "retorno aos quadros constitucionais vigentes" do General Lott, era dos mais atuantes. Sua inconformidade com o "golpe militar" tomava-o ainda mais agressivo. Teve então um incidente com Flores da Cunha, que presidia a Câmara e que o chamou de "deputado pernóstico". Pernóstico era o que ele nunca foi. O pernóstico é simulador de qualidades, o que não havia em Aliomar. E a que se seguiu um desabafo com Ivete Vargas, então deputada, quando não respeitou, na sua volta, nem a sua condição de mulher.

Em 1959, porém, com o retorno de Juracy Magalhães ao governo da Bahia, éramos convidados — e de novo juntos, nossos caminhos cruzados — para Secretário de Estado. Também secretários eram Josaphat Marinho, Vieira de Melo, Lafaiete Coutinho, Rômulo de Almeida, Dantas Júnior. E a missão de Baleeiro era a mais espinhosa de todas, no equilíbrio as finanças do Estado. Com a carta branca que o Governador Juracy lhe deu, o grande professor de Finanças se lançou, de corpo e alma, ao trabalho. Os incidentes com os colegas então se sucediam. Todos a querer um recurso a mais para as realizações das suas secretarias, recursos de que o Estado não dispunha. E Aliomar intransigente. E como todos me sabiam um grande amigo seu, em mais de uma oportunidade, servi de intermediário para a solução de casos. Claro que sempre dando razão ao Secretário da Fazenda, cujo trabalho não podia ser sacrificado no equilíbrio orçamentário, mas lhe pedindo para dar um não com sorriso nos lábios, justificando-o. E tive êxito em algumas oportunidades. Muita vez me telefonou para me fazer intermediário do aviso ao secretário de que o recurso pedido já estava à disposição. Prestigiava, assim, a minha intervenção de amigo.

Juracy Magalhães adotara a norma, nos seus dois governos, de reunir semanalmente, o seu secretariado. Buscava, com isso, a homogeneização do governo, o conhecimento por todos do que cada um fazia, e como fazia. Assegurando-nos o direito de analisar e até de criticar a ação do colega. Com respeito, é claro. Aliomar porém era um irreverente. Sempre foi. Talvez esta uma das facetas mais originais da sua personalidade. Praticava a irreverência com graça, com humor.

E numa daquelas reuniões, o economista Rômulo de Almeida, que era o Secretário do Planejamento, submeteu ao Governador vários projetos para a constituição de empresas mistas, visando o desenvolvimento do Estado. E a sigia de todas terminava com o **ba** de Bahia: Coelba, Sisalba, Casemba e não sei quantas mais. Medidas justas, acertadas, de certo, e, todas a exigir subscrição pesada do tesouro do Estado. Finda a exposição do Rômulo, o governador Juracy Magalhães franqueou a palavra aos demais secretários. E Aliomar foi o primeiro a falar. Elogiou o trabalho que visava estimular o nosso desenvolvimento; estranhou, porém, que o seu colega tivesse se esquecido de outra proposta. E esfregando o polegar da mão direita no indicador:

— E a constituição da **gaitaba**, Dr. Rômulo?

Aliomar sabia que o Estado não dispunha de recursos para tanta iniciativa. Não havia dinheiro, gaita... Só fabricando-a...

(Perdoa, Aliomar, nesse instante de saudade, estar a lembrar certas passagens de tua vida. Sei, porém, que o rosto redondo de tua alma está aberto em um sorriso largo, a me agradecer. É que tinhas prazer na irreverência.)

Voltaríamos a nos juntar, depois, em Brasília, na Praça dos Três Poderes, no Palácio do Congresso: eu, ainda representando a nossa Bahia e, ele, a Guanabara. O mesmo homem. O mesmo ideal. O mesmo talento. O mesmo destemor. Combateu, desse modo, e conspirou para derrubar João Goulart. E estava ao seu lado, quando já de madrugada, com outros companheiros e o Presidente do Supremo Tribunal, o Ministro Ribeiro da Costa, fomos assistir, no Palácio do Planalto, à posse de Ranieri Mazzili. Ao chegarmos, porém, ao gabinete presidencial, soube que, no andar superior, na Casa Civil, tramava-se contra a posse do Presidente da Câmara, com soldados a postos, de metralhadoras à mão. Não nos alarmamos, é claro. Estávamos ali por tudo e, à entrada, o prédio às escuras, sentimos que tudo seria possível. Aliomar então me perguntou se eu estava armado; disse-lhe que não.

— Nem eu; mas não creio que tenham coragem para qualquer reação. Eles estão podres...

Aquele homem porém que se batera pela revolução, que com ela estivera solidário, logo nos primeiros dias de sua vigência, daria prova de sua independência, da sua autenticidade, da sua coerência. Foi na eleição do Presidente Castello Branco, que tinha como companheiro de chapa José Maria Alkimin, a quem Aliomar tanto combatera quando Ministro da Fazenda, por suas ligações com homem de negócios, que reputava escusos. Um destes era o do "whiskey a meio dólar". É lido seu nome para indicar o candidato à Vice-Presidência e, Aliomar, para estupefação geral, indicou:

— Antonio Sanches Galdeano.

Galdeano era o homem que ele considerava sócio de Alkimin.

Em 1965, porém, com a ampliação do número de membros do Supremo Tribunal Federal, o eminente e saudoso Presidente Castello Branco convidou Aliomar para uma das vagas na nossa mais alta Corte de Justiça. Era uma homenagem ao seu talento e à sua cultura, à sua dignidade. E o bravo parlamentar udenista aceitou. A nossa "banda de música" estava já dissolvida. Ao se despedir da Câmara dos Deputados que tanto engrandeceu, Aliomar disse, então, em discurso todo ele entrecortado de palmas:

"Lembrava eu que, penetrando amanhã no Supremo Tribunal Federal, quero levar para lá o espírito de dignidade, o espírito de nobreza, o patriotismo, a grandeza moral desta Casa, **(muito bem!)** no presente e no passado **(palmas)**. Não me orgulho de nada na minha vida pública mais do que de ter pertencido ao Parlamento do meu País, durante 20 anos **(palmas)**. Muitas vezes, no Palácio Tiradentes, eu olhava os murais decorados por aqueles artistas do começo do século e, ali, contemplando as esfinges daqueles que eu poderia chamar os pais da Pátria, tive a oportunidade de comentar que todos eles passaram por esta Câmara dos Deputados. De 1823 até hoje, as figuras máximas na Nação, aqueles que a construíram; aqueles que a receberam da Colônia e transformaram o estado ab-

soluto num estado de direito; aqueles que dilataram ainda o território nacional até os confins do Acre; aqueles que implantaram e preservaram o espírito de liberdade nas nossas instituições; aqueles que defenderam a perenidade da Pátria em todas as vicissitudes, todos eles foram dos nossos; aqueles que modelaram a tradição sob a qual vivemos e que, mercê de Deus, a despeito do pessimismo de meu velho amigo, nobre Deputado Nelson Carneiro, continuará no futuro e para sempre." (Muito bem, palmas.)

Subiria, assim, a outra tribuna. Depois de ter passado pela da imprensa, pela cátedra, pela do Parlamento, sentava-se numa das bancadas do Supremo Tribunal Federal. Seus cabelos começavam a embranquecer, uns cabelos eriçados que estariam brancos de todo ao fim da vida. Mas se os cabelos indicavam o chegar dos anos, mais jovem parecia ao defender as suas idéias, mais vigor no enunciá-las, mais corajoso. O jornalista, o professor, o deputado iriam, dali por diante, pôr em prova a sua coragem; a coragem no julgar. Pouquíssimos, acredito, tenham sido tão corajosos quanto ele. Em pleno regime de exceção defenderia o direito de pensar:

"Nas nações policiadas e civilizadas, não é crime ser intelectualmente marxista."

**O Sr. Benjamim Farah** — Permite V. Ex<sup>a</sup> um aparte?

**O SR. RUY SANTOS** — Com muito prazer.

**O Sr. Benjamim Farah** — Perdoe-me V. Ex<sup>a</sup> por interromper o seu brilhante discurso, mas sou um dos poucos companheiros de Baleeiro, naquela famosa Constituinte de 1946. Realmente, os remanescentes daquela época são poucos. V. Ex<sup>a</sup>, Amaral Peixoto, Gustavo Capanema, Magalhães Pinto, Luiz Viana, creio que, nesta Casa, somente. Na outra Casa, na Câmara dos Deputados, José Bonifácio e Manoel Novaes, se não me falha a memória. Mas são poucos. Aprendi a admirar aquele grande representante da Bahia e, também, representante da nossa antiga Guanabara. Sempre, na representação, deixando a marca da sua inteligência, da sua cultura e da sua coragem. Assisti àquelas cenas todas, à declaração dele quando o Dr. Getúlio Vargas teve que vir e dar uma explicação e quase tudo terminou num conflito, de que V. Ex<sup>a</sup> deve estar recordando. Assisti, também, às lutas de Baleeiro na deposição de Carlos Luz. Assisti, também, àquele discurso extraordinário que fez, quando deixou a Câmara, para galgar o Supremo Tribunal Federal, ocasião em que a Câmara dos Deputados lhe prestou uma grande homenagem. Por tudo isso, pelo Baleeiro inteligente e culto, pelo Baleeiro corajoso, pelo Baleeiro afável, Baleeiro fidalgo, o Baleeiro comunicativo, o Baleeiro amigo, por tudo isto, dou a V. Ex<sup>a</sup> a expressão da minha solidariedade e, mais do que isto, da minha tristeza por essa grande vida, cujos exemplos devem servir para orientar não só as gerações de hoje, como as gerações do futuro.

**O SR. RUY SANTOS** — Agradeço o aparte de V. Ex<sup>a</sup>

Votou, assim, pela absolvição de um estudante de Sociologia que ministrava aulas gratuitas de Economia Política em um sindicato. E tido como comunista. Para muitos, deve ter sido, este, o voto de um liberal. Nada disto. Voto de um grande juiz. O liberal é um indivíduo que o é por um permanente estado de espírito, por condições talvez endócrinas. Aliomar era, antes de tudo, um respeitador da liberdade, um lutador pela liberdade.

Todos dizem — bacharéis e juizes que acompanharam os trabalhos do Supremo ao seu tempo — que poucos, pouquíssimos os ministros com a sua capacidade de trabalho. Os autos que lhe eram distribuídos lhe surgiam como que brasas que lhe queimavam as mãos e, mais que as mãos, o pensamento. Buscava libertar-se delas quanto antes. E apagadas. E não os estudava sumariamente. Antes aprofundava-se na questão. Votos sempre arrancados de dentro da sua consciência. E, por vezes, atropelava as pautas, tentando dar o seu voto, as suas decisões, à frente dos outros. Aparteava relatores. Batia-se para que o Supremo ficasse uma corte para os recursos extraordinários e, acima dele — com número menor de membros — um tribunal encarregado apenas da constitucionalidade das leis e das questões entre Estados.



Ào deixar a toga, entretanto, já doente, tanto que não lhe foi feita a despedida de praxe para não emocioná-lo, o grande Baleeiro não se recolheria ao seu gabinete para os estudos de que jamais se afastou, ou apenas ao lar, ao aconchego da família, para o carinho dos netos. O batalhador estava livre das pelias do juiz, ou das cautelas do mandato parlamentar. E passou a percorrer o Brasil, sempre solicitado a pregar as suas idéias, a lutar pelo restabelecimento da democracia, imediata e não gradualmente. O jornalista como que descobriu uma redação nos auditórios, nos **campi** universitários; o professor fazia de cátedra a tribuna popular. E se tornou, por vezes, contundente. Não era o prazer de ferir, mas o ardor no defender a liberdade. As lições de Rui, de que foi discípulo, estavam à sua frente: as lições e os exemplos. Não aceitava o arbitrio. Não entendia direitos individuais sem **habeas corpus**. Não compreendia a condenação sem defesa. Queria as garantias da magistratura. O Estado de direito. E lutou por estes princípios até quase a hora da morte; e pensou assim até o apagar da luz de seu pensamento.

Homem de sensibilidade, Aliomar amava o belo. Era um ateu, estado de espírito que proclamava a todo instante. Sentindo, porém, que o seu momento final se aproximava, deixou a recomendação das músicas que queria fossem tocadas na missa em sua memória, lista que se encerrava com a Ave Maria de Schübert. O ateu era um homem de fé. Se não acreditava em Deus acreditava no belo. Daí querer que o seu último sono, o eterno, fosse acalentado pelo melhor que o gênio musical nos legou.

Não sei na minha geração, Senhores Senadores e Senhor Presidente, nos últimos quarenta anos, pelo menos, quem entre nós, foi maior que ele. Pela sua inteligência, pela sua cultura, pelo seu amor à liberdade, a serviço da democracia. E que grande, que bravo lutador! E na sua luta não via à sua frente nada, a não ser a força da sua idéia, a grandeza do seu pensamento. Caiu o batalhador e que grande batalhador, mas sua luta continuará. Com as suas lições. A sua bandeira não foi arriada: a Nação a manterá sempre alta, bem no alto, acima das nossas cabeças e das nossas divergências. **(Muito bem! Palmas. O orador é cumprimentado.)**

**O SR. PRESIDENTE** — Concedo a palavra ao nobre Senador Paulo Brossard, que falará em nome do Movimento Democrático Brasileiro.

**O SR. PAULO BROSSARD** — **(Pronuncia o seguinte discurso.)** — Sr. Presidente, Srs. Senadores, Dona Darly Baleeiro:

Faz três anos, às vésperas de deixar o STF, ocupei esta tribuna para festejar o magistrado que, por imposição legal, se aposentava pelo modo como se houvera no Excelso Pretório. Agora, tenho o infortúnio de ocupar esta mesma tribuna para, em nome da Oposição, que para este fim se associa à voz da Maioria, homenagear à memória do preclaro brasileiro.

Ainda que me estendesse nesta oração, muito ficaria por dizer de Aliomar Baleeiro, razão por que terei o cuidado de ser breve. Direi tão-somente que nas atividades que exerceu, do jornalismo à magistratura, passando pela advocacia, o magistério, a deputação ou a administração, sempre se distinguiu e a todas abrihantou.

Chegando ao Rio como constituinte, trazia reputação firmada na Bahia. Era professor e advogado de nomeada; a própria deputação já exercera no âmbito estadual antes de 1937. Mas foi a partir da Constituinte de 1946, a assembléia que despertava atenções após o longo hiato parlamentar, que o seu nome ganhou dimensões nacionais; temas constitucionais, políticos, financeiros, eram os de sua preferência. Desde então sua notoriedade não cessou de crescer.

Professor na Bahia, Rio e Brasília, não se limitou a espargir conhecimentos nas salas de aula; os livros que veio a escrever ou são teses para chegar ao magistério ou são a seqüência do trabalho docente. À Ciência das Finanças, que pouco evoluíra desde os livros de Amaro Cavalcanti e Veiga Filho, ele dá uma versão ampla, extensa e profunda, sem abstrair os componentes e os segmentos políticos indissociáveis da disciplina. Pode-se dizer, sem exagero, que ele inaugurou o tratamento científico do Direito Financeiro e do Direito Tributário, que antes dele vegetavam em textos casuísticos e desinformados da fecunda elaboração da doutrina estrangeira; entre o Tratado dos Impostos, de Viveiros de Castro e as "Limi-

tações constitucionais do poder de tributar" medela um mundo. O esplêndido desenvolvimento da literatura nacional acerca da disciplina, cuja autonomia científica ele sustentou na constituinte, fazendo inserir na competência legislativa da União o poder de dispor sobre "normas gerais de Direito Financeiro", a ele se deve mais do que a ninguém. De modo que o escritor era um prolongamento do professor e, ambos, o escritor e o professor, semearam searas novas e fecundaram espíritos novos. Na história do Direito Nacional, em matéria de Direito Financeiro, há dois períodos: antes e depois de Aliomar Baleeiro.

Merece realce o fato de que grande parte de sua obra, quiçá a maior parte, ele a compôs enquanto parlamentar, que foi dos mais atuantes e combativos. Em longos períodos Aliomar freqüentava a tribuna parlamentar diariamente. Pois, em meio a atividade tão dispersiva e absorvente, o formidável trabalhador estudava e escrevia, lecionava e agia.

Aliomar amava o Parlamento. Mais de uma vez ele me disse que o Regimento devia assegurar aos antigos parlamentares — ele era Ministro do Supremo Tribunal Federal — o direito de acesso ao plenário.

Como deputado que o foi em sucessivas legislaturas, marcou lugar na história da instituição. Entre os maiores parlamentares do Brasil, de todos os tempos, inscreve-se o nome de Baleeiro. Pela cultura, pela combatividade, pela versatilidade, pela dignidade.

Não foi sem certo pesar, mas com um laivo de tristeza, que ele deixou a Câmara, onde fora o lutador bravo, para ir sentar-se no remanso do Supremo Tribunal. Essa transferência ele a deveu ao Presidente Castello Branco que, nomeando-o, com o voto do Senado da República, praticou um dos seus atos mais elogiáveis.

Se há atribuição relevante entre as que a lei reserva ao Chefe do Estado, é a de nomear os juízes do Supremo Tribunal, que a lei teve o cuidado de condicionar, fazendo a escolha depender do voto do Senado. Um Presidente pode retratar-se pelas escolhas que faz para o Supremo Tribunal. Tenho para mim que um dos títulos que melhor recomendam o Sr. Humberto de Alencar Castello Branco é o de haver escolhido Aliomar Baleeiro para a Corte Suprema.

Lá, veio a ser o que fora no Parlamento, em brilho, independência e operosidade. É claro que a toga congelou as lavas tribunícias, mas nem por isto o privou do seu feltro natural, e, às vezes, dando às coisas o seu nome, despertava certo murmúrio entre a assistência.

Se o historiador da Câmara dos Deputados terá de arrolar o nome de Baleeiro entre os grandes parlamentares de todos os tempos, o historiador do STF terá de apontar o nome de Baleeiro entre as grandes figuras do Supremo, em todos os tempos, haverá de dizer que foi "um de seus maiores e mais completos juízes", para repetir a exata sentença de um de seus pares, o Ministro Xavier de Albuquerque, no formoso discurso que, em nome da Corte, proferiu na homenagem de sua despedida.

Ele que se dizia "inimigo do trabalho", era um trabalhador infatigável; em pouco tempo pôs em dia o enorme acervo de processos que recebeu ao ser empossado e manteve em dia seu trabalho até desligar-se do Tribunal. Os seus votos revelavam a cada passo a sua riqueza intelectual. Não foi por acaso que ele disse — "desgraçado do país em que os juízes forem apenas juristas". Ele foi a ilustração viva dessa sentença lapidar. Mas não se serviu da toga para ocultar os seus permanentes ideais libertários, aos quais permaneceu fiel e declaradamente fiel, da toga não se serviu para eximir-se de dizer quanto podia dizer e quanto devia dizer ao País, do qual se considerava um servidor.

Ainda me lembro. Numa cerimônia em que estavam reunidos os juízes dos Tribunais de Alçada lhe coube falar como Presidente do Supremo Tribunal Federal. Seu discurso, disse-me ela, teve a duração de sete minutos. Pôs em relevo o quanto a Nação devia aos juízes desvestidos das garantias institucionais da magistratura e que ainda assim cumpriam os seus deveres. Lembrou a frase célebre de Churchill: "nunca tantos deveram tanto a tão poucos".

Fez-se um silêncio de chumbo. Não faltaram os prudentes — e quantas vezes a prudência é outro nome da covardia — que explícita ou implicitamente lhe cen-

suraram a posição. Pouco depois, em cerimônia solene, prestou homenagem ao Superior Tribunal Militar, dizendo que ele "não chocou nunca a opinião pública por parcialidade, covardia, subserviência aos poderosos, miopia profissional ou delírio de punir".

A censura interdito o seu nome, para que não tivessem repercussões as palavras do Presidente do Supremo Tribunal Federal. Mais tarde, faz pouco mais de um ano, haveria de ser impedido de falar aos estudantes de Londrina; ambos os fatos revelam a pequenês e a fraqueza do poder que pode tudo.

No Supremo Tribunal conservou a mesma vigilância cívica, o mesmo garbo, o garbo que lhe era inerente, a verticalidade, que lhe era inseparável.

Quero pôr em relevo outro aspecto de sua personalidade. Juiz na mais exata acepção da palavra, não se esquivava do convívio com advogados e homens públicos. De uma feita, impetrara eu ordem de **habeas corpus** em favor de jovem médico, hoje radicado nos Estados Unidos, e que fora estupidamente processado com base na famigerada lei de segurança, que ainda não era essa infernal lei de segurança. Aquele tempo ainda não ofendia a segurança nacional impetrar-se ordem de **habeas corpus** diretamente ao Supremo Tribunal a quem estivesse respondendo a processo por delito ou suposto delito contra a segurança. Feita a sustentação, o relator concedia a ordem em voto brilhante. O juiz que deveria votar em segundo lugar pediu vista. Baleeiro não havia votado quando o julgamento foi suspenso, para prosseguir na semana seguinte. Ao chegar à Câmara, ao tempo eu era Deputado, lá encontrei convite para jantar em sua casa. Na sua olímpica serenidade, não evitava conviver com advogados e políticos. Nunca fui à sua casa, cujas portas sempre encontrei abertas pela sua fidalguia e pelo encanto de sua família, sem lá encontrar, à volta de sua mesa, parlamentares, diplomatas, professores, jornalistas e amigos da Bahia.

**O Sr. Agenor Maria** — Permite V. Ex<sup>a</sup> um aparte?

**O SR. PAULO BROSSARD** — Ouço V. Ex<sup>a</sup>

**O Sr. Agenor Maria** — Senador Paulo Brossard, acredito que V. Ex<sup>a</sup> se inspira muito, nesta Casa, na luta a favor da redemocratização do País, no grande Aliomar Baleeiro, que jamais poderá morrer. Relembro que, no ano passado, no mês de junho, ele ia proferir uma palestra na Universidade de Londrina e, em lá chegando, foi proibido de falar, mas teve a coragem cívica de dizer: "É lícito falar aos estudantes num recinto fechado; o que é ilícito é a proibição". Muito obrigado a V. Ex<sup>a</sup>

**O SR. PAULO BROSSARD** — E o fato tão significativo encontrou repercussão nesta Casa e, desta tribuna, foi objeto de comentário e protesto.

Ele não era desses que para mostrarem imparcialidade precisam romper relações com a Humanidade...

Meu amigo e meu mestre Aliomar não me perdoaria se eu não lembrasse aqui que ele, presidencialista declarado ao chegar à Assembléia Constituinte, veio a tornar-se parlamentarista convicto e propagandista ardoroso da mais aperfeiçoada modalidade da democracia. Foi um dos convertidos por Raul Pilla, cujo nome sempre declinava acompanhado de uma palavra de louvor e de afeto.

Quando a vida começou a faltar-lhe, a seu amigo Bilac Pinto — que ele uma vez me disse ser das melhores pessoas que conhecera — indicou algumas músicas que gostaria fossem ouvidas na missa de sétimo dia. Músicas de Bach, Mozart, Haendel, Schübert. Músicas que revelam a alvura de sua alma e a limpidez de seu coração, a sua candura, como gostava de dizer Carlos de Britto Velho, que o saudou na Câmara, quando ele a deixava para vestir a toga, com estes versos de Antônio Nobre:

"Oh homem egrégio! de estirpe divina,  
de alma de bronze e coração de menina!"

**O Sr. Adalberto Sena** — Permite V. Ex<sup>a</sup> um aparte?

**O SR. PAULO BROSSARD** — Ouço o nobre Senador pelo Acre, Estado do qual foi cidadão honorário Aliomar Baleeiro.

**O Sr. Adalberto Sena** — Muito obrigado. Nobre Senador, aguardel este instante, porque esperava essa parte sentimental do seu discurso, para cumprir, com este meu aparte, um dever de consciência, eu diria melhor, uma delegação de consciência do meu Estado, o Acre, a que V. Ex<sup>a</sup>, pelos múltiplos e incontáveis conhecimentos que tem da ciência e da vida, fez tão bela referência. Aliomar Baleeiro era um grande amigo do meu Estado. Eu devia mesmo dizer aqui que ele tinha para com o Acre uma afeição paternal, porque não posso deixar de classificar neste grau de afetividade a cooperação que ele lhe deu, quando ainda era um Estado criança, na elaboração de sua própria Constituição. Foi Baleeiro um dos inspiradores da Constituição do Estado do Acre. Recordo-me até de um episódio a respeito de um ponto daquela Carta. Tratava-se de questão do Tribunal de Contas. Aliomar Baleeiro aconselhou os nossos Deputados e os assessores, que mesmo deste Congresso foram dar-lhe ajuda, a que não se criasse um Tribunal de Contas naquele Estado, mas simplesmente uma Auditoria. E quando, certa vez, na Câmara dos Deputados — eu estava presente — um dos Deputados do Acre comentava esse fato, sem fazer ainda referência a Aliomar Baleeiro, houve muita gente que estranhou. Muitos semblantes se encrespavam, quando aquele Deputado se vangloriava — nessa vanglória dos pequenos mesmo — de que o seu Estado não ia ter um Tribunal de Contas, mas que tinha a idéia magnífica de substituí-lo por uma Auditoria. Foi quando Aliomar Baleeiro pediu um aparte e defendeu, em expressões brilhantes e judiciosas, aquilo que ele havia aconselhado, mas sem fazer nenhuma referência ao fato. E, então, todo o mundo — porque afinal de contas a opinião de um simples Deputado Estadual ou Federal do Acre não valia tanto — quando o peso da autoridade de Aliomar Baleeiro citou o fato dando-lhe apoio — todo o mundo, repito, se conformou e achou muito bem que não se criasse o Tribunal de Contas que, aliás, ainda não existe em meu Estado. Era esta referência tão reveladora da sua afetividade pelo meu Estado que eu queria que V. Ex<sup>a</sup> tivesse a oportunidade de incorporar ao seu discurso.

**O SR. PAULO BROSSARD** — Muito agradecido ao aparte do nobre Senador Adalberto Sena.

**O Sr. Leite Chaves** — Permite V. Ex<sup>a</sup> um aparte?

**O SR. PAULO BROSSARD** — Com prazer.

**O Sr. Leite Chaves** — Eu estava em Londrina, quando chegou o ilustre homenageado para proferir uma conferência na Universidade. O hotel foi cercado, para que ele não saísse, e a Faculdade foi cercada para que ele não entrasse. Perguntei, inclusive, ao chefe da corporação, por que toda aquela formação militar, e ele disse que era para que o conferencista não tivesse acesso ao recinto. Eu queria saber, naquele instante em que ele estava no saguão do hotel, materialmente cercado por policiais, quais eram seus pensamentos, o que julgava do Movimento de 1964, que, à época, por compreensíveis motivos, recebeu o seu apoio. Creio que, na antevéspera da morte, seu pensamento fosse bem diferente daquele de que estava tomado ao apoiar o movimento de março, na vã ilusão de que ele seria feito para preservação da democracia e da liberdade.

**O SR. PAULO BROSSARD** — A verdade é que Aliomar Baleeiro nunca desertou dos ideais democráticos, a eles permaneceu rigorosamente fiel em todos os momentos da sua vida.

**O Sr. Agenor Maria** — Foi a Revolução de 1964 que se desviou, e não ele.

**O SR. PAULO BROSSARD** — Continuo, Sr. Presidente.

Sr. Presidente, não falei e não quis falar em idéias de Aliomar Baleeiro. A medida em que escrevia era a imagem do homem que ressurgia. E se comecel a escrever com tristeza, com a tristeza que senti no instante em que tive notícia de sua morte, ela se foi esgarçando até desaparecer. Por que estar triste, quando podemos cantar a sua humanidade e dizer que ele, em lutas imensas e trabalhos memoráveis, nunca se corrompeu, nunca se acovardou, nunca perdeu o ideal? E o que é mais, não deixou de ser bom.

Ao despedir-se do Supremo Tribunal, e ao fazê-lo recebeu homenagens, inclusive desta Casa, que raros juizes terão recebido, Aliomar deixou esta confissão:

“os cinqüenta anos de atividade pública, ainda que entremeados de pugnas em certas fases convulsas da vida política brasileira, não me deixam

com o mais mínimo resíduo de ódios e ressentimentos. É possível que, alguma vez, a cólera justa, ou que se me afigurava justa segundo as aparências do tempo, me tivesse levado a algum gesto descaridoso. Penitencio-me como humilde e rogo que me perdoem as mágoas, acaso, involuntariamente, causadas. Na política do Brasil, nem sempre se consegue atingir os cimos altaneiros e enobrecidos da moderação, da tolerância e do espírito cristão. Muito mais facilmente a eles se alça o Juiz na atmosfera tranqüilla e enclausurada do Supremo Tribunal Federal."

Ao grande servidor da Nação, no livro, na cátedra, no jornalismo, no parlamento, na administração, na judicatura, em nome da Oposição, presto esta homenagem, que no meu caso também nasce do coração.

Se eu tivesse de realçar um traço de sua personalidade, a que mais a definisse, eu não me fixaria no seu saber, que era vasto e variado, nem na inteireza de seu caráter, que era rijo, nem na sua generosidade, nem na sua tolerância, nem na fidelidade a amigos e a ideais. Eu realçaria a sua bravura.

**O Sr. Evelásio Vieira** — Permite um aparte, nobre Senador Paulo Brossard?

**O SR. PAULO BROSSARD** — Ouço o nobre Senador Evelásio Vieira.

**O Sr. Evelásio Vieira** — Sem palavras, em razão das minhas parcas limitações, que possam oferecer contribuição na ampliação da dimensão marcante da personalidade do cidadão, do jornalista, do político, do líder, do magistrado Aliomar Baleeiro, *desejo — e tenho o dever —*, em nome da gente reconhecida da terra de Nereu Ramos, expressar homenagem à memória do grande e inolvidável brasileiro.

**O SR. PAULO BROSSARD** — Agradeço o aparte do nobre Senador Evelásio Vieira.

**O Sr. Hugo Ramos** — Permite V. Ex<sup>a</sup> um aparte?

**O SR. PAULO BROSSARD** — Ouço o aparte do nobre Senador Hugo Ramos.

**O Sr. Hugo Ramos** — Meu caro Líder, não aparteei o discurso do nobre Senador Ruy Santos, escrito com o coração e lido com a alma em prantos, e não quis também apartear V. Ex<sup>a</sup>, para não quebrar a seqüência do seu brilhante discurso. Mas já que, neste instante, nosso companheiro e representante por Santa Catarina lembra o nome de Nereu Ramos, devo acentuar aspecto relevante de Aliomar Baleeiro. No prefácio do seu livro **Direito Tributário Brasileiro**, ressalta ele que deve a Nereu Ramos o fato de ter inserido na Constituição de 1946 a matéria referente ao Direito Tributário. Ainda mais, eminente Líder do meu Partido, devo dizer que houve uma involuntária omissão para retratar, com toda a fidelidade, a figura exponencial de Aliomar Baleeiro. Em deixando as culminâncias da política, desceu Aliomar Baleeiro até a Assembléia Legislativa do meu Estado, na Constituinte de 1962. Ali, como Relator-Geral, pôde coordenar a Constituição mais límpida que este Brasil já conheceu. Naquela oportunidade, deve ainda o ensino relevantíssimo serviço a Aliomar Baleeiro. Nessa Constituição — e falo para retratar a *História* — consta dispositivo de sua inspiração, segundo o qual 3% da arrecadação total do Estado deve ser destinado à Universidade do Rio de Janeiro, da qual ele era — como V. Ex<sup>a</sup> sabe — professor emérito. Hoje, lá está aquele monumento de saber, que se deve, exclusivamente, à orientação feliz de Aliomar Baleeiro.

**O Sr. Amaral Peixoto** — Permite V. Ex<sup>a</sup> um aparte?

**O SR. PAULO BROSSARD** — Antes de ouvir o aparte do nobre Senador Amaral Peixoto, para não quebrar a seqüência, peço licença para dizer duas palavras, recordando o que ouvi de Aliomar Baleeiro a respeito de Nereu Ramos.

Nereu Ramos era Ministro da Justiça e foi convocado para prestar informações, em dias tumultuosos, à Câmara dos Deputados. E Aliomar deu a Nereu Ramos o tratamento que a sua fidalguia sabia distinguir os homens a quem ele respeitava e, especialmente, respeitava pela sua honradez. Aliomar, que tinha idéias um tanto originais a respeito do Direito Penal, das categorias criminais e da eficácia da pena, dizendo mesmo que só não absolvía um acusado, quando não podia fazê-

lo, era, entretanto, severo, chegava mesmo à severidade, quando se tratava de assuntos pertinentes à honestidade, à lisura da administração pública.

Posso dizer a V. Ex<sup>a</sup> e ao nobre Senador por Santa Catarina que Allomar Baleeiro tinha por Nereu Ramos alto apreço e, fez questão de isto traduzir, quando lhe coube interpellar, com toda a veemência de que era capaz, o então Ministro da Justiça.

Tenho a honra de ouvir, agora, o aparte do nobre Senador pelo Estado do Rio, Sr. Amaral Peixoto.

**O Sr. Amaral Peixoto** — Ilustre Senador Paulo Brossard, recorde aqui a minha chegada e a de Allomar Baleeiro ao Palácio Tiradentes, nos primeiros meses de 1946. Os homens que vinham do Estado Novo e os que o combateram nos olhávamos quase como inimigos. Allomar Baleeiro mesmo me confessou. Entretanto, aos poucos, no trabalho em conjunto, sobretudo o dele e o meu na Comissão de Finanças, em que nos reuníamos diariamente sob a Presidência de Souza Costa — este grande conterrâneo de V. Ex<sup>a</sup>...

**O SR. PAULO BROSSARD** — De quem, aliás, Baleeiro também se fez amigo e admirador.

**O Sr. Amaral Peixoto** — Exatamente. Todos nós servíamos na Comissão de Finanças. Essas diferenças, essa animosidade foram aos poucos desaparecendo e, no fim, éramos amigos. Felizmente eu não era Senador quando o seu nome foi trazido ao Senado, porque talvez como aqueles que votaram contra, eu visse em Allomar Baleeiro, o Deputado ardoroso da Oposição e não reconhecesse nele as condições para Juiz do Supremo Tribunal Federal; talvez eu tivesse votado contra. Mas que grande arrependimento teria eu, hoje, se tivesse votado contra Allomar Baleeiro e assistisse, depois, a sua atuação impecável, a dignidade, a altivez com que ele exerceu o mandato de Juiz do Supremo Tribunal Federal. Essa a homenagem que desejava prestar à sua memória.

**O SR. PAULO BROSSARD** — Ontem, à tarde, V. Ex<sup>a</sup> teve ocasião de me dizer isto. Se é a primeira vez que V. Ex<sup>a</sup> faz esta revelação, no Senado, eu desde ontem a conhecia. E V. Ex<sup>a</sup> não imagina o agrado com que ouvi o seu aparte, porque V. Ex<sup>a</sup> disse com toda lisura, com toda a correção que lhe é peculiar, aquilo que sentia. V. Ex<sup>a</sup> dizia que: "bendito não ser Senador naquele momento em que o nome de Allomar Baleeiro foi submetido à apreciação e ao voto do Senado", porque, tendo dele a visão do Deputado combativo, extremamente combativo e ardoroso, poderia imaginar, como teria imaginado, que a ele faltassem os requisitos da serenidade, da imparcialidade, para ser um juiz. Mas, V. Ex<sup>a</sup> disse: "que erro teria cometido e que arrependimento carregaria comigo". Creio que V. Ex<sup>a</sup> fez o maior elogio ao Juiz Allomar Baleeiro, com esse depoimento que acaba de prestar; depoimento imparcial, exato, honesto e profundamente humano. V. Ex<sup>a</sup>, nobre Senador Amaral Peixoto, acaba de fazer o mais alto elogio ao Ministro Allomar Baleeiro.

**O Sr. Franco Montoro** — Permite-me um aparte, nobre Senador Paulo Brossard?

**O SR. PAULO BROSSARD** — Ouço o nobre Senador Franco Montoro.

**O Sr. Franco Montoro** — Allomar Baleeiro foi um humanista do Direito. Como professor, parlamentar e juiz soube sempre colocar o Direito a serviço do homem e recusou-se a sacrificar os valores humanos à prepotência das normas impostas pela força. Não há melhor amostra desse espírito humanista, defendido com desassombro e coragem, de que suas palavras candentes sobre o AI-5:

"O Ato Institucional nº 5 é um ilxo constitucional, um aleijão nas nossas instituições jurídicas, um anacronismo que precisa deixar de existir, pois aleijões operam-se, não se exibem."

E acrescenta:

"não há desenvolvimento contínuo e durável fora do estado de direito, onde só mandam as leis, e não os homens."

**O SR. PAULO BROSSARD** — Agradeço o aparte do nobre Senador Franco Montoro.

Continuo, Sr. Presidente.

Entre tantos que fazem carreira graças ao comodismo, à ambivalência, ao cálculo, à subserviência, que abre muitas portas e confere muitos louros, ele era de uma bravura que chegava a parecer arrogante e áspera.

Nem foi por acaso que ele disse de uma feita que "com homens amenos e policlados não se constroem nações", nem foi sem motivos que ele advertiu: "sempre que houver almas de escravos, existirão vocações de senhores".

Na agudeza de seu engenho, Machado de Assis, pela boca de Quincas Borba, aludiu aos que possuíam "o orgulho da servilidade".

O velho Baleeiro, como se assinava ultimamente, foi em toda a vida a viva antítese dessa espécie, que não é pouco numerosa. Em tudo e sempre foi de uma bravura bravia, que levou Otávio Mangabeira a compará-lo a um ouriço-cacheiro. Mas ainda assim generoso e nobre. No seu coração não havia fel. O bravo também era bom.

Era o que tinha a dizer, Sr. Presidente. **(Muito bem! Palmas.)**

**O SR. PRESIDENTE (José Lindoso)** — A Mesa se associa, comovidamente, às homenagens que no Senado foram tributadas à memória de Aliomar Baleeiro que, nascido na Bahia, foi juiz e cidadão maior da República.

## ALIOMAR BALEIRO

JARBAS MARANHÃO

Conselheiro do Tribunal de Contas e  
Prof. da Universidade Católica de Pernambuco.

Em tudo quanto fez, Aliomar Baleeiro revelou-se integralmente um homem público e, não somente pela circunstância de haver devotado grande parte de sua existência à pesquisa, ao estudo, ao ensino, à divulgação e aplicação de conhecimentos relacionados com as finanças públicas.

No campo político, foi um liberal. Sim, esta é a posição de um autêntico democrata. O Estado existe em função dos direitos do homem e é tanto mais legítimo quanto mais perfeita for a conciliação que realizar entre a garantia das liberdades e o esforço em favor do bem geral.

No campo sócio-econômico, entendia a presença do Estado como necessária à afirmação dos princípios de equidade e justiça social, socorrendo-se, inclusive, dos efeitos extrafiscais do sistema tributário.

O seu liberalismo não o escusava de preocupações com a questão social.

Nas pugnas políticas, indole independente, temperamento arrebatado, lutador, vibrante, franco ou irônico, mas sempre destemido, portou-se algumas vezes com uma certa rudeza. Ninguém é capaz de negar, todavia, que agiu assim ao impulso de sinceras e ardorosas convicções.

Projetou-se como um dos elementos da famosa "Banda de Música" da antiga UDN, grupo de Deputados que se destacou no Congresso pelo valor intelectual e o exercício de aguerrida oposição aos governantes daquela fase.

O seu itinerário demonstra uma participação extensa, profunda e marcante na vida brasileira.

Formado em Direito, iniciou-se na advocacia, em Salvador, onde já vinha, com realce, exercendo o jornalismo.

Em 1935, foi eleito Deputado à Assembléia Constituinte baiana.

Com o advento do Estado Novo, em 1937, retornou às lides advocatícias e ao magistério.

Conspirou contra o regime, assinou o "Manifesto dos Mineiros" e elegeu-se, pela Bahia, Deputado à Assembléa Nacional Constituinte de 1846, onde foi escolhido para compor a grande Comissão de Constituição.

Foi quando o conheci, participante, combativo, apresentando grandes conhecimentos de Direito, eleito que fomos, igualmente, naquela ocasião, embora em outra legenda, o Partido Social Democrático.

Criado o Estado da Guanabara, os dirigentes políticos empenharam-se na escolha de representantes de alta categoria visando à elaboração de uma Constituição o mais possível aperfeiçoada e em consonância com a época. Assim é que ele se elegeu para a Assembléa Constituinte do novo Estado ao lado do pernambucano Themistocles Cavalcanti, também renomado mestre de Direito Público e radicado no Rio.

Em seguida, como representante da Guanabara, voltou ao Congresso Nacional.

Em 1965, viu coroada sua brilhante carreira com a nomeação para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, de que foi Presidente.

Aposentado, há dois anos, investiu-se na Presidência da Editora Forense, Companhia de excelente conceito pelos relevantes serviços que vem prestando às letras jurídicas.

Em meio século de lutas e trabalhos, Allomar Baleeiro, por onde passou, deixou um traço luminoso, mostrou a força de seu talento.

Foi uma das mais lúcidas inteligências do Brasil nesse período.

Combinando pensamento e ação desdobrou-se em diferentes atividades.

O jornalismo, o pretório, o magistério, o livro, o Parlamento, a Suprema Corte enriqueceram os seus atos.

Jornalista, manteve uma constante colaboração em diários e periódicos e dirigiu o *Diário da Bahia*.

Escritor, publicou várias obras como *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*; *Alguns Andarimes da Constituição*; *Rui, um Estadista no Ministério da Fazenda*; *O Direito Tributário da Constituição*; *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*; *A Tributação e a Imunidade da Dívida Pública*; *Clínica Fiscal* etc.

Professor, ensinou sucessivamente nas Universidades da Bahia, Guanabara e Brasília e estendeu o magistério através de conferências, divulgação de artigos e ensaios e publicação de livros, a exemplo das várias edições de *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, *Direito Tributário Brasileiro* e *Cinco Aulas de Finanças e Política Fiscal*.

Deputado, destacou-se como parlamentar ao mesmo tempo político e técnico, mediante emendas, projetos, encaminhamento de votações, declarações de votos, questões de ordens, discursos, as mais diversas proposições.

Magistrado, sua excelente formação ajudou-o a adaptar-se à natureza das novas funções e atuou com serenidade, compreensão e o brilho de sempre.

Por último, à frente da Editora Forense, diligenciou em dinamizar sua tradicional e valiosa Revista de assuntos jurídicos e em estimular professores universitários de toda a parte, ao estudo, à pesquisa e à divulgação de seus conhecimentos através de artigos, ensaios e livros. Mais uma maneira de cumprir sua vocação universitária.

Como todo verdadeiro homem público preocupou-se com os moços. Um testemunho dessa preocupação é o seu livro *Política e Mocidade*.

No prefácio, Allomar Baleeiro, referindo-se ao destino trágico de sua geração, assegura que nas suas páginas, no entanto, ninguém ouvirá o lamento de um Jeremias ou o pranto de um vencido sobre as ruínas fumegantes de Cartago, mas a voz de um homem que se conservou livre, mesmo



quando, por outras formulações políticas, foram apagados ou relegados os ideais democráticos.

A tarefa das novas gerações é a de combater, diminuir, neutralizar as atitudes emocionais e a ingenuidade no comportamento político das massas ou, servindo-nos de suas próprias palavras, extirpar do espírito de nossa gente essa receptividade ao mito do homem providencial, do líder carismático ou às fórmulas mágicas, para, ao contrário, substituindo-a pelo uso do raciocínio sereno e objetivo, raciocínio que, no mundo complexo de hoje, há de ser informado e atualizado, despertar uma consciência política no povo brasileiro, de sorte que se eleve à possibilidade de conhecer, pesar e deliberar sobre os seus problemas e destinos.

Para ele, competia às Universidades o papel de formar intelectual e moralmente os líderes e futuros governantes de que o Brasil necessita, mas, frisava, por governantes, notai bem, entendemos líderes à base de consentimento racionalmente outorgado e não os líderes carismáticos estudados por Max Weber.

Classificava esse trabalho de paciente e devotado, porém o mais realístico e socialmente importante daquelas instituições, verdadeiros focos, acentuava, pelos quais a política será, cada vez mais, uma atitude racional e consciente.

“Não coro de ser político partidário” — assinalava.

E repetia Kelsen: “a democracia, necessária e inevitavelmente, exige um Estado de partidos”.

Desprezava a idéia maquiaveliana da política desembaraçada da ética, preso à concepção aristotélica da política ligada à moral.

Admirava muito Rui Barbosa, a quem considerava o maior dos estadistas brasileiros de todos os tempos, e lembrava sua conceituação sobre política e o seu contraste, a “politicalha”, neologismo cunhado pelo grande baiano.

“A política é a própria atmosfera dos Estados... É a arte de gerir o Estado, segundo princípios definidos, *regras morais*, leis escritas ou tradições respeitáveis. A politicalha é a indústria de o explorar a benefício de interesses pessoais.”

E não esquecia o terrível dilema do político:

“Como lutar com as mãos puras se o adversário se aparelhar com armas insidiosas? Como sacrificar uma causa nobre pela repugnância a essas armas, se por meio delas o inimigo vencerá?”

E indagava e afirmava ao mesmo tempo:

“Que responder a isso? Certamente a política é uma arte da realidade e da oportunidade. Técnica do possível e não do ótimo. Escolha do menos mau, entre dois caminhos indesejáveis. Mas, por mais trágicas que sejam as vicissitudes, é preciso responder decididamente, não. Não e não. A vida política não deve e não pode ser inconciliável com a ética.”

Repugnava-lhe o adágio de que os fins justificam os meios. E apon-tava a propósito o rebote de Léon Duguit: “Isto, não pode ser nem um princípio de moral, nem uma regra de direito, nem máxima política”.

E concluía:

“A política é a conquista do poder a serviço do bem comum. O seu objeto e fim é o bem comum e o meio é o poder. Conquistar o poder é sem dúvida, o próprio objeto da atividade política, como ganhar a causa o precípua fim da advocacia. Mas, em ambas as atividades, saber perder com nobreza há de reconhecer-se a melhor das virtudes.”

Irritava-se com os caudatários de todos os oficialismos, com os servos de todas as situações, com a prática de adesões aos vencedores do dia, a

que chamava de famulagem, e exaltava o valor da oposição como necessidade fundamental nos regimes livres.

Pensava que

“a política se elevaria moralmente, ano a ano, como o direito também se lapidou no pó de suas próprias imperfeições”.

As fases agônicas da democracia, seus períodos de crise, não abalaram a sua fé no regime.

Proclamava:

“A democracia é, por certo, velho tema de vinte séculos, mas pelas suas raízes no mais profundo da contraditória natureza humana, jamais perderá quanta universalidade lhe garante perene frescura.”

De referência à propaganda adversa e negativa respondia tratar-se de uma concepção superior, de um processo dialético de governo, exatamente porque acredita na capacidade racional dos homens para escolha de um destino melhor.

Não fosse a democracia, aduzimos nós, um regime cético, que se permite a controvérsia, a dúvida, a ponderação, a indagação, a revisão, ao invés de outros regimes de crenças ortodoxas cegas, insuperáveis, definitivas em suas idéias e conduta.

Chocava-se com adjetivações para a democracia, “autoritária”, “seletiva”, “técnica”, “econômica”, pois tudo importava no falseamento de seu conceito.

Creemos, porém, que podemos falar da harmonia de seu liberalismo com as diretrizes da democracia social.

Lembrando a afirmativa de Keynes de que “os vícios maiores da sociedade contemporânea foram o malogro em assegurar o pleno-emprego e a distribuição arbitrária e desigual das riquezas e rendas”, dizia não haver nenhum matiz comunista na tese de que não sobreviverá a democracia se não operar gradual e profunda redistribuição da propriedade e das rendas. E acrescentava: “o mais categorizado defensor do capitalismo, à base de raciocínio econômico, chega à mesma conclusão”.

Advertia de que a Constituição brasileira de 1946 condicionou o uso da propriedade ao bem-estar social, determinando que a lei promovesse a sua justa distribuição com igual oportunidade para todos e que o custo dessa redistribuição haveria de repartir-se por uma tributação de caráter pessoal e progressiva ou graduada, conforme a capacidade econômica do contribuinte.

“No campo das finanças públicas — enfatizava — impera a convicção de que o fisco realiza inevitavelmente uma redistribuição da renda nacional e, nesse caso, deve ser orientado sob princípios de justiça social, os quais, na pior hipótese, concorrerão para a manutenção do pleno-emprego.”

Aliomar Baleeiro preservou até o fim os seus princípios políticos.

Na Presidência do Supremo e, por último, à frente da Editora Forense, quando se classificou pitorescamente de “caixeiro de livros”, reiterou com veemência as suas tendências liberais.

Teve destaques, sucessos e relevos.

O maior deles foi a luta pela liberdade.

Jurista e político, o Direito e o Estado foram as grandes vibrações de sua vida.

Sua lembrança será a de um homem que, nesses últimos tempos, no conjunto de sua obra e ação, contribuiu, como poucos, para a elevação cultural, intelectual e política do País.

# Teoria da Constituição

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

Professor da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Minas Gerais.

## SUMÁRIO

- I — O problema conceitual da Teoria da Constituição
- II — Objeto da Teoria da Constituição
- III — Teoria da Constituição e Teoria do Direito Público
- IV — Teoria da Constituição e Teoria do Estado
- V — Teoria da Constituição e Direito Político
- VI — Teoria da Constituição e Ciência Política
- VII — Teoria da Constituição e Instituições Políticas
- VIII — Teoria da Constituição como dogmática geral do Direito Constitucional
- IX — Teoria da Constituição e Teoria Política
- X — Teoria da Constituição e Direito Constitucional Comparado
- XI — Elementos clássicos e elementos modernos na Teoria da Constituição

### I — O problema conceitual da Teoria da Constituição

A denominação de uma disciplina leva à investigação dos dados significativos de seus contornos, características e conteúdo, principalmente, quando ainda persistem dúvidas quanto à delimitação de seu próprio campo de pesquisa ou mesmo a aceitação definitiva de sua autonomia. Essas dificuldades são maiores quando não existe longa tradição para explicar todos os elementos que a individualizam.

A Teoria da Constituição como conjunto de estudos independentes é recente, apesar da antigüidade das reflexões sobre o conceito de Constituição terem surgido desde Aristóteles.

Durante muito tempo, as indagações a respeito da noção, fontes, classes e reforma da Constituição, dentro do campo do Direito comparado, com análises encontradas no Direito Constitucional Geral, como postulados para compreensão do Direito positivo de cada Estado, não chegavam a configurar o que hoje se denomina Teoria da Constituição.

Certos temas, que aparecem nos estudos que estamos realizando, sofreram influência dos princípios e instituições do jusnaturalismo liberal, sendo que foram básicos na arquitetura institucional estabelecida por essa ideologia.

Várias das questões estudadas através das doutrinas alemã, francesa e italiana, pela Teoria Geral do Estado, como ocorreu com Jellinek, Kelsen, Heller, Orlando, Dabin, Carré de Malberg, ou pelos autores de Direito Constitucional Geral, como Santi Romano, constituem averiguações que não podem ser abandonadas, quando existe a preocupação de resolver o problema conceitual da Teoria da Constituição ou mesmo a sua independência.

A problemática da Constituição do Estado que examina os princípios jurídicos que designam os órgãos supremos do Estado, o modo de sua criação e as relações mútuas, fixando o círculo de atuação dos mesmos, as declarações de direito, a separação de poderes, a soberania nacional, a representação política, as análises jurídicas da personalidade do Estado, os direitos públicos subjetivos, as funções do Estado estão próximas da definição do objeto que se pretende atingir, quando pretendemos aceitar a existência da Teoria da Constituição.

O alcance e a localização dos assuntos, como são colocados, dificultavam as possibilidades para uma Teoria da Constituição definida e autônoma (1).

Reconhece Pablo Lucas Verdú que o aparecimento da Teoria da Constituição com perfil próprio, da mesma maneira que sucedeu antes com a Teoria Geral do Estado, deve-se à doutrina alemã.

Duas obras são significativas na determinação da Teoria da Constituição: *Verfassungslehre*, de Carl Schmitt, e *Verfassung und Verfassungsrecht*, de Rudolf Smend (2).

Dentre os fatos que contribuíram para possibilitar a configuração da Teoria da Constituição, podemos consignar:

— a crise do formalismo jurídico e a preocupação de se chegar a um conceito substantivo de Constituição;

— o aparecimento dos regimes autoritários e totalitários, que atacaram o conceito demoliberal de Constituição e as instituições aí consagradas;

(1) G. Jellinek — V. E. Orlando, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Dott. A. Giuffrè, Editore, Milão, 1949, págs. 93/118; R. Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, 1.ª ed., trad. de José León Depetre; Jean Dabin, *Doctrina general del Estado. Elementos de Filosofía Política*, Editorial Jus, México, 1946, trad. de Héctor González Uribe e Jesús Toral Moreno.

(2) Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934; Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker und Humblot, München und Leipzig, 1928.

— o ponto culminante da Teoria do Estado com a doutrina de Kelsen e o aparecimento da posição de H. Heller;

— o período entre as duas grandes guerras mundiais, caracterizado pela quebra dos suportes sócio-políticos da democracia liberal e pelo ataque dos extremistas da esquerda e da direita à ideologia que a inspirava (3).

A Teoria da Constituição "schmittiana" mereceu detida análise de Pablo Lucas Verdú, que assinala as diversas facetas do seu autor. Schmitt é visto como pensador político e notável teórico constitucional, como demonstra a sua excelente "Teoria da Constituição" e sua análise da Constituição de Weimar.

Surge daí a grande polémica entre o formalismo e o decisionismo. O tema fundamental de Schmitt é a "decisão", cujo conceito o leva à crítica contra o Estado liberal e seus fundamentos. O normativismo descansa no entendimento de que tudo é previsível e calculável; em situações de equilíbrio bastam as normas. A decisão é o elemento essencial da ordem jurídica, cria a norma, a mantém e aplica. É a decisão um elemento novo, que não deriva de norma alguma. Serve para fornecer o conceito de Constituição, que é a decisão conjunta de um povo sobre o modo de sua existência política.

A Teoria da Constituição de Schmitt constitui profunda análise da estrutura e fundamentos filosóficos do Estado liberal de Direito, onde são apontados os defeitos do regime constitucional liberal.

Schmitt foi o exato analista da realidade constitucional da Europa, que, na condição de teórico do Direito positivo, aprofundou-se na situação constitucional da Alemanha (4).

A estrutura da obra de Carl Schmitt está assentada em quatro partes, todas elas voltadas para questões essenciais de uma Teoria da Constituição, apesar de não ser prudente afirmar que, dentro desse procedimento, iremos encontrar a resolução de todas as questões que lhe são pertinentes. Convém ressaltar, também, que dificilmente encontraremos nos dados levantados por Schmitt uma solução para o acolhimento de uma Teoria da Constituição, válida para todos os regimes e todas as épocas.

Tendo em vista essa obra clássica da Teoria da Constituição, levantaremos como indagações que são aí consideradas da maior relevância:

1 — os diversos conceitos de Constituição, Poder Constituinte e Legitimidade da Constituição, Reforma Constitucional;

2 — o elemento característico do Estado de Direito na Constituição moderna, direitos fundamentais, separação de poderes;

(3) Pablo Lucas Verdú, "Lugar de la Teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político", *Revista de Estudios Políticos*, Instituto de Estudios Políticos, vol. 188, março/abril, 1973, págs. 5/6.

(4) Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1972, págs. 85 a 87; idem, *Principios de Ciencia Política*, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, 2.ª ed., págs. 111 e ss; idem, *Lugar de la Teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político*, ob. cit., pág. 7; José Caamaño Martínez, *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*, Porto Y Cia. Editores, Santiago de Compostela, 1950.

3 — o elemento político da Constituição moderna, doutrina da democracia, povo, sistema parlamentar;

4 — teoria constitucional da federação <sup>(5)</sup>.

No que toca à obra de Rudolf Smend, que abre caminho às soluções democráticas, percebem-se as análises dos aspectos sócio-políticos do ordenamento constitucional, dentro de uma Teoria da Constituição. Sem se apegar aos formalismos, não abandona os fundamentos do Estado de Direito, através da primazia da lei e do respeito aos direitos e liberdades. Esse autor, ao fixar a Teoria da integração (*Integrationslehre*), aplica, no campo da Teoria do Estado e do Direito constitucional, o método fenomenológico, inspirado em Theodor Litt <sup>(6)</sup>.

Após a Segunda Guerra Mundial, a Teoria da Constituição apresenta-se com tendências demoliberais, com correções socializantes. As novas Constituições europeias refletem o **Consensus** das forças democráticas, em um **minimum** constitucional, fixado através da limitação do poder, direitos econômicos e sociais e livre competição democrática.

Posteriormente as obras de Ferdinand A. Hermens, Herbert Krüger e Karl Loewenstein representam esta nova fase da Teoria da Constituição <sup>(7)</sup>.

Na obra clássica de Karl Loewenstein, **Teoria da Constituição (Verfassungslehre)**, como se denominou a edição ampliada alemã, de 1959, composta sobre a versão original norte-americana **Political power and the governmental process**, dentro de uma nova orientação metodológica, procurou esse autor dar uma visão crítico-realista das constituições, mostrando-as em seu real valor.

Salienta a perda de prestígio da Constituição escrita que, na primeira época do Estado Constitucional, gozava de grande respeito, além mesmo daquele necessário à racionalização do processo político.

O verdadeiro espírito que deve presidir a elaboração das medidas políticas, nem sempre é acatado pelos destinatários do poder, o que muitas vezes contribui para a crise de um sistema constitucional.

Os documentos constitucionais foram considerados na época de sua primeira aparição, como instrumentos eficazes para a ordenação do Estado. O constitucionalismo ocidental, na elaboração de seus primeiros ideólogos, forneceu elementos essenciais para o problema conceitual de uma Teoria da Constituição, mas nem sempre é fácil uma definição que fosse acatada por todos.

Karl Loewenstein realizou análise comparativa do valor da Constituição nos diferentes sistemas políticos e nos correspondentes tipos governamentais, nos termos da sistemática da Ciência Política americana, que ali é

(5) Carl Schmitt, **Teoría de la Constitución**, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

(6) Pablo Lucas Verdú, **Lugar de la Teoría de la Constitución...**, ob. cit., pág. 7, *idem*, **Curso de Derecho Político**, vol. I, ob. cit., págs. 95/96.

(7) Pablo Lucas Verdú, **Lugar de la Teoría de la Constitución...**, ob. cit., pág. 8; *idem*, **Curso de Derecho Político**, vol. I, pág. 97.

conhecida como **Comparative Government**. Tal enfoque não desconheceu o caráter realista e pragmático da **Political Science**, nem o tratamento teórico-abstrato da essência e função da Constituição.

Entende que a Teoria da Constituição deve captar a essência e significação da Constituição, como ordenamento sistemático e unitário, tal como o faz a Teoria Geral do Estado, ocasião em que salienta a não existência de um ramo científico no ambiente cultural anglo-saxão e, em especial, no americano, para uma indagação dentro destes moldes. Conclui, finalmente, que não existe nenhuma matéria expositiva com este tipo de interesse teórico-científico, pelo que não ocorre nenhuma nomenclatura para designá-la.

Nenhum campo de investigação autônomo nos Estados Unidos corresponde ao conceito europeu da Teoria da Constituição. Da mesma maneira, entre os ramos que estudam a ordem política, nenhum deles poderia se comparar com o que na Europa se conhece como Teoria Geral do Estado, à qual estaria vinculada a Teoria da Constituição.

Justifica o autor que um livro dirigido ao leitor americano, sob o título **Constitutional Theory** ou **Theory of Constitutions**, seria inoportuno e equívoco.

Para uma edição alemã, sem qualquer contestação, poderia ser dado o título de **Teoria da Constituição**, que é o único realmente apropriado para um livro que se propõe como tarefa expor, sistematicamente, do ponto de vista unitário e ordenador, a essência da Constituição e a posição que adquire a ordem constitucional na dinâmica do processo político.

A Teoria da Constituição, conforme acentua Loewenstein, sofre necessariamente a influência da época em que é elaborada. Mostra que, quando Jellinek escreveu sua **Teoria geral do Estado**, obra mestra de profundo humanismo positivista, que não teve sucessor, recolheu dados das experiências políticas que havia transmitido o século XIX às sociedades européias. Havia naquela ocasião uma sociedade européia unitária, em que uma Teoria da Constituição, ainda que com preponderante orientação européia, podia ter valor universal, já que o centro do poder não havia sido transferido para a América e a Ásia.

Outras experiências e condicionamentos não podem ser esquecidos por uma Teoria da Constituição, para que esta não seja um vazio esqueleto normativo. Temas como partidos políticos, grupos de interesses, o papel do indivíduo frente ao Estado e ao domínio estatal não podem ser desprezados.

Não existe, assim, uma Teoria da Constituição eternamente válida, para que cada geração pudesse apenas interpretá-la. Diversos fatores podem afetar uma Teoria da Constituição, principalmente, tendo em conta os acontecimentos recentes:

“Este carácter de la época — o es una enfermedad de la época? — no puede dejar de afectar a una Teoría de la Constitución escrita en la mitad del siglo XX, en comparación, por ejemplo, con el optimismo del siglo pasado originado por la creencia en la Razón y en el Progreso. Una Teoría de la Constitución en nuestros días,

al principio de la era atómica, probablemente no estará menos anticuada en el año 2000, que en la actualidad un intento de este tipo emprendido al principio del siglo XIX" (8).

A obra de Loewenstein, além de examinar agudamente temas como processo político e controles do poder político, tendo em conta a mudança fundamental que sofreu a Constituição escrita na realidade sócio-política, apresenta nova classificação das mesmas, dentro de uma perspectiva "ontológica", que se afasta das discriminações formais.

## II — Objeto da Teoria da Constituição

Determinar o objeto específico da Teoria da Constituição não é fácil, desde que vários são os fatores que podem influenciar na sua delimitação.

Através do exame das idéias constitucionais vamos encontrar preocupações com o conceito de Constituição, que se apresenta sob diversos significados, como sendo o tema preliminar das preocupações próprias da Teoria da Constituição (9).

Em famosa conferência, que teve o título **Que é uma Constituição**, Ferdinand Lasalle dizia que existem forças ativas que influenciam em todas as leis do Estado e as obrigam a ser necessariamente como são. Esses fatores reais levam à distinção entre constituição real efetiva e constituição escrita. Autêntica constituição é a primeira, sendo que a escrita deve corresponder à real. Trata-se de análise sociológica da Constituição.

Carl Schmitt sustenta que a essência da Constituição é ser o conjunto de decisões políticas fundamentais do poder constituinte. Referindo-se à Constituição de Weimar, assinala que ela constitui: a) a decisão em favor da democracia; b) a decisão em favor de uma estrutura de forma federal; c) a decisão em favor de direitos fundamentais; d) a decisão em favor da divisão de poderes.

As decisões do constituinte, que refletem a realidade política do povo, constituem a essência da Constituição.

Heller, que faz referência ao pronunciamento de Lasalle, **Über Verfassungswesen**, de 1862, afirma que a Constituição permanece através da mudança de tempos e pessoas, graças à probabilidade de se repetir no futuro a conduta humana, que com ela concorda. Cabe distinguir em toda Constituição estatal, e como conteúdos parciais da Constituição política total, a Constituição não normada e a normada e, dentro desta, a normada extrajudicialmente e a que o é juridicamente. A Constituição normada pelo direito conscientemente estabelecido e assegurado é a Constituição organizada (10).

(8) Karl Loewenstein, **Teoría de la Constitución**, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, 2.ª ed., trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, págs. 7/10.

(9) Agustín Pérez Carrillo, **Aspectos sobre la Teoría Constitucional**, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXII, janeiro-junho, 1972, n.º 85-86, pág. 199.

(10) Hermann Heller, **Teoría del Estado**, Fondo de Cultura Económica, México, 1955, 3.ª ed. esp., trad. de Luis Tobío, págs. 268/269.



Loewenstein coloca como tema central das constituições os detentores do poder e os súditos, pelo que a história do constitucionalismo não é senão a busca pelo homem político das limitações ao poder absoluto exercido por aqueles.

É tarefa da ciência explicar e procurar o objeto próprio de conhecimento que, conforme podemos observar, no que toca à Teoria da Constituição, teremos de procurar em estudos afins, principalmente, quando não se falava em sua independência.

Kelsen, ao focalizar as questões relativas ao conceito de Constituição, de acordo com a teoria pura do direito, apresenta vários significados:

a) Constituição, no sentido material, compreende o conjunto de normas que regulam a criação dos preceitos jurídicos gerais e prescrevem o processo que deve ser seguido em sua elaboração. Refere-se, também, ao conteúdo das leis futuras;

b) Constituição, no sentido amplo, compreende as normas que estabelecem as relações dos súditos com o poder estatal;

c) Constituição, em sentido formal, constitui o conjunto de normas jurídicas que só podem ser modificadas mediante a observância de prescrições especiais, que têm o objetivo de dificultar a modificação destas normas;

d) Constituição, em teoria política, designa as normas que regulam a criação e a competência dos órgãos legislativos, executivos e judiciários <sup>(11)</sup>.

A variedade dos conceitos de Constituição tem levado a que certos autores proponham a apresentação de tipologias, que se caracterizam por certos elementos que lhe dão formas peculiares e refletem a tendência predominante na época de sua elaboração. O esforço para apresentar uma tipologia constitucional, sistematizando em uma equipe de conceitos-tipos, visa examinar a pluralidade de juízos, elementos, dados e relações que apresentam a fenomenologia constitucional, em seus aspectos primários e fundamentais <sup>(12)</sup>.

Vanossi expõe que os temas “Poder constituinte” e “Reforma da Constituição” conduzem ao duplo terreno da teoria constitucional e do Direito Constitucional positivo, com a perspectiva de chegar em primeiro plano às fontes metodológicas que nos proporciona a teoria geral, pois o poder constituinte pertence também ao tema da criação do direito, que, por sua vez, nos leva às relações entre Direito e Estado.

(11) Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1950, trad. de Eduardo García Maynez, págs. 128 e ss; *idem*, *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, México, 1951, trad. de Luiz Legaz Lacambra, págs. 325 e ss; *idem*, *Théorie pure du Droit*, Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1953, págs. 122/4.

(12) Cesar Enrique Romero, *Introducción al Derecho Constitucional*, Victor P. de Zavalia — Editor, Buenos Aires, 1973, págs. 61 e ss.; Jorge A. Aja Espril e Jorge Alberto Loricar, *Leciones de Derecho Constitucional — Teoría Constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1971, págs. 158 e ss.

A importância que dá ao poder constituinte, aspecto essencial do tema deste estudo, é vista quando sugere o nome de Teoria Constituinte, para, ao mesmo tempo, dizer sobre a tipologia dos conceitos de poder constituinte, baseada no material fornecido por autores e doutrinas que trataram do tema.

Este poder, como tema central da Teoria da Constituição, é examinado dentro de amplas perspectivas, de conformidade com os ângulos apresentados pelas possibilidades conceituais que lhe dão aqueles que examinaram o assunto. A necessidade de formular uma tipologia dos conceitos de poder constituinte comprova que a Teoria da Constituição utiliza a expressão em várias direções, com posições ideológicas definidas. Visa sistematizar as diferentes maneiras de compreender o poder constituinte, segundo o pensamento dos autores, escolas ou tendência jusfilosófica:

1) Conceito racional-ideal, que provém do momento histórico da difusão do constitucionalismo vigente à época da Revolução Francesa, cuja doutrina foi exposta por Emmanuel Sieyès. A Teoria do Poder Constituinte de Sieyès propunha o estabelecimento de uma Constituição baseada nos seguintes pontos capitais: declaração de direitos, forma escrita, governo representativo, separação entre Poder Legislativo e Executivo. Tornava-se necessária a convocação de uma Assembléia Nacional, representativa de toda a nação, com os poderes extraordinários, constituintes, para formular a nova Constituição.

A doutrina do poder constituinte coincide com o nascimento do Estado constitucional moderno. O autor de *Que'st-ce que le tiers État, Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer e Essai sur les privilèges* é tido como o iniciador da história constitucional européia e do processo do constitucionalismo moderno, com a fixação de três temas fundamentais: a doutrina do poder constituinte, a doutrina da representação política e a organização do controle da constitucionalidade das leis.

2) Conceito estrutural revolucionário de poder constituinte, apresenta-se como uma variante do racional-ideal, que tem relação com as idéias de Maurice Hauriou. Quando examina poder constituinte e operação constituinte, não está divorciado da exposição de Sieyès. A organização de uma operação constituinte, com um poder constituinte, que está acima dos poderes governamentais ordinários, vincula-se, também, a um procedimento especial de revisão, que dá à Constituição caráter rígido. A operação constituinte é a síntese do poder e do procedimento, sendo que o primeiro é que recebe o nome de poder constituinte, por ser o poder fundador. Para o entendimento de Hauriou, o poder constituinte é uma operação estrutural, que supõe um poder fundador e um procedimento de fundação.

3) Conceito existencial-decisionista, baseado em Carl Schmitt, cuja visão do mundo jurídico está animada pela reação contra o normativismo e o racionalismo, de modo que a idéia de criação jurídica estatal é dominada pela ação volitiva que passa a ser conhecida como "decisão política". No começo e no término do processo jurídico-político existe, para Schmitt, um elemento voluntarista, a decisão, que é o *fiat lux*, criador das normas e que

as acompanha em sua existência e aplicação. O decisionismo é a nota permanente da construção constitucional e jurídica desse autor.

O conceito que formula de poder constituinte é o resultante da concepção de Constituição positiva, que é a consequência de sua concepção geral da ordem jurídica. O poder constituinte é a vontade política, cuja força ou autoridade é capaz de adotar a decisão concreta sobre o modo e a forma da própria existência política, determinando-se esta unidade política como um todo.

A explicação do poder constituinte nesta doutrina deve ser acompanhada da questão da revisão constitucional. Ao formular os conceitos derivados da Constituição, Carl Schmitt expõe o problema do que é "Ato Constituinte", que só pode referir-se a decisões políticas fundamentais. Dos conceitos derivados chega-se ao entendimento de que a "Reforma" não compreende o surgimento de uma nova Constituição, mas, apenas, a modificação das prescrições legal-constitucionais. Tendo em vista a existência da Constituição e sua validade, podem surgir as seguintes consequências:

a) destruição da Constituição, eliminação da lei fundamental e do poder constituinte em que se baseava;

b) supressão, mudança da Constituição, com a conservação do poder constituinte;

c) reforma, revisão do texto, mas de preceitos isolados, modificação das determinações legal-constitucionais;

d) quebra, violação a título excepcional de alguma ou várias prescrições legal-constitucionais, que permanecem inalteradas para o futuro;

e) suspensão, de uma ou várias prescrições legal-constitucionais, que são postas fora de vigor provisoriamente.

4) Conceito materialista, o marxismo-leninismo não se ocupou especificamente do poder constituinte, enquanto noção própria da ciência jurídica. Não existe uma teoria comunista do poder constituinte, que se mantém desatenta para com os problemas de uma Teoria da Constituição, desde que todas as suas variantes consideram os problemas constitucionais como questões de poder e não de direito.

Através do exame da teoria marxista-leninista do Estado, podemos buscar a concepção geral e sistemática da qual surgem implicações que possam fornecer dados para uma definição acerca do poder gerador do ordenamento constitucional do Estado.

5) Conceito dialético-plenário, deve-se a Hermann Heller a preocupação por uma reconstrução da Teoria do Estado, que iria refletir-se nos conceitos dominantes na Teoria da Constituição.

A idéia de poder constituinte em Heller está ligada ao seu conceito de Constituição, bem como à unidade científica do método empregado.

O poder constituinte é a vontade política, cujo poder e autoridade estão em condições de determinar a existência da unidade política em um todo.

As questões referentes à natureza e titularidade do poder constituinte levam, necessariamente, ao exame de seu relacionamento com os processos revolucionários e a reforma da Constituição.

A distinção entre tipos, classes ou etapas do poder constituinte aparece quando são assentados os problemas sobre as limitações do poder constituinte, daí que surgem referências a um poder constituinte originário e outro derivado, sendo que o primeiro tem a condição de genuíno e o outro de constituído ou instituído.

O originário atua no momento em que é dado à comunidade um ordenamento jurídico, ao passo que o derivado surgirá na ocasião em que for procedida a reforma constitucional.

O poder de reforma constitucional nasce da própria Constituição, quando esta prevê a maneira de ser modificada. As normas reguladoras da reforma constitucional devem compor a parte orgânica da Constituição, desde que seu conteúdo expressa a determinação de órgãos e procedimentos implicados com as cláusulas que aceitam as alterações possíveis.

Uma reforma constitucional produzida à margem das previsões normativas, do próprio ordenamento vigente, pode ocorrer através da transformação do poder constituinte reformador, que toma a forma de poder revolucionário, que se julga fora das limitações impostas pelo texto constitucional que encontrou.

Os limites do poder constituinte variam de conformidade com a posição da doutrina constitucional. Para os clássicos existe, no que toca ao poder "originário", total ilimitação, tanto formal quanto substancial, no que toca a procedimentos e conteúdos. Já no que toca ao "derivado" há limitações formais, isto é, procedimentais, bem como de conteúdo.

Além das limitações jurídicas, podem ocorrer as ideológicas e as estruturais.

O Direito positivo contém vários exemplos de limites ao poder constituinte de reforma, previstos no próprio ordenamento básico: limites autônomos, processuais e substanciais.

A titularidade e exercício do poder constituinte compõem a temática desse dado essencial para a fixação dos assuntos específicos de uma Teoria da Constituição, sendo que o posicionamento em frente à questão deve ser visto através dos autores básicos da matéria.

Vanossi coloca, na segunda parte da obra "Teoria Constitucional", dois temas fundamentais:

- a) supremacia constitucional;
- b) controle de constitucionalidade.

Considera-os aspectos essenciais, que decorrem do próprio "poder constituinte".

O enfoque da supremacia constitucional e do controle dependem da determinação do valor e função das normas constitucionais. Este autor, no primeiro tomo da "Teoria Constitucional", ocupou-se do estudo das normas constitucionais como normas de competência, daí que posteriormente veio a ocupar-se com a classificação, com o objetivo de precisar as diversas funções que elas cumprem na dinâmica constitucional.

Viamonte acentuou a necessidade de fixarmos o caráter hierárquico da Constituição, em relação às manifestações do poder público, através de normas legislativas, decisões judiciais e atos executivos.

A Teoria da Constituição coloca os dois temas, também, dentro de sua área de indagação, mas reconhece que não podem ser vistos dentro de uma sistematização que englobe as questões que lhe são pertinentes.

Vários são os critérios para a determinação das normas constitucionais, sendo que Vanossi as agrupa em normas de conduta e normas de organização, tendo em vista o destinatário imediato destas prescrições. Entretanto, surgem outras denominações como normas de competência, normas orgânicas, normas programáticas e normas interpretativas, sendo estas regras de interpretação dirigidas ao Poder Judiciário.

No relacionamento da matéria constitucional, propriamente dita, ocupam lugar de relevo os conteúdos existentes nas declarações, direitos e garantias:

a) declarações são decisões políticas fundamentais ou normas de organização, compostas por normas orgânicas, constitutivas e funcionais e por normas programáticas, diretivas e interpretativas;

b) garantias são as proibições endereçadas ao Estado, com a finalidade de impedir que este venha a ferir a atividade particular;

c) direitos são as afirmações da liberdade das pessoas, faculdade de fazer.

A função judicial adquire grande relevo na "Teoria da Constituição", especialmente quando se tem em conta o papel institucional das Cortes Supremas. Neste sentido, a jurisprudência constitucional passa a ser elemento fundamental de nossas preocupações.

A necessidade de um órgão independente foi percebida por Kelsen, como condição inerente à obrigatoriedade da Constituição. Em seu ensaio de 1928 sobre a Jurisdição Constitucional, afirmou: Uma Constituição na qual falta a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória em seu sentido técnico.

A efetividade da garantia do controle depende das características do órgão encarregado da referida função, devendo ser completamente diferente e independente daquele que realizou o ato irregular. Pelo que sentimos dessas afirmativas, a jurisdição constitucional é tema fundamental da Teoria da Constituição.

Os estudos de aplicabilidade, eficácia e validade das normas constitucionais não são, também, indiferentes à Teoria da Constituição, quando esta dirige suas indagações para o sistema geral das normas jurídicas (13).

Encontramos a "Teoria da Constituição", ainda recentemente, como capítulo de tratado de Direito Constitucional, como ocorre com a obra de Marcelo Caetano, que examina temas específicos da disciplina, no caso de ser aceita a sua autonomia; conceito de Constituição, poder constituinte, inconstitucionalidade das leis e órgãos de fiscalização da constitucionalidade das leis, processo jurisdicional da declaração da inconstitucionalidade. Mas não ocorreu aí nesse trabalho qualquer preocupação em definir a independência da Teoria da Constituição (14).

Pelo levantamento do que será objeto específico de uma Teoria da Constituição, podemos perceber que existem elementos específicos capazes de garantir a sua autonomia, apesar da existência de temas comuns a outras disciplinas que tratam de assuntos paralelos. Para que possamos chegar a uma Teoria da Constituição, não é necessária a retirada destes temas de outras ciências, desde que muitas vezes são as perspectivas como são encaradas que lhe trazem as peculiaridades.

Podemos lembrar que o Estado, por exemplo, é objeto de conhecimento reflexivo de várias ciências ou disciplinas, sem que esta circunstância venha abalar a posição específica que tem dentro da Teoria Geral do Estado.

Na focalização dos temas acima levantados, podemos perceber que existe um critério peculiar à Teoria da Constituição, que passa a tomá-los, dentro de perspectiva e metodologia próprias. Convém lembrar, entretanto, que muitas das dificuldades virão da posição ideológica, que assume o interessado, no que toca aos conceitos básicos de uma Teoria da Constituição (15).

(13) Jorge Reinaldo A. Vanoosi, *Teoría constitucional. Teoría constituyente. Poder constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*, Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975; *idem*, *Teoría Constitucional. Supremacía y Control de Constitucionalidad*, Tomo II, ob. cit., 1976; Carlos Sanchez Viamonte, *Derecho Constitucional. Poder Constituyente*, Tomo I, Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 1945; *idem*, *El Constitucionalismo. Sus problemas*, Editorial Bibliográfico Argentina, Buenos Aires, 1957; Nelson de Sousa Sampalo, *O poder de reforma constitucional*, Livraria Progresso Editora, Bahia, 1954; Paulo Bonavides, *O poder constituinte*, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n.º 10, pp. 1-651, jun. 1977; Germán J. Bidart Campos, *Filosofía del Derecho Constitucional*, Edlar. Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1969; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direito Constitucional Comparado. I — Poder constituinte*, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1974; José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968; Aricé Moscir Amaral Santos, "A natureza e titularidade do poder constituinte originário", *Justitia*, São Paulo, vol. 95, 4.º Trimestre de 1976; Hans Kelsen, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, Emecé Editores, S.A., Buenos Aires, 1957, trad. de Alfredo y Weiss; L. Grigorján e Y Dolgopólov, *Fundamentos del Derecho Estatal Soviético*, Editorial Progreso, Moscou, trad. de O. Razinkov e V. Mazurenko.

(14) Marcelo Caetano, *Direito Constitucional. Direito Comparado. Teoria Geral do Estado e da Constituição. As Constituições do Brasil*, vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 1977, págs. 391 e ss.

(15) Pablo Lucas Verdú, *Lugar de la Teoría de la Constitución...*, ob. cit., pág. 8; *idem*, *Curso de Derecho Político*, vol. I, pág. 97.

### III — Teoria da Constituição e Teoria do Direito Público

No prólogo da “Teoria da Constituição”, Carl Schmitt demonstra sua intenção de realizar um estudo sob a forma de sistema, salienta o objetivo de criar uma Teoria da Constituição, que estivesse localizada como um ramo especial da Teoria do Direito Público. Salienta que este importante e autônomo setor de estudos não havia sido objeto de cultivo, sendo que suas questões e assuntos foram discutidos esporádica e incidentalmente no Direito Político, com vários temas de Direito Público ou da Teoria Geral do Estado.

Mesmo na França, a Teoria da Constituição teve desenvolvimento tardio, através, principalmente, do surgimento, em 1835, de uma cátedra de Direito Constitucional em Paris, suprimida em 1851, chegando Boutmy a afirmar que o ramo mais importante do Direito Público estava abandonado.

Os estudos sobre a Constituição de Weimar levaram na Alemanha à formação de uma Teoria constitucional, sendo que as investigações de Direito Público e as publicações de Direito Político revelavam essa tendência, através do exame teórico-constitucional das questões jurídicas. A partir de 1919, surge a visão da Teoria constitucional como um território independente do Direito Público, que passa a ser tratado com autonomia. Apesar disso, a Teoria da Constituição constitui uma parte das lições sobre Teoria Geral do Estado e Política.

Para Schmitt, os **Comentários à Constituição de Weimar**, de Anschütz e de Giesse, com o **Direito Político do Reich e dos Estados**, de Stier-Somlo, que são trabalhos de visão geral, esclarecem questões para um sistema da Teoria Constitucional. Ao assinalar a importância de uma Teoria da Constituição, o publicista germânico parte para o estudo de uma Teoria da Constituição do Estado burguês de Direito, espécie de Estado que dominava na Europa e de que a Constituição de Weimar correspondia ao tipo principal, ao lado dos modelos clássicos das Constituições francesas.

O tipo de Weimar não deve ser tido como um dogma, pois está preso ao condicionamento histórico e à relatividade política. Por isso, a Teoria da Constituição deve mostrar que as fórmulas e conceitos tradicionais dependem, também, de situações anteriores.

A obra de Schmitt revela preocupações em definir o objeto da Teoria da Constituição. Tal cautela surge, inclusive, ao acentuar a dificuldade que ocorria com a Teoria Constitucional do Estado burguês de Direito, quando se pretende esclarecer a questão de como o elemento da Constituição, próprio desse tipo de Estado, encontra-se confundido com toda a Constituição.

Muitas das questões envolvidas pela Teoria da Constituição demandariam incursões em assuntos de uma Teoria da soberania, ou da Teoria das formas de Governo, que, por sua vez, estariam mais próximas à Teoria Geral do Estado.

Essas preocupações não podem ser afastadas, quando se pretende equacionar aquilo que é pertinente à Teoria da Constituição em seu sentido específico.

Na época em que escreveu, já estavam surgindo estudos para a elaboração de uma Teoria da Constituição, mas que demonstravam que ela surgia como um aspecto específico do Direito Político: “Las disertaciones de la Dieta de 1927 de los profesores alemanes de Derecho Político son citadas según el informe de A. Hensel en el *Archiv des öffentlichen Rechts*, t. XIII, nueva serie, págs. 97 y siguientes, porque la publicación completa (cuaderno 4 de las publicaciones de la Unión alemana de Profesores de Derecho Político, ed W. de Gruyter), sólo aparece en diciembre de 1927. Durante la impresión han llegado a mi conocimiento los siguientes trabajos que, al menos, quiero citar aquí: Adolfo Merkl: *Allgemeines Verwaltungsrecht* (en J. Springer); Walter Jellinek: *Verwaltungsrecht* (en J. Springer); O. Koellreutter, artículo “Staat”, en el *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, editado por Stier — Somlo y A. Elster; los artículos de G. Jèze: *L’entrée au service public* (*Revue du Droit Public*, XLIV); Carré de Malberg: *La Constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875*; Berthélemy: *Les lois constitutionnelles devant les juges* (*Revue Politique et Parlementaire*, CXXX, II/III) y W. Scheuner: *Über die verschiedenen Gestaltungen des parlamentarischen Regierungssystems* (*Archiv des öffentlichen Rechts*, XIII). Para enero de 1928 se anuncia una nueva edición del *Kommentar zur Reichsverfassung*, de Poetzsch-Heffter (en O. Liebmann); por desgracia, no era posible aportar aún la nueva obra de este destacado jurista. Además, está anunciado un libro de Rodolfo Smend sobre cuestiones de Teoría constitucional.”<sup>(16)</sup>

A publicística, através de livros de “Instituições de Direito Público”, não deu, ainda, uma categoria independente aos temas constitucionais, para que se possa falar em uma Teoria da Constituição, conforme podemos verificar nos autores italianos e franceses mais recentes.

Apesar da atenção dada à distinção entre constituição formal e material, ou à função constituinte e à função de revisão constitucional, não vamos encontrar nesses autores dados minuciosos para a matéria ora examinada: “La funzione costituyente pone la costituzione, cioè la legge fondamentale che regola le forze politiche, nel nuovo loro equilibrio ottenuto dopo un rivolgimento di valori, e che è quindi l’espressione di un regime”.

Este posicionamento não impede que, examinando os princípios gerais de direito público, certos doutrinadores coloquem as referências ao ordenamento jurídico constitucional no lugar que lhe é devido, ao mesmo tempo que apresentam dados para uma Teoria da Constituição<sup>(17)</sup>.

(16) Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Prólogo, págs. XIX a XXIV.

(17) Paolo Barile, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padova, 1972, págs. 7 a 8 e 219 a 221; Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padova, 1969, vol. I, 8.ª ed., págs. 23 e ss.; Anton Luigi Checchini, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padova, 1969; L. Dubouis e G. Feiser, *Droit Public*, Dalloz, 1973, 3.ª ed.; Agustín Gordillo, *Princípios gerais de Direito Público*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, trad. de Marco Aurélio Greco, págs. 88 e ss.



#### IV — Teoria da Constituição e Teoria do Estado

Hans Nawiasky considera a Teoria da Constituição como parte da Teoria Geral do Estado <sup>(18)</sup>.

A distinção entre a Teoria do Estado e a Teoria da Constituição não está clara, mesmo na doutrina contemporânea.

Salienta Pablo Lucas Verdú que nem Schmitt nem Heller estabeleceram as diferenças entre os dois temas. Schmitt parte do estudo do conceito de Constituição para, em seguida, examinar o Estado burguês de Direito, o elemento político da Constituição moderna, para depois abranger a Teoria constitucional da Federação. Acrescenta que as indagações feitas, nessa obra, sobre a problemática da Teoria da Constituição não são suficientes.

Heller examina a Constituição no final de sua obra **Teoria do Estado**, vendo a Constituição política como realidade social, através de um dos mais lúcidos trabalhos sobre a matéria.

O reconhecimento da Constituição no sentido de uma ordenação e unidade planejadas do Estado, bem como outras afirmativas aí situadas, dão a Heller um lugar de destaque na Teoria da Constituição <sup>(19)</sup>.

No relacionamento que se procura fazer, a posição de Kelsen é fundamental, desde que a teoria geral do direito positivo consiste no estudo das normas jurídicas, seus elementos e interpretação, vista a ordem jurídica, na sua totalidade, como relação entre os diferentes ordenamentos jurídicos, que se assentam na unidade do direito <sup>(20)</sup>.

Pelo exame da maioria dos estudos de Teoria Geral do Estado, podemos notar que vários temas estão, intimamente, ligados à Teoria da Constituição, sendo que, apesar de não tratarem de maneira específica de Constituição, normalmente, irão contribuir para os levantamentos necessários à respectiva elaboração doutrinária.

Considerada como propedêutica ao Direito Constitucional, está destinada a servir de introdução ao Direito Público, e, de modo particular, àquele passo que lhe está intimamente ligado <sup>(21)</sup>.

No Brasil, desde a **Teoria do Estado**, de Eusébio de Queiroz Lima, estão situados levantamentos em torno de Constituição, sendo que a **Teoria Geral do Estado**, de Pinto Ferreira, é minuciosa ao abranger temas que são específicos de uma Teoria da Constituição.

Dalmo de Abreu Dallari, ao dar o título de Estado Constitucional a uma das partes de seu livro, fez levantamentos que interessam, também, ao nosso problema.

(18) Hans Nawiasky, **Teoría General del Derecho**, Ediciones Rialp S.A., Madrid, 1962, trad. da 2.ª ed. alemã, por José Zafra Valverde, pág. 69.

(19) Hermann Heller, **Teoria del Estado**, ob. cit., págs. 267 e ss.

(20) Hans Kelsen, **Teoría General del Derecho y del Estado**, ob. cit.; *idem*, **Teoría General del Estado**, ob. cit.

(21) Nelson de Sousa Sampaio, **Ideologia e Ciência Política**, Livraria Progresso Editora, Bahia, 1953, pág. 299; Arturo Enrique Sampay, **Introducción a la Teoría del Estado**, Ediciones Política, Buenos Aires, 1951, pág. 502.

Com o título de “Constitucionalismo e primeiras Constituições”, Nelson Saldanha, que revelou interesse pelo assunto em **O Estado Moderno e o Constitucionalismo**, através dos estudos que vem fazendo da Ciência do Direito, poderá contribuir para ampliar o debate em torno da Teoria da Constituição.

Mas é Pedro Salvetti Netto que veio colocar em seu **Curso de Ciência Política — Teoria do Estado**, um título dedicado à Teoria da Constituição, assim discriminado: Conceito, Constituição Social, Constituição Política, Preâmbulo da Constituição, Poder Constituinte, Conteúdo da Constituição, Controle da Constitucionalidade das Leis e dos Atos Administrativos (22).

Conforme salienta Lourival Vilanova, “a teoria geral do Direito Constitucional é continuação da teoria individual e da teoria particular comparada”. O processo utilizado por Carré de Malberg permitiu que, partindo do Direito Constitucional francês, alcançasse o plano de uma Teoria Geral do Estado (23).

Como a Teoria Geral do Estado visa a exposição, com método dogmático, dos princípios de estrutura e de organização dos tipos de Estado, torna-se imprescindível aos estudos que tenham como finalidade a aceitação da existência de uma Teoria da Constituição (24).

Este relacionamento, necessário, pela procura de temas comuns e complementares, não irá impedir que se faça uma Teoria da Constituição, através de uma metodologia que possibilite distinguir o que lhe é peculiar e possa chegar até uma generalização sistemática e científica.

## V — Teoria da Constituição e Direito Político

A vinculação da Teoria da Constituição com o Direito Político, que aparece em muitas pesquisas recentes, pode ser encontrada em autores clássicos.

Adolfo Posada consigna Teoria das Constituições, quando promove o levantamento das noções que devem ser definidas no regime do Estado constitucional. Aceita que o fato de certos Estados se denominarem especial e expressamente constitucionais indica que a significação e o valor de uma Constituição supõem uma restrição ou especialização do conceito geral, que o termo pode demandar.

(22) Pedro Salvetti Netto, **Curso de Ciência Política**, vol. I — **Teoria do Estado**, Ed. T. J., São Paulo, 1977, 2.ª ed., págs. 275 e ss.; Eusébio de Queiroz Lima, **Teoria do Estado**, Distribuidora Récord Jurídica, Rio de Janeiro, 1957, 8.ª ed., págs. 259 a 280; Pinto Ferreira, **Teoria Geral do Estado**, Edição Saraiva, 1975, 3.ª ed., 1.º vol., págs. 395 e ss.; Dalmo de Abreu Dallari, **Elementos de Teoria Geral do Estado**, Edição Saraiva, 1972, págs. 174 e ss.; Nelson Saldanha, **O Estado moderno e o constitucionalismo**, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1978; *idem*, **Legalismo e Ciência do Direito**, Editora Atlas S/A, São Paulo, 1977, 1.ª ed.

(23) Lourival Vilanova, **O problema do objeto da Teoria Geral do Estado**, Recife, 1953, págs. 35 e 36.

(24) Orlando M. Carvalho, **Caracterização da Teoria Geral do Estado**, Kriterion, Belo Horizonte, 1951, págs. 39 e 40.

Interpretando as Constituições, com o exame do significado de sua parte orgânica, precisa o seu valor jurídico, quando é tomado para completar a organização do Estado.

Adotando metodologia que deve ser aproveitada para as tendências atuais de fixação de uma Teoria da Constituição, passa a demonstrar as origens e difusão das constituições escritas.

Aceita a Constituição como expressão da forma jurídica do Estado, na ocasião em que vê o Direito constitucional como forma histórica do Direito Político <sup>(25)</sup>.

Luis Sanchez Agesta distingue duas partes importantes no seu Direito Político:

Teoria do Estado e

Teoria da Constituição.

Na Introdução à Teoria da Constituição, salienta que o conceito de Constituição é o índice mais expressivo das questões a que ela se propõe.

Ao definir a Teoria da Constituição como “direito fundamental da organização”, reconhece que cada um desses termos compreende certos problemas que dão lugar a uma parte específica da teoria constitucional:

— direito, dele derivam todos os problemas que afetam a natureza jurídica da ordem constitucional e as fontes que a geraram;

— fundamental, revela a primeira delimitação de seu âmbito, destacando aqueles elementos da ordem a que corresponde este caráter;

— organização, refere-se ao objeto desse direito, cuja finalidade é a de coordenar e estabelecer a ordem, através de elementos como: território, povo, poder e fim.

Realça que seu estudo não compreende uma ciência jurídica estrita, com apreensão dos conceitos de um conteúdo determinado.

Distingue entre a Teoria da Constituição e o Direito Político estrito ou constitucional, sendo que a este último é que corresponde o desenvolvimento concreto das instituições.

Na exposição dos temas escolhidos, apresenta o seguinte esquema:

*I — O Conceito de Constituição*

1 — A Constituição como Direito.

2 — A Constituição como Direito Fundamental.

3 — A Organização como conteúdo da Constituição <sup>(26)</sup>.

(25) Adolfo Posada, **Tratado de Derecho Político**, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, Tomo segundo, 5.ª ed., págs. 11 e ss.

(26) Luis Sanchez Agesta, **Derecho Político**, Librería Prieto, Granada, 1951, 4.ª ed., págs. 289 a 292; Ekkehart Stein, **Derecho Político**, Aguilar, Madrid, 1973, pág. XIX.

Bidart Campos coloca a Teoria da Constituição como parte do Direito Político, ocasião em que analisa os seguintes temas: o ordenamento constitucional do Estado, o constitucionalismo, conceito de Constituição, classificação de Constituição, dinâmica constitucional, natureza, classes e titulares do poder constituinte, soberania, reforma da Constituição, supremacia constitucional, rigidez constitucional, controle de constitucionalidade e emergências constitucionais (27).

Em *Introducción al Derecho Político*, Pablo Lucas Verdú se detém na apreciação da Teoria da Constituição de Smend que, no seu entender, é uma fecunda doutrina sobre o conceito de Constituição. Apesar da breve extensão de teoria de Smend, oferece base sólida para uma conceituação dinâmica.

A teoria da integração não é simplesmente um método científico, mas é um processo. Tem este processo especial legalidade vigente, tanto no Estado como em qualquer grupo social, sendo que a sua positivação jurídica está na Constituição. Em vista deste entendimento, uma Teoria da Constituição tem que ser, antes de tudo, uma teoria da integração. A Teoria do Estado e a Teoria da Constituição de Smend são concebidas dentro da metodologia das ciências do espírito e não de acordo com o método causal ou normativo.

Em vista da aplicação de Smend, da teoria da integração no campo da Teoria da Constituição, o conceito, a essência e o conteúdo da Constituição têm de ser obtidos da realidade do Estado. A Constituição é a ordem jurídica do Estado, da vida, na qual o Estado tem sua realidade vital, isto é, seu processo e integração. Entende, ainda, que a Constituição requer, para seu completo ajustamento, integrar-se na vida política.

A Teoria da Constituição de Smend é um estudo coerente e profundo sobre a dinâmica constitucional. Seu conceito profundamente dinâmico de Constituição, as observações sobre sua elasticidade, sobre a interpretação da Constituição e a *Verfassungswandlung*, levam a estas conclusões.

A Teoria do Estado e a Teoria da Constituição aparecem intimamente unidas, devido a conexão estabelecida pela *Integrationslehre* (28).

As referências feitas por Mário Justo Lopes à existência da Teoria da Constituição, quando diz que o conteúdo do Direito Político, como matéria incluída nos planos dos estudos jurídicos, varia de acordo com os programas, não levaram este autor a dar um título, com esta denominação, à matéria ora examinada. Tal orientação não impediu seu livro de ser rico em considerações de índole constitucional (29).

(27) German Jose Bidart Campos, *Derecho Político*, Aguilar, Buenos Aires, 1967, 2.ª ed., págs. 503 a 549.

(28) Pablo Lucas Verdú, *Introducción al Derecho Político*. J. Ma. Bosch, Editor, Barcelona, 1958, págs. 121 e ss.

(29) Mario Justo Lopez, *Manual de Derecho Político*, Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 1973, págs. 81 e 82; *idem*, *Introducción a los estudios políticos*, vol. 2, Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 1971, págs. 81 e ss.

A temática constitucional persiste nos diversos tratados de Direito Político, sem que seja a mesma vista da perspectiva de uma Teoria da Constituição, como podemos deparar nas obras de Faustino J. Legon ou C. Sanchez Viamonte <sup>(30)</sup>.

## VI — Teoria da Constituição e Ciência Política

A preocupação em se obter certa independência científica também sofre contestações, quando o assunto é relacionado com a Ciência Política.

Schmitt, Smend e Heller procuraram escapar do formalismo jurídico, mas ficaram ainda dentro dos limites da Teoria do Estado.

Pablo Lucas Verdú entende que à proporção que a Teoria da Constituição se preocupa em abandonar a simples exegese dos textos fundamentais e do positivismo jurídico, conseqüentemente, irá aproximar-se da Ciência Política. Para justificar este entendimento, arrola diversas circunstâncias:

— A queda das democracias liberais, crise dos sistemas parlamentares, o surgimento de novas categorias para substituir aquelas consagradas pela ordem constitucional liberal.

— O êxodo de vários professores germânicos como Loewenstein, Friedrich e Hermens, que fugindo do nacionalsocialismo, passam a ter maior contato com as tradições jurídico-políticas da doutrina norte-americana, mais atenta do que a continental européia, para com os fatores sócio-políticos, como: partidos, grupos de pressão e métodos empíricos.

— A aceitação por parte desses autores dos novos processos utilizados pela Ciência Política anglo-saxônica. Nesse sentido, os títulos de algumas obras, como a de Loewenstein (**Political power and the governmental process**, University of Chicago Press, 1957) e Ferdinand A. Hermens (**The representative Republic**, University of Notre Dame Press, 1958), que logo traduziram para o alemão com a denominação de **Verfassungslehre**, aplicando novos conceitos e técnicas às antigas ordens.

— Inovações que visaram revitalizar o Direito Constitucional em frente ao positivismo do século XIX apresentam as bases do processo político democrático e indicam novos caminhos <sup>(31)</sup>.

Esse enriquecimento do conteúdo sócio-político do Direito Constitucional fez reduzir o âmbito e funções da dogmática constitucional, à medida em que aumentam as considerações científico-políticas.

Na Itália houve maior resistência para com a influência da Ciência Política sobre os temas constitucionais, dada a predominância do método

(30) Faustino J. Legon, **Tratado de Derecho Político General**, Tomo II, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1961, págs. 319 e ss.; Carlos Sanchez Viamonte, **Manual de Derecho Político**, Editorial Bibliográfico, Argentina, Buenos Aires, 1959.

(31) Pablo Lucas Verdú, **Lugar de la Teoria de la Constitución...**, ob. cit., pág. 11.

técnico-jurídico. No entanto, muitos dos publicistas italianos não deixaram de examinar os fatores políticos:

- Mortati, com o conceito de Constituição em sentido material;
- Gueli e Chiarelli, nas considerações sobre regimes políticos;
- Crisafulli, com a teoria sobre “indirizzo politico” (32).

O relacionamento da Teoria da Constituição com a Ciência Política realizou proveitoso reexame do formalismo jurídico, mas impediu sua autonomia, ao mesmo tempo que colocou a dogmática constitucional abaixo do exame dos fatores sócio-políticos. Em muitos escritores surge uma grande sedução pela Ciência Política.

A consideração da Teoria da Constituição como Ciência Política presta considerável serviço ao exame da matéria. Vale lembrar, como Lucas Verdú, que resultado dessa orientação pode ser notado no desenvolvimento dos fatores reais do poder, assinalados por Ferdinand Lasalle em sua conferência sobre a essência da Constituição.

As forças políticas não devem estar ausentes das pesquisas sobre Teoria da Constituição, quando os partidos e grupos de pressão passam a ter grande importância na configuração do Estado Contemporâneo e passam a integrá-lo:

— A dogmática constitucional não pode desconhecer a presença ativa dos grupos políticos e sua influência no ordenamento fundamental. Em consequência, os conceitos e categorias recebidos do Direito Constitucional clássico devem adaptar-se às novas contingências.

— A progressiva constitucionalização dos partidos políticos, através de sua regulamentação legislativa, os grupos de pressão e o novo Direito Constitucional Econômico revelam a imagem do Direito Constitucional contemporâneo.

— Em alguns Estados, a ação de certas forças políticas, como nos regimes hispano-americanos, é tão drástica que rompe com a estabilidade e continuidade constitucionais.

— As pressões que exercem sobre as instituições e órgãos estatais podem refletir-se sobre o funcionamento do ordenamento jurídico.

— O desconhecimento pela dogmática jurídica das realidades políticas contemporâneas, que condicionam ou relativizam o ordenamento fundamental, fere o sentimento constitucional, dificultando a adesão dos cidadãos ao conteúdo da lei fundamental (33).

Andres Serra Rojas que tece observações sobre a Teoria da Constituição de Schmitt, em sua **Ciência Política**, conquanto coloque outras indagações

---

(32) Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, vol. I, ob. cit., págs. 112 e ss.; *idem*, *Lugar de la Teoría de la Constitución...*, ob. cit., pág. 12.

(33) Pablo Lucas Verdú, *Lugar de la Teoría de la Constitución...*, ob. cit., págs. 14/15; *idem*, *Principios de Ciencia Política*, Tomo II, ob. cit., págs. 200 e ss.

pertinentes à matéria, não chega a fazer considerações originais a respeito da Teoria da Constituição. Tal procedimento pode ser observado em Juan Ferrando Badia, quando percorre os princípios estruturais do Estado e as principais tipologias da Constituição <sup>(34)</sup>.

Entre nós, Ivo Dantas, em monografia de Ciência Política, deu destaque à Teoria do Poder e da Constituição, quando desenvolve assuntos como: Constituição, Controle do Poder; Poder Constituinte e Poder de Reforma; Supremacia Jurídica da Constituição; O Controle da Constitucionalidade das Leis. Trata-se de publicação que poderá ter importância para o estudo da Teoria da Constituição no nosso meio <sup>(35)</sup>.

## VII — Teoria da Constituição e Instituições Políticas

Os grupos humanos necessitam de um sistema de normas que, aceitas, passam a atuar no comportamento de seus membros; a este relacionamento está presa a noção de instituição.

A parte orgânica da Constituição está vinculada às instituições vigerantes no Estado, pelo que não podemos examiná-las de maneira a desprezar os fundamentos da Teoria da Constituição, desde que esta fornece elementos essenciais para estruturação do ordenamento jurídico estatal.

A doutrina francesa, através de Vedel, Duverger, Burdeau, Prelot e outros, registrou as novas tendências da publicística, mas passou a dar destaque especial a regimes políticos.

Na França, não houve uma preocupação intensa para com uma Teoria da Constituição substantiva, o que para Lucas Verdú constitui um paradoxo, pois, durante o século XIX, Sieyès, Constant e o italiano Pellegrino Rossi mostraram preocupações com o estudo dogmático da Constituição, pelo que podem ser considerados como precursores da Teoria da Constituição.

A reforma dos estudos jurídicos de 1954 modificou a denominação da disciplina para “Droit Constitutionnel et Institutions Politiques”, oportunidade em que os constitucionalistas franceses se aproximaram da Ciência Política.

O destaque dado pelos publicistas franceses às Instituições Políticas denota a influência ali exercida pela Ciência Política, chegando Vedel a dizer que a referida expressão não tinha como finalidade transformar-se em um curso de Ciência Política, aspirava aproximar os dois processos de estudo.

Noções pertinentes a uma Teoria da Constituição servem de indagações para o publicista, que como outros coloca como tônica de suas preocupações o exame dos regimes políticos. As referências sobre noções ligadas à Teoria

---

(34) Andres Serra Rojas, *Ciência Política*, Instituto Mexicano de Cultura, México, 1971, Tomo I, págs. 431 e ss.; Juan Ferrando Badia, *Estudios de Ciencia Política*, Editorial Tecnos, Madrid, 1976, págs. 562 e ss.

(35) Ivo Dantas, *Ciência Política, Teoria do Poder e da Constituição*, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1976.

do Estado são seguidas das vinculadas ao direito constitucional clássico e ao direito constitucional marxista.

As etapas do direito constitucional clássico, em André Hauriou; os modos de estabelecimento, modificação ou abolição das constituições, em R. Barraine; as instituições constituintes, e a teoria geral das instituições políticas, em Prélot; os elementos dos regimes políticos e o desenvolvimento do modelo democrático, em Duverger; a Teoria Geral das Constituições, em Burdeau, e as incursões constitucionais de Pierre Pactet fornecem dados importantes para o levantamento de uma Teoria da Constituição, apesar de não existir uma evidente preocupação com a sua definição ou mesmo com sua autonomia <sup>(36)</sup>.

### VIII — Teoria da Constituição como dogmática geral do Direito Constitucional

A colocação da Teoria da Constituição em um lugar específico, que tenha todos os seus contornos definidos, encontra diversas dificuldades, dada a atração que sobre ela exerce o Direito Constitucional geral, que a considera como capítulo introdutório, ou a decompõe através de diversos capítulos: conceito de Constituição, fontes, classes, rigidez constitucional.

No entendimento de Lucas Verdú, várias são as justificativas que podem ser arroladas, para aceitar-se a conclusão de que a Teoria da Constituição pode ser concebida como dogmática geral do Direito Constitucional:

— A compreensão do Direito Constitucional, setor normativo e institucional do Direito Político, requer o conhecimento de uma série de conceitos, categorias e postulados prévios.

— A dogmática constitucional identifica-se com a Teoria da Constituição, enquanto conjunto de conceitos, categorias e postulados, que são imprescindíveis ao conhecimento do Direito Constitucional.

— A dogmática constitucional tem influência não somente no âmbito do ordenamento concreto, mas atua, também, no campo do Direito constitucional comparado.

— A dogmática constitucional estabelece princípios e conceitos, que condicionam todo o âmbito jurídico particularmente do Direito Público, dado o caráter fundamental do Direito Constitucional.

(36) Georges Vedel, *Cours de Droit Constitutionnel et d'Institutions Politiques*, Les Cours de Droit, Paris, 1958-1959, págs. 520 e ss.; *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Editions Montchrestien, Paris, 1970, págs. 94 e ss.; Raymond Barraine, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972; Marcel Prélot, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1969, 5.<sup>a</sup> Ed.; Maurice Duverger, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Presses Universitaires de France, Paris, 1960; *idem*, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel* 1 — *Les grands systèmes politiques*, Presses Universitaires de France, Paris, 1973, 13.<sup>a</sup> ed.; Georges Burdeau, *Traité de Science Politique*, Tomo III, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, págs. 9 e ss.; Pierre Pactet, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Masson et Cie. Éditeurs, Paris, 1971, 2.<sup>a</sup> ed.



— A *dogmática constitucional*, à medida que configura a arquitetura e as linhas mestras do Direito Constitucional, colabora com ele para lhe dar amplitude e suportes jurídicos (normativo-institucional) <sup>(37)</sup>.

Tais conclusões não devem servir para vermos a Teoria da Constituição, enquanto dogmática geral do Direito Constitucional, a transformar-se em mera seção deste. Não deve ser tida como simples capítulo introdutório.

A Teoria da Constituição precisa da perspectiva dogmática, que está inserta no exame das fontes da Constituição, conteúdo normativo da Constituição, eficácia das normas programáticas, análise da rigidez constitucional, reforma da Constituição, interpretação das normas constitucionais.

Várias das questões indicadas por Lucas Verdú requerem o conhecimento de conceitos, categorias e teorias elaboradas por diversas escolas: o positivismo jurídico (alemão e francês), normativismo Kelseniano, método técnico jurídico da doutrina italiana contemporânea, cujos suportes básicos são diferentes daqueles utilizados pela Ciência Política.

Xifra Heras postula que o Direito Constitucional ocupa-se de três disciplinas: O Direito constitucional geral, o Direito constitucional particular e o Direito constitucional comparado.

Definindo o Direito constitucional geral, com base em Santi Romano, encara-o como a disciplina que delinea uma série de princípios, conceitos e instituições que surgem nos vários direitos positivos ou em grupos, para classificá-los e sistematizá-los em uma visão unitária.

Para Xifra Heras, a obra clássica desta matéria é a Teoria da Constituição, de Schmitt.

É clara a intenção do autor em aproximar o Direito constitucional geral de uma Teoria da Constituição. Apesar da semelhança dos temas, uma Teoria da Constituição não se efetiva dentro da perspectiva aí mostrada. Falta-lhe o caráter de generalidade próprio da Teoria da Constituição, bem como a sua maneira própria de encarar e selecionar os temas que lhe dão conteúdo específico <sup>(38)</sup>.

Nem todas as obras de Direito Constitucional que examinam os aspectos gerais deste ramo do Direito, nos capítulos dedicados a questões que são objeto da Teoria da Constituição, têm a preocupação de defini-la, ou mesmo de fazer referência expressa à sua existência. Convém lembrar que Pablo Lucas Verdú, no excelente prefácio sobre "Paolo Biscaretti di Ruffia e a ciência italiana de Direito Constitucional", não faz qualquer menção à Teoria da Constituição, apesar de ser hoje um dos autores que têm demonstrado maior interesse pelo tema <sup>(39)</sup>.

(37) Pablo Lucas Verdú, *Lugar de la Teoría de la Constitución...*, ob. cit., págs. 12/13.

(38) Jorge Xifra Heras, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1957, 2.ª ed., p. 99.

(39) Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1965, tradução de Pablo Lucas Verdú; German J. Bidart Campos, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1968.

Afonso Arinos de Melo Franco, em trabalho a que deu a denominação de Direito Constitucional, colocou em seguida Teoria da Constituição.

Na Parte II, sob o título de Teoria da Constituição, mostra o constitucionalista brasileiro as tentativas em torno de definição de Constituição, para chegar à fase em que foi elaborada uma teoria jurídica, nos termos em que hoje é interpretada. Esta teoria jurídica da Constituição desenvolve-se a partir das Constituições escritas. Na tentativa de uma classificação jurídica da Constituição, parte este autor da afirmativa de que esta confunde-se com o estudo do regime constitucional. Este regime, quanto à sua matéria ou substância, corresponde a qualquer tipo de organização constitucional do Estado, que equivale à noção puramente material de Constituição. O jurista, de formação democrática, considera o regime constitucional, no sentido estrito, o que dota a Constituição de certos atributos gerais e permanentes. O poder do governante, neste sentido, deve ser juridicamente legítimo, na sua origem, e limitado, quanto ao seu exercício:

“Assim considerado o regime constitucional, a Constituição deve ser, antes de tudo, o instrumento jurídico que estabelece os processos de legitimação do poder e que limita a autoridade dos seus eventuais detentores.”

Após as normas superiores, a Constituição define as funções do Estado e dos órgãos da administração pública, fixa os direitos e garantias individuais. Ao mesmo tempo que relaciona outras incumbências que podem variar à proporção que o Estado amplia suas atividades e tarefas em setores como: economia, trabalho, educação, cultura, família, segurança interna e coexistência internacional.

Após considerar desta maneira o Regime Constitucional e a Teoria da Constituição, Afonso Arinos de Melo Franco conclui:

“Assim considerados o regime constitucional e a teoria da Constituição, concluiremos logicamente que esta sofre constante evolução, decorrente da ampliação e da variação inevitáveis das incumbências do Estado moderno. O campo da teoria constitucional é, assim, ilimitado e acompanha o progresso permanente do Estado.”

Dentro da fixação dos temas integrantes da presente exposição da Teoria da Constituição, este autor examina: o conceito e o fim da Constituição, o poder constituinte, classificação das constituições, a reforma constitucional e seus limites, os controles da Constituição (40).

Várias das observações aí encontradas são pertinentes à Teoria da Constituição, bem como a temática levantada. Mas, conforme temos observado, estão presentes, também, em outros estudos científicos relacionados com matéria constitucional. O que viria dar à Teoria da Constituição um

---

(40) Afonso Arinos de Melo Franco, *Direito Constitucional. Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*, Forense, Rio de Janeiro, 1976, págs. 103 a 141.

caráter peculiar, além do aspecto metodológico, seria a seleção de indagações que possam permitir a elaboração de uma sistematização da ordem jurídica fundamental do Estado.

## **IX — Teoria da Constituição e Teoria Política**

Nos estudos de Teoria Política vamos encontrar, também, temas que são específicos de uma Teoria da Constituição.

Luis Sanchez Agesta vê na atividade política a determinação de encaminhar, constituir, desenvolver, modificar e destruir uma “ordem” presente em certo grupo social. Essa ordem está expressa no Direito, em um Direito fundamental que organiza a vida política e formaliza juridicamente uma organização de poder e uma ordem social. Este Direito fundamental de organização está contido na Constituição.

Partindo desse posicionamento, passa a examinar os conceitos de Constituição, sua função, a natureza jurídica dessas normas, as fontes do Direito Constitucional, poder constituinte, classificações da Constituição, rigidez constitucional, constitucionalidade, a organização como conteúdo da Constituição, conteúdo da Constituição, temas esses que são encontrados em outras disciplinas que apresentam profundo relacionamento com a Teoria da Constituição (41).

## **X — Teoria da Constituição e Direito Constitucional Comparado**

Deve-se a Manuel Garcia-Pelayo a vinculação da Teoria da Constituição, expressamente, ao *Direito Constitucional Comparado*. Convém notar que a primeira parte da sua obra trata da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional.

Ao examinar as disciplinas jurídico-constitucionais, encara o Direito constitucional geral como uma espécie de teoria geral do Direito constitucional democrático-liberal, que se fez possível devido à sua extensão a todos os Estados civilizados e à unificação da imagem jurídica do mundo, expressa em uma espécie de Direito constitucional comum. Resultou da necessidade de uma teoria geral do Direito Constitucional. Procura estabelecer *categorias, conceitos e princípios, relativamente constantes ou comuns* a uma série de constituições que têm caracteres essenciais idênticos ou muito semelhantes. Este significado lhe parece ao dado à Teoria da Constituição de C. Schmitt.

Entretanto, a metodologia aplicada está equacionada em duas partes, a primeira que pode ser dita como de Direito Constitucional Geral (Teoria da Constituição e do Direito Constitucional), ao passo que a segunda compreende o Direito Constitucional Particular, que tem como finalidade o exame de alguns sistemas constitucionais.

---

(41) Luis Sanchez Agesta, *Princípios de Teoria Política*, Editora Nacional, Madrid, 1970, 3.<sup>a</sup> ed., págs. 289 a 367.

Dentro dos limites da Teoria da Constituição foram consignados temas que surgem em outros trabalhos: função, classificações, origem e formação do Direito Constitucional. Nos capítulos seguintes é que a matéria é pertinente à Teoria da Constituição: tipologia dos conceitos de Constituição, o Direito Constitucional clássico e sua crise, teorias modernas sobre Constituição, estrutura constitucional, estrutura constitucional do Estado democrático liberal, uniões de Estado e Estado Federal (42).

Luis Sanchez Agesta, ao focalizar o tema, mostra a possibilidade de se comparar os diversos sistemas jurídicos, para apreender-se o fundo comum das instituições. Este procedimento foi utilizado por Dicey que comparou as instituições políticas britânicas com aquelas do continente. Revela que aspirava, através da seleção de alguns tipos clássicos, a compreensão dos conceitos-chaves de uma Teoria Constitucional (43).

## XI — Elementos clássicos e elementos modernos na Teoria da Constituição

O "movimento constitucional" é definido por André Hauriou como aquele em que o povo se esforça em limitar o poder arbitrário que o dirige, reivindicando a liberdade política, isto é, o direito dos cidadãos em participar do governo, através de um regime em que as liberdades individuais sejam reconhecidas oficialmente, com a consagração de uma zona de autonomia própria a cada indivíduo.

Ao traçar as grandes etapas dessa evolução constitucional, Hauriou distingue dois momentos: o da antigüidade greco-romana e o período moderno, no fim do século XVIII.

O arrolamento dos elementos clássicos de uma Teoria da Constituição deve partir da origem do fenômeno constitucional na Grécia. Entretanto, os dados fundamentais para a sua localização e identificação serão definidos no movimento constitucional decorrente das revoluções ocorridas na Inglaterra, Estados Unidos e França.

Até a Primeira Grande Guerra, conseguimos deparar com o Direito constitucional clássico, consagrado através de determinadas instituições políticas.

O Direito constitucional clássico permitiu a elaboração dos temas essenciais da Teoria da Constituição, conforme podemos perceber através das doutrinas que serviram de base para a sua formulação. Percebe-se que várias das expressões utilizadas neste estudo foram tratadas pelos expositores do Direito constitucional clássico (44).

(42) Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Manuales de la Revista de Ocidente, Madrid, 1951, 2.ª ed., págs. 15 e ss. e 21.

(43) Luis Sanchez Agesta, *Derecho Constitucional Comparado*, Editora Nacional, Madrid, 1968, 3.ª ed., Introducción, pág. VII.

(44) André Hauriou, *Cours de Droit Constitutionnel et d'Institutions Politiques*, Les cours de Droit, Paris, 1965-1966, págs. 333 e ss.; Georges Vedel, ob. cit., págs. 520 e ss.; *idem*, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, ob. cit.

A difusão do movimento constitucional colocou-o perante contextos ideológicos, econômicos e sociais diferentes daqueles em que teve origem, circunstâncias a que não poderia ficar indiferente a Teoria da Constituição.

Dizendo que a Teoria da Constituição tomou contornos mais definidos, principalmente entre as duas grandes guerras mundiais, Lucas Verdú, ao fixar seus precedentes, acentua:

— não se trata de estabelecer uma genealogia bastante antiga, para dignificar a matéria, que pode ser feita em qualquer setor jurídico;

— não será somente a antigüidade que lhe vai dar o prestígio e a sedimentação necessária para sua independência;

— a questão está assentada em certa continuidade na preocupação temática.

Benjamin Constant e Pellegrino Rossi mostraram a importância da Constituição e do Direito Constitucional e sua primazia a respeito de outros ramos jurídicos. Posição mantida até hoje na teoria e na **praxis** constitucionais.

A concepção corrente do Direito Constitucional — regulamentação das competências supremas do Estado, limitação do poder político, resguardo dos direitos individuais, típica do Estado liberal de Direito — é hoje a bandeira de uma mentalidade conservadora.

É necessário buscar um novo conceito de Constituição e de constitucionalismo, que salve os valores essenciais passados e compreenda a atualidade.

Sempre que o Direito Constitucional seja resguardo jurídico dos direitos humanos e técnica de limitação do poder, os reclamos da hora contemporânea exigem que o mesmo responda às cruciais demandas do homem de nosso tempo e seja, de modo especial, uma técnica da justiça. O Estado moderno — sem deixar de ser Estado de Direito — deve ser um Estado de Justiça.

A Teoria da Constituição, herdeira das conquistas do passado, deve ter em conta as exigências do nosso tempo, para não ficar como puro saber formalista.

As metas da política constitucional contemporânea indicam seu novo rumo e o local adequado que há de ocupar no Direito político: enquanto dogmática jurídico-política do Estado de Justiça.

A Teoria da Constituição não pode ficar presa aos seus elementos clássicos, pois, conforme mostra Washington Peluso Albino de Souza, ao ressaltar a ideologia adotada na ordem jurídica:

“Esta ideologia é definida em direito positivo, no Estado de Direito, pela Constituição vigente, em cada país de direito escrito, e nos

“princípios gerais” aceitos, na hipótese do direito consuetudinário. Por isso nos referimos à ideologia adotada, estabelecendo a diferença entre esta e o que se possa entender por ideologia como conjunto de idéias, de princípios ou de teorias, mesmo quando destinadas a explicar a organização social, a estrutura política e assim por diante.

De modo geral, nas Constituições modernas, boa parte dos elementos considerados como correspondentes a esta ideologia estão reunidos no capítulo da “Ordem Econômica e Social”, além daqueles que se localizam nos “Direitos Fundamentais” e na definição do regime político instituído” (45).

A Teoria da Constituição ampliou a sua temática, à proporção que a sua apresentação tradicional tornou-se insuficiente, com o crescimento da importância dada à ideologia econômica consignada nas Constituições.

Muitas das fórmulas clássicas não podem ficar indiferentes às profundas alterações da realidade constitucional.

Uma Teoria da Constituição para o nosso tempo deve assentar-se no sistema de valores fundamentais da Constituição, partindo do pressuposto de que não são imutáveis.

Diversos estudos que têm sido feitos demonstram as modificações que ocorrem no constitucionalismo contemporâneo. Floriano Corrêa Vaz da Silva, através de detidas pesquisas no Direito Constitucional Comparado, realizou excelente colocação dos problemas referentes aos direitos individuais e direitos sociais. Dentro desta ótica podemos confrontar um dos traços essenciais da Teoria da Constituição clássica, que colocou a tônica nos direitos políticos, com o tratamento diferente nas Constituições sociais, que surgiram a partir de 1917 e que passaram a realçar os direitos econômicos e sociais (46).

Das disposições constitucionais podemos tirar elementos para a formulação da Teoria da Constituição, ao mesmo tempo que ela pode fornecer orientação para uma estruturação constitucional.

Não é fácil relacionar todos os conceitos jurídicos que são necessários à formulação de uma Teoria da Constituição, sejam eles clássicos ou contemporâneos, para evitarmos o casuismo constitucional.

A tarefa que se pretende é determinar e sistematizar os conceitos básicos da Teoria da Constituição, sabendo-se de antemão que esta formulação não teria aceitação comum para todas as ideologias e regimes políticos.

---

(45) Washington Peluso Albino de Souza, **Primeiras linhas de Direito Econômico**, Fundação Brasileira de Direito Econômico, Série Manuais, n.º 1, Belo Horizonte, 1977, págs. 5 e 6.

(46) Floriano Corrêa Vaz da Silva, **Direito Constitucional do Trabalho**, Edições LTR, São Paulo, 1977.

# Lacunas.

## Direito Público e Direito Privado

DR. LOURIVAL GONÇALVES DE OLIVEIRA

Advogado do Banco Central do Brasil em São Paulo

### SUMÁRIO :

- I — INTRODUÇÃO — Tema — Posicionamento — Desenvolvimento.
- II — DIREITO — Variações de conceito — Conceito — Elementos fundamentais — Visão prática — Processo — Direito, sociedade e realidade — Indução — Dinâmica social.
- III — LACUNA — Controvérsia — Existência — Conceito — Complexidade — Aspectos — Lacuna de aplicabilidade — Lacuna, lei e direito — Surgimento — Lacuna, Direito e realidade — Questão concreta — Lacuna propriamente dita — Lacuna política — Teoria da incompletude — Teoria da completude — Norma geral negativa — Lacuna e seu caráter nacional.
- IV — DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO — Aceitação — Oposição — Teoria das relações — Teoria do interesse — Campos de atuação — Distinção — Utilidade — Aspecto prático — Confusão moderna.
- V — LACUNA, DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO — Tema central — Manipulação da oposição kelseniana — Direito público instituidor — Lacuna no direito privado — Direito comercial — Direito civil — Lacuna no direito público — Direito constitucional — Direito administrativo — Direito penal — Direito social — Lacuna no direito privado pátrio — Lacuna no direito público pátrio — Encontrabilidade.
- VI — CONCLUSÃO — Direito — Lacuna — Direito Público e Direito Privado — Existência da lacuna num e noutro ramo — A proibição ao *non liquet* e a "norma geral negativa" no ordenamento pátrio.
- VII — BIBLIOGRAFIA.

Procuramos desenvolver o tema proposto de forma clara, evitando divagações sem, por isto, deixar de esgotar, tanto quanto possível, a matéria.

Utilizaremos no decurso da apresentação conceitos nem sempre últimos ou, como muitos pretenderiam, científicos. Objetivaremos apenas alguns de sentido operacional para facilitar um discurso escalonado. A medida que o objeto de estudo torna-se complexo e a isto corresponda seu conceito, este fica operacionalmente restrito. Portanto, faz-se necessário o abandono momentâneo da correspondência.

O tema não é dos menos controvertidos. São múltiplos os conceitos, idéias e pontos de vista acerca de direito, sua divisão, o problema das lacunas em si, num e noutro ramo. Esta complexa multiplicidade cabe-nos abordar.

Não assumimos simples posição dogmática, doutrinária, apresentando-a e fechando-nos em castelo de defesa, mas com abertura deixamo-la ao exame.

Buscamos, assim, encontrar-nos no meio dos inumeráveis entendimentos, compreender com firmeza o elo de união entre direito, direito público e direito privado, responder a questões dos limites e utilidade da divisão, lacunas, seu conceito, existência ou não, seu encontro num ou noutro ramo. Muitas questões igualmente importantes serão apenas referidas e não explanadas por não constituírem tema de nosso trabalho. Pretender fazê-lo poderia exigir amplitude não aconselhável no momento.

— II —

**DIREITO.** Seu conceito varia segundo os autores em decorrência de ideologia e de interpretações históricas acerca de seu papel. Tome-mo-lo como o conjunto de normas jurídicas. Por conjunto entendamos reunião ordenada, abrangente; por normas, as determinações; por jurídicas, o fato de advirem de autoridade e serem capazes de gerar efeitos.

Washington de Barros Monteiro <sup>(1)</sup> cita definição oferecida por Hadbruch, como muitos pensadores oferecem as suas, e que aqui também caberiam. Este homem do direito funda sua posição na manipulação, pela razão, do debate liberdade *versus* restrição, do que frutifica em positivação. Os elementos fundamentais do entendimento são: manipulação, razão, liberdade *versus* restrição, positivação. Levam-nos a entender o direito como fruto do trabalho, seja do exame e decisão legislativos, ou fruto da ocorrência reiterada, racionalmente trabalhado, entendido, diante das buscas de liberdade *versus* restrição dentro da sociedade entre indivíduos ou entre indivíduos e instituições, resultando

(1) MONTEIRO, Washington de Barros — *Curso de Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 1967, 5ª ed., vol. I, pág. 1.



em positivação no sentido de vigência e eficácia, não de redução a traços gráficos.

Clóvis Bevilacqua, (2) em seu *Teoria geral do Direito Civil*, apresenta visão bem prática do direito ao afirmar:

“Como resultado das indagações anteriores, estabelecemos que, sociologicamente, o direito é uma regra social obrigatória, quer sob a forma de lei, quer sob a de costume. É desse ponto de vista que Ihering o define: “complexo das condições existenciais da sociedade, coativamente asseguradas pelo poder público”. Olhando-o por esse mesmo aspecto, disse Stammler que o direito não é mais do que “o modo pelo qual os homens realizam, em comum, a sua luta pela existência.”

O ilustre jurista, embora dê relevância ao caráter social do direito com perigo de ofuscar inúmeros outros igualmente importantes, faz ressaltar o aspecto prático ao qual damos relevância; de conceito dirigido a realidade, a normas, fatos etc.

Cabem aqui comentários acerca do processo do direito, ou seja, acerca da técnica segundo a qual é formado o ordenamento jurídico. Não se trata do chamado processo legislativo que é a técnica de elaboração dos diplomas normativos.

Os indivíduos, na medida em que participam da sociedade, que nela surjam ou nela ingressem, por imposição das necessidades que lhe são características, materialização de seus anseios, abrem mão do poder de decidir acerca da própria liberdade. Dissemos propositadamente abrem mão do poder de decidir e não simplesmente abrem mão da própria liberdade. O alvo desta cessão é a expressão maior da sociedade, qual seja, o Estado que exercerá o poder de decidir acerca da liberdade dos cidadãos por intermédio do governo, um de seus componentes. Este, por sua vez, o fará pelos órgãos legislativos.

A medida em que os órgãos legislativos decidirem acerca da liberdade dos cidadãos, estabelecendo-lhe os limites, as restrições e as garantias por intermédio de imposições permissivas e proibitivas, segundo os interesses da sociedade e dos indivíduos, ponderadamente equilibrados, aí surge o direito. Tal direito será, portanto, induzido e não deduzido. Ele é levado, é formado pelas orientações estabelecidas a partir dos interesses ressaltados. Não se sobrepõe aos indivíduos, à sociedade, aos anseios comuns; apenas surge em decorrência deles, reconhecendo-os e organizando-os.

Da dinâmica social, do desenvolver constante da vida da sociedade, de seu tornar complexo a todo momento, e inegavelmente, também das inúmeras e sucessivas tentativas humanas de retomadas do poder de decisão acerca da própria liberdade, de forma decorrente, surge o dina-

(2) BEVILACQUA, Clóvis — *Teoria Geral do Direito Civil*. Brasília, Ministério da Justiça, 1972, 4ª edição, pág. 9.

mismo do direito, portanto posterior, pretendendo reestruturar-se e responder à realidade social por meio de novos e seguidos reconhecimentos e organizações.

— III —

LACUNA. Este é mais um dos controvertidos pontos no estudo do direito. As divergências crescem desde o início quando da formulação de conceito; a seguir, cabe-nos apresentar alguns pontos de vista representativos da multiplicidade de idéias a favor e contra sua existência e as circunstâncias que o envolvem.

Não são poucos os que lhe negam existência. Entre eles encontra-se Pinto Antunes (3) que transcrevemos:

“Confessar, admitir, que o sistema jurídico ... é insuficiente ... é declarar a falência da ordem jurídica ...”

Deixemos o ponto de vista do ilustre mestre.

Ter que iniciar seu estudo por estabelecer-lhe conceito não é fácil. A respeito, bem transcrevemos as palavras de Salmon: (4)

“En fait, le sujet est complexe, la notion même de lacune est confuse, la matière n'est pas de celles que l'on peut balayer d'une réponse simple.”

O reconhecimento das dificuldades a respeito é geral, o tema é sempre abordado por partes, poucos se definem e quase sempre deixam margem a complementações e contestações. (5)

Tomemos o conceito de Werner, (6) segundo o qual:

“La carencia de normas suele denominarse “laguna o vacío”. Ambas expresiones dan a entender coincidentemente que en un conjunto continuo se abre una discontinuidad, un hueco, una laguna, un vacío.”

O autor não é preciso, mas dá margem ao entendimento. Apresenta como elementos: conjunto e vazio. Tal conjunto seria aquele ao qual anteriormente havíamos nos referido, o direito, e o vazio, como indica implicitamente, a carência, falta ou ausência.

(3) ANTUNES, J. Pinto — Limitações ao Poder Judiciário na Constituição Brasileira. In *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 153, 1954, pág. 29.

(4) SALMON, Jean J. A. — Quelques observations sur les Lacunes en Droit International Public. In *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968, pág. 314.

(5) Dentre esses, Kelsen.

(6) GOLDSCHMIDT, Werner — *Introducción Filosófica al Derecho*. Buenos Aires, Depalma, 4ª ed., 1973, pág. 288.

Charles Huberlant, (7) citando o professor Du Pasquier, ressalta com grande oportunidade:

“... insuffisances de la réglementation.”

O jurista foi capaz de, em poucas palavras, conceituar de forma adequada, sob ponto de vista operacional, o que seja lacuna; não de forma esgotante, não apresentou os inúmeros aspectos cabíveis.

Salmon (8) continua nos oferecendo detalhes acerca do conceito de lacuna, identificando-a como:

“... l'ensemble de la réglementation, du sens des règles e de la manière dont on les applique.”

Com estas palavras temos entendido lacuna não só a simples ausência ou insuficiência de norma, mas, também, do seu sentido ou forma de aplicação. A norma sem interpretação ou sem aplicabilidade é falha por serem elementos intrínsecos a si e ao direito. Ao cuidar das falhas quanto à aplicabilidade das normas, Salmon esbarra na questão das antinomias. Cremos tratar-se de verdadeira lacuna e cujo exame mais detalhado abandonamos com o intuito de não desviarmos o ponto central do presente estudo. Tércio Sampaio Ferraz Jr. (9) assume a expressão “lacuna de conflito”, referindo-se ao pensamento de Klung. Não nos acanharíamos em dizer lacuna de aplicabilidade; duas ou mais normas existem teoricamente aplicáveis, surge o caso concreto, dá-se a incidência das mesmas sobre o caso, a questão é levada ao Judiciário, no exame entende-se pela diretiva diversa entre elas em relação àquele, conclui-se pela lacuna de aplicabilidade.

Diríamos que lacuna é ausência de norma, falta ou falha no conjunto do direito. Daí a dificuldade em delimitar lacuna da lei e lacuna do direito. O que há inicialmente é a falha normativa, o diploma legislativo incompleto, defeituoso, a seguir, a norma desejada e inexistente, ausente por completo; daí por que chegamos à idéia de lacuna no direito. A medida que os elementos são lacunosos e até mesmo ausentes, há repercussão no conjunto.

Questão que se põe é de como explicar o surgimento da lacuna no ordenamento jurídico. Faláramos do sentido reconhecedor e organizador do direito, seu papel de decidir acerca da liberdade dos indivíduos. Aí exercendo exame é que seremos conclusivamente levados a afirmar ou negar a lacuna. O problema é, antes de tudo, constituído por elementos concretos; a norma em si, ou o direito como todo, de um lado, e do outro o fato, a realidade. Ocorrendo hiato na conexão tentada, há lacuna; a lei específica, ou o direito, não foi capaz de reconhecer, organizar ou decidir de forma suficiente, ou de forma exigida.

(7) HUBERLANT, Charles — Les Mécanismes Institués... In *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968, pág. 29.

(8) SALMON, Jean J. A. — Ob. cit. à nota nº 4, pág. 327.

(9) FERRAZ JR., Tércio Sampaio — *Direito, Retórica e Comunicação*. São Paulo, Saraiva, 1973.

No rumo desse entendimento, somos levados a crer que toda lei considerada, o próprio direito, enfim, o ordenamento jurídico, é pressupostamente suficiente, correspondente a realidade. A medida em que relacionada com os fatos da dinâmica social, é que seremos compelidos a certa noção de lacunosidade. Solucionada esta, não há senão que desconhecer lacuna ou obter nova relação real ou hipotética capaz de indicá-la. Agora o campo da imaginação, o Judiciário é o local próprio para o relacionamento e o único capaz de lhe dar solução definitiva a partir da proibição do *non liquet*.

Se falamos em imaginação e relacionamento hipotético, foi ressaltando um exame didático enquanto não se procedesse ao exame concreto. A problemática das lacunas como de todo o direito é puramente prática, dá-se no campo do sensível. Ressaltando a questão das lacunas como prática e não simples imaginação idealística ou imposição dogmática, encontramos palavras de Karl Engisch: <sup>(10)</sup>

“Não nos é lícito presumir pura e simplesmente uma determinada regulamentação, antes, temos que sentir a sua falta, se queremos apresentar a sua não-existência como “lacuna”.”

O momento para a conclusão a respeito é condicionado, portanto, à oportunidade, à ocasião em que se contraponham direito e realidade. Tal ocorre junto ao Judiciário, excepcionalmente junto a um dos outros dois Poderes, quando um fato é o componente da realidade a ser decidido pelo julgador à luz do ordenamento jurídico. A discordância entre indivíduos ou entre indivíduo e Estado é oferecida; procurada a norma reguladora do relacionamento questionado, verifica-se sua ausência. Constata-se um caso de lacuna.

Cabem as palavras do já indicado Salmon: <sup>(11)</sup>

“Le problème des lacunes, ne l’oublions pas, ne se pose jamais *in abstracto* mais toujours à l’occasion d’un cas concret...”

Na mesma linha corre o entendimento de Luis Recasens Siches <sup>(12)</sup> ao ditar:

“Cuando para resolver un caso concreto y singular planteado ante el juez, no se puede hallar en ninguna parte del orden jurídico positivo vigente ni norma ni principio que directa o indirectamente se refiera a la situación o al conflicto sometido a jurisdicción, entonces se da lo que se llama una laguna o un vacío en el Derecho formulado.”

(10) ENGISCH, Karl — *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Coimbra, Gulbenkian, pág. 227.

(11) SALMON, Jean J. A. — ob. cit. à nota nº 4, pág. 323.

(12) SICHES, Luis Recasens — *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México, Porrúa, 4ª ed., 1970, pág. 325.

Cabe-nos ressaltar dois tipos de lacuna: uma, propriamente dita, refere-se a toda e qualquer insuficiência do ordenamento. Outra, política, seria a ausência normativa proposital segundo o desejo do legislador. Distingui-las, portanto, dependeria do conhecimento da posição interna do legislador, de larga margem de interpretação, de vasto subjetivismo; estaria, certamente, impregnada de relativismo.

A toda noção que desenvolvemos de direito lacunoso, ordenamento incompleto, norma insuficiente, chamaríamos de “teoria da incompletude” em oposição franca à “teoria da completude”.

Acerca desta, Huberlant <sup>(13)</sup> cita palavras de Villary e afirma:

“La théorie de “la plénitude logiquement nécessaire de la législation écrite” ... consiste en “une vision simplificatrice de la réalité juridique”.

Com ele nos colocamos ao reafirmarmos que uma noção ampla do direito em face da realidade é sempre complexa e aberta a falhas. Mas, simplificada seria a visão do direito ou da sociedade?

Salmon <sup>(14)</sup> não deixa de ser preciso:

“... un ordre juridique peut contenir des actes neutres ou juridiquement indifférents; c'est l'absence proprement dite de droit.”

Diríamos, é o caso de lacuna, seja da lacuna propriamente dita, seja a política, tanto se havidas na fonte do ordenamento quanto posteriormente.

Kelsen, <sup>(15)</sup> assumindo a “teoria da completude”, diz:

“... quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever ..., permite esta conduta.”

Com isto desenvolve a idéia da norma geral negativa segundo a qual o que não for proibido é permitido e, se o ordenamento não proíbe, não cabe falar em lacuna, não há o que discutir, é permitido. Disto concluímos que o filósofo resume o direito a normas proibitivas, ao menos acentua-lhe a tônica. À posição, Salmon <sup>(16)</sup> oferece a contestação de Michel Villary:

“L'ordonnement juridique ne se résume pas en ensemble d'interdits: il exprime des valeurs, consacre des droits.”

Negando ou afirmando, proibindo ou permitindo, o ordenamento jurídico estará sempre exprimindo valores e consagrando direitos. *Concluí-*

(13) HUBERLANT, Charles — Ob. cit. à nota nº 7, pág. 35.

(14) SALMON, Jean J. A. — Ob. cit. à nota nº 4, pág. 316.

(15) KELSEN, Hans — *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Arménio Amado, 2ª ed., 1962, 2º volume, pág. 107.

(16) SALMON, Jean J. A. — Ob. cit. à nota nº 4, pág. 317.

mos o raciocínio de Villary dizendo que o direito está sempre reconhecendo, organizando ou decidindo, seja pela posição negativa ou afirmativa assumida.

As oposições ao pensamento de Kelsen não param em tais argumentos. Engisch <sup>(17)</sup> declara a respeito:

“Mas vai-se demasiado longe quando secamente se enuncia um “princípio geral negativo”, segundo o qual, sempre que não esteja prevista uma consequência jurídica no Direito positivo, a aplicação desta consequência jurídica é o *ipso* inadmissível.”

Não há como fugir a questão das lacunas. O jogo direito *versus* realidade é exercido pela função reconhecedora, organizadora e decisória do primeiro em face da dinâmica do segundo. Esse não consegue acompanhar aquela, mesmo porque impedido pelo seu caráter preponderantemente indutivo. A respeito, retomamos Siches: <sup>(18)</sup>

“El desenvolvimiento tumultuoso y vertiginoso de nuevos hechos y problemas sociales, no solo no previstos sino que ni siquiera sospechados antaño por el legislador, ha aumentado también en gran magnitud el número de casos en que el juez se enfrenta con el problema de “lagunas” en el ordenamiento formulado.”

Bem afirmou nosso ex-professor de direito civil, Wilson Mello da Silva, <sup>(19)</sup> a respeito do já controvertido ponto:

“Em verdade, há que se reconhecer fosse simplesmente absurda a afirmativa de Menger, de que seria sem lacunas qualquer direito escrito vigente.”

As lacunas existem no direito à medida em que as normas aí estão ausentes ou demonstram-se insuficientes quando do seu papel reconhecedor, organizador e decisório, em face da realidade da vida social. Não preexistem aos fatos. A princípio, o direito é completo, a dinâmica social é que o levará, em caso por caso, a lacuna. A medida que a sociedade induz o direito, sua dinâmica induz a mobilidade deste, e no espaço gasto pela indução, no lapso entre a realidade social e a realidade jurídica feita insuficientemente ou ainda por se fazer, está ou surge a lacuna. A lacuna política é exceção.

Tércio Sampaio Ferraz Jr., <sup>(20)</sup> em comentários, afirma:

“... o conceito de lacuna é um conceito operacional: lacuna é uma inadequação em relação a alguma coisa.”

(17) ENGISCH, Karl — Ob. cit. à nota nº 10, págs. 288-9.

(18) SICHES, Luis Recasens — Ob. cit. à nota nº 12, pág. 16.

(19) SILVA, Wilson Mello da — *Da Responsabilidade civil automobilística*. São Paulo, Saraiva, 1ª ed., 1974, pág. 334.

(20) FERRAZ JR., Tércio Sampaio — Ob. cit. à nota nº 9, pág. 142.

É interessante e, até diremos, fundamental a referência do estudioso do direito ao caráter relacional de lacuna. Aplicando a consideração precisamente ao campo jurídico, diríamos, paralelamente, inadequação do direito ao fato. Dentro da perspectiva, estaríamos abrangendo ausência e insuficiência de norma.

— IV —

**DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO.** Esta divisão é quase universalmente aceita. Não é significativo o número dos que dela discordam em prol de um direito unitário quanto ao objeto. Estes poucos são aqueles que se opõem a uma já tradicional posição jurídica. As argumentações pró e contra são variadas. Kelsen <sup>(21)</sup> afirma-nos a respeito:

“Como se sabe, até hoje ainda não consegui alcançar uma determinação completamente satisfatória desta distinção.”

Qual o exato sentido de tais palavras? É comumente aceita a idéia de que se coloca entre os que negam a divisão do direito entre público e privado. Parece-nos que, de certo ponto de vista, parte do princípio da existência e rejeita-a diante de alguma complexidade ou dificuldade.

Exatamente no objeto está a divergência. São dois: as relações entre indivíduos e as relações entre indivíduos e Estado. Ambas se caracterizam com perfeição e distinção, e cada uma é objeto específico de determinada área do direito e só dela. Uma terá por objeto as relações entre indivíduos e a outra as relações entre indivíduos e Estado. São dois os objetos do direito. Um manuseado exclusivamente por uma área precisa, a do direito privado; outra, trabalhada com igual exclusividade por outra área, a do direito público.

A disposição acima parece-nos tão simples e clara que não seria capaz de compor debates. Tal pensamento vai ser característico daqueles que o dividem a partir da “teoria das relações”. Entre eles, encontramos Carlos Mouchet e Ricardo Zorraquin Becu <sup>(22)</sup> que afirmam ser característico do direito privado reger relações dos particulares entre si e ressaltam a ampla margem de arbítrio e discricionariedade próprios do direito público.

Os limites entre um e outro ramos, fundamento da nomenclatura, é a participação do Estado nas relações.

Goldschmidt Werner <sup>(23)</sup> apresenta citação romana capaz de bem distingui-los:

“publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem.”

(21) KELSEN, Hans — Ob. cit. à nota nº 15, pág. 165.

(22) MOUCHET, Carlos, e BECU, Ricardo Zorraquin — *Introducción al Derecho*. Buenos Aires, Perrot, 7ª ed., 1970.

(23) WERNER, Goldschmidt — Ob. cit. à nota nº 6, pág. 326.

A idéia romana expressa bem a “teoria do interesse” de certa forma dependente de relativo subjetivismo. Segundo este já antigo entendimento, o direito público e o direito privado se distinguiriam pela existência ou inexistência de interesse do Estado em jogo nas relações. As determinantes da distinção seriam, no dizer de Henri Buch: <sup>(24)</sup>

“l'intérêt public” e “l'intérêt privé.”

Esta teoria torna bem mais amplo o campo do direito público. Não serão raros os casos próprios do direito privado como simples relações entre indivíduos que, na circunstância da apreciação judicial, serão trazidos a esferas próprias do direito público, por força do interesse estatal. O fato pode ser visto com facilidade no Brasil por previsão do artigo 125, itens I e IV, da Constituição Federal.

A distinção entre os dois ramos e suas especialidades é resultado do desenvolvimento social e do próprio ordenamento jurídico, em especial de sua evolução ideológica e suas conseqüentes implicações políticas. A respeito retomamos significativas palavras de Henri Buch: <sup>(25)</sup>

“Elle est la conséquence de la mise en évidence de l'individu dans la société. Sur le plan juridique cette division est l'inévitable antithèse de la thèse de l'unicité des pouvoirs de législation, de juridiction et l'administration aux mains du monarque.”

Surge, a seguir, o problema quanto à utilidade ou não da disposição direito público e direito privado; procura-se seu exame sob olhos pragmáticos. Citando Duguit, Mouchet e Becu, <sup>(26)</sup> transcrevem em sua obra:

“Es la condición indispensable para estudiar con orden y método las numerosas reglas del derecho moderno.”

Com estas palavras que assumem, destacam elementos importantes no estudo utilitarista da divisão; complexidade do direito moderno e necessidade de estudo ordenado. Tais aspectos não podem ser abandonados na atualidade histórica, constituem realidade capaz de tornar imperativa a divisão. A própria ciência natural tomou grande impulso a partir do estudo ordenado e fundado na divisão em grupos e subgrupos, conforme as determinantes das características, dos elementos complexos da biologia e da botânica. A aplicação da idéia ao direito, abandonando momentaneamente o aspecto de exigibilidade, é aí exemplificada como útil.

(24) BUCH, Henri — Les lacunes en Droit Administratif. In *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968, pág. 448.

(25) BUCH, Henri — Ob. cit. à nota nº 24, pág. 448.

(26) MOUCHET, Carlos, e BECU, Ricardo Zorraquin — Ob. cit. à nota nº 22, pág. 312.



Tomemos as palavras de Carrio: (27)

“Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables.”

Fácil é estabelecer a idéia da divisão e até mesmo executá-la no plano teórico do direito. Quanto à prática, no que pese a sua importância operativa, deparamo-nos com a dinâmica ou inquietação da humanidade, refletida no desenvolvimento das instituições como o Estado, a sociedade, a família, os indivíduos etc., capaz de promover certa confusão no estabelecer de seus limites.

A respeito desta relativa, mas crescente, confusão, apontamos Marcelo Caetano (28) em ponto de vista constante de comentários que realiza em face da tendência a interpenetração entre os ramos do direito, oportunidade em que ressaltando as origens civilistas do direito administrativo, termina por dizer:

“Corresponde esta influência do direito administrativo ao que já tem sido chamado a publicização do direito privado, consequência da invasão de esferas tradicionalmente abandonadas aos interesses privados pela crescente preocupação com os problemas sociais e pela intervenção do Estado...”

Notamos, portanto, uma certa problemática quanto à concepção de direito público e direito privado, sua divisão e estabelecimento de limites enquanto, pelo desenvolver do direito, já se torna discutível a plenitude utilitária ou satisfatória.

— V —

LACUNA. DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO. Feitas nossas primeiras explanações, esta é a questão que se nos põe, o tema central de nosso estudo. Os inúmeros autores, muitos deles apresentados em nosso discorrer, com citações ilustrativas, após concordarem com a existência das lacunas, com a divisão do direito em seus dois grandes ramos, conhecem a questão de formas diversas. Uns aceitam sua existência no direito privado e negam-na no direito público, outros surgem com entendimentos diferentes. Dentro deste vasto e complexo mundo de aspectos múltiplos, é que pretendemos localizar-nos.

(27) CARRIO, Genaro R. — *Notas Sobre Derecho y Lenguage*. Buenos Aires, Perrot, 1ª ed., 1976, pág. 72.

(28) CAETANO, Marcelo — *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1ª ed. bras., 1970 — Tomo I, pág. 62.

Já não trataremos daqueles que renegaram as lacunas ou a divisão do direito, optando pela completude e unicidade. A partir de Kelsen conhecemos a curiosa linha de pensamento desenvolvida por Fernando A. Albino de Oliveira <sup>(29)</sup> em torno da questão das lacunas no direito público e no direito privado.

Albino de Oliveira manipula o entendimento de Kelsen. Oferece o postulado "o que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido" e pergunta acerca de sua aplicabilidade num e noutro ramo do direito. A seguir, declara a possibilidade pacífica no que se refere ao direito privado e as dúvidas emergentes à primeira vista quanto à aplicação no direito público. Através de verdadeiro artifício de pensamento, aplica a posição kelseniana da inexistência de lacunas, tanto, ao direito público quanto ao direito privado. Parece-nos posição artificial; o pensamento, detendo-se nos elementos da lógica, esquece-se de que o direito é, antes de tudo, realidade prática envolvida por fatores extralógicos, ideológicos, sociais, econômicos, morais etc., em constante e acelerada evolução.

Entre os que admitem lacunas e a bipartição do direito, é unânime o entendimento quanto a possibilidade de seu encontro no direito privado. Nas exemplificações, as matérias cível e comercial são comumente indicadas. O mesmo não ocorre em face do direito público. Aqui retornamos às divergências. Alguns, em maior parte, afirmam a inexistência, outros, a existência. Os primeiros mantêm posição assentada na idéia de que o direito público é instituidor: assim, o não instituído pelo direito inexiste no mundo jurídico e não há como ser considerado. Somos levados a crer que pensem em dizer que este ramo do direito é que determina a realidade. Isto nos parece improvável, pois, como já procuramos demonstrar, cremos em processo diverso segundo o qual a realidade induz o direito, este a reconhece e organiza.

Entramos no ponto crucial de nossas apreciações.

No direito privado, a questão, como apontada, é simples. Examinando tratados de direito comercial, encontramos a lacuna como comum. A respeito citamos trecho de Waldemar Ferreira <sup>(30)</sup>:

"Padece a lei escrita, com efeito, da contingência humana. Caminham-lhe os fatos na dianteira.

Avoluma o engenho do homem, descobertas e inventos.

Cria necessidades. Com elas, surgem novas condições de vida e desenvolvimento, senão de bem-estar e conforto. Nem todas se transfundem, desde logo, nos textos legais."

(29) OLIVEIRA, Fernando A. Albino de — A Norma Individual e o Problema da Lacuna. In *Revista de Direito Público*, nº 24, São Paulo. Revista dos Tribunais, 1973, págs. 103 a 109.

(30) FERREIRA, Waldemar — *Tratado de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1960, 1º volume, pág. 402.

Na diferença direito-realidade o comercialista encontra a lacuna, ressaltando o aspecto indutivo desta para com aquele, apresentando como resultado de constantes e novas necessidades criadas pelo homem, lentas em face destas sempre a frente. Completa afirmando e localizando a questão no interior do direito comercial <sup>(31)</sup>:

“Nada mais natural é não acompanhar a lei par e passo aos fatos, principalmente no comércio, . . .”

Waldemar Ferreira assim reconhece a existência da lacuna do direito comercial, portanto, no direito privado, e lhe dá especial ênfase ao reafirmar o aspecto lento do processo legiferante e a dinâmica da realidade, “principalmente” nas atividades comerciais.

Os atos do comércio se multiplicam, as compras e vendas cada vez mais avolumadas e passíveis de reflexos da inflação, da produção e do consumo, da mão-de-obra, dos sistemas financeiro e tributário. As modificações, adaptações, se sucedem e apenas posteriormente se lhes acompanha o ordenamento jurídico pela atenção das normas escritas, pela reiteração costumeira ou judiciária.

Entendimento semelhante ocorre em face do direito civil, reconhecendo-lhe a existência de lacunas. Ao tratar das antinomias no direito público, Jacques Hoeffler <sup>(32)</sup> estabelece comparações com o direito civil onde as tem como certas. Sendo as antinomias forma de lacuna, como já havíamos pretendido, aí se encontram estas. Nesta área não são mais amplos os limites estabelecidos pelo poder de decisão estatal à liberdade individual. Correm à solta a imaginação e o evoluir das necessidades humanas. O correspondente atendimento é quase sempre imediato e não pouco leva às barras do Judiciário situações complexas e desconhecidas. Nem sempre a lei corresponde à realidade emergente e, não se lhe adaptando, deixa à jurisprudência a regulamentação de tais atos, segundo sua condução.

Ao interpretar o Código Civil, Carvalho Santos <sup>(33)</sup> faz considerações em torno das lacunas, apoiando-se no texto do artigo 7º do Código. Comenta-nos ele:

“Pressupõe-se aqui a lacuna da lei.”

Realmente o artigo, ao tratar de “casos omissos”, reconhece a omissão do legislador para com aspectos da realidade preexistente ou posterior ao texto.

Clóvis Bevilacqua <sup>(34)</sup> diz:

“O Código Civil é um organismo, um corpo de leis, em que se aglutinam as normas referentes ao direito privado comum. Des-

(31) FERREIRA, Waldemar — Ob. cit. à nota anterior, pág. 404.

(32) HOEFFLER, Jacques — Les Antinomies en Droit Public. In *Les Antinomies en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1965.

(33) SANTOS, Carvalho — *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1963, 10ª ed., v. 1, pág. 103.

(34) BEVILAQUA, Clóvis — *Teoria Geral do Direito Civil*. Brasília, Ministério da Justiça, 4ª edição, 1972, pág. 35.

prende-se da legislação, de cuja evolução representa fase nova, e, para suprir as suas deficiências, estabelece os recursos da interpretação, da analogia, e dos princípios gerais do direito.”

O autor de nosso Código Civil apresenta em tal texto aspectos importantes do entendimento da questão abordada. Relaciona o direito civil com o direito privado e nele admite a lacuna sob a denominação não incomum de deficiências, para, a seguir, já abordar aspectos da solução. A lacuna como deficiência normativa já fizemos menção anterior.

Washington de Barros Monteiro <sup>(35)</sup> assume a mesma posição ao distinguir o direito público e o direito privado, neste inserindo o direito civil, no qual reconhece lapsos de ordenamento.

Entremos na questão das lacunas quanto ao direito público procurando demonstrar algumas posições e transcrever alguns entendimentos. Parece-nos já pacífica a posição deste estudo quanto a estas e o direito privado.

Iniciemos por fazer demonstrações em torno da expressão máxima do direito público, qual seja o direito constitucional. A respeito encontramos obra do professor belga A. Vanwelkenhuyzen, <sup>(36)</sup>. Dele ressaltamos:

“On oublie trop que la Constitution belge n'a prévu explicitement le cas rare qui nous occupe, mais elle serait vraisemblablement l'instrument le plus incommode de notre existence nationale.”

O autor é claro em ressaltar o aspecto restrito do texto constitucional belga e a decorrente possibilidade de lacuna; por outro lado, critica um alongamento da Carta Magna, capaz de vir a tratar dos casos, afastar lacunas e se tornar num incômodo. As observações do ilustre professor acerca de sua Constituição podem ser estendidas ao exame das demais. De um lado, encontra-se a pequenez do texto e a possibilidade de lacunas; doutro, a complexidade e o decorrente incômodo.

Outra importante e complexa área do direito público é o direito administrativo. Por ele são regidas as relações do Estado para com particulares e tratados os assuntos de interesse público.

A respeito, Henri Buch <sup>(37)</sup> tem posição *sui generis* ao inverter conceito de lacuna tradicionalmente aceito, aplicando-o ao direito administrativo. Assim nos diz:

“Dans notre matière l'absence d'une norme, d'une règle pour un cas ou un rapport donnés, ne signifie pas qu'il faille y voir

(35) MONTEIRO, Washington de Barros — Ob. cit. à nota n° 1.

(36) VANWELKENHUYZEN, A. — De quelques lacunes du Droit Constitutionnel Belge. In *Les Problèmes des Lacunes en Droit*, Bruxelles, Perelman, 1968, pág. 340.

(37) BUCH, Henri — Ob. cit. à nota n° 24, págs. 454/55.

une lacune au sens où ce terme a été pris jusqu'à présent. Certes on pourrait parler de lacune "volontaire", mais il ne semble pas que ce serait rendre compte de la réalité."

Ainda de forma mais clara, completa: (38)

"Dès lors on peut dire que la lacune en droit administratif est en réalité un empêchement d'agir, un obstacle à l'action administrative."

Em obra publicada, o ilustre jurista português, Marcelo Caetano, (39) sustenta a existência das lacunas na ordem jurídica e, admitindo-a no direito administrativo, também a reconhece no direito público.

Questão tida como certa no mundo jurídico é aquela da inexistência da lacuna no direito penal.

Encontramos em obra de Robert Legros (40) ponto de vista preciso:

"Mais des lacunes objectives n'existent pas en droit. Singulièrement en droit pénal."

Neste sentido entendemos pelo texto de Legros a admissão de algum lapso na lei, sanável, a seguir, pela ação judicial e o que o leva a inadmitir uma lacuna no ordenamento.

Sabe-se que o direito social, abrangendo os domínios do direito trabalhista e do direito previdenciário, imbuído de explícito interesse público, tomado de característicos os mais complexos, obtidos de um e outro ramo do direito, é eminentemente dinâmico, modificável. Nele bem se põe a problemática das lacunas.

Ensina-nos Louis Duchatelet, (41) no estudo das lacunas na legislação social belga:

"... le problème de la lacune, et ceci est probablement plus vrai en matière de législation sociale que dans d'autres branches du droit."

A lacuna surgindo da diferença entre dinâmica jurídica e dinâmica social, do descompasso entre ambas, ocorre também nesta área do direito. A respeito encontramos menção à evolutividade do direito do trabalho como de todo o corpo jurídico: (42)

"A afirmação de que o direito do trabalho não é estático e de que sua interpretação deve acompanhar as modificações da

(38) BUCH, Henri — Ob. cit. à nota nº 24, pág. 457.

(39) CAETANO, Marcelo — Ob. cit. à nota nº 28.

(40) LEGROS, Robert — *Considérations sur les lacunes et l'interprétation en Droit Pénal. In Les Problèmes des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968, pág. 363.

(41) DUCHATELET, Louis — *Le Problème de la Lacune en Législation Sociale. In Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968, págs. 427-428.

(42) SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas — *Instituições de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 4ª edição, 1966, vol. I, pág. 224.

vida social é a mesma que faz o sistema histórico-evolutivo a respeito da aplicação do direito em geral.”

O entendimento leva-nos a concluir pela possibilidade de existência de lacuna no direito social, ou a lacuna a constatar.

Procuramos, de agora em diante, levantar alguns aspectos que supomos lacunosos do direito pátrio. Não citaremos casos concretos, apenas faremos referências a situações conhecidas pela prática ou oportunidades hipotéticas. Servirão como ilustrações.

É conhecida a rápida evolução do comércio e suas atividades correlatas; é franco o processo de desenvolvimento econômico brasileiro. No direito comercial notamos um hiato com esta realidade, favorecida pela fertilidade imaginativa de nosso povo, quando do surgimento dos consórcios de autofinanciamento voltados principalmente para o comércio de veículos automotores. Multiplicaram-se desordenadamente por toda parte, atendendo os interesses dos consorciados ou decepcionando-os com o insucesso. Era uma nova forma de atividade financeira, associativa e primordialmente comercial que surgia. A respeito não existiam normas reguladoras precisas. Foi tal a repercussão da novidade que apressaram-se em regulamentá-la; ela exigiu uma manifestação do direito até então vazio a seu respeito. Aí existiu uma lacuna por algum tempo e não foram poucos os casos práticos que a demonstraram.

Também no ramo do direito privado, agora na área do direito civil, encontramos a problemática. Em regiões brasileiras ainda em desbravamento, onde predomina o aventureirismo, muitas vezes inteligente, andam ocorrendo as questões mais curiosas em torno da terra. Entre elas existe uma de contratos. A matéria é civil, de direito privado, portanto nela prevalece a vontade das partes; as limitações da lei são gerais e parcimoniosas. Entre estas a caracterização de tais procedimentos, importante para posteriores debates junto ao Judiciário.

Assim é que, num só contrato, cuida-se da terra, bem imóvel, de suas águas e benfeitorias, das matas e do solo, dos limites, marcos e cercas, do uso, beneficiamentos, melhoramentos, servidões, arrendamento e subarrendamentos, locação e sublocação comercial, industrial e residencial, do comodato e subcomodato, da compra e venda, estabelece prazos e suas condições, refere-se à sucessão, às formas de pagamento e quitação em cada um dos casos cabíveis, negocia-se o foro etc., em centenas de intrincadas cláusulas de difícil entendimento que levam umas às outras conforme os fatos e suas circunstâncias. Qual a específica natureza de tais contratos? A legislação não a indica, estes, engendrados talvez por maliciosa imaginação, ultrapassam-na. Aí está uma hipótese de lacuna, real e existente nas varas de inúmeras comarcas, gritando por solução e alegando um passo além da norma.

Passando ao exame de áreas próprias do direito público, examinemos, inicialmente, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, já não mais em vigor. Ali encontramos uma lacuna

de direito constitucional argüida em nosso Judiciário e que por longo tempo gerou discussões em tribunais. Trata-se da previsão conjunta de seus artigos 34 e 35. O primeiro refere-se aos bens da União e o segundo aos bens dos Estados. Nenhum deles refere-se a ilhas oceânicas. Estas, por sua vez, constituíam-se em realidade palpável tal qual a própria Constituição. Acerca delas calou-se o texto da Carta Magna. De quem seriam? Da União ou do Estado a cuja costa correspondessem? Ou seriam tratadas na categoria de terras devolutas? Pela diligência constituinte, este vazio já não existe, sanado está com a atribuição das mesmas ao patrimônio da União. Serviram-nos, no entanto, de contundente exemplo. E se melhor examinarmos o problema, notaremos que não se põe apenas ao nível constitucional para atingir mesmo o direito administrativo e outros.

Imprecisão encontramos na Constituição Federal em vigor e que a doutrina supriu. Em capítulo acerca do sistema tributário refere-se a impostos, taxas, contribuição de melhoria e empréstimo compulsório. Assim procedendo, lhes dá explicitamente o caráter tributário. Já no título acerca da ordem econômica e social, ao referir-se à intervenção no domínio econômico e monopólio, fala em contribuições destinadas ao seu custeio. Surge a dúvida de grande importância prática: qual o caráter de tais contribuições?

A respeito de lacunas no direito administrativo, podemos oferecer um exemplo cuja constatação à luz da legislação brasileira dependerá do surgimento de oportunidade prática. É, portanto, uma mera possibilidade que ressaltamos. O Decreto Federal nº 73.140, de 9 de novembro de 1973, que regulamenta as licitações e os contratos relativos a obras e serviços de engenharia, e dá outras providências, em seus artigos, restringe ambas as modalidades aos bens públicos. Assim, entenderemos por obras e serviços as prestações específicas quando realizadas sobre bem público. Estes estão bem enumerados no texto constitucional e tratados na legislação. Uma questão se põe: uma repartição do serviço público aluga imóvel particular para nele instalar parte de suas atividades; com o tempo tornam-se necessárias algumas reparações e melhorias. O poder público dispõe-se a fazê-las segundo as normas existentes. Quanto à regulamentação notar-se-á uma insuficiência: o regime do decreto em referência aplica-se ao caso do imóvel locado de particular?

Examinando nossa codificação penal, ali encontramos elementos protetores dos direitos tributários da União, da moeda nacional, combatentes ao contrabando e descaminho. A legislação especial reforça-a em inúmeros aspectos. No entanto, nada encontramos que penalize a compra de moedas estrangeiras no câmbio negro do mercado interno e sua condução para o exterior. O fato parece-nos provocar os mesmos danos materiais e morais que os acima indicados e, ao contrário, não ser tipificado. Trata-se de alguma lacuna no direito penal pátrio? Pergunta semelhante poderia ser feita durante muito tempo quanto a múltiplos aspectos dos transplantes ora regidos pela normatização jurídica. Inúmeras outras questões ainda hoje encontramos como a

do controle da natalidade e métodos anticoncepcionais, a inseminação artificial etc.

Inadmitindo-se a interpretação analógica no direito penal e permitindo-se a interpretação extensiva, tal como têm preconizado nossos doutrinadores. (43) não estaríamos propondo forma de solução de lacunas e, portanto, admitindo-as? Eis aí questão que estudos mais extensos que este poderiam abordar.

A lacuna, vínhamos afirmando, é decorrente do hiato entre direito e realidade; surge na medida em que o direito se apresente vazio ou insuficiente em reconhecer ou organizar a realidade. Dentro do entendimento, esta existe à medida em que possível a constatação, no momento de feitura da norma ou *a posteriori*.

Tais concepções são perfeitamente encontráveis no direito público e no direito privado. Em ambos encontramos norma, realidade e relação entre ambos, dando, assim, a oportunidade à constatação da lacuna. Esta já existia desde o momento da efetivação do rompimento direito-realidade, seja à época de formação do direito, seja quando do andar rápido da realidade.

Por tal raciocínio chegamos à existência de lacunas em ambos os ramos do direito. A sua constatação há que ser prática e em tal momento será inevitável. Quando verificamos a conexão direito-realidade para conhecermos a plenitude ou lacunosidade do direito, não perguntamos se os fatos são de matéria pública ou privada. Não há de se saber se há presença do Estado na relação ou se manifesta algum de seus interesses. A lacuna existirá independentemente do tipo de relação ou interesse em jogo.

— VI —

CONCLUSÃO.

O tema em estudo e a questão proposta não são fáceis, sua complexidade é vasta. As doutrinas multiplicam-se a respeito, conforme um e outro dos ordenamentos nacionais, geralmente ao sabor das ideologias, dos enfoques. O maior problema para o trabalho é a discutibilidade dos conceitos, a capacidade operacional variável.

Direito é o primeiro conceito a ressaltar; como os demais cumpre ser simples, menos preciso por mais utilizável com facilidade na exposição. Tomamo-lo como proposto, conjunto de normas jurídicas. Seus elementos: formal, a norma; material, a sociedade dinâmica. O papel primordialmente assumido é o de reconhecedor e organizador das instituições e decisório quanto aos limites da liberdade individual. Induzido pela realidade.

Lacuna é aquele hiato entre o direito concretizado, seu papel reconhecedor, organizador e decisório, e a realidade social. Caracteriza-se

(43) HUNGRIA, Nelson — *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 4ª edição, 1958, Volume I, Tomo I, pág. 87.



por carência ou insuficiência. Abrange as chamadas antinomias à medida em que vistas como lacunas de aplicabilidade. Surge quando o direito não reconhece, organiza ou decide como impõe a realidade, na medida em que nega seu aspecto indutivo. Não há que se falar em lacuna hipotética, surge no exame do caso concreto, esta tem apenas função didática, não é parte da realidade. Podemos vê-la como propriamente dita ou política. Existe no direito à medida que visto pela "teoria da incompletude" em oposição à idéia simplista da "teoria da completude". É claro é visível seu caráter relacional; trata-se do defeito emergente ou preexistente entre forma e matéria, como dissemos, entre norma e realidade preponderantemente dinâmica.

Direito público e direito privado são as divisões, problemáticas e controvertidas. As argumentações pró e contra são as mais contraditórias. Aceita-se sua possibilidade a partir da diferença de objetos, indivíduos e estado, sob os auspícios da "teoria das relações" ou da "teoria do interesse". É exigência da crescente dinâmica do próprio direito. Sua utilidade é didática. Difícil é estabelecer-lhe limites cada vez mais complexos a ponto de já se tornar, novamente, discutível sob o ponto de vista do utilitário e do satisfatório.

Para verificarmos da ocorrência, existência, de lacunas num e noutro destes ramos do direito, teremos que tentar colocar-lhes sua idéia; de buscar no processo de formação de cada um aquela ausência ou insuficiência que procuramos tratar. São inumeráveis os autores que as encontram no direito privado e alguns outros que as vêem no direito público. No ordenamento brasileiro de um e outro direitos também encontramos-las. São inumeráveis, quase impossível uma relação de todas elas. Vão surgindo à medida que a dinâmica social cresce e se tenta, por meio dos tribunais, a solução dos conflitos decorrentes.

Lacunas existirão no direito, no público e no privado, quando, num ou noutro, suas normas não corresponderem à realidade por inexistência ou insuficiência, falhando quanto ao aspecto reconhecedor e organizador das instituições e decisório acerca dos limites da liberdade individual, como já indicados. Sua existência em ambos os ramos é ainda mais explícita quando o próprio ordenamento as reconhece e muitas vezes procura saná-las com seus próprios elementos ou remete a busca de solução em elementos externos.

Quando examinamos a questão das lacunas em face do direito público e do direito privado, tomando para manipulação a realidade jurídica brasileira como muitas vezes fizemos no decorrer da exposição, duas menções se fazem necessárias. Uma a proibição ao *non liquet* e outra a "norma geral negativa".

A proibição ao *non liquet* é um preceito de nosso ordenamento, as instruções a respeito do preenchimento de lacunas são, na realidade, um reconhecimento implícito das mesmas. Se proibimos o juiz de deixar de julgar sob alegação de falta de norma a respeito, é que aventamos a possibilidade de falha do ordenamento. Se oferecemos instru-

ções para combater os casos de ausência ou insuficiência normativa, com uso de elementos próprios ou remessa a elementos externos, automaticamente estaremos reconhecendo a hipótese da lacuna e reafirmando a proibição anterior. É o que ocorre, e os conflitos oriundos da dinâmica social oferecidos ao Judiciário para solução demonstram-no.

Não cabe dizer que o ordenamento, oferecendo seus próprios elementos para sanar as lacunas, descarta-lhes a possibilidade. Se possuímos uma montanha com pedras e terra abundantes e nela uma caverna e preenchemos o vazio desta com a terra e pedras daquela, reconhecemos a existência da caverna que destruimos. Não é porque a montanha dispõe dos elementos suficientes ao preenchimento da caverna que esta inexistente!

Outra rápida e conclusiva consideração se faz necessária quanto ao contido no § 2º do artigo 153 da Constituição Federal que parece consagrar a “norma geral negativa”. Tal consagração afastaria toda e qualquer lacuna do direito pátrio, seja público ou privado. Na realidade, trata-se de consagração da lei, de seu primado, de um certo liberalismo muito característico do constitucionalismo brasileiro. A própria realidade de nosso ordenamento demonstra a possibilidade de lacunas, a realidade social, sua ocorrência. Se estas lacunas são realidade irrefutável e oposta ao princípio da “norma geral negativa”, o preceito indicado não é, como não pode ser, sua consagração.

— VII —

BIBLIOGRAFIA

- 1 — ANTUNES, Pinto — “Limitações ao Poder Judiciário na Constituição Brasileira”, in *Revista Forense*, São Paulo, Forense, vol. 153, 1954.
- 2 — ATALIBA, Geraldo — “Normas gerais de Direito Financeiro e Tributário e autonomia dos Estados e Municípios”, in *Revista de Direito Público*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, nº 10, 1969.
- 3 — BECU, Ricardo Zorraquin e outros — *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Perrot, 7ª ed., 1970.
- 4 — BEVILAQUA, Clóvis — *Teoria Geral do Direito Civil*, Brasília, Ministério da Justiça, 4ª edição, 1972.
- 5 — BOBBIO, N. — “Des Critères Pour Résoudre les Antinomies” in *Les Antinomies en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1965.
- 6 — BOLAND, Georges — “Quelques Propos sur les Antinomies et Pseudo-Antinomies en Particulier en Droit Administratif”, in *Les Antinomies en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1965.
- 7 — BUCH, Henri — “Les Lacunes en Droit Administratif”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 8 — CARRIO, Genaro R. — *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Perrot, 1976.

- 9 — CAETANO, Marcelo — *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1ª ed. bras., 1970.
- 10 — CONTE, Amadeo — “Décision...”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 11 — DUCHATELET, Louis — “Le Problème de la Lacune en Législation Sociale”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 12 — ELST, Raymond Vander — “Antinomies en Droit International Privé”, in *Les Antinomies en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1965.
- 13 — ——— — “Lacunes en Droit International Privé”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 14 — ENGISCH, Karl — *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Coimbra, Gulbenkian.
- 15 — FERRAZ JR., Tércio Sampaio — *Direito, Retórica e Comunicação*, São Paulo, Saraiva, 1973.
- 16 — ——— — *Conceito de Sistema no Direito*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976.
- 17 — ——— — *Ciência do Direito*, São Paulo, Atlas, 1977.
- 18 — FERREIRA, Waldemar — *Tratado de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1960.
- 19 — GOLDSCHMIDT, Werner — *Introducción Filosófica al Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 11ª ed., 1973.
- 20 — HOFFLER, Jacques — “Les Antinomies en Droit Public”, in *Les Antinomies en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1965.
- 21 — HUBERLANT, Charles — “Les Mécanismes Institués pour combler les lacunes de la Loi”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 22 — HUNGRIA, Nelson — *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 4ª ed., 1968.
- 23 — KELSEN, Hans — *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Armênio Amado, 2ª edição, 1962.
- 24 — KLUG, Ulrich — “Observation...”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 25 — KRINGS, E. — “Les Lacunes en Droit Fiscal”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 26 — LEAL, Victor Nunes — *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Forense, 1960.
- 27 — LEGROS, Robert — “Considérations sur les Lacunes et l'Interprétation en Droit Pénal”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.

- 28 — LIMA, Rui Cirne — “Lacunas no Ordenamento Jurídico”, in *Revista Forense*, São Paulo, Forense, vol. 184, 1959.
- 29 — MARANHÃO, Délio e outros — *Instituições de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 4ª ed., 1966.
- 30 — MIEDZIANOGORA, J. — “Juges, Lacunes et Idéologie”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 31 — MIRANDA, Pontes de — *Comentários à Constituição de 1967 com Emenda nº 1, de 1969*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1971.
- 32 — MONTEIRO, Washington de Barros — *Curso de Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 5ª ed., 1967.
- 33 — MORGENTHAU, Léopold — “Les Antinomies en Droit Social”, in *Les Antinomies en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 34 — MOUCHET, Carlos e outros — *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Perrot, 7ª ed., 1970.
- 35 — OLIVEIRA, Fernando A. Albino — “A Norma Individual e o Problema da Lacuna”, in *Revista de Direito Público*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 24, 1973.
- 36 — PERELMAN, Chain — “Les Antinomies en Droit”, in *Les Antinomies en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1965.
- 37 — ——— — “Le Problème des Lacunes en Droit, Essai de Synthèse”. in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 38 — ROMANO, Santi — *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Milano, Giuffrè, 1947.
- 39 — SALMON, Jean J. A. — “Les Antinomies en Droit International Public”, in *Les Antinomies en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1965.
- 40 — ——— — “Quelques Observations sur les Lacunes en Droit International Public”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 41 — SICHES, Luis Recasens — *Tratado General de Filosofía Del Derecho*, México, Porrúa, 4ª ed., 1970.
- 42 — SILVA, Wilson Mello — *Da Responsabilidade Civil Automobilística*, São Paulo, Saraiva, 1974.
- 43 — STONE, Julius — “Non Liqueur and the International Judicial Function”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 44 — SUSSEKIND, Arnaldo e outros — *Instituições de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 4ª ed., 1966.
- 45 — VANWELKENHUYZEN, A. — “De Quelques Lacunes du Droit Constitutionnel Belge”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 46 — VIANNA, Segadas e outros — *Instituições de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 4ª ed., 1966.
- 47 — VILANOVA, Lourival — *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, SP, Ed. Rev. dos Tribunais, 1976.

# O regime jurídico da “concentração” de empresas (1)

WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA

Professor Titular de Direito Econômico  
da Faculdade de Direito da UFMG.

SUMÁRIO — 1. A “concentração” em face do Direito. 2. A “concentração” enquanto conteúdo econômico do Direito. 3. A “concentração” e a ideologia constitucionalmente adotada. 4. A “concentração” e a política econômica objetivada na legislação ordinária. 5. A contribuição específica do Direito Econômico (2) ao regime jurídico da “concentração” de empresas.

## 1. A “concentração” e o Direito

A denominada “economia de mercado” não encontrou no Direito liberal os correspondentes princípios para a disciplinação do fenômeno da “concentração” das empresas. Os expedientes postos em prática para realizá-la, tais como a  **fusão**  e a  **incorporação** , receberam tratamento nos limitados âmbitos das relações privadas, exaurindo-se no horizonte das cláusulas contratuais, sem atentar para os efeitos político-econômicos que implicitamente continham. Nem poderia ter sido de outra forma, pois, enquanto o Direito liberal abstinha-se de orientar pela

(1) Tomamos a expressão “empresa”, de preferência como “sujeito” de direito.

(2) O presente artigo é construído sobre o nosso conceito de Direito Econômico: “... conjunto de normas de conteúdo econômico que, pelo princípio da  **economicidade** , assegura a defesa e a harmonia dos interesses individuais e coletivos definidos pela  **ideologia**  adotada na ordem jurídica e que regulamenta a atividade dos respectivos sujeitos na efetivação da política econômica posta em prática para a concretização daquela ideologia”. Conferência pronunciada no I Seminário Paulista de Direito Econômico e publicada na  **Revista da Faculdade de Direito da UFMG** , n.º 16, maio de 1976.

ótica do interesse geral as suas normas em relação às atividades econômicas, a “concentração” afirmava-se como um fenômeno típico da economia de mercado. Em verdade, impunha-se como condição de sobrevivência da empresa e se apresentava como consequência inevitável da própria concorrência. O contrato figurava como instrumento jurídico e modo visível de sua efetivação. Entretanto, ainda que não assumisse a feição contratual, a “concentração” realizava-se inevitavelmente pela necessidade de a empresa enfrentar a concorrência, para o que deveria tornar-se mais forte. Este aspecto, intimamente ligado à estrutura e ao funcionamento da economia de mercado, passava despercebido da visão jurídica liberal que, no máximo, procurava motivos tradicionais, condicionadores do ilícito, para combatê-la. Recorria a figuras como a da fraude, quando não a conotações de natureza ética, tal como a concorrência desleal, para lhe opor obstáculos. Não se apercebia de que a “concentração” cumpria-se como uma verdadeira fatalidade do regime de livre concorrência, embora figurasse como uma contradição ideológica, pois que, justamente por ser livre, essa concorrência acabava por se anular. Esta anulação, por sua vez, era o resultado do processo de crescimento da empresa, levando-a ao nível de dominar o mercado.

A longa experiência da empresa na “economia de mercado”, concomitante com a posição absentista do Estado quanto ao domínio econômico, defendida pelo pensamento jurídico liberal, explica a atualidade do problema. Assim, durante o longo período de apogeu da ideologia capitalista liberal, configurou-se e tomou corpo um tipo especial de poder — o poder privado econômico — que o Direito praticamente considerou no sentido de permitir que se fortalecesse ilimitadamente. Este poder baseia-se especialmente na “concentração”. E, assim, o seu detentor assumiu forças e condições para influir no próprio poder público, ditando leis, exigindo medidas administrativas, pressionando decisões e dirigindo, no sentido de seus interesses, a própria política econômica.

O quadro que se oferece ao jurista, pois, é o de indiscutível conflito entre estes dois tipos de poder. Compete-lhe recolher os dados dessa experiência, retomar as precárias contribuições jurídicas dadas à disciplinação da “concentração” e revê-las, na tentativa de elaborar normas que atendam às exigências da sociedade atual. Certamente, esta importância confere foros de “instituto de direito” à “concentração”, impondo-se ao jurista a tarefa de estabelecer-lhe o regime jurídico.

## 2. A “concentração” enquanto conteúdo econômico do Direito

A “concentração” é um fato econômico, por natureza. Mais particularmente, é um fato econômico típico da “economia de mercado”. Decorre da combinação dos efeitos da concorrência livre com o lucro, sendo que este permite a acumulação de capitais e, portanto, o aumento da dimensão da empresa.

Segundo a filosofia liberal reinante especialmente no séc. XIX, e que a inspira, essa concorrência é a própria “luta pela vida”, da empresa,

no universo do mercado. A lei econômica que preside esta luta é a da “oferta-e-procura” e o seu objetivo é a obtenção de **lucro**. Assim, a primeira regra é crescer, tornar-se forte, para não ser derrotada, e o princípio que a inspira é: “crescer ou perecer”. Mas, sendo o **lucro** o objetivo, e a destruição do adversário apenas um processo de vencer, outros expedientes podem ser postos em prática, tais como os **ajustes** e **acordos**, desde que figurem como melhor método de atingir o objetivo.

Desde o início, porém, a concepção da concorrência perfeita já estava comprometida com as situações de fato, tais como os **monopólios naturais**, os **monopólios legais**, e assim por diante. Todos eles apresentam-se com a conotação de “concentrações” e, enquanto **fato econômico**, assumem a condição de “conteúdo econômico do Direito”.

### 3. A “concentração” e a ideologia constitucionalmente adotada

Não há originalidade no fato do Direito Econômico positivo fincar as raízes dos seus “juízos de valor” na ideologia constitucionalmente adotada, pois que, até aí, teremos tão-somente a garantia da constitucionalidade das leis ordinárias em que consubstancia as suas normas. O que importa dizer é que a “concentração” constitui tema praticamente obrigatório de todas as modernas Constituições dos países que adotam a “economia de mercado”. Neste particular, já se registra a preocupação do próprio Estado liberal com as formas de comprometer a concorrência.

No Brasil, podemos dizer que as preocupações com o tema são registradas em toda uma seqüência constitucional. Começam na Carta de 1934 (art. 117), são promovidas a responsabilidade de proteger a “economia popular”, na Carta de 1937, quando configuram os **crimes** contra esta (art. 141), e, assim, exaltam o seu sentido **penal**.

Não terá sido por acaso que o Decreto-Lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938, destinado a regulamentar aquele texto constitucional, foi entregue aos cuidados do criminalista Nelson Hungria. Considerando este decreto como capaz de cumprir “um mandamento expresso da Constituição”, o então Ministro da Justiça, Francisco Campos (3), incluía no sentido da expressão “economia popular”, e os considerava **crimes**, os atos correspondentes aos processos de se realizar a “concentração”, e definidos no art. 2º, III;

“Promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio.”

Anteriormente, a **concorrência** era tratada sob o prisma de valores éticos, na expressão da “concorrência desleal”. Sua apreciação, além de ser limitada, oferecia dificuldades ao jurista, até mesmo para enquadrá-la em algum dos ramos do conhecimento jurídico. Considerando-a

( 3 ) LYRA, Roberto. **Crimes contra a economia popular**. Rio de Janeiro, Livraria Jalcinto, 1940, pág. 84.

como um "direito substantivo", chegou-se a confessar a precariedade de um conceito jurídico que lhe fosse apropriado (4). O Direito brasileiro saía, pois, destas limitações, para conseqüências mais ambiciosas, o que vale dizer, do restrito âmbito de relações individuais entre concorrentes para o funcionamento do mercado no sentido de sua própria dominação. Era o que anunciava Francisco Campos, ao dizer que o art. 141 da Constituição de 1937, tinha como um dos seus fins:

"... evitar o bloqueio da concorrência por meio de arranjos, combinações ou organizações destinadas a estabelecer o monopólio em certos ramos da economia pública ou a restringir a livre competição, indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial."

Sabe-se que a legislação da época era de inspiração fascista italiana. Assim, a área de seu sentido ampliava-se do crime para uma certa conotação política, na defesa da "economia popular". O Decreto-Lei nº 869 estaria baseado, pois, na Carta del Lavoro, da Itália, e no Código Penal Argentino, quanto às fraudes ao comércio e à indústria. No tocante aos monopólios, porém, inspira-se na jurisprudência norte-americana e nas propostas da Comissão de Reforma do Código Penal Alemão (5). Note-se o aspecto monopolístico, como expressão da luta destrutiva dos concorrentes no mercado, apontado, por sua vez, como o passo mais concreto na incorporação das preocupações político-econômicas do Direito. A Lei Sherman, editada nos Estados Unidos, pode ser tomada como um dos documentos mais importantes a se enquadrarem no campo do Direito Econômico e a enunciar princípios do neoliberalismo.

Uma visão político-econômica mais concreta sobre a "concentração" legalmente regulamentada, no Brasil, entretanto, revela-se a partir do Decreto-Lei nº 7.666 (6), de autoria do então Ministro da Justiça, Agamenon Magalhães, que seria mais tarde o grande artífice da inclusão desta mesma orientação na própria Constituição de 1946. Naquele documento, o tema deixava de receber exaltação apenas nos comentários e entrevistas de Ministros e de juristas com referência a este sentido ampliado do simples aspecto penal. A "concorrência" passou a ser colocada no centro dos raciocínios sobre o "sistema de mercado", e a lei empenhava-se em reprimir e impedir os expedientes que a compromettessem, ao mesmo tempo em que admitia a prática de atos que, praticados em determinadas circunstâncias, recebiam este tratamento e, em outras, teriam sido repudiados. Em lugar da expressão **crimes contra a economia popular**, passou a ser usada **abuso do poder econômico**. Trazia-se para o cenário jurídico um outro elemento da maior importância, que era o **poder econômico privado**. O objetivo visado não se limitava

(4) REQUIAIO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva Editor, 1971, pág. 184.

(5) HUNGRIA, Nelson. *Dos crimes contra a economia popular e vendas a prestações com reserva de domínio*. Livraria Jacinto, 1939, págs. 10 ss.

(6) VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico, Direito Público Econômico*. Fundação Getúlio Vargas, 1968, pág. 290.



apenas ao simples ato de praticar a concorrência contra os limites impostos pelo texto legal ou de modo a ferir princípios éticos de lealdade na disputa da clientela. Extrapolava-se para o uso indevido desse poder que se havia fortalecido ao ponto de influir até mesmo no poder público, em defesa de seus interesses particulares. Uma outra dimensão dada ao tema projetava-o, pois, dos circunscritos parâmetros dos direitos individuais, particulares, privados, para o interesse público. Não se visava apenas a garantia de sobrevivência de um concorrente ameaçado de destruição pelo outro, mas do direito de toda a coletividade não ficar exposta à imposição da vontade e exploração de um particular situado em posição dominante no mercado.

Levar o problema para o texto constitucional, realmente, não seria fácil, pelo menos em uma primeira experiência e, por isto mesmo, a solução encontrada foi a de uma redação de propósitos amplos, de certo modo generalizante e ao mesmo tempo especificativa, como se vê do art. 148 da Constituição de 1946:

“A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões 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.”

Os objetivos ali definidos possibilitam a concretização da repressão à prática do crime e, assim, integram o espírito anterior voltado para os crimes contra a economia popular. Mas a generalização, bem como a especificação das práticas, volta-se para o poder econômico e para as formas de organizá-lo e de fortalecê-lo, isto é, de evitar a sua prática e os seus efeitos sob qualquer das manifestações possíveis, além daquelas enumeradas.

Sob a égide da Constituição de 1946, editou-se a Lei nº 4.137, de “repressão ao abuso do poder econômico”, como se verá adiante. Mas, enquanto empenhava-se em regulamentar a parte enumerativa do texto constitucional, pairava acima desta limitação. Ampliava o manancial interpretativo, a expressão toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, conferindo a natureza de standard jurídico, e não de exaurimento no texto estrito, ao tratamento do diploma legal repressivo.

Não foi tão ambicioso o constituinte de 1967. Modificou a técnica de abordar o tema. Enquanto a Constituição de 1946 dedicava-lhe todo um artigo (148), a de 1967 o incluiu como um dos itens que compõem um artigo de um Título: “Da Ordem Econômica e Social”. Vinculou-o, entretanto, a um dado ideológico fundamental, definido nesse artigo:

“Art. 157 — A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

.....  
.....

VI — repressão ao abuso do poder econômico caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

Foi abandonada a expressão “toda e qualquer forma de abuso do poder econômico”, embora se procure dizer que a enumeração adotada abrangesse as hipóteses possíveis e se apresentasse mais objetiva do que o texto de 1946. Até mesmo uma experiência nesse particular poderia ser alegada. Mas, o fato é que a limitação imposta pela discriminação das hipóteses legalmente enquadráveis acabou por criar consequências limitativas na interpretação do próprio texto da lei ordinária de repressão ao abuso do poder econômico (Lei nº 4.137), como também se verá adiante.

A Emenda Constitucional de 1969 introduziu o “desenvolvimento econômico” ao lado da “justiça social”, entre os elementos ideológicos fundamentais constantes do respectivo artigo:

“Art. 160 — A ordem econômica e social tem por fim realizar o **desenvolvimento nacional** e a **justiça social**, com base nos seguintes princípios:

.....  
.....

V — repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

A “concentração” subentendida nesse item deve ser tratada, portanto, a partir daqueles dois elementos, o “desenvolvimento nacional” e a “justiça social”. Eles definirão, em último grau, o sentido do **abuso do poder econômico**. Em relação a eles, definem-se o **lícito** e o **ilícito**. E, assim, também a partir deles é que determinamos os dados essenciais do **regime jurídico do poder econômico** no atual direito brasileiro. Os “juízos de valor” sobre o **uso** e o **abuso do poder econômico** são calcados nestes dois dados ideológicos e torna-se justo afirmar que num Estado de Direito, eles tanto se imponham ao poder econômico privado como ao poder econômico público, visto como estão consignados na Lei Maior, à qual se submete também o Estado. Este aspecto, entretanto, ainda pouco vislumbrado pelo jurista tradicionalista, habituado a camuflar no Estado de Direito o princípio absolutista do “fato do príncipe”, deverá merecer interesse crescente na medida em que os temas de Direito Econômico sejam abordados em profundidade, em qualquer regime político posto sob análise.

#### 4. A “concentração” e a política econômica, na legislação ordinária

**Fato econômico**, como se viu, a “concentração” se impõe, entretanto, como expressão de **poder**. Contagia-se, pois, profundamente, de sentido **político** e, daí, o significado que assume para o Direito Econômico, quando este vai estabelecer as normas jurídicas da política econômica posta em prática por intermédio da legislação ordinária.

A flexibilidade do seu tratamento, por seu turno, tem levado o Direito a tratar expedientes que conduzem à concentração, de acordo com

pontos de vista que se ajustam à linha de maior vantagem, em cada circunstância. A própria evolução da empresa, até mesmo em sua estrutura mais íntima, tem motivado este procedimento. Tomemos como exemplo os conceitos sobre a "fusão". Alguns autores (7) procuram dar-lhe sentido diferente, até mesmo segundo a evolução técnica da empresa. Assim, falam da  **fusão ofensiva**, que se teria caracterizado nos princípios do século, entre 1900 e 1910, com os grandes nomes dos monopólios norte-americanos; a  **fusão defensiva**, entre 1910 e 1920, quando empresas de porte menor do que as monopolistas, fundiam-se para fazer face à luta; a  **fusão de diversificação**, da década de 1960, quando empresas de ramos diferentes fundiam-se para garantir-se maior autonomia e diminuir os riscos dos negócios especializados; a  **fusão de encampação**, com a administração de elementos que se caracterizam por não serem nem proprietários e nem mesmo compõem a  **administração técnica**, mas capazes de oferecer rentabilidade ao capital, com a chamada "administração de ativos", que deu nos "conglomerados" de nossos dias. Todos estes são outros tantos expedientes ou procedimentos concentracionistas, isto é, políticas econômicas postas em prática e que o Direito nem sempre tem acompanhado no sentido de garantir efeitos sociais benéficos. Ao contrário, mesmo sob a intenção de combate aos abusos, tornada um verdadeiro preconceito, na maioria das vezes o Direito tem oferecido os instrumentos para que estes novos processos se cumpram, justamente levando a resultados que nem sempre seriam os mais recomendáveis. É que a visão privatista contratual oferece os caminhos à ação concentracionista, enquanto a defesa do interesse coletivo fica relegada ao mesmo plano dos períodos áureos do Direito liberal individualista.

Parece-nos válida, entretanto, uma análise da seqüência de tratamento da legislação sobre "concentração" entre nós, pelo prisma da política econômica posta em prática.

Assim, na fase do seu tratamento pelo aspecto apenas penal, temos o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938. Nelson Hungria, seu autor, chamou a "concentração" de "entidade criminal", ao comentá-lo (8). Sob este ângulo incluía os efeitos sociais que lhe justificassem a repressão penal. Comparemo-lo com o Decreto-Lei nº 2.627, das Sociedades Anônimas e de 1940, e veremos o aspecto privatista autorizativo que o mesmo contém (9).

O tema, aliás, tem sido núcleo de discussões infundáveis entre os juristas. Tomando a prática da "concentração" como  **abuso**, a que configuravam sob a denominação de  **monopólio**, ela sempre seria punível,

(7) GALBRAITH, John Kenneth. "O novo Estado industrial", *Civilização Brasileira*, pág. 54 ss.; DRUCKER, Peter F. "O novo capitalismo", in *Fusão e incorporação de empresas*, J. Motta Maia, págs. 253 e segs.; Ed. José Bushatsky.

(8) HUNGRIA, Nelson, ob. cit., pág. 16: "As entidades criminais (Dec.-Lei 869) podem ser assim classificadas: a) monopólios; b) artifícios, fraudes e abusos contra a economia popular; c) usura (pecuniária e real).

(9) Art. 149 (transformação), art. 152 (incorporação), art. 153 (fusão).

pois permanecia a possibilidade de ação dolosa, mesmo que o intento de abolir ou comprometer a concorrência, ou de obter aumentos excessivos de lucros, não se fizesse concreto. Ainda na área de elaboração do texto constitucional, os constituintes de 1946 não puderam furtar-se à discussão do assunto, até que se chegou aos termos do art. 148 da respectiva Constituição, acima analisado.

Shieber chamou a atenção para esta técnica de exprimir, denominando-a "linguagem de finalidade". Mostrou como, desde o anteprojeto daquela Carta, já se adotava a mesma linha, ao serem considerados abusos do poder econômico <sup>(10)</sup> quando se referia a

"trusts, cartéis, entendimentos ou ajustes de qualquer organização, grupo, empresa ou indivíduo, sejam de que natureza forem, para dominar os mercados internos, eliminar os concorrentes e explorar os consumidores" . . .

A partir de tais dados, muitos concluíram pela necessidade de distinguir entre atos "que tenham por fim o domínio dos mercados nacionais, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros", e atos que não tenham a mesma finalidade. Diríamos melhor, afirmando tratar-se dos mesmos atos econômicos, embora possam ter ou não ter aqueles objetivos.

Agamemnon Magalhães queria a fórmula "que tem por efeito", que sugeriu para o projeto de lei que deveria regulamentar o art. 148 da Constituição.

Alde Sampaio dizia que este projeto de lei, tal como tratava o assunto, não atendia às "regras da disciplina social".

Argumentava:

"O ato pode ser lícito ou ilícito, de acordo com a sua finalidade, embora esta seja oculta ou simplesmente subjetiva, o que só a análise dos fatos pode revelar; mas, admitir que o mesmo ato, praticado sob as normas correntes de liceidade, venha a ser delituoso, ou não, conforme os resultados provenientes de acontecimentos posteriores, é o que não é possível aceitar."

Também o Deputado Jacob Frantz alegava:

"Suponho que ninguém será capaz de condenar uma coalizão de empresas pelo fato de haver tido ela apenas "por fim" ou "por objetivo" ou "finalidade" dominar o mercado, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, desde que essa coalizão não tenha produzido nenhum desses efeitos.

O ilícito, quer da coalizão, como das demais formas, só se caracteriza se produzir, efetivamente, os efeitos que a lei repele.

---

(10) SHIEBER, Benjamin M. "Abusos do poder econômico", págs. 28 e segs. *Revista dos Tribunais*, 1966.

A simples intenção de realizar um determinado fato ou ato ilícito não me parece passível de punição, se o ato ilícito não se consumou.”

Analisando o tema, Shieber considera errado o modo de colocá-lo e o equipara à fórmula finalista dos “delitos formais ou de perigo”. Baseia-se, para tanto, no próprio Nelson Hungria, que salientava a posição, para o caso de uma mesma pessoa exercer funções de direção ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio, com o fim de impedir ou dificultar a concorrência, tal como dispunha o inciso VIII do art. 2º do Decreto-Lei nº 869. E concluía: “basta o exercício da direção ou gerência simultânea, subordinada ao dito fim, para que o crime se apresente perfeito”.

Ora, mesmo quando se passa da preocupação quanto aos “crimes contra a economia popular”, para o sentido da “repressão ao abuso do poder econômico”, a questão permanece. Sempre inspirada na Lei Sherman norte-americana, a nossa legislação foi sentindo ampliar-se o fundamento político-econômico que inspirara aquele diploma legal estrangeiro. E, realmente, não pode ser tomada por outra forma a aplicação do termo **conspiração**, adotada pelo legislador norte-americano <sup>(11)</sup>, para os atos praticados como abusos do poder econômico, visto como comprometiam o funcionamento da concorrência e, assim, enfrentavam a **ideologia liberal**. Entretanto, como pelos próprios princípios liberais não havia uma política econômica previamente traçada e legalmente institucionalizada, permanecendo-se apenas nos princípios ideológicos, o próprio Direito daquele país acabou por adotar a “regra da razão” na interpretação e aplicação da Lei Sherman, quando se sabe que este princípio do Direito inglês não fora ali aceito, de modo geral. Uma elaboração jurídica foi levada a efeito, com a Suprema Corte definindo formas “desarrazoadas” de restrição ao comércio, embora se saiba que o espírito do Direito norte-americano era o de certos tipos de contratos não admitirem justificação.

Shieber quis, então, achar o princípio da “regra da razão” <sup>(12)</sup> também na Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, no Brasil. Para tanto, baseou-se no art. 74 da mesma, que dá ao organismo por ela criado (o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE) <sup>(13)</sup>, poderes

(11) “Conspiracy against public welfare”. Também podiam ser dissolvidos os “trusts” por serem julgados contra a “public policy” (ordem pública), que hoje situá-riamos diante da “ordem pública econômica”.

(12) Especialmente a partir do caso American Tobacco X Standard Oil, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Por esta regra, procura-se o caso de “reasonable” do “unreasonable restraint of trade”, dando o lícito e o ilícito na “concentração” por suas diversas formas.

(13) Em grande parte, nota-se a semelhança entre o CADE e a “Federal Trade Commission” quanto ao controle administrativo sobre o abuso. Quanto à autorização, aproxima-se mais do Tribunal de Cartéis, alemão, diferente, entretanto, no caráter meramente administrativo do próprio CADE e de tribunal especial do “Kartellgericht”, ficando a parte administrativa ao Departamento Federal de Cartel do Ministério da Economia. Não menos valiosa é a experiência que se efetiva atualmente pelo Tratado de Roma, sobretudo quanto à boa e à má concorrência.

para autorizar a prática de atos que seriam considerados abusos do poder econômico (art. 2º dessa mesma lei).

Vale a transcrição para melhor entendimento:

“Art. 74 — Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupos de pessoas vinculadas a tais empresas, ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:

- a) equilibrar a produção com o consumo;
- b) regular o mercado;
- c) padronizar a produção;
- d) estabilizar os preços;
- e) especializar a produção ou distribuição;
- f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.”

Verifica-se que, por este texto, o CADE <sup>(14)</sup> fica investido de poderes bastantes para definir em que condições os expedientes da “concentração” deixam de ser abuso e apresentam-se como uso autorizado do poder econômico. Nem se argumenta que tais poderes deixam de ter a extensão de definirem a política econômica a respeito do assunto e de estarem limitados apenas às hipóteses descritas na lei e, mais ainda, no próprio artigo 74. Bem analisadas, estas hipóteses abrangem praticamente todos os expedientes concentracionistas habituais e aí expostos, expressa ou tacitamente. Do mesmo modo, o poder de permissão de sua prática constitui, sem dúvida, competência para se manifestar sobre a política econômica a seu respeito, visto como os itens permissivos, constantes das letras “a” até “f” do art. 74, não exaurem, só por si, as técnicas econômicas capazes de efetivá-los.

Justamente aqui, a colaboração do Direito Econômico mais uma vez se impõe. Por certo, a composição do CADE, bem como a sua própria competência, não levam à coisa julgada, mas constituem importante indicador, ao Judiciário, para que o faça <sup>(15)</sup>. Entretanto, diante da variedade de circunstâncias sob as quais os fatos a serem julgados ou os atos a serem autorizados se verificam, é necessário o reconhecimento de elementos superiores aos quais se recorrerá de modo a que sejam afirmados princípios juridicamente fundamentados, e não atos arbitrários e incompatíveis com o ideal de justiça em um Estado de Direito. Para que não se reconheçam poderes desta natureza, tanto ao CADE

(14) SOUZA, Ruy de — *Abuso do Poder Econômico*, Fac. Ciências Econômicas UFMG.

(15) PINTO, Ministro Bilac — Voto, Ag. de Inst. n.º 62.811, in *Revista Forense*, n.º 250, 1975, págs. 151 a 157, e *Revista de Direito Econômico*, publicação do CADE, n.º 4, ano II, agosto de 1976.

como a qualquer autoridade, inclusive judiciária, por se tratar mais do que de simples questão de fato, deve-se recorrer à análise da compatibilidade da medida com a ideologia adotada constitucionalmente.

Examinamos detidamente o modo pelo qual se deu a evolução do tema nas diversas Constituições brasileiras. Deste ajustamento dos princípios ideológicos com os dispositivos da lei ordinária, seja a que pretende a repressão ao abuso do poder econômico, regulamentando o próprio item do correspondente artigo da Constituição, quer das leis dos Planos, que tomam a "concentração" por outro prisma, desta correspondência é que se há de tirar o elemento jurídico decisório.

Bilac Pinto reconhece ao CADE competência de "quase-tribunal". Realmente, não só lhe cabe autorizar a prática de atos que a lei veda, como também, mesmo não autorizado, o ato pode ser levado à sua consideração e receber manifestação com força próxima àquela que é reservada às sentenças. Vale dizer que, em qualquer circunstância, o ato receberá do CADE a definição de abuso, ou não, do poder econômico, devendo ser reprimido ou consentido.

Mas, a peculiaridade mais significativa para o Direito Econômico é a de sua manifestação em termos de política econômica. Realmente, a partir da modificação operada pela legislação brasileira no sentido de permitir e incentivar as "concentrações", perdura sempre a indagação sobre os efeitos desta orientação na área dos interesses, tanto públicos, como, especialmente, privados. Afinal, a concessão de estímulos fiscais e creditícios a determinadas empresas, mesmo de áreas prioritárias, pode trazer sérios prejuízos às empresas concorrentes e não beneficiadas. Estas devem encontrar o modo de se defenderem e de impedirem discriminações que lhes sejam prejudiciais. Do mesmo modo, os cidadãos comuns não de ter assegurados os caminhos pelos quais a orientação dada nas prioridades e diretrizes da Lei do Plano não venham a exigir de sua parte sacrifícios que não possam suportar. Aí reside, sem dúvida, um ponto crucial do Direito neoliberal, porque o arbítrio é sempre a antítese do Estado de Direito.

Neste particular, vale rever os poderes concedidos ao CADE para se analisar se ainda resistem a estas novas circunstâncias. Indaga-se se o sentido programático da Lei do Plano pode ou não ser interpretado por esse órgão, do mesmo modo que se pergunta qual a posição do Judiciário diante das mesmas. A um jurista democrata logo acorre a resposta de que as leis de política econômica não se exaurem no âmbito do Executivo, em um Estado de Direito. Só assim se poderá impedir o arbítrio, sob a falsa legitimidade dos planos expressos em lei, sobretudo quando na elaboração destas leis, expedientes esdrúxulos reduzem as manifestações do próprio Legislativo a simples gestos de aprovação.

De qualquer modo, a Lei do Plano, por sua vez, tem a qualidade de gerar outras tantas medidas legais de política econômica, que podem incidir sobre o fato "concentração". Assim, contrastando com o sentido de repressão da Lei nº 4.137, temos, no Brasil, uma série de diplomas

que estimulam a prática concentracionista, bastando destacar, entre outros: Decreto-Lei nº 1.181, de 16 de julho de 1971, que “concede estímulos às fusões, às incorporações e a abertura de capitais de empresas, e dá outras providências”; Decreto-Lei nº 1.186, de 27 de agosto de 1971, no mesmo sentido, com referência à indústria açucareira; Decreto-Lei nº 1.096, de 23 de março de 1970, para as empresas de mineração. Todos eles deslocam o assunto para o campo tributário, numa tendência que vem especialmente do Decreto-Lei nº 157, de 10 de novembro de 1967, que “concede estímulos fiscais à capitalização das empresas: reforça os incentivos à compra de ações...” e assim institucionaliza o apoio à “concentração”.

Esta distorção do assunto para a área tributária causa ainda maior estranheza quando buscamos os fundamentos constitucionais sobre os quais se apóia o Executivo para legislar sobre o tema por meio de decretos-leis. Estes estão baseados no art. 55 da Constituição de 1969, que confere ao Presidente da República aquele poder “em caso de urgência e interesse público”. Afastada a primeira razão, vê-se que o conceito de “interesse público” está se tornando cada vez mais elástico. O fato, porém, é que o item II daquele artigo constitucional permite o decreto-lei sobre “finanças públicas, inclusive normas tributárias”...

Permanece a indagação, entretanto, para se saber até onde normas tributárias podem definir política econômica relativa à “concentração”, visto como este **fato econômico** tem extensão muito mais ampla do que se possa atingir apenas pela arma do tributo. Com efeito, seu tratamento tem merecido cuidados repressivos, de natureza penal, e estimulantes justificados pelo princípio ideológico do desenvolvimento. Seria possível, pois, conduzi-lo em trilhas tão estreitas e permitir, por este processo, a revogação do disposto na Lei nº 4.137, especialmente em seu artigo 74? Em resumo, a concessão do estímulo fiscal dispensa a autorização do CADE e a desclassificação de abuso, definido no art. 2º da lei de repressão, para a de ato consentido? A mesma concessão desfigura a característica de crime contra a economia popular, definida no art. 2º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que chegara a merecer até o tratamento por júri (arts. 10 e segs.)? Se o júri fora abolido, nem por isso a hierarquia no tratamento do assunto diminuiu-se, pois que a Lei nº 4.137, de certo modo, a conservou. Realmente, após as Leis dos Planos, no Brasil o tratamento do tema modificou-se. Certo é que muitos autores as consideram como **superleis**, isto é, como diplomas capazes de inspirar outras leis, sendo esta a sua característica marcante (16). No entanto, não nos parece tão tranqüila a modificação radical no tratamento do assunto. Os abusos hão de ser tratados, porque continuam possíveis e porque a legislação de estímulos tem sido setorial e discriminatória.

Este tratamento de aceitação e estímulo à “concentração” inicia-se especialmente após a Segunda Guerra Mundial, com a idéia de “econo-

(16) STAINOV, Petko — *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Tome LXXXIX, Paris, 1963.



mia de escala” e de consumo de massa. O dimensionamento das empresas, de modo a atingir a capacidade que delas se solicitava, tornava ingênuos os conceitos anteriores de monopólio e de formas destrutivas da concorrência. O próprio poder político, diante do aperfeiçoamento das técnicas do poder privado econômico, em relação à “concentração”, passou a estimulá-la como o recurso para o fortalecimento de suas economias nacionais diante do poder das empresas altamente concentradas e que dominavam as próprias nações dependentes. Estados de economia desenvolvida, como a França, aplicando o planejamento econômico, passaram corajosamente a esta política. Mas, ao mesmo tempo, os grandes capitais encontraram o caminho de penetração com a figura das empresas “multinacionais”, que viriam desfigurar o próprio sentido político-econômico das nações. A linha tradicional do nacionalismo, desenvolvido a partir do meado do século XIX, com Lutz e os demais pensadores da época, cedia lugar ao transnacionalismo, que tinha em sua manifestação econômica o verdadeiro ariete com o qual atacava as fortalezas do Estado nacional. Posteriormente, com o mundo dividido em duas ideologias opostas, a capitalista e a socialista, já se marcha para o tipo de empresas “transideológicas”, quando cada uma das partes adapta a sua concepção jurídica e econômica de empresa à da parte contrária, chegando ao denominador comum de poderem transacionar e, mais do que isto, de se associarem para empreendimentos econômicos, sem com isto chocarem os princípios ideológicos fundamentais de cada um dos participantes.

Refletindo esta nova orientação a respeito da “concentração de empresas” no Direito nacional, temos especialmente as Leis dos Planos, como dissemos acima. Assim, vemos o Estado brasileiro incentivando a medida pela Lei nº 5.727, de 4 de novembro de 1971 (I PND), no capítulo da “Estratégia do Desenvolvimento”:

“Incentivos fiscais do imposto de renda à fusão e à incorporação de empresas, conjugando-as à abertura de capital, na forma do Decreto-Lei nº 1.182/71.”

No Capítulo V, ao cuidar da “Integração Social”, determina:

“III — impedir os abusos do poder econômico, pela contínua melhoria da distribuição de renda, sem prejuízo de eficiência que garanta às empresas o poder de competição. Cuidar-se-á de evitar lucros abusivos, transferindo-se ao consumidor parte dos ganhos de produtividade. Tomar-se-ão nesse sentido medidas tributárias e de crédito, associando-se os incentivos a fusões à abertura de capital das empresas.”

A Lei nº 6.151, de 4 de dezembro de 1974 (II PND), ainda empresta maior ênfase ao tema. No seu capítulo IV “A Estratégia Econômica: opções básicas”, ao definir as “opções e bases”, faz profissão de fé sobre a

“Utilização, para a aceleração do desenvolvimento de certos setores, de estruturas empresariais poderosas, como a criação de grandes empresas, através da política de fusões e incorpo-

rações na indústria, na infra-estrutura, na comercialização urbana, no sistema financeiro (inclusive área imobiliária) —, ou na formação de conglomerados financeiros, ou industriais-financeiros. Há necessidade de compatibilizar tal orientação com a política de distribuição de renda.”

Prossegue em seu item I:

“Emergência de Forte Expressão Empresarial Nacional — para a formação de número significativo de grupos nacionais sólidos e, não raro, grandes, no Centro-Sul, no Nordeste e nas demais áreas.”

Em decorrência, oferece como “linhas de opção”:

“2) Apoio à transformação de pequenas e médias empresas em grandes empresas, através de financiamentos, concedidos para tal fim, e de aportes de capital minoritários.

3) Política de fusões e incorporações, com estímulos financeiros (o FMRI e o PMRC, no BNDE) e fiscais (COFIE), nos setores em que a excessiva disseminação de empresas nacionais lhes retire o poder de competição e as coloque em posição frágil, perante o concorrente estrangeiro.

4) Formação de conglomerados nacionais, realizando a integração financeira, financeiro-industrial, financeiro-serviços, assim como outras fórmulas, de maneira flexível, em alternativas de liderança financeira, liderança industrial ou supervisão por empresa controladora (**holding**). O objetivo central deve ser a maior produtividade no uso dos recursos, pela fluidez intersetorial das aplicações e a garantia da estrutura financeira sólida.”

A orientação do II PND prossegue em relação às “fusões” e aos “conglomerados” afirmando que os “riscos” de sua adoção devem ser avaliados em relação aos “seus efeitos quanto ao grau de concorrência, ao mercado e quanto à distribuição da renda”.

Ora, tem sido amplamente discutido em todo o mundo capitalista o problema da posição do legislador e do jurista de compromisso democrático, diante dos técnicos em Economia que oferecem os seus “modelos” intervencionistas sem o correspondente ajustamento do direito aos expedientes recomendados e às práticas dessa tecnocracia. Em uma palavra, o legislador e o jurista não ajustaram a sua técnica à do economista e do administrador que se incumbem de planejar. Pelo menos, estes dispensam a colaboração daqueles, o que é o mais consentâneo com a realidade. Assim, o II Plano Nacional de Desenvolvimento, do Brasil, critica a legislação brasileira sobre “concentração”:

“Antes de tudo, releva salientar que, nas estruturas de mercado, a tendência no Brasil — na Indústria, no Comércio, no Sistema Financeiro — sempre foi o inverso daquela que pre-

valeceu, neste século, por exemplo nos Estados Unidos, e que determinou a legislação antitruste.”

Sabendo-se da inegável influência norte-americana na legislação de repressão ao abuso do poder econômico em nosso País, o II PND a acusa de não traduzir a realidade brasileira. Garante que, entre nós, a característica é a da “proliferação de empresas desprovidas de poder de competição, pela insuficiência de escala”, registrando-se “uma ou poucas empresas estrangeiras, com escala satisfatória, ao lado de uma multiplicidade de empresas nacionais, pequenas e fracas”.

Não cabe neste trabalho tecer considerações sobre a necessidade de legislar de modo a conter o abuso das empresas estrangeiras, de existência reconhecida no País, nem muito menos sobre a realidade norte-americana e dos demais países, onde a maioria das empresas também não assume grande porte. Deixando de lado o aspecto crítico, compete-nos apenas registrar a política econômica adotada na Lei do Plano e procurar situar as suas conotações jurídicas. Assim, prossegue o texto oficial:

“Nessas condições, uma política de fusão de empresas nacionais — e o que se tem estimulado é exatamente isto — para adquirir escala econômica, significa: elevar a eficiência do setor, fortalecer o empresariado do País e aumentar o grau de competição do mercado. Sim, porque a existência de algumas empresas médias e eficientes, ao lado das grandes, vitaliza a competição no setor, ao invés de enfraquecê-la.”

E, após estas definições e diretrizes, o II PND passa a cuidar do abuso do poder econômico, do mesmo modo que o I PND e, portanto, como uma política constante das Leis dos Planos em nosso País. A repressão será tratada:

“... através de instrumentos econômicos. Tais mecanismos serão o crédito e os incentivos fiscais, regulados no sentido de evitar práticas oligopolistas, assim como o sistema de controle de preços, orientado na forma já citada.”

Pretende-se substituir os instrumentos jurídicos por instrumentos econômicos, se for tomada a expressão do Plano ao pé da letra.

Mas ressurge a tese dos efeitos do Plano, quando transformado em lei. E, mais ainda, do modo pelo qual a política econômica adotada na Lei do Plano entrosa-se na ordem jurídica, de modo a assegurar, também aos particulares, os direitos que a Constituição lhes define e que têm que ser definidos contra o arbítrio da autoridade. As “diretrizes e prioridades” da Lei do Plano, por acaso, revogariam direitos de defesa contra os abusos do poder econômico realizados pela “concentração”, pelos expedientes da “fusão”, da “incorporação”, dos “conglomerados” e todos os demais, direitos estes que a legislação anterior garantiu plenamente?

## 5. A “concentração” e o princípio da “economicidade”

Podemos concluir pela existência, no Direito brasileiro, de três tipos de “concentração”: a reprimida, a consentida e a estimulada. A todos os três tipos corresponde lugar adequado no regime jurídico que regulamenta o tema. Por outro lado, se este regime jurídico pode ser acimado de diversidade, variando desde os aspectos penais aos autorizativos, para chegar aos tributários, em verdade no fundamento de suas razões havemos de encontrar o terceiro elemento de Direito Econômico como capaz de conciliar as suas aparentes contradições. Trata-se do princípio da “economicidade”, pelo qual se definirá a “linha de maior vantagem” na aplicação da política econômica, sem que se descambe para o oportunismo autocrático. Justamente este freio ainda integra o espírito de “economicidade”, pois longe de argumentos menos consistentes como os da “regra da razão”, do “bem comum” e outros que, em última análise, limitam-se à formação cultural do julgador, firma-se no sólido esteio da ideologia constitucionalmente adotada.

No caso específico da “concentração”, o exemplo parece-nos cristalino. A regra repressiva está contida no próprio item V do artigo 160 da Carta de 1969. A Lei nº 4.137, anterior a esta Carta, tem a sua vigência continuada naquilo em que cumpre o princípio ideológico repressivo e afirma-se como a peça legal de política econômica que a efetiva.

Ainda o artigo 74 da mesma Lei nº 4.137 configura a “concentração” consentida. E, por fim, as Leis dos Planos e os textos específicos dos incentivos fiscais configuram a “concentração” estimulada.

Acima de todos, porém, afirma-se no caput do art. 160 da Constituição o princípio ideológico do “desenvolvimento econômico e da justiça social”. Este é o dado fundamental da “linha de maior vantagem”, isto é, do princípio de “economicidade”, norteador de qualquer interpretação e aplicação dos instrumentos legais às circunstâncias oferecidas.

Não tem mais sentido a abordagem do fato “concentração” por apenas um desses aspectos. Muito menos significativa seria a intenção de usar o Direito como instrumento de efetivação de qualquer deles com exclusividade. Ao contrário, no cumprimento dos objetivos capazes de coincidirem com o ideal de desenvolvimento econômico e de justiça social é que a concentração se tornará permitida ou condenada pelo Direito. Diga-se, entretanto, que estes elementos ideológicos não se podem definir ao sabor de apreciações autocráticas. Ao contrário, as Leis dos Planos devem suprir justamente tais deficiências e oferecer os elementos objetivos a serem previamente definidos. Sua utilização pelo aplicador da lei tem o sentido de princípio geral ou fundamental do Direito, sobrepondo-se ao contingente casuístico para assumir a posição superior de substrato da idéia de justiça, que se pretenda configurar. Assim é que há de ser compreendido e utilizado o princípio da “economicidade” no trato jurídico do fato “concentração”.

# A empresa pública

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

Juiz do Trabalho — Professor na Universidade Federal de Minas Gerais.

## SUMÁRIO

*Empresa pública*

*A definição*

*O controle*

*Empresa pública (Serviço público e atividade comercial)*

*Empresa pública e Estado federado*

*Bibliografia*

### *Empresa pública*

O Estado vem evoluindo a passos firmes e decididos no sentido de um encontro mais franco e aberto com o particular. Objetiva-se desta forma a consecução de um novo plano de equilíbrio. Se o constitucionalismo do século XIX se desdobrou em esforços para obter um equilíbrio entre os três Poderes (o Legislativo, o Executivo e o Judiciário), hoje a tarefa se apresenta como procura de um equilíbrio entre o Estado e o indivíduo.

Não é, contudo, um equilíbrio estático, mas, sim, essencialmente dinâmico. E esse dinamismo exige do Estado feições multiformes. Assim,

não aparece ele somente como pessoa de direito público, mas assume fisionomia também de pessoa de direito privado, não só para conseguir mais facilmente os seus objetivos, como veremos, mas ainda para colaborar lado a lado com o indivíduo na consecução das metas próprias deste último (1).

Afigura-se assim um dos aspectos mais importantes do Estado moderno, como já o reconhecia Bilac Pinto em conferência pronunciada em 1952, e que é justamente "o da progressiva ampliação da área ocupada pelos serviços públicos" (2).

Aquela altura assinalava o preclaro mestre que não havíamos ainda criado "nenhuma empresa pública nos moldes das sociedades alemãs de um só membro ou das de pessoas públicas" (3).

Identificava ele um fenômeno que estava por surgir com grandeza tal a poder ocasionar um declínio na proliferação da sociedade de economia mista.

O aparecimento da nova forma de atuação do Estado é um fenômeno natural no evolucionismo das instituições humanas. Estas procuram sempre adquirir formas de ser e de atuar de acordo com as necessidades da sociedade que as adota. Lembra-nos aqui a aguda observação de García de Enterría, segundo o qual "a história da sociedade dos homens nos apresenta um vasto cemitério de organizações, um constante processo de lançamento, de amadurecimento e de morte, de fórmulas institucionais que gozam do fulgor do êxito durante uns momentos e acabam finalmente por desaparecer. Só aquelas organizações que sabem transformar-se, que sabem adaptar-se à mudança do meio social, no qual estão e do qual se nutrem, podem aspirar a uma relativa permanência" (4).

A vertiginosidade assumida pelos fenômenos da atualidade não se compadece com o pesantismo das organizações estatais vindas desde o século passado. Tal fato se revela em todos os setores da atividade estatal, desde a legislativa, passando pela administrativa, até a jurisdicional.

A imposição de prazos dentro dos quais as leis devam ser discutidas e votadas é uma exigência dos tempos, para que se evite sejam promulgadas hoje leis que eram necessárias um ano antes, e que hoje já se mostram inúteis. Assim é que o legislador deve adotar as decisões que o momento requer, e deve adotá-las com presteza, porque hoje, mais do que nunca, *fugit irreparabile tempus*.

(1) GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, págs. 49-57.

(2) BILAC PINTO. "O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas", in *Revista de Direito Administrativo*, nº 32, págs. 1-15.

(3) *Id.*, *Ibid.*, pág. 12.

(4) *Apud* GARCÍA, Pedro de Miguel. *El Intervencionismo y la Empresa Pública*. Madrid, Inst. de Estudios Administrativos, 1974, pág. 323.

Idêntico fenômeno se arvora como nuvem tempestuosa por sobre o Judiciário. As lides se avolumam cada vez mais e sempre mais requerem soluções, além de adequadas, prontas. As partes num processo, levadas pela vertiginosidade dos acontecimentos, estão sempre a exigir do órgão judicante a solução *hic et nunc* dos problemas propostos. Isto impõe aos juizes a aquisição de sempre maior capacidade jurídica aliada a métodos de trabalho de eficiência equiparada à necessidade dos tempos.

Se isto acontece com as esferas legislativa e judiciária, em proporção muitas vezes maior ocorre na administrativa. Esta tem por missão "executar", o que implica utilizar no momento adequado a solução administrativa que o caso requer.

Dá a exigência imposta ao Estado de atualizar as próprias formas de ser e de atuar. O Estado, para sobreviver perante a evolução da sociedade atual, tem que assumir formas institucionais compatíveis com o momento histórico.

Como a atuação dos indivíduos através das sociedades privadas vem mostrando a cada passo sua eficiência decisória e administrativa, o Estado é, então, levado a assumir a forma privada na sua constituição e atuação.

É verdade que, como reconhece Pedro de Miguel García, esse fenômeno de privatização se conjuga, sob o aspecto subjetivo, com a presença da Administração, o que acarreta "uma inevitável publicização, que se traduz em exorbitâncias ao regime comum" (5).

O dinamismo da realidade acarretou inevitavelmente uma defasagem das estruturas, colocando-as em crise, no exato sentido da palavra. Deverá assim haver um autojulgamento por parte dessas mesmas estruturas, que chegarão infalivelmente à conclusão de que há uma inarredável necessidade de uma reestruturação das instituições estatais, que só assim conseguirão acompanhar o progresso da sociedade.

Podemos por isso aceitar a afirmação de Marienhoff de que, "como entes jurídicos, as empresas do Estado representam a última etapa na evolução institucional do Estado e do direito administrativo" (6). O fato de serem as mais recentes explica estoutro fato de serem ainda confusos os seus contornos nacionais, pois que ainda não houve tempo de se cuidar de seu aspecto jurídico. O direito não se fixou ainda sobre um conceito unívoco de empresa pública, em que pese ao fato de termos, por exemplo, no Brasil, uma definição de direito positivo sobre a natureza jurídica da empresa pública (cfr. art. 5º, II, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967).

Os autores se esforçam por distinguir, nesse novo ente jurídico, as características essencialmente definitórias, realçando ora um, ora outro

---

(5) *El Intervencionismo y la Empresa Pública*, Madrid, Inst. de Estudios Administrativos, 1974, pág. 343.

(6) *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, tomo I, pág. 430.

aspecto dentre os que julguem mais importantes. Assim é que Laubadère sobreleva a participação do capital público, mostrando que a sociedade, onde ocorra tal participação, “outra coisa não é senão uma sociedade comercial cuja particularidade é que seu capital é integralmente propriedade do Estado” (7). Zanobini acentua a atuação decisiva da vontade do Estado, quando este assume o controle da totalidade das ações, o que o deixa em dúvida sobre se tais sociedades conservam a qualidade de sociedades privadas ou devem ser consideradas entes públicos ou se devem ser consideradas sociedades comerciais públicas (8).

### A definição

Como decorrência das novas necessidades surgidas e como reflexo obtido no setor privado pelas sociedades comerciais, o Estado veio tentar uma nova forma de apresentação e atuação.

A empresa pública assumiu conseqüentemente uma posição intermediária, tendo de um lado a economia privada e de outro a administração pública, de ambas recebendo contribuições. Assim é que, como acentua Ernst Forsthoff, a atividade comercial “não explica de maneira satisfatória por que as empresas públicas se multiplicaram”. Podem-se enumerar outros estímulos e razões “que encorajaram o desenvolvimento da participação ativa da administração na vida econômica: vontade de poder do Estado, necessidade de ativar a burocracia, ideologia socialista, consideração de pontos de vista sociais”. Mas prossegue o mesmo autor na explicação das razões que justificaram o nascimento e a proliferação das empresas públicas, colocando-as no mesmo plano das necessidades “que provocaram o advento do Estado-Providência: a necessidade de excluir a livre concorrência e a exigência de prestações que sejam socialmente adequadas e garantidas pela caução do Estado” (9).

Intervém, portanto, o Estado no domínio econômico, e o faz por duas formas: *dirigindo e controlando* a atividade privada ou *exercendo diretamente* as atividades econômicas (10).

Convém, entretanto, ressaltar que esses dois tipos de atuação estatal são a síntese dos diversos modos pelos quais se opera a intervenção no domínio econômico, pois que, como observa Jean Rivero, a empresa pública pode ser criada diretamente pelo Estado, pode nascer da fusão de várias empresas públicas preexistentes, ou ainda pode ser o resultado de antigas empresas privadas, cujo estatuto jurídico foi transformado por meio de uma nacionalização (11).

(7) *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, L.G.D.J., 2º vol., 1971, pág. 623.

(8) *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, vol. V, págs. 420-421.

(9) *Traité de Droit Administratif Allemand*. Bruxelles, Brylant, 1969, págs. 737-738.

(10) Cfr. ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milano, Giuffrè Ed., 1969, vol. V, pág. 413.

(11) Cfr. *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 6.ª ed., 1973.



Esta é a visualização externa do problema.

Quando passamos a um outro ângulo, ou seja, o da identificação do fenômeno em si mesmo, procurando então os seus elementos definidores, deparamos com um longo rosário de definições, pois cada um de seus autores se fixa em uma das características do definido relegando as demais a um plano inferior.

Salvo raras exceções, como é o caso do Brasil e o da Argentina, como veremos, a noção jurídica da empresa e, no caso presente, da empresa pública, não se constitui de critérios jurídicos puramente formais. Raro é o sistema de direito positivo que apresenta uma definição legal de empresa pública, fixando dessa forma as suas características.

Temos no conceito de empresa pública dois elementos de proveniência totalmente diferente. De um lado, a realidade econômica e, de outro, a forma jurídica, observando-se que ambos são elementos sobrecarregados de polemicidade. A empresa pública é antes de mais nada empresa, isto é, "uma combinação dos fatores de produção dirigida à realização de uma atividade econômica, consistente na produção de bens ou prestação de serviços", mas é também "algo público", e este aspecto condiciona "o interesse geral de sua atividade, que determina sua própria existência e sua propriedade nas mãos da Administração". Ora, conclui Pedro Miguel García, "raramente da união de duas imprecisões pode surgir uma idéia clara" (12).

É a conclusão unânime a que chegam quase todos os autores, quando se trata de dar à empresa pública uma definição (13).

Ante a complexidade do problema no campo doutrinário, sem qualquer resultado definitivo para a elucidação da questão, julgamos proveitoso acolher a sugestão de Pedro de Miguel García, partindo de uma noção elementar, que não pretende ser uma definição, que deveria ser abrangente, descrevendo a empresa pública como uma atividade empresarial da Administração" (14).

Pelo que, depois de apresentar as definições legais de empresa pública, encontradas na legislação brasileira e argentina, vamos deter-nos simplesmente na apreciação das características com as quais costumam apresentar-se as empresas públicas.

No Brasil, a conceituação legal de empresa pública nos é dada pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Define o seu art. 5º, inciso II, a empresa pública como a "entidade dotada de personalidade

(12) *El Intervencionismo y la Empresa Pública*, Madrid, Inst. de Estudios Administrativos, 1974, págs. 294-297.

(13) Cfr. LAUBADÈRE, A. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris, L.G.D.J., 1970, 5.ª ed., vol. I, pág. 594; VEDEL, G. *Droit Administratif*. Paris, P.U.F., 1973, 5.ª ed., pág. 748; DEBASCH, Charles. *Droit Administratif*. Paris, Ed. Cujas, 1971, 3.ª ed., pág. 270.

(14) Ob. cit., pág. 279.

jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”.

Contemplando mais vagarosamente os diversos elementos da definição legal, verificamos preliminarmente que a empresa pública é dotada por lei de *personalidade jurídica*, mas, embora sua proveniência seja da Administração, deverá ela atuar pelo modo peculiar às pessoas de *direito privado*. O seu regime jurídico é de direito privado.

O capital lhe vem da União, exclusivamente, como está dito no diploma legal definidor, constituindo-se em patrimônio de propriedade da pessoa jurídica criada.

É, entretanto, oportuno lembrar que já se vem admitindo que o capital possa ser compartilhado por outras entidades de direito público. Nesse sentido, a Lei Delegada nº 6, de 26 de setembro de 1962, que criou a Companhia Brasileira de Alimentos, possibilita participarem do capital social a União e as Unidades Federadas (art. 8º). Disposição legal paralela encontramos na Lei Delegada nº 7, que criou a Companhia Brasileira de Armazenamento (CIBRAZEM), dispondo no seu art. 7º que a União e as Unidades federadas participam de seu capital social.

Exemplo típico de unicidade de capital da União encontramos no art. 9º do Estatuto da Caixa Econômica Federal, aprovado pelo Decreto nº 81.171, de 3 de janeiro de 1978, e também no art. 6º do Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969, que transformou o Departamento de Correios e Telégrafos em Empresa Pública.

Sua criação se faz por *lei*, destinando-se à exploração de *atividade econômica*, à qual deva dedicar-se o Governo ou por força de contingência ou por conveniência administrativa.

Para esse fim, a empresa criada poderá revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito, mesmo que para isso seja necessário derogar normas do direito societário.

Surgiu assim a figura jurídica de uma sociedade de um único sócio, o que representa não somente uma derrogação de dispositivos legais, mas principalmente uma contradição com o próprio conceito de sociedade.

O direito argentino também procurou definir empresa pública, e o fez através da Lei nº 13.653, de 31 de outubro de 1949. Assim reza o seu art. 1º:

Para os efeitos da presente lei, entende-se por “empresas do Estado” as entidades descentralizadas da administração nacional, que cumprem funções de índole comercial, industrial ou de prestação de serviços públicos de caráter similar.

A definição legal vem ressaltar a *descentralização* alcançada através das empresas públicas, frisando ao mesmo tempo as finalidades por elas objetivadas, e que são a prestação de serviços de tipo comercial e industrial e a de serviços públicos.

Posteriormente, a Lei nº 14.380, de 5 de outubro de 1954, modificando a Lei nº 13.653, já citada, enumera em diversos de seus artigos várias características, que contribuem para uma melhor identificação do fenômeno empresa pública.

Assim é que a segunda alínea do art. 1º sublinha o aspecto bifacial da empresa pública:

“As empresas do Estado ficam submetidas: *a)* ao direito privado em tudo aquilo que se refira a suas atividades específicas; e *b)* ao direito público em tudo que se refira a suas relações com a administração ou ao serviço público que se achar a seu cargo.”

Comprova-se assim o que já antes mencionáramos, quando nos referimos ao fato de que, em sua maneira de atuar, a empresa pública procura assimilar os métodos adotados pelas sociedades comerciais características do direito privado.

Mas, ao relacionar-se com a Administração ou ao aprestar-se para gerir serviços públicos, a empresa pública passa a atuar muito mais num clima de direito público do que num de direito privado.

Põe-se à vista o instituto de tutela a que se submete a empresa pública, que deverá apresentar anualmente ao Poder Executivo “o plano de ação a desenvolver durante o/ou os exercícios econômicos subseqüentes”.

Assinala-se ainda o fenômeno de as autoridades das empresas do Estado, como também todo o pessoal a serviço, sujeitarem-se a ser responsabilizados tal como se fossem funcionários públicos (art. 2º).

Estas empresas sujeitam-se a todos os impostos, taxas e contribuições nacionais, provinciais e municipais, da mesma forma que as empresas privadas (art. 3º).

Por outro lado, as empresas do Estado não podem ser declaradas em falência (art. 4º).

A Lei nº 15.023, de 10 de dezembro de 1959, introduzindo modificações nas duas leis anteriores, colocou em posição de eminência o controle exercido pelo Estado sobre as empresas públicas, regulando pormenorizadamente a forma pela qual deveria processar-se a tutela administrativa.

Observamos, finalmente, que, depois desta rápida excursão pelo direito argentino de empresa pública, a definição desta instituição não se encontra concentrada num só artigo, mas se derrama por vários deles, e até se espalha por diversos diplomas legais, que conseguem

assim, em vez de definir, fazer um elenco das características mais notáveis da empresa pública.

Há que proceder-se, portanto, a um levantamento de notas características da empresa pública, notas capazes de tirá-la de uma posição de abstratismo e de lhe dar concretidade suficiente para distingui-la da atividade estritamente administrativa.

Apesar de não haver coincidência quantitativa e qualitativa entre as características apontadas, é possível reuni-las sob quadros gerais. Salienta, então, Pedro de Miguel García três elementos sobre os quais se têm concentrado as atenções: "o OBJETO, a ESTRUTURA e FUNCIONAMENTO e, por fim, a PROCEDÊNCIA DE SEUS RECURSOS ECONÔMICOS" (15).

O OBJETIVO proposto à atuação da empresa pública é essencialmente econômico: com o intuito de dirigir e controlar a atividade econômica, substancialmente deixada à iniciativa particular (art. 160 da Constituição Federal), a empresa pública assume atividade de produção, circulação e venda de produtos ou serviços.

Surge aqui a questão sempre posta, sempre rejeitada, mas que iterativamente retorna: a empresa pública visa essencialmente ao lucro?

Sabemos que o lucro não é elemento essencial da empresa, mesmo especificamente da empresa privada. Há empresas que são constituídas com o intuito de dar prejuízo, ou pelo menos de não dar lucro. Nem por isso se lhes nega a qualidade de "empresa".

Jean Rivero assume posição francamente a favor da possibilidade de a empresa pública vir a ter lucros, "pois que seu regime financeiro escapa totalmente às regras da contabilidade pública. Se a realização de um lucro não é, diferentemente da empresa capitalista, a única finalidade da gestão, pelo menos permanece como uma de suas finalidades; a empresa deve tender a uma gestão não somente equilibrada, mas, ainda, lucrativa, a fim de poder utilizar, para seu desenvolvimento, os procedimentos do autofinanciamento..." (16).

George Vedel participa da mesma opinião, mas o faz ressaltando que a empresa pública "não pode ter por objeto exclusivo a realização de lucros... pois que ela não pode negligenciar o interesse geral" (17).

É verdade que não há um paralelismo total neste ponto entre o fim pretendido pelo Estado e o procurado pelo particular. Este quer o lucro para si, como indivíduo, ao passo que aquele objetiva o lucro não para si como ponto final, pois que coloca como beneficiário último o próprio povo, já que os lucros obtidos pela empresa pública se convertem

(15) Ob. cit., págs. 312-313.

(16) *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 1973, 6.ª ed., pág. 456.

(17) *Droit Administratif*, Paris, P.U.F., 1973, 5.ª ed., págs. 751-752.

em maior quantidade e melhor qualidade de serviços prestados ao público (18).

No que se refere à estrutura e funcionamento, já o dissemos mais de uma vez, a empresa pública se assemelha aos das empresas privadas.

O regime jurídico por que são governadas é o de direito privado, o mesmo que regula a constituição e atividade das sociedades comerciais privadas. São por isso dotadas por lei de personalidade jurídica de direito privado, exercendo com autonomia suas atividades econômicas de acordo com os princípios que regem o econômico. Têm um patrimônio, que lhes foi outorgado pela União, mas ao mesmo tempo cobram dos particulares o preço dos serviços que lhes prestam, da mesma forma adotada pelas empresas privadas.

Assim é dupla a proveniência de seus recursos, da entidade pública que as criou e dos beneficiários diretos das atividades por elas prestadas.

Há finalmente um elemento de suma importância: a presença do Estado.

Em virtude dessa presença, a empresa pública pode ver-se investida de diversas prerrogativas de poder público, não se sujeitando a diversas injunções a que se submete ordinariamente a empresa particular. Não está ela sujeita à falência. Entre nós, a situação é prevista expressamente pelo art. 178 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

As atividades de empresa pública estarão sujeitas à supervisão ministerial, que se exercerá através da orientação, coordenação e controle de suas atividades (cfr. arts. 19 e 20 do Decreto-Lei nº 200).

Seus dirigentes são nomeados e destituídos por decisão administrativa.

Após esse longo percurso por entre as características capazes de identificar a empresa pública, devemos concluir melancolicamente que elas não são ainda suficientes para uma perfeita limitação entre ela e os demais órgãos governamentais, quer incumbidos de atividades industriais e comerciais, quer encarregados da prestação de serviços públicos. A questão será muito mais de direito positivo, ficando ao legislador o *arbítrio de situar a instituição por ele criada num ou noutro âmbito*.

Exemplifiquemos concretamente a afirmação exarada agora a modo de conclusão.

Temos duas empresas, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e a Telecomunicações Brasileiras S.A., vinculadas ao mesmo Ministério, destinando-se ambas à prestação de serviços de comunicação, mas que, no entanto, se constituíram uma como empresa pública e a outra como sociedade de economia mista.

(18) MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, pág. 438; Cfr. TRÈVES, G. *Le Imprese Pubbliche*. Torino, Giolichelli, 1950, págs. 6-32.

Com efeito, ambas poderiam ter sido instituídas como empresas públicas, com capital exclusivo da União, e no entanto razões de ordem econômica ou política levaram os instituidores a permitir o ingresso como acionistas da Telebrás, além da União, como detentora de 90% das ações, ainda o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, o Banco do Brasil S.A., a Companhia Vale do Rio Doce, a Petróleo Brasileiro S.A., a Companhia Siderúrgica Nacional e as Centrais Elétricas Brasileiras S.A.

O Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969, transformou o Departamento dos Correios e Telégrafos em *empresa pública*, com a denominação de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, tendo sido aprovados seus estatutos pelo Decreto nº 72.897, de 9 de outubro de 1973.

A Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972, autoriza o Poder Executivo a constituir uma sociedade de economia mista denominada Telecomunicações Brasileiras S.A.

Se perfilarmos o texto do decreto-lei instituidor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, veremos ali corporificadas as características acima apontadas como identificadoras da empresa pública.

### *O controle*

A descentralização é, na verdade, uma forma de autonomia na execução de determinados serviços. E quando falamos em descentralização, referindo-nos à empresa pública, fazemo-lo somente tendo em vista a forma de atividade, e não o tipo de serviço prestado, pois que neste último caso seria oportuno indagar com Cretella Júnior se haveria mesmo descentralização quando a empresa pública executa tarefas de caráter comercial e industrial.

É preciso ressaltar, como o faz Laubadère, que a autonomia não implica *independência*. A forma de atividade estatal descentralizada importa a sujeição a um controle exercido pelo poder central. Esse controle poderá ser mais estrito ou mais frouxo. Ao primeiro tipo se dá o nome de controle hierárquico e ao segundo de tutela administrativa, expressão que vem sendo substituída gradativamente, segundo observa Marcel Waline, para afastá-la do conceito próprio de tutela civil, por outra expressão, "controle administrativo" <sup>(19)</sup>.

O controle hierárquico se exerce dentro de um mesmo órgão, onde as atribuições e as respectivas esferas de atuação se *desconcentram*. Tal fenômeno pode verificar-se, quer dentro dos órgãos pertencentes ao poder central, quer também dentro do próprio órgão descentralizado.

(19) LAUBADERE, A. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris, L.G.D.J., 1970, págs. 89-94; WALINE, M. *Précis de Droit Administratif*. Paris, Ed. Montchrestien, 1969, pág. 309.

O controle administrativo, segundo Waline, ou tutela administrativa, segundo Laubadère, se exerce a partir do poder central, no intuito de fiscalizar a atividade das pessoas descentralizadas.

A finalidade última da existência de tais tipos de controle é a de resguardar o *interesse público*, evitando que os diversos órgãos, quer centrais, quer descentralizados, dele se afastem.

Quanto à forma de atuar, deve-se observar que o controle hierárquico é mais abrangente do que o simples controle administrativo, pois que este tem um limite na autonomia da pessoa descentralizada.

Esse controle poderá exercer-se quer sobre os aspectos técnicos, quer ainda sobre os aspectos financeiros. Ressalte-se, contudo, a tendência acentuada para a supremacia cada vez maior do controle sobre as finanças, em contrapartida com o decréscimo do controle sobre os aspectos técnicos. E isto é uma conseqüência natural da descentralização, no caso presente em referência às empresas públicas, pois estas se presumem criadas reunindo dentro de si toda a especialização técnica indispensável para o desempenho da atividade a que se propõem.

Pedro de Miguel García enumera três tipos pelos quais se exerce o controle da gestão econômica e financeira das empresas públicas. O Direito Comparado nos oferece neste aspecto uma pluralidade de sistemas, cuja classificação pode fazer-se da seguinte forma:

a) sistema de tribunal independente, como sucede na Itália, República Federal da Alemanha, Áustria, Bélgica e Espanha;

b) sistema de órgão administrativo criado *ad hoc*, cujo exemplo típico é o da França;

c) sistema de órgão incrustado ou dependente diretamente do Parlamento, como é o caso da Inglaterra e Estados Unidos <sup>(20)</sup>.

Observamos, ainda, acompanhando ao mesmo autor, que o controle da empresa pública, se de um lado é de suma necessidade, para conservá-la atuante em consonância com o interesse público, não pode, por outro lado, alcançar tal rigor que a impeça de se aproximar da forma de atuação das empresas privadas.

A complexidade do fenômeno empresarial conhecido como "toma-da de decisões", com implicações de ordem técnica e concurrencial e de acompanhamento das flutuações do mercado, não pode vir a ficar asfixiada por um controle administrativo demasiado operante.

No Brasil, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, no seu Título IV, dispõe sobre o controle administrativo a ser exercido pelo Ministro de Estado competente, denominando a esta atividade de "supervisão ministerial".

(20) *El Intervencionismo y la Empresa Pública*, Madrid, Inst. de Estudios Administrativos, 1974, págs. 394-420.

O art. 19 determina que “todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32. . .”

O art. 25 estabelece os objetivos a que visa a supervisão ministerial, podendo-se destacar entre eles os de “fiscalizar a aplicação e utilização de dinheiros, valores e bens públicos” (inciso VIII), promover a execução dos programas do Governo (inciso II), coordenar as atividades dos órgãos supervisionados e harmonizar sua atuação com a dos demais Ministérios” (inciso IV).

No que se refere à Administração Indireta, atentando-se neste trabalho para o que respeita à empresa pública, o art. 26 estabelece os objetivos específicos da supervisão ministerial:

I — a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade;

II — a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade;

III — a eficiência administrativa;

IV — a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

O parágrafo único desse mesmo artigo estabelece as medidas a serem adotadas para que se possam alcançar as metas discriminadas nos seus quatro incisos.

Devemos ressaltar finalmente a fiscalização financeira exercida pelo Ministério da Fazenda (art. 25, X) e a fiscalização financeira e patrimonial atribuída ao Tribunal de Contas (art. 25, XI), este último, no sistema brasileiro, vinculado ao Congresso Nacional e ao Poder Executivo, como vem disposto nos arts. 70 e seguintes da Constituição Federal.

No caso específico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), podemos encontrar no Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969, os modos pelos quais se processa o controle administrativo naquela empresa pública.

O art. 3º desse decreto-lei determina que a “ECT será administrada por um presidente demissível *ad nutum*, indicado pelo Ministro de Estado das Comunicações e nomeado pelo Presidente da República”, configurando-se uma concretização do disposto pelo Decreto-Lei nº 200, no parágrafo único, letra *a*, do art. 26.

O art. 19 do Decreto-Lei nº 509 dispõe sobre a supervisão exercida pelo Ministério das Comunicações.

O art. 20 do mesmo Decreto-Lei exige que a ECT envie “ao Tribunal de Contas da União as suas contas gerais relativas a cada exercício, na forma da legislação em vigor”.



## *Empresa pública*

(Serviço público e atividade comercial)

### 1 — A descentralização

Num sistema de absoluta separação entre as atividades típicas do Estado e atividades próprias dos particulares, como ocorria, por exemplo, no regime do Estado-polícia, haveria uma nítida distinção entre serviços públicos, e seriam todos aqueles atribuídos ao Estado, e atividades privadas, e seriam todas as atividades exercidas pelo particular.

Mas desde que o Estado passou a intervir no domínio privado, orientando, dirigindo, ou mesmo exercendo atividades antes reservadas aos particulares, aquela distinção, teoricamente fácil, passou a ser difícil.

Ontologicamente, uma atividade, considerada em si mesma, não é nem pública nem privada. Não é possível classificar um determinado tipo de atividade, como pública ou privada, a partir de seus elementos essenciais.

A classificação será possível a partir de um elemento externo, como, por exemplo, a *finalidade* a que se destina a atividade. E mesmo a *finalidade* nem sempre terá condições de classificar determinada atividade, mas será preciso recorrer às *finalidades*, ou seja, a um conjunto de objetivos visados.

Esse o problema a ser analisado, quando se fala do tipo de atividades exercidas por uma empresa pública. E viria, então, a pergunta: a empresa pública presta serviços públicos ou executa atividades comerciais e industriais?

Não encontramos e não pretendemos dar neste estudo uma resposta para o que se perguntou.

Achamos, entretanto, que a simples análise do problema contribuirá para lançar maior luz sobre a empresa pública.

Para entendermos com maior abrangência a questão a ser estudada, há ainda que levar em conta um *desdobramento na atividade estatal*.

Verificando a impossibilidade de centralizar tudo nas mãos de um organismo único, e visando conseguir melhor funcionamento, mais fácil gestão administrativa e financeira, o Estado recorreu à iniciativa da descentralização, criando organismos autônomos, atribuindo-lhes patrimônio próprio, destinando-lhes certo tipo de atividades, embora continuando a existir certa vinculação com o centro, através de um controle administrativo.

As atividades atribuídas a cada um desses organismos continuariam tendo as mesmas qualidades essenciais anteriormente possuídas,

ou seja, seriam serviços públicos, ou então tais organismos poderiam exercer as atividades antes reservadas aos particulares.

Operou-se o fenômeno conhecido como descentralização.

Para entendê-lo cabalmente, há que proceder-se por partes, estabelecendo distinções.

Há que distinguir-se, por um lado, "soberania" e "autonomia" como conceitos políticos, e, por outro, "autarquia" e "autarcia" que traduzem conceitos administrativos, como salienta Marienhoff (21).

A soberania significa autodeterminação e independência, ao mesmo tempo que exige o conceito de poder de impor, internamente, as próprias determinações, donde o conceito de Estado soberano.

A autonomia implica o conceito de poder legislar e poder-se governar de acordo com essas leis.

Já a autarquia implica a recepção de atribuições para administrar-se a si mesmo, de acordo com uma norma recebida de um ente governamental superior.

A autarcia traz a idéia de auto-suficiência econômica (22).

São, pois, conceitos de distribuição de poderes, que se autolimitam.

A centralização, descentralização e desconcentração implicam, por seu turno, a distribuição de atividades.

Quando estas atividades se reúnem totalmente nas mãos do órgão governamental central, temos a centralização. Quando as atividades, antes centralizadas nas mãos de um só órgão, são distribuídas por outros órgãos, dotados de personalidade própria diferente da do órgão central, e estes órgãos, com autonomia, se administram a si mesmos, gerem seus próprios negócios, temos o que se chama "descentralização". Observe-se que essa descentralização pode operar-se no plano político (Estado federal e Unidades federadas), como também no plano administrativo, que nos interessa no momento, quando, então, se descentralizam serviços. A desconcentração "se situa no quadro da centralização, sendo totalmente estranha à descentralização. Consiste em aumentar os poderes ou as atribuições dos representantes locais do poder central para descongestionar o poder central" (23).

Para caracterizar a administração indireta, será muito importante verificar o sistema de controle pelo qual se liga à direta. A esse propósito é importante a palavra de Ernst Forsthoff, afirmando que "a administração indireta se acha fundamentalmente fora da hierarquia das autoridades do Estado. Ela não lhe está subordinada por meio de ins-

(21) *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, págs. 370-371.

(22) Cfr. MARIENHOFF, M. S., ob. cit.

(23) LAUBADÈRE, A. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris, L.G.D.J., 1970, pág. 95.

truções de serviço. . . Poder hierárquico e tutela do Estado são fundamentalmente diferentes. . . A tutela se exerce sobre negócios que lhe são estranhos, o poder hierárquico intervém em seus próprios negócios; o poder hierárquico é fundamentalmente ilimitado, a tutela tem necessariamente limites quanto às condições de exercício, à extensão e aos meios de sua ação. A tutela se exerce alheia às relações hierárquicas entre funcionários, o poder hierárquico dispõe também de meios disciplinares, porque se aplica a subordinados” (24).

Dentro da administração descentralizada, não haveria qualquer dúvida se perguntássemos se a autarquia executa serviços públicos. A própria lei se encarrega de esclarecer que suas atividades são típicas da Administração Pública (art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967).

Quanto à empresa pública, a lei é clara ao atribuir-lhe *atividade econômica* (inciso II, do art. 5º do Decreto-Lei nº 200).

Essa tomada de posição por parte do legislador não tira o mérito à discussão do problema.

Com efeito, Cretella Júnior assinala que o objeto da empresa pública é o exercício ou prestação de “serviços privados”, mas nada impede “que as empresas públicas prestem por exceção serviços públicos” (25). E a esse respeito, observa ele que, “quando a empresa pública tem por objeto atividades econômicas, comerciais ou industriais, não há descentralização alguma. Há intervenção do Estado na ordem econômica, há ingerência estatal no campo privado, mediante a adoção de esquemas privatísticos” (26).

Voltamos assim à questão posta inicialmente, devendo então distinguir o que seja serviço público e o que seja atividade econômica.

Celso Antônio Bandeira de Mello define o *serviço público* como “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público — portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais — *instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo*” (27).

Sublinhamos na definição acima os itens que nos interessam. Ali deixamos frisada a afirmação de Bandeira de Mello de que é serviço público todo aquele conjunto de interesses que o Estado houver definido como próprios e, por isso, houver colocado sob regime de direito público.

(24) *Traité Administratif Allemand*. Bruxelas, Brylant, 1969, pág. 690.

(25) *Empresa Pública*, São Paulo, V. Bushatsky, 1973, pág. 188.

(26) Ob. cit., págs. 16-17.

(27) *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975, pág. 1.

A posição de Bandeira de Mello coincide com a de Cretella Júnior, para quem “a consideração de uma atividade como serviço público, em relação à atividade privada, resulta de um ato de vontade do Estado: são atividades de serviço público aquelas que as autoridades competentes, num dado momento histórico, decidem considerar como tais” (28).

Em face dessa ausência de um conteúdo intrínseco da atividade da empresa pública, a defini-la como serviço público ou atividade econômica, conclui Cretella Júnior que “a empresa pública, que geralmente explora atividades econômicas típicas (atividades mercantis, industriais e comerciais), pode também desempenhar serviços públicos” (29).

Na busca de traços definidores do serviço público, para distingui-lo da atividade econômica do particular, esforçam-se os diversos autores na identificação das características de cada atividade estatal.

Para Marcel Waline, o serviço público “supõe sempre uma obra de interesse público a cumprir”. Sustenta assim o finalismo da atividade, quando tem por meta o interesse geral. Mas não deixa de salientar o aspecto de ser tal atividade executada sob a alta direção da Administração, numa oposição da atividade de uma pessoa de direito público a atividade de pessoas de direito privado (30).

Georges Vedel assinala que a jurisprudência francesa vem reconhecendo a existência de SERVIÇOS PÚBLICOS INDUSTRIAIS E COMERCIAIS, assinalando, contudo, que sua definição “é extremamente delicada” (31).

Charles Debasch se coloca na mesma posição, acentuando que “não há mais uma divergência fundamental de finalidade entre o serviço público e o serviço privado. A mesma necessidade de interesse geral pode ser, segundo a vontade do legislador, assegurada por um serviço público ou por um serviço privado. Alguns serviços privados são submetidos a uma regulamentação estreita, que assegura o respeito ao interesse geral” (32).

Reconhecendo também que “pertence somente ao poder público decidir que uma atividade está erigida em serviço público”, e que, portanto, o critério distintivo se encontra na “intenção dos governantes”, Laubadère focaliza “indícios exteriores da intenção de criar um serviço público” e cita, então, “a outorga de prerrogativas de direito público” e “a estipulação de cláusulas e regras especiais derogadoras do direito privado” (33).

(28) Ob. cit., pág. 41.

(29) Ob. cit., pág. 17.

(30) *Précis de Droit Administratif*, Paris, Ed. Montchrestien, 1969, págs. 456-459.

(31) *Droit Administratif*, Paris, P.U.F., 1973, págs. 818-820.

(32) *Droit Administratif*, Paris, Ed. Cujas, 1971, 3.ª ed., pág. 206.

(33) *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, L.G.D.J., 1970, pág. 549.

Embora o direito positivo brasileiro destine à empresa pública uma atividade econômica, será difícil extremar tal tipo de atividade do serviço público propriamente dito. Daí dizermos, acompanhando ao mestre Cretella Júnior e usando de suas mesmas palavras, que “a empresa pública, que geralmente explora atividades econômicas típicas (atividades mercantis, industriais e comerciais), pode também desempenhar serviços públicos” (34).

### *Empresa pública e Estado federado*

Diante do exposto nos tópicos anteriores, pergunta-se agora se o Estado-membro pode criar empresas públicas.

Já deixamos visto que a criação de empresas públicas no âmbito federal se acha expressamente prevista pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Mas devemos também observar que já antes desse decreto-lei se achavam constituídas empresas sob a denominação de empresas públicas, como a Companhia Brasileira de Alimentos — COBAL, criada pela Lei Delegada nº 6, de 26 de setembro de 1962, e a Companhia Brasileira de Armazenamento — CIBRAZEM, criada pela Lei Delegada nº 7, de 26 de setembro de 1962.

Ora, não há, no que toca ao Estado de Minas Gerais, uma lei da Administração Pública Estadual que contemple, como o faz no âmbito federal o Decreto-Lei nº 200, a possibilidade de vir o Estado a criar empresas públicas estaduais.

Mas, se houvesse autorização legal nesse sentido na esfera estadual, teria a mesma que se defrontar com dois problemas, como assinala Cretella Júnior, um de ordem formal e outro de ordem material.

Do ponto de vista formal, cabe somente à União derrogar lei federal. Assim sendo, o Estado-membro não poderá, por exemplo, criar empresa pública sob a forma de sociedade anônima com um único sócio como é possível na área federal, pois que a nova Lei de Sociedades Anônimas exige o mínimo de dois sócios (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 80, inciso I). Além disso, a criação de “sociedade” com um único sócio foge ao pressuposto fático de toda legislação federal.

Por outro lado, do ponto de vista material, se o objeto da empresa pública for a consecução de atividades econômicas, industriais e comerciais, a orientação é uma, envolvendo o importante problema da intervenção no domínio econômico, iniciativa apenas facultada à União; se a atividade da empresa pública for, porém, o desempenho de serviços públicos, o problema se equaciona e se resolve em perspectivas totalmente diversas.

A intervenção no domínio econômico, pelo que dispõe o art. 163 da Constituição Federal, está condicionada à edição da lei federal.

(34) Ob. cit., pág. 17.

Ainda do ponto de vista material, somente a União pode legislar sobre matéria comercial (Const. Fed., art. 8º, inciso XVII, letra b). Assim sendo, o Estado-membro não pode legislar a respeito, tendo em vista a reserva legal em favor da União.

Donde conclui Cretella Júnior que “empresa pública estadual pluripessoal, para a exploração de serviços administrativos (jamais empresa pública estadual unipessoal), é o único tipo que o direito brasileiro admite, no que diz respeito a tais entidades, no âmbito dos Estados-membros da Federação”.

Temos em Minas Gerais um exemplo significativo pelo pioneirismo de empresa pública estadual. Trata-se da Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado de Minas Gerais — EMATER-MG.

Sua instituição se fez por autorização legislativa, através da Lei Estadual nº 6.704, de 28 de novembro de 1975. Diz o art. 1º dessa lei:

“Fica o Poder Executivo autorizado a instituir, observada a legislação própria, uma *empresa pública* sob a denominação de Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado de Minas Gerais — EMATER-MG, *vinculada à Secretaria de Estado da Agricultura* e integrada ao Sistema Operacional de Agricultura, Pecuária e Abastecimento (SOAPA), com *personalidade jurídica de direito privado, patrimônio próprio, autonomia administrativa e financeira.*”

Estão, assim, previstos legalmente os elementos jurídicos com que deverá contar a nova empresa:

- 1 — será uma empresa pública;
- 2 — estará vinculada à Secretaria de Estado da Agricultura, configurando-se o controle administrativo;
- 3 — terá personalidade jurídica de direito privado, estabelecendo-se, assim, o regime jurídico sob o qual atuará a nova entidade;
- 4 — terá patrimônio próprio; e
- 5 — terá autonomia administrativa e financeira.

Com base na autorização legal recebida, o Estado de Minas Gerais firmou *contrato social*, aprovado pelo Decreto nº 17.836, de 8 de abril de 1976, com a Empresa Brasileira de Assistência Técnica e Extensão Rural — EMBRATER, para constituição da EMATER-MG. Reza a primeira cláusula desse contrato social:

“O ESTADO e a EMBRATER, por este instrumento, ajustam a constituição de UMA SOCIEDADE CIVIL DE FINS ECONÔMICOS, por quotas de responsabilidade limitada, com *personalidade jurídica de direito privado*, patrimônio próprio e autonomia administrativa e financeira, EMPRESA PÚBLICA vinculada à Secretaria de Estado da Agricultura e integrada no Sistema Operacional de Agricultura, Pecuária e Abasteci-

mento (SOAPA), com a denominação de Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado de Minas Gerais — EMATER-MG.”

Aos elementos jurídicos já apontados anteriormente, figurados na lei autorizadora da sua criação, vem agora acrescer um novo elemento: a EMATER-MG se constitui, como SOCIEDADE CIVIL DE FINS ECONÔMICOS, POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA.

O art. 4º do Estatuto da nova sociedade expõe os seus objetivos:

I — execução de atividades de assistência técnica e extensão rural;

II — colaborar... na formulação e execução das políticas de assistência técnica e extensão rural do Estado de Minas Gerais;

III — planejar, coordenar e executar programas de assistência técnica e extensão rural, visando à difusão de conhecimentos de natureza técnica, econômica e social, para aumento da produção e da produtividade agrícolas e a melhoria das condições de vida do meio rural do Estado de Minas Gerais, de acordo com as políticas de ação dos Governos Estadual e Federal.

Observando os objetivos fixados pelo Estatuto e ainda as diretrizes básicas estabelecidas pelo art. 5º do mesmo Estatuto, atentando também para as fontes de recursos enumerados no art. 10, podemos dizer que a atividade de prestação de serviços da sociedade em questão tem mais características de *serviço público* do que propriamente de atividade nitidamente econômica.

Participam do capital social o Estado de Minas Gerais com 39.990 quotas, e a EMBRATER com 10 (dez) quotas.

Creio ser interessante reparar um pormenor. A criação da EMATER-MG, vinculada à EMBRATER, empresa pública federal, constituída nos termos do Decreto nº 75.373, de 14 de fevereiro de 1975, veio, quem sabe, inaugurar um novo ângulo na organização administrativa brasileira, qual seja o da descentralização dentro da própria descentralização.

A EMBRATER, empresa pública federal, e, portanto, participe da administração indireta, descentralizada, para executar sua missão nos Estados-membros, se utiliza da *colaboração* (art. 4º do Estatuto da EMATER-MG) das entidades congêneres, operando a descentralização de atribuições, que são realizadas de par com os interesses e programas de cada Estado-membro.

### Conclusão

O estudo que nos propusemos fazer a respeito da empresa pública procurou, antes de mais nada, ser uma análise. Não foi nosso intuito tirar conclusões definidoras de posições.

Serviu-nos a análise feita para fazer uma verificação de vulto. A empresa pública se apresenta como um esforço do Estado moderno de adequar a sua atividade às necessidades do momento. Se estas se tornam cada vez mais prementes e não podem esperar soluções demoradas, é preciso que o Estado atenda a essas exigências adotando técnicas novas para o desdobramento de sua atividade, quer quando executa tarefas que lhe são próprias, quer quando coordena ou dirige a atividade dos particulares, quer, ainda, quando assume diretamente e executa tarefas que seriam especificamente dos particulares.

O jurista não teve ainda tempo suficiente para adotar um quadro jurídico completo para emoldurar o novo fenômeno, que vem assim se manifestando à mercê das necessidades do momento, ajustando-se quanto possível aos moldes jurídicos já existentes.

#### BIBLIOGRAFIA

- Anales de Legislación Argentina*. Tomo XIX, 1.ª parte.
- Atos Constitutivos da EMATER-MG*. Série Documentos — 1.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.
- BILAC PINTO. "O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas". *RDA*, nº 32, págs. 1-15.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Empresa Pública*. São Paulo, J. Bushatsky, 1973.
- FORSTHOFF, Ernst. *Traité de Droit Administratif Allemand*. Bruxelles, Bruylant, 1969.
- FRANCO SOBRINHO, M. de Oliveira. *Empresas Públicas no Brasil*. São Paulo, Revista Universitária, 1975.
- GARCIA, Pedro de Miguel, *El Intervencionismo y la Empresa Pública*. Madrid, Inst. de Estudios Administrativos, 1974.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, Inst. de Estudios Políticos, 1974.
- GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.
- LAUBADERE, A. de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris, L.G.D.J., 1970.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.
- RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris, Dalloz, 6.ª ed., 1973.
- TREVES, Giuseppino. *Le Imprese Pubbliche*. Torino, Giapichelli, 1950.
- VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Paris, P.U.F., 1969.
- WALINE, Marcel. *Précis de Droit Administratif*. Paris, Ed. Montchrestien, 1969.
- ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milano, Giuffrè, 1959.



# O princípio da anualidade dos tributos e a flexibilidade constitucional

ARX TOURINHO

Professor de Direito Constitucional da UFBA, Procurador da República, Secretário-Geral do Instituto dos Advogados da Bahia.

## S U M Á R I O

1. Conceituação do princípio da anualidade. 2. Relevância. 3. Trajetória constitucional. 4. Situação atual.

### 1. Conceituação do princípio da anualidade

O direito tributário tem vivido — não sabemos até quando — de certos princípios e normas que os textos constitucionais consagram como indispensáveis para reger a ordem jurídica nacional. São aspectos vários, tidos como fundamentais, que se normatizam nas mãos do constituinte, a fim de que o legislador ordinário, sem obedecer a um procedimento mais rigoroso e complexo, não altere o que se encontra na rígida Lei Maior. O princípio da anualidade é um destes aspectos, embora vemos e sentimos, nos dias atuais, a situação bem diferente. Para isto concorrem diversos fatores, inclusive maior projeção do econômico relativamente ao jurídico, no mundo em que vivemos.

O princípio da anualidade dos tributos revela, pela própria expressão estereotipada, a idéia do seu objetivo, a idéia do conjunto que pretende

representar. Quando se diz anualidade, refere-se a uma substantivação daquilo que é anual, do latim *annualis*.

Para se conceituar o princípio prefalado tem que se levar em consideração alguns aspectos precípuos, porque é possível sua conjugação com o princípio da previsão orçamentária. Em primeiro lugar, para que se configure o princípio, é essencial que a cobrança de um tributo instituído ou majorado só ocorra no exercício financeiro posterior àquele em que houve sua fixação ou aumento.

A época da vigência da lei instituidora ou majoradora do tributo *In casu* é, assim, um dado jurídico importante e indispensável para se constatar a constitucionalidade ou não de uma cobrança. A *vigência* referida deve ser entendida no sentido técnico-formal, ou seja, produção de efeitos jurídicos e possibilidade de aplicação; enfim, existência de obrigatoriedade da norma legal <sup>(1)</sup>. Não havendo dispositivo legal que discipline especificamente a vigência de uma lei tributária (como, *verbi gratia*, a Lei nº 5.172, de 25-10-72, cap. II) ou a própria lei fixadora do tributo não o faça (geralmente estabelece-se que a lei entra em vigor na data de sua publicação), deve-se aplicar a denominada Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (que, em verdade, é um decreto-lei — o Ditado de 1937 não foi respeitado pelo ditador e o Congresso Nacional esteve sempre fechado — o de nº 4.675, de 4-9-42). Assim, se uma lei que institui um tributo silencia quanto à sua vigência e inexistem dispositivos específicos quanto à mesma, irá incidir no caso o art. 1º da aludida Lei de Introdução, isto é, a lei só entrará em vigor quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. O fato tem relevância e conseqüências jurídico-constitucionais, tendo-se em vista o princípio da anualidade. Figure-se a hipótese de uma lei criadora de um tributo que fosse publicada em vinte de novembro deste ano e que estivesse, quanto à vigência, regulada pela Lei de Introdução (art. 1º): sua vigência dar-se-ia 45 dias após a publicação, isto é, em 5 de janeiro de 1978, mas, *ex vi* do princípio da anualidade, a cobrança do tributo só poderia ocorrer em 1979, já que a vigência da lei desencadear-se-ia após o início do exercício financeiro de 1978.

O que se visa, fundamentalmente, é a cobrança do tributo. A instituição ou o aumento pode existir a qualquer momento em que o legislador, através da norma legal, entenda ser oportuna ou conveniente, mas a restrição ao seu discricionarismo está, justamente, quanto ao tempo em que deva haver a cobrança. Este será o último ato através do qual se exigirá do contribuinte o pagamento do crédito tributário. No sentido técnico-jurídico, cobrar é arrecadar, e Pedro Nunes, em **Dicionário de Tecnologia Jurídica**, exemplifica com a expressão "cobrar impostos". A arrecadação,

(1) "Vigência (do verbo *vigere*, do latim *vigere*) é, no sentido técnico-formal, a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições" — José Afonso da Silva in "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", São Paulo, 1968, ed. Revista dos Tribunais, pág. 49.

no entendimento do jurista, é "ato pelo qual o fisco recolhe ou recebe certas rendas ou tributos lançados por pessoa de direito público". Assim, se se fosse dar à expressão "cobrar", na forma verbal "cobrado" do dispositivo constitucional, um sentido estritamente técnico-jurídico, poderiam ser praticados, a nosso sentir, todos os atos necessários à constituição do crédito tributário, chegando-se, inclusive, ao ato declaratório do lançamento, mas vedada estaria ao poder público a possibilidade de investir contra o contribuinte ou terceiros solidariamente responsáveis para exigir a cobrança do tributo, no mesmo exercício financeiro em que entrou em vigor a lei. Mas como devem ser interpretados os vocábulos empregados em uma Constituição, preferentemente, em sua significação comum e não técnica, tem-se como certo que os atos aludidos não devem ser realizados. Em segundo lugar, pode-se conceituar o princípio da anualidade, tendo-se em consideração, tão-só, a prévia autorização orçamentária. Vincular-se os tributos ao princípio da previsibilidade orçamentária é uma das formas de se consagrar o princípio da anualidade, desde que se entenda que só formalmente o orçamento é uma lei e que o mesmo não ocorre no sentido material, de modo que não pode o orçamento criar tributos. Sendo o orçamento, no fundo, um cálculo **prospectivo** para um exercício financeiro determinado, importa, sem dúvida, na preexistência da instituição de tributos. Este aspecto conceitual dependerá do direito positivo existente em determinada época.

Por estas razões, referimo-nos a dois aspectos conceituais possíveis de formulação na análise do prefalado princípio da anualidade.

## 2. Relevância

Em um país que consagre a propriedade privada dos meios de produção como um verdadeiro princípio de direito constitucional que sofre, apenas, as limitações postas decididamente pelo próprio constituinte, não é de se estranhar a relevância do princípio da anualidade dos tributos. Com este princípio se procura resguardar de surpresas o patrimônio daqueles que têm capacidade contributiva, isto é, daqueles que deverão ser responsáveis pelo adimplemento de uma obrigação tributária.

Entendeu-se que este princípio tinha tão grande importância que houve sua inclusão no elenco principiológico dos direitos e garantias individuais. Surgiu de uma forma não específica na "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen", de 26-8-1789 (art. 14), consagrando-se na Constituição francesa de 1791 (Título V — Des Contributions Publiques — art. 2) e espalhando-se pelos mais diversos textos Constitucionais, ao sopro quente, inflamado e inflamável da corrente libertária do liberalismo político-econômico. Pelo mencionado princípio, evita-se que o poder público invista, inopinadamente, contra o cidadão, em um exercício financeiro, exigindo-lhe o pagamento de um tributo. Trata-se de segurança

tributária, trata-se de evitar a imposição de um descompasso financeiro na vida de um cidadão. Carlos Maximiliano, com muito descortino, tratou deste aspecto (2). Mas, note-se que não é só a pessoa física como cidadão que recebe a proteção constitucional; também ao seu lado se encontra a pessoa jurídica. Não são tanto, ou não são, exclusivamente, direitos individuais que são resguardados, mas também aqueles direitos que superam os de ordem individual. Não vemos muita razão para se colocar o princípio referido no elenco daquela declaração de direitos, como também só se pode concordar com o entendimento do Prof. Aliomar Baleeiro de que o princípio da anualidade dá ao Congresso uma arma de representação parlamentar, se se levar em conta o princípio da prévia autorização orçamentária. Esta arma não está no princípio da anualidade, mas sim no da legalidade dos tributos, formulado no antigo axioma do "no taxation without representation" (3).

De qualquer sorte, nestes tempos de pouco respeito e intensa minimização dos direitos e segurança destes em relação aos cidadãos, deve ser sempre defendida a consagração do princípio da anualidade no âmbito da declaração dos direitos e garantias individuais.

### 3. Trajetória constitucional

O delineamento da trajetória do princípio da anualidade no direito brasileiro tem sua razão de ser, *hic et nunc*, para melhor compreensão dos itens posteriores. As evoluções sofridas, as marchas e contramarchas vividas atestam as diversidades de comportamento político, em determinadas fases da realidade nacional.

A primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824, não primou pela clareza quanto à fixação do princípio. Diria mesmo que só uma interpretação bastante favorável pode chegar à admissibilidade do princípio. O dispositivo constitucional está assim redigido: "Todas as contribuições diretas, à exceção daquelas que estiveram aplicadas aos juros de amortizações da dívida pública, serão anualmente estabelecidas pela Assembléia Geral, mas continuarão até que se publique a sua derrogação, ou sejam substituídas por outras" (art. 171). É de se notar que a referência é relativa apenas a "contribuições diretas" estabelecidas anualmente pela Assembléia Geral. Não se pode dizer, assim, que há referência clara ao princípio. É possível, isto sim, através de técnica interpretativa,

(2) "Seria, pois, antieconômica e iníqua a aplicação subitânea de novo tributo, desorganizando todo o conjunto de medidas tomadas pelo homem prudente no desenvolvimento dos seus negócios;" ("Comentários à Constituição Brasileira de 1946", vol. 3, 1938, Livraria Editora Freitas Bastos, 4.ª ed., pág. 167).

(3) "O princípio da anualidade, expresso na Constituição Federal de 1946, restitui ao Congresso a velha arma da representação parlamentar na batalha de séculos idos contra a desenvoltura dos monarcas absolutos: as leis de impostos continuam válidas e em vigor, mas só se aplicam e só vinculam a competência dos funcionários do Fisco, para criação dos atos administrativos do lançamento das arrecadações, se o orçamento mencionar a autorização naquele exercício" In "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", Rio de Janeiro, 1974, 3.ª ed., Forense, pág. 17.

alcançar o mencionado princípio, ainda mais que a prática, no período imperial foi, sempre, segundo se tem notícia, no sentido de se acatar a anualidade dos tributos.

A Constituição primeira de nossa República não adotou o princípio da anualidade, referindo-se, apenas, ao princípio da legalidade (art. 72, § 30).

Pontes de Miranda, entretanto, entende que se pode vislumbrar a anualidade no art. 34, § 1º, que diz: "Compete privativamente ao Congresso Nacional: 1º — Orçar a receita, fixar a despesa federal anualmente e tomar as contas da receita e despesa de cada exercício financeiro." (4) A nosso ver o dispositivo não impediria que os poderes públicos instituísem um tributo no curso de um exercício financeiro e o cobrassem, porque não há a obrigatoriedade da **prévia autorização** orçamentária. Doutra modo dever-se-ia interpretar como uma demasia o preceito da Constituição de 46 que se reporta, expressamente, à previsibilidade orçamentária para os tributos, quando outros dispositivos tratam do orçamento. Entende-se, no entanto, que se trata de complementação, como o faz Carlos Maximiliano, comentando o mencionado Texto Constitucional (5). A extensa emenda constitucional, havida em três de setembro de 1926, não fez suprir a omissão da Lei Magna.

Não encontramos, também, nem na Constituição de 1934, nem na de 1937, qualquer dispositivo alusivo à anualidade dos tributos. Esta última Constituição não merece invocação porque seus dispositivos ficaram inertes em folhas de papel, porque foi uma Lei que não teve a menor aplicação; os decretos-leis da ditadura estiveram no cume da estrutura jurídica. Há referências, naqueloutra Constituição, ao orçamento, com a obrigatoriedade de se incorporar à receita estabelecida todos os tributos existentes, porém não se pode daí deduzir a adoção do princípio **sub studio** (não é este, como visto, o pensamento de Pontes de Miranda).

Verdadeiramente a imposição expressa, evidente e insofismável vem surgir, no nosso direito constitucional positivo, através do art. 141, § 34, da Constituição de 1946, que giza: "Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra."

(4) "O princípio que está à base do art. 153, § 29, 2.ª parte, da Constituição de 1967 é o princípio da necessidade da previsão orçamentária dos tributos, que coincide ser alusivo a cada ano, porque a anualidade (art. 61, V. "exercício") é objeto de regra jurídica cogente (cf. Constituição Política do Império do Brasil, art. 172; Constituição de 1891, art. 34, § 1.º; Constituição de 1934, art. 50, §§ 1.º e 5.º; Constituição de 1967, arts. 62 e § 1.º, 66 e §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º)" — In "Comentários à Constituição de 1967", São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2.ª ed., 1974, tomo V, pág. 617.

(5) "O art. 141, § 34, completa o estabelecido no artigo 65, n.º I, e no art. 73, § 1.º" — In "Comentários à Constituição Brasileira de 1946", Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1948, 4.ª ed., vol. III, pág. 167.

Por este dispositivo, sujeitou-se a cobrabilidade dos tributos (impostos, taxas, contribuição de melhoria) à autorização orçamentária, o que equivale a estabelecer o princípio da anualidade, já que, por força do art. 74, a lei orçamentária deveria ser enviada à sanção até o dia 30 de novembro de cada ano, sob pena de prorrogação, para o exercício vindauro, do orçamento que estivesse em vigor. Desta forma, jamais um tributo poderia ser instituído e cobrado dentro de um só exercício financeiro, por total impossibilidade de ordem jurídico-constitucional, a não ser os dois tributos excepcionados expressamente.

Em 1964, através de uma emenda constitucional — a de nº 7 — de caráter temporário, apenas sete meses e nove dias, e de artigo único, foi afastada a obrigatoriedade da autorização orçamentária. O princípio foi ensombrado por um eclipse total.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 18, de 19-12-1965 — fruto de um trabalho de grande extensão e aprofundamento, desenvolvido por uma comissão de alto nível intelectual, preocupada, primordial e fundamentalmente, com o aspecto econômico, sendo esta a tônica da reforma — coarctou, sensível e drasticamente, o princípio da anualidade, passando, no fundo, a ser regra a inexistência da anualidade dos tributos. A exceção a esta regra foi para os impostos sobre o patrimônio e a renda. **Expressis verbis**, giza o art. 2º, II, da apontada emenda: "É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: cobrar impostos sobre o patrimônio e a renda, com base em lei posterior à data inicial do exercício financeiro a que corresponda." Sacrificou-se a "segurança tributária" do cidadão para atender apelos de ordem econômica, para responder presente ao fetiche do decantado progresso econômico. E é justamente este elemento valorativo que tem provocado a subjugação de todos os demais setores culturais, nos tempos que correm, de forma consciente ou não, embora, paradoxalmente, não se acelte a fese da diversidade estrutural: econômica e ideológica e sua inter-relação.

A Constituição de 1967, de nascimento híbrido, restaurou a mesma fórmula utilizada pela Constituinte de 46, alterando, tão-só, para melhor, a concordância verbal, em uma das orações.

Finalmente, a Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, mantendo o princípio, abriu-lhe, entretanto, tantas brechas, sob forma de exceções, que praticamente o desfigurou e o transfigurou. Assim é que não estavam sujeitos à imperatividade do princípio a tarifa alfandegária, a de transporte (que segundo consenso doutrinário não é tributo, mas "preço público", de sorte que não precisaria estar incluída neste rol, pois o princípio se volta, apenas, para os tributos), o imposto sobre produtos industrializados, o imposto lançado por motivo de guerra e os demais casos previstos na própria Constituição, ou seja, imposto de exportação (passível de ter a alíquota ou base de cálculo alterado), imposto único de importação de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos e de energia

elétrica e, por fim, as contribuições especiais. Pontes de Miranda equivocava-se, quando diz que a previsão orçamentária está posta nesta Constituição (6).

A vida constitucional do princípio da anualidade, como visto, não foi retilínea. Surgindo, no Império, sem muita expressividade, obscurecida e esquecida durante os primeiros cinquenta e cinco anos de nosso período republicano, ressurgiu num período de vigoroso restabelecimento democrático e, sofrendo embates, declina até os dias atuais, perdido entre ressalvas várias (veremos, adiante, a Emenda Constitucional nº 8/77). O ciclo vital que em nada deveria ser igualado ao humano, entretanto, compartilha com este no desabrochar e no fenecer. Nascido de um parto que não foi tão fácil, vivendo alguns percalços e, finalmente, ingressando na curvatura do declínio para sofrer a agonia da extinção, o princípio é a própria "repetitio" do ciclo invocado.

#### 4. Situação atual

4a Em primeiro de abril do corrente ano, através do Ato Complementar nº 102, o Presidente da República decretou o recesso do Congresso Nacional e, considerando que, em tal situação, cabe ao Poder Executivo Federal exercer ampla atividade legífera, promulgou, então, a emenda constitucional que veio receber o nº 8 para uma Constituição que conta apenas com 10 anos de vida, muito próximo, portanto, ao seu berço. Não vamos apreciar, aqui, o aspecto da constitucionalidade ou não da referida emenda como já o fez o jurista José Afonso da Silva, uma vez que o nosso objetivo maior é a análise do princípio tantas vezes apontado.

A aludida emenda constitucional deu a seguinte redação ao art. 153, § 29, do Texto Maior:

"Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, **ressalvados** a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e **outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição**" (grifamos).

Mantidas as ressalvas da Emenda Constitucional nº 1, a vigente acrescentou uma que, verdadeiramente, aniquilou o princípio em sua feição constitucional: lei complementar poderá excepcionar o princípio da anualidade, estabelecendo tributos que podem ser cobrados no mesmo exercício financeiro de sua instituição.

(6) "Porém, o princípio da anualidade não contém o princípio da necessidade de previsão orçamentária dos tributos que se põe no art. 153, § 29, 2.ª parte, da Constituição de 1967" — *op. cit.*, *ibidem*.

4b. A partir da Emenda Constitucional nº 17/65, a expressão "lei complementar" passou a figurar, definitivamente, em nosso direito positivo, ocupando-se, cada vez mais, de estabelecer complementações aos dispositivos constitucionais. Foi a técnica adotada, principalmente, pelo constituinte de 67 e pelo reformador de 69, que apresenta vantagens, mas, também, por vezes, desvantagens. Sempre que o legislador maior não quis descer a detalhes, fixando aspectos vários, mas entendendo que a matéria necessitava de um disciplinamento que obtivesse uma aprovação qualificada e mais rigorosa, reservou-a para a incidência da legislação complementar. Em verdade a lei complementar só vai se distinguir da lei ordinária em um único aspecto: o **quorum** de aprovação. Exige-se para aprovação da lei complementar a maioria absoluta dos votos dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, enquanto que, em relação à lei ordinária, o **quorum** é maioria simples. Os demais trâmites, perseguidos por ambas as espécies legislativas, são idênticos.

Por outro lado, estabelecendo o constituinte originário ou derivado campos específicos de atuação da lei complementar, afastou a possibilidade de normas, tais como as insitas em leis ordinárias, incidirem sobre os referidos campos, sob pena, é evidente, de se viciarem de inconstitucionalidade.

Quanto à posição hierárquica da lei complementar em relação à lei ordinária, tem-se dito que aquela está situada em plano superior. É a opinião, por exemplo, de Geraldo Ataliba (7). Mas, é de se ver que a lei complementar tem campo específico de atuação e só neste ela é superior, porque se se desborda ela da matéria a si reservada pelo constituinte, passando a disciplinar uma matéria que é passível de atuação da lei ordinária, não há dúvida de que esta poderá derrocar aquela no particular do extrapolamento. Não se diga que o extrapolamento da lei complementar configura uma inconstitucionalidade, porque se trata de espécie normativa cujo procedimento em nada contraria ao adotado para a realização da lei ordinária, a não ser quanto ao **quorum** de aprovação que é mais rigoroso. Ora, se se pode fazer atuar sobre certa matéria uma lei ordinária — que exige um **quorum** menos rigoroso — não vemos porque não atue sobre a mesma lei complementar. Não está a se exigir o menos, porém o mais. Ao inverso, toda vez que a lei ordinária investir sobre matéria que é deixada pelo constituinte ao disciplinamento de lei complementar, não há dúvida de que existirá vício de inconstitucionalidade, por dois motivos: 1º) porque se viola uma disposição expressa da Constituição que determina que certa matéria seja tratada através da lei complementar; e 2º) porque a exigência feita para o **quorum** de aprovação da lei complementar é qualificado, um requisito de ordem constitucional.

(7) "Abaixo das leis constitucionais, localizou as complementares seguidas imediatamente das ordinárias. A hierarquia ideal corresponde a esta graduação. A principal consequência jurídica desta circunstância reside na superioridade da lei complementar sobre a ordinária. E esta graduação tem, em muitos casos, consequências também de caráter formal, como se verá" (in "Lei Complementar na Constituição", São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1977, pág. 29).



Deu-se à lei complementar uma importância muito grande no trato do princípio da anualidade, por isso mesmo fazia-se mister apreciá-la em alguns aspectos de maior interesse **in casu**.

**4c.** A doutrina é geral no consenso de admitir que a Constituição brasileira possui uma supremacia formal, portadora de rigidez; trata-se, pois, de Constituição rígida. Isto quer dizer que as normas constitucionais só podem ser alteradas ou emendadas pelo poder reformador, ou poder constituinte de segundo grau, como o denominou Pontes de Miranda, através de um procedimento específico, diverso daquele que é fixado para a produção legislativa ordinária. Se não se obedece ao ditame procedimental, a alteração é inválida, "nula e irrita", como diria o grande Rui, porque estaria inquinada de um vício de inconstitucionalidade formal **stricto sensu**.

A Constituição vigente traça, nos arts. 47 **usque** 49, o procedimento a ser trilhado pelo reformador com o objetivo de emendar o seu próprio texto. Assim é que a proposta de emenda, se partir do Legislativo, deverá conter a assinatura de um terço dos membros das duas Casas do Congresso Nacional; se provier do Executivo, basta a assinatura do seu chefe; a discussão e a votação da proposta de emenda devem ocorrer em reunião do Congresso Nacional, durante duas sessões, no prazo fatal de noventa dias e para sua aprovação é necessário que, em ambas as sessões, a maioria absoluta dos votos do total de membros do Congresso Nacional se manifeste favoravelmente. Por fim, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal a promulgam, sem a interferência, portanto, do Poder Executivo para fins da sanção ou não.

A importância, assim, de uma Constituição rígida decorre das maiores dificuldades que são postas para sua alteração ou reforma e, conseqüentemente, dá-se-lhe uma posição única em relação a qualquer norma jurídica que se crie dentro do ordenamento nacional. É, em verdade, uma garantia da supremacia do Texto Maior, pois não terá validade um dispositivo legal que contrarie a norma constitucional. Só através da reforma prevista e traçada procedimentalmente na Lei Maior é que se pode admitir a validade de uma norma que altere, que se oponha à norma ou às normas insitas na Constituição. Fora daí haverá inconstitucionalidade.

Quanto a esta questão de alteração do texto constitucional, já os teóricos do século XVIII, preocupados com a superioridade da Constituição **escrita**, se manifestavam de maneira discordante e três opiniões distintas podiam ser colhidas, conforme já ensinava, no século passado, o clássico A. Esmein<sup>(8)</sup>. Uns entendiam que para a modificação da Lei Fundamental deveria haver sempre a concordância de todos os cidadãos. Outra corrente de opinião, à frente Sieyès, expendia o raciocínio de que os poderes constitucionais deveriam sempre enxergar as leis constitucionais como intocáveis, mas tal não deveria ocorrer, quando se tratasse da "na-

(8) "Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé" Paris, Librairie de la Société du Recueil — J-B. Sirey et du Journal du Palais, 1909, 5.<sup>a</sup> ed., págs. 503-538.

ção", já que esta deveria gozar de toda a liberdade para efetivar as alterações necessárias. E, por fim, a terceira posição que veio a triunfar foi aquela que os constituintes americanos e franceses criaram: a Constituição pode ser revisada pela autoridade determinada e através de procedimento fixado por ela própria, como bem anota Esmelin (9). Com isto se reforçou a relevância da Constituição dentro da ordem jurídica de um país.

O que podemos observar, entretanto, na norma transcrita que trata do princípio da anualidade é que, por via indireta, sua natureza quanto ao processo de reforma, é flexível ou plástica, por equiparação. A razão é bem simples: deferiu-se à lei complementar a possibilidade de fixar exceções ao princípio, estabelecendo outros tributos, além daqueles que já estão gizados no dispositivo constitucional, que não necessitam de estar jungidos ao crivo do princípio. O que existe de grave é a permissibilidade estendida ao legislador ordinário *ad infinitum* de delinear um elenco de tributos de tal ordem que atinja todos no sentido de subtraí-los ao princípio. Se vier a ocorrer esta hipótese, e ela não é cerebrina, mas, muito ao contrário, perfeitamente viável, logicamente provável e juridicamente válida, teremos, sem dúvida, o aniquilamento do princípio da anualidade. Por via oblíqua, sem reforma ou emenda constitucional, o legislador poderá esvaziar *in totum* a norma constitucional. Por isto mesmo afirmamos que esta norma, por equiparação, pode ser tida como flexível. Haverá flexibilidade da norma constitucional toda vez que a mesma possa ser reformada pelo legislador comum, sem recorrer a procedimento característico próprio. É por isso que a Constituição costumeira traz sempre como uma característica sua a flexibilidade, pois não apresenta ela o estabelecimento de uma forma procedimental a ser observada para sua alteração. É o entender doutrinário de Bryce, o responsável pelo delineamento dos caracteres das Constituições dos tipos flexível e rígida, conforme indicação do Prof. Nelson Sampaio (10). No caso em tela, se o legislador pode retirar a eficácia da norma constitucional a tal ponto que ela perca a aplicabilidade, não há por que não compará-la a uma norma flexível. Dependerá, portanto, exclusivamente, do legislador ordinário a manutenção do princípio da anualidade, por determinação expressa do Presidente da República, alçado a poder reformador pela norma institucional.

Podemos concluir, tendo em consideração que cabe, atualmente, ao legislador ordinário, de braços com o executivo, tornar ineficaz, em tal grau de intensidade, o princípio de anualidade, que este, da ótica do direito constitucional, está aniquilado.

(9) "La Constitution ne peut être modifiée et révisée que par l'autorité et par la procédure qu'elle détermine elle-même; mais elle peut sûrement être modifiée par cette autorité et conformément à cette procédure" (op. cit., pág. 510).

(10) "A caracterização desses tipos — Constituição rígida e flexível — é devida, como se sabe, a Bryce, que associa, aliás, a flexibilidade às constituições consuetudinárias (common law constitutions) como um atributo necessário, embora não exclusivo, pois também cita como flexíveis as Constituições escritas do Reino da Itália e da República do Transvaal, ao lado das Constituições costumeiras do Reino Unido e da Hungria" in "Poder de Reforma Constitucional", Bahia, Livraria Progresso, 1954, pág. 62.

# Princípios informativos do contencioso administrativo tributário federal

GERALDO ATALIBA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo e Adjunto da Universidade de São Paulo.

## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO

#### I — AMPLA DEFESA

*Primeiro princípio: ampla defesa*

- a) Direito de petição
- b) Direito a certidão
- c) *Direito à produção de provas*
- d) Ciência dos atos processuais
- e) Direito de vista
- f) Vista fora da repartição
- g) Moralidade e legalidade das provas
- h) Atuação de advogados

#### II — IGUALDADE DAS PARTES

#### III — LEALDADE PROCESSUAL

- IV — CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL
- V — DEVER DE SIGILO E VERACIDADE
- VI — AMPLA COMPETENCIA DECISÓRIA
- VII — RESPONSABILIDADE FUNCIONAL E PROCESSUAL
- VIII — AUSÊNCIA DE GARANTIA DE INSTÂNCIA
- IX — GRATUIDADE
- X — DEFINITIVIDADE
- XI — SUPLETIVIDADE DAS LEIS PROCESSUAIS CIVIS E PENAIIS

## INTRODUÇÃO

A criação do contencioso fiscal da União — na forma da Emenda Constitucional nº 7/77 — se constitui em grande inovação, a ser devidamente avaliada, no seu significado positivo para a implantação de uma mentalidade mais franca e objetiva, no que concerne ao relacionamento entre fisco e contribuinte.

A idéia de uma jurisdição administrativa consentânea com os postulados do Estado de Direito exige absoluta igualdade das partes, no processo.

Este, por sua vez, deve ser estruturado de tal modo que assegure amplo e pleno contraditório, informado pelo princípio da lealdade processual.

Um terceiro requisito é a imparcialidade dos julgadores.

Tudo isto se corporificou no texto do projeto de lei que cria o Conselho Tributário Federal, como órgão do contencioso fiscal da União.

O projeto de lei — cujo anteprojeto foi objeto dos trabalhos da comissão presidida por GILBERTO DE ULHOA CANTO e integrada por GUSTAVO MIGUEZ DE MELO e por nós — adotou e estabeleceu, como fundamentais, uma série de princípios a serem observados pelo intérprete por ocasião da sua aplicação.

Para CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, princípio é diretriz fundamental de um sistema. Como diz AGUSTIN GÓRDILLO, o preceito que encerra um princípio é ao mesmo tempo norma e fundamento do sistema jurídico. Daí por que a interpretação de todas as normas de um subsistema (no caso, a lei do contencioso) deve conduzir a resultados que confirmem e justifiquem os princípios. Por isso, erradas devem ser consideradas as conclusões de qualquer esforço exegético que discrepe das exigências postuladas pelos princípios.

Ao cuidar desta matéria, os elaboradores do anteprojeto foram fortemente influenciados por GUSTAVO MIGUEZ DE MELO, que insistiu muito — e com razão — na explicitação desses princípios.

Pela sua enunciação se quis dar garantias às partes e fazer idôneo o contencioso à realização de seus precípuos fins. Atentos estivemos para a lição de MARCELLO CAETANO, segundo o qual:

“A organização da garantia dos direitos e interesses legítimos dos particulares é, inquestionavelmente, o ponto essencial do direito administrativo: sem ela não existem relações jurídicas, porque não haverá possibilidade de obrigar a Administração a cumprir os deveres assumidos segundo a lei.” (*Princípios fundamentais do direito administrativo*, Ed. Forense, Rio, 1977, pág. 476.)

Muitos dos princípios explicitados no texto estão mais do que claros e expressos no nosso sistema constitucional ou são por ele implicitamente adotados. Entretanto, a comissão quis explicitá-los no anteprojeto, exatamente tendo em vista dispensar as partes de expender maior esforço na demonstração de que eles já existem e são aplicáveis a estes casos.

Isto porque, como é sabido, por comodismo, espírito de prepotência e muitas vezes ignorância, certos agentes públicos no nosso País — como, de modo geral, nos países latinos — tendem a ignorar a força dos princípios, para se apegarem a determinadas regrinhas, tendo em vista reduzir ou restringir os interesses dos administrados, diante daquilo que eventualmente possa parecer ser o interesse do Estado, numa determinada situação (v., a propósito, as observações de SEABRA FAGUNDES, transcritas mais adiante).

Foi para evitar este tipo de atropelo dos direitos individuais, de aflição a certas pessoas ou mesmo de gestos de prepotência, que se procurou deixar — de forma reiterada, clara e explícita — no texto da própria lei, para ser invocado a qualquer instante, por qualquer das partes, um rol de princípios aplicáveis a toda e qualquer situação alcançada por essa lei (art. 4º).

## I — AMPLA DEFESA

### *Primeiro princípio: ampla defesa*

Este princípio que é um ingrediente do contraditório — informador essencial do direito processual e que encontra o seu maior e principal amparo na disposição do § 15 do art. 153 da Constituição — se desdobra em diversos itens, minuciosamente regulados, como a seguir se verá.

A esse respeito, GORDILLO escreve páginas magistrais no seu excelente *Procedimiento y recursos administrativos*, Ed. Macchi, 2ª edição,

Buenos Aires, págs. 72 e segs., onde começa a tratar do tema com esta incisiva afirmação:

“El principio constitucional de la defensa en juicio, en el debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo, y con criterio amplio, no restrictivo” (*op. cit.*, pág. 72).

E ressalta o cunho constitucional e básico desse princípio:

“Ello se explica, según ya dijimos, por el carácter fundamentalmente axiológico que la Constitución da a este principio, y por constituir prácticamente un principio general del derecho, consustanciado con la esencia misma de derecho, de estado de derecho, y de lo que a veces se ha dado en llamar “justicia natural” (*op. cit.*, pág. 73).

A lei do contencioso fiscal federal, cuidando de modo tão enfático dos princípios informadores do procedimento próprio, atende à exortação do insuperável RUY CIRNE LIMA, que escreveu:

“Bem é de ver-se, contudo, que, se as decisões administrativas não produzem coisa julgada, não possuem em si próprias força executória, tudo se deveria fazer a fim de alcançar-se que os particulares voluntariamente as aceitassem por definitivas.

Seria de esperar, portanto, que a nossa legislação administrativa nessa parte fosse posta a par da evolução havida desde a independência na vida cultural e jurídica do País, de sorte a poder o processo administrativo captar e realmente merecer a confiança do público em geral.” (*Princípios de direito administrativo*, Sulina Ed., 1964, Porto Alegre, págs. 210 e 211.)

E também corresponde ao preconizado pelo paradigmático SEABRA FAGUNDES, quando — cuidando da evolução do nosso direito positivo — assinala:

“Ela tende a deixar de ser um privilégio do erário, para se converter em processo de amparo do indivíduo, contra os excessos e erros tributários da autoridade administrativa.” (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 2ª ed., Rio de Janeiro, s. d., nº 376.)

AGUSTIN GORDILLO, discorrendo sobre o direito de defesa, desdobra-o em direito a ser ouvido e direito a oferecer e produzir prova, enunciando seus conteúdos:

“a) Publicidad del procedimiento, en primer aspecto manifestada en el leal conocimiento de las actuaciones administrativas, lo que se concreta en la llamada “vista” de las actuaciones; el “secreto” del procedimiento sólo se justifica en casos excepcionales y por decisión expresa de autoridad competente.

- b) Oportunidad de expresar sus razones ANTES de la emisión del acto administrativo, y desde luego también después.
- c) Consideración expresa de sus propuestas, en cuanto sean conducentes a la solución del caso.
- d) Obligación de decidir expresamente las peticiones y, como corolario de c).
- e) Obligación de fundar las decisiones, analizando los puntos propuestos por las partes.
- f) Derecho a hacer patrocinar por letrado, teniendo su asistencia e intervención en todo momento; va de suyo que el abogado también tiene necesario acceso al expediente y puede efectuar todos los actos procedimentales que corresponden a la defensa de su cliente.

Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo de que quiera valerse lo que comprende:

- a) Derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida aunque deba producirla la propia administración (informes etc.).
- b) Que la producción de la prueba sea efectuada ANTES de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión.
- c) Derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración, sea ella pericial o testimonial, como otra manifestación del principio de la publicidad" (*op. cit.*, págs. 82 a 84).

Assim se desdobra o princípio da ampla defesa, nos termos do anteprojeto:

a) *Direito de petição*

*Direito de petição, representação ou reclamação aos órgãos competentes contra irregularidades, ilegalidade ou abuso de poder.*

Verifica-se que — num grande número de casos, no relacionamento diuturno entre administração e administrados — aparecem irregularidades, ou ainda, podem os administrados apontar ilegalidades ou atos de abuso de poder, surgindo assim, imediatamente em benefício do particular, o direito de petição, o direito de representação ou ainda o direito de reclamar aos órgãos competentes; conforme o caso, aos próprios emana-dores daqueles atos ou os órgãos hierárquicos superiores. É evidente que o funcionamento do sistema jurídico, tal como ele existe no Brasil, teoricamente e em princípio já compreende todas essas possibilidades (art. 153, § 30, da Constituição Federal).

Esta disposição nada acrescenta à eficácia do nosso sistema, nem o enriquece substancialmente de nenhum modo.

Acontece, entretanto, que são repetidas as irregularidades, as ilegalidades ou as prepotências em que se traduzem os abusos de poder. E diante das reações dos contribuintes, nem sempre há a compreensão, a abertura e a sensibilidade da parte das autoridades competentes. Daí o se ter colocado como texto explícito da lei, aquilo que já é implícito e decorre da natureza da nossa legislação e das principais características do nosso sistema jurídico.

EDUARDO BOTALLO, cuidando com proficiência do assunto, invoca profusamente a autorizada doutrina explicitatória do princípio, mostrando que ele tem sólidos e diretos fundamentos no próprio Direito Constitucional positivo (*Procedimento administrativo tributário*, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1977, págs. 26 e segs.).

Sobre o direito de petição, genericamente considerado, o saudoso RUBENS GOMES DE SOUSA disse — em aula proferida a nosso convite, na Universidade Católica de São Paulo — que ele supunha, no mínimo, o direito a uma resposta da Administração, em termos satisfatórios de modo a esclarecer o sentido e a motivação do ato sobre que versasse aquilo.

Mais ampla, logicamente, há de ser a exigência, no que concerne à satisfação que devem os órgãos do poder público ao administrado, quando se trata de responder a representação ou reclamação. Por isso CAETANO escreveu:

“Mas ele transforma-se em garantia jurídica quando o seu exercício seja regulado por lei, de modo a tornar obrigatória a decisão pelo destinatário da petição apresentada” (*op. cit.*, pág. 494).

Prossegue a letra *a* cuidando do direito de reclamar, de representar ou de apresentar petição.

Entretanto, entende-se também como ampla defesa o direito de entregar e de provar o recebimento de quaisquer petições, uma vez que é comum, todos sabem, haver petições das quais não querem certos agentes públicos fornecer recibo. A partir da vigência desta lei, já não existirá mais esta possibilidade. Seja qual for a petição apresentada pelas partes, junto a repartições fazendárias, é agora direito explícito e inequívoco o de obter o próprio recibo dos documentos e petições. E por último, ainda a letra *a*, o direito de juntar a essas petições os processos a que disserem respeito.

Já não poderão mais as autoridades negar-se a juntar aos processos as petições exibidas e apresentadas pelos contribuintes, quer contando representação, quer reclamação.



Esteve a comissão elaboradora do anteprojeto — presidida por ULHOA CANTO — atenta às melhores lições da doutrina pátria, traduzidas nas reflexões de um de seus mais autorizados intérpretes, SEABRA FAGUNDES, por todos acatado. Escreveu o mestre ao discorrer sobre o § 30 do art. 153 do Texto Magno:

“Essa via de proteção do indivíduo (e aqui cumpre deixar de lado o seu papel como fator de participação dele na gestão da coisa pública), conquanto prestigiada sempre nos textos constitucionais, não logrou significação prática no relacionamento indivíduo-Estado. Mesmo quando traduzida na legislação de serviços públicos, em recurso administrativo, não encontra o prestígio da confiança do administrado, indispensável para justificá-la como instrumento valioso de defesa de direitos. É que, por circunstâncias que não cabe tentar agora identificar, o administrador brasileiro, de todas as faixas políticas de competência e de todos os graus de hierarquia dentro delas, não tende a emendar erros pela revisão dos seus despachos ou decisões. Há uma mentalidade formada e enraizada, no sentido de instar para manter o decidido, só se rendendo o administrador a razões do administrado quando absolutamente impossível opor-lhes qualquer argumento. Um falso temor de colocar-se contra o interesse público ao deferir pretensão do indivíduo contra posição da Administração, ainda que mal assumida, leva a barrar-lhe o caminho da solução imediata, deixando perdurar a injustiça com a remessa às vias judiciais. De resto, as mais das vezes não utilizáveis pela desproporção entre o valor da pretensão e a complexidade e onerosidade dos pleitos em juízo. Uma falsa inteligência do dever de servir, essencialmente vinculado à sua função, faz que o administrador, colocado em posição superior na hierarquia, tenha por diminuído o prestígio da Administração no provimento de postulações contra atos de subalternos seus, e amesquinhado o seu próprio prestígio com o acolhimento de pedidos de reconsideração. E quando se trata de pretensão envolvendo, já não direito subjetivo, mas apenas interesse legítimo, a barreira da resistência se mostra ainda mais sólida.

O direito de petição bem merece ganhar prestígio na lei, como na prática, pois do seu uso freqüente podem resultar conseqüências positivas para o indivíduo e também para a dinâmica dos serviços públicos.” (Conferência, in “Rev. Proc.-Geral do Estado de São Paulo,” vol. 10, pág. 127.)

#### b) *Direito a certidão*

Na letra *b*, menciona-se o direito à obtenção de certidões, documentos ou cópias autenticadas de peças de quaisquer processos. Verifica-se aí que não só os processos que digam respeito ao próprio interessado e

peticionário estão compreendidos, mas outros processos que, a juízo deste, possam conter peças que lhe sejam interessantes. Deles deverão ser fornecidas certidões, documentos ou cópias autenticadas a pedido dos contribuintes. Isso passa a ser um direito inquestionável de todo e qualquer administrado. Se não se justificasse pelo direito a obter dados em defesa de seus direitos e interesses, justificar-se-ia pelo amplo direito a informar-se sobre a atividade administrativa pública e pela faculdade de fiscalizar a Administração, a qualquer do povo reconhecida nos estados de direito.

Imagine-se a situação em que alguém esteja se defendendo de uma determinada exigência fiscal e que saiba de precedentes, de casos semelhantes ou que tenha notícia que lhe cause pelo menos dúvida. Uma boa maneira de defender-se e de argumentar seria invocando exatamente estes precedentes ou estes casos similares.

Doravante, o contribuinte poderá requerer à Administração, como um direito seu — que deverá ser respeitado pelos órgãos administrativos, de qualquer natureza, escalão ou hierarquia —, o fornecimento de documentos mesmo referentes a outros contribuintes, em outras questões.

### *c) Direito à produção de provas*

Direito à produção de provas. Evidentemente que observados os prazos e pelos meios legalmente permitidos e ainda observada a forma que a lei estabeleça; mas um direito de produção de provas, entendido nos termos mais amplos possíveis, exatamente para que não fique condicionado, como vem sendo até agora, à limitação da mentalidade daquele que deva deferir. As excelentes ponderações de EDUARDO BOTALLO, a propósito, são amplamente esclarecedoras (*op. cit.*, págs. 56 e segs.).

Escreve este conceituado professor:

“O procedimento administrativo tributário, por força dos fundamentos que o embasam e da relevância dos direitos que se destinam a assegurar, deve ser organizado com acatamento aos elementos constitutivos da chamada cláusula do devido processo legal, os quais se expressam, essencialmente, no direito de defesa e no direito à produção de provas com todos os desdobramentos que lhe são peculiares.” (*Op. cit.*, pág. 70.)

Por outro lado, vem de prever que as provas periciais sejam produzidas por peritos capazes e isentos de subordinação ou dependência, relativamente a qualquer das partes em litígio. É um direito — que esta lei irá assegurar a quem em litígio com a Fazenda — que as provas sejam produzidas por peritos não funcionários da Fazenda, da mesma forma não podendo ser ligados à outra parte, que com a Fazenda esteja contendendo.

Foi por assim pensar que CAIO TACITO escreveu:

“Impõe-se, assim, à validade do conceito de contencioso administrativo a existência dos seguintes elementos essenciais:

a) a garantia de processo contraditório adequado, com liberdade de defesa e produção de prova;

b) a independência (e, portanto, a imparcialidade) da instância julgadora;

c) o caráter final da decisão definitiva da instância julgadora, obrigando igualmente ao administrado e à Administração” (artigo *in* “Rev. Proc.-Geral do Estado de São Paulo”, vol. 10, pág. 150).

*d) Ciência dos atos processuais*

Ciência oportuna e por meios adequados de despachos e decisões.

Uma das formas, mediante as quais se pode amesquinhar, reduzir, afligir ou mesmo anular o direito das partes e, portanto, abolir ou prejudicar a igualdade processual, está nas formas imprecisas ou nas verdadeiras omissões que tenham impedido ou possam impedir o contribuinte de conhecer os despachos e decisões que lhe digam respeito, ou sejam de seu interesse, nos processos. Daí prescrever-se como direito das partes a ciência oportuna, ou por meios adequados dos despachos e decisões.

Efetivamente, não há como assegurar-se amplo contraditório, sem estrita observância deste princípio. E sem contraditório, o procedimento perde toda idoneidade. A definitividade da decisão (só revisível, se tomada dentro em 180 dias, pelo judiciário, em ação específica) depende visceralmente do rigor do contraditório. É o que demonstra CAIO TACITO:

“Poder-se-á resumir em duas qualidades a essência do contencioso administrativo: sistema contraditório e definitividade de julgamento por órgãos externos de controle. Uma dessas qualidades isoladas não basta para caracterizar-lhe a existência. Assim, no processo administrativo poderá haver sistema contraditório sem que, todavia, se alcance a certeza jurídica, diante da submissão do ato administrativo final ao controle *a posteriori* pelo Judiciário” (*op. cit.*, pág. 151).

*e) Direito de vista*

Direito de vista a processos em qualquer fase do procedimento. De tal maneira se regula este direito, que já não há mais necessidade de

aguardar (no momento oportuno) outras ocasiões, de conveniência da autoridade administrativa, pois tão amplo passa a ser esse direito, que aquele o exercerá, "inclusive durante o prazo de impugnação", assegurando-se, assim, que o contribuinte tenha, tantas vezes quantas queira, acesso a esses processos, a fim de ter dele vista e, portanto, estar inteira e cabalmente ciente do seu conteúdo, do seu desenvolvimento, de seus desdobramentos.

#### *f) Vista fora da repartição*

Vista aos advogados das partes — que serão o do impugnante e o procurador da Fazenda Nacional — fora da repartição, da secretaria ou cartório em que se encontra. Toda vez que haja necessidade de falar nos autos, e supõe-se a possibilidade de estudá-los adequada e convenientemente.

É verdade que esta disposição somente se torna exequível e operativa a partir do instante em que — como acontece com relação ao contencioso fiscal da União — se prevê que as partes serão representadas por advogados, procuradores esses que irão atuar debaixo do estatuto de obrigações, deveres e responsabilidades que caracterizam o desempenho dessa nobre profissão. Esta conjugação é que tornou possível assegurar a vista fora de cartório, secretaria ou repartição aos representantes das partes para o fim de bem estudá-los antes de "falar nos autos".

#### *g) Moralidade e legalidade das provas*

Rejeição de efeitos a elementos de prova obtidos mediante prática ilegal, ou — ainda que não pelas partes — a elas disponível, desde que a forma de obtenção ou de produção seja imoral, atentatória dos direitos inerentes à personalidade ou mesmo contrário à lei.

Já não se poderá mais recorrer a qualquer tipo de arbitrariedade atribuída ou atos ilegais, imorais ou atentatórios de direitos fundamentais do homem para a produção de provas. As autoridades julgadoras passam a ser obrigadas a rejeitar todo e qualquer efeito a elementos de prova obtidos desta maneira, ainda que não seja esse elemento produzido imediatamente pela parte que o usa ou exhibe. É uma forma de dar-se amplo prestígio aos direitos individuais, à segurança das partes e à objetividade do direito em todas as suas manifestações.

Isto não precisaria ser escrito, menos ainda constar de texto legal. É um verdadeiro postulado da civilização e do estado de direito. Decorre imediata e naturalmente do nosso sistema jurídico. Está implícito nas dobras do longo teor do art. 153 da Constituição. Contém-se no enunciado do § 36 desse mesmo artigo. É um padrão fundamental do constitucionalismo que tradicionalmente adotamos.

Pareceu, porém, oportuno à comissão elaboradora do anteprojeto enunciá-lo expressamente, não só por considerar que *quod abundat non nocet*, como porque a observação sobre a realidade circundante o sugeriu.

O Estado é antes de tudo um ser ético e existe para servir à sociedade e ao homem. Não pode, pois, valer-se de meios reprovados pela moral para alcançar seus objetivos. Os fins não justificam os meios. Não se pode deprimir os direitos individuais, invocando qualquer tipo de interesse público, por mais elevado que possa parecer.

#### *h) Atuação de advogados*

Assistência ou representação por bacharel habilitado, à escolha da parte, ou designado, nos casos e segundo os critérios legais.

Claro que por bacharel “habilitado” se entende advogado inscrito na Ordem dos Advogados. Evidentemente, trata-se da prática de atos privativos dessa profissão jurídica; e o cunho parajudicial do Contencioso Tributário Federal, assim como as qualificações objetivamente processuais da forma de composição de contendas entre o Fisco e contribuinte, não só recomendam, como exigem, a participação de advogados habilitados. Esta é uma inovação que o projeto apresenta e que irá ensejar um grande número de controvérsias a respeito, muito debate e discussão sobre o seu conteúdo, seu mérito.

Não vemos, entretanto, como seja possível levar para apreciação, em única instância judicial, uma questão que antes não tenha sido instruída de forma contraditória e obediente a todos os princípios e estilos processuais, o que somente se pode assegurar, na plenitude, quando as partes no processo sejam representadas por advogados e o julgador também seja bacharel em direito. Uma característica implica a outra, e todas elas harmonicamente conduzem à estruturação de um processo adequado e formalmente bem instruído, para ulterior reexame judiciário.

Deve-se levar em conta que o funcionamento normal desse sistema acarreta muitas vezes — como consequência — a supressão da primeira instância judicial, colocando a questão, quando perante o Poder Judiciário, já na segunda instância. Ora, isto exigirá que o processo venha formado de acordo com as formalidades e estilos, cuja observância somente os profissionais do direito estarão plenamente habilitados a assegurar. Sobre o conceito de “formalidades”, as lições de ALBERTO XAVIER, a que remetemos o leitor, são oportunas (v. *Do procedimento administrativo*, SP, 1976, págs. 106 e 107).

A não ser assim, a segunda instância judicial terá um trabalho triplicado e as finalidades, para as quais foi criado o contencioso administrativo, seriam inteiramente frustradas, já que o trabalho que se iria

proporcionar ao Tribunal Federal de Recursos, no caso do contencioso tributário da União, seria multiplicado, ao invés de simplificado.

## II — IGUALDADE DAS PARTES

O segundo dos princípios, que vem arrolado no art. 49, é o da “igualdade de tratamento das partes”. As partes devem ser tratadas igualmente, exatamente porque — a partir da vigência deste processo e da aplicabilidade da própria noção de contencioso — as partes são absolutamente iguais e formalmente assim deverão ser tratadas pelos julgadores imparciais que integrarão o Conselho Tributário Federal.

Este organismo já não é mais parte do Executivo, nem representante da Fazenda, mas, sim, um organismo julgador, com nenhuma das partes comprometido, e que a ambas deverá dispensar tratamento igual. Esta é, aliás, uma exigência postulada pelos próprios princípios do estado de direito, que exigem que a Fazenda Pública compareça perante julgadores, imparciais e independentes, em igualdade de condições com os administrados, para discutir os seus dissídios (sobre o correto conceito de “Estado de Direito”, v. GIORGIO BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Ed. Giuffrè, Milão, 3ª ed., págs. 80 e segs.).

Quanto à igualdade das partes, muito haveria de falar, ficando, entretanto, por aqui, a afirmação desse princípio que — como princípio — haverá de presidir à interpretação de todas as demais normas dessa própria lei e da demais legislação e haverá de influir na prática de cada ato de execução desta lei, como da legislação em geral.

## III — LEALDADE PROCESSUAL

“Respeito e lealdade das partes, procuradores, julgadores, peritos e demais auxiliares.” Como consequência do princípio de igualdade das partes e como decorrência da circunstância deste processo tentar compor dissídios que têm em vista a aplicação e a realização de interesse público primário — na concepção de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO —, de modo primordial, não há senão entender-se como decorrência imediata desse princípio essas características que são postas de modo tão minudente e explicativo, pela disposição do item III do art. 49

## IV — CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL

Não há necessidade de se discorrer mui longamente a esse respeito, já que todos os estudos e meditações de direito processual tratam de explicar o significado de cada um desses conceitos, tendo em vista expressar os *desiderata* a serem alcançados por qualquer tipo de procedimento, mas, especialmente por este, que é, por excelência, um procedimento parajudicial, como bem o qualificou CAIO TÁCITO (*in* “Rev. Proc.-Geral do Estado de São Paulo”, vol. 10).

## V — DEVER DE SIGILO E VERACIDADE

Aí se prevê — como conseqüência e mesmo desdobramento dos princípios anteriores — a observância do dever de sigilo e veracidade a todos quantos participem do procedimento, a fim de assegurar-se exatamente a sua idoneidade ao pleno alcance das finalidades a que se propõe. É assim que, por um lado, se assegura a proteção a todo e qualquer que interfira no procedimento de alguma maneira (funcionário, julgador ou parte), no que diz respeito ao sigilo que deverá manter, quanto aos fatos de que, em razão da sua participação, tenha conhecimento ou venha a ter contato. Também se garante que, em razão mesmo deste sigilo, poderá ver assegurado o seu direito a fazer afirmações com plena veracidade, sem que depois sofra qualquer conseqüência danosa por isso. Aí está mais um poder-dever para os agentes da administração pública, que resulta em benefício da idoneidade do processo e da liberdade do administrado.

## VI — AMPLA COMPETÊNCIA DECISÓRIA

O item VI é da máxima importância e representa realmente uma inovação com relação ao sistema vigente. Atualmente, entende-se que os órgãos da administração pública, mesmo aqueles postos no exercício de funções parajudiciais e que têm que julgar (embora nunca definitivamente) questões que perante eles sejam suscitadas, não devem estabelecer contraste entre os mandamentos legais e os constitucionais, para — na hipótese de conflito entre ambos — fazer prevalecer a Constituição, ou ainda os regulamentos diante das leis e os atos menores diante dos regulamentos. Essa concepção desconhece a lição de CAIO TÁCITO, que expõe o princípio da juridicidade da administração, que se traduz na “supremacia da lei sobre o poder da autoridade” (artigo *in* “Rev. Proc.-Geral do Estado de São Paulo”, vol. 10, pág. 149).

Entende-se — até certo ponto erroneamente — que os órgãos julgadores da administração devem executar normas que lhes sejam endereçadas pelas autoridades constituídas, sem questionar da sua legalidade ou da sua constitucionalidade. A inovação — contida no princípio inserido no item VI deste art. 6º — está exatamente em dar como direito das partes e, portanto, como um dever dos órgãos julgadores, o apreciar a constitucionalidade das leis, a legalidade dos regulamentos e de todas as demais normas que sejam, eventualmente, invocadas pelas partes.

Nem pode padecer dúvida de que, ainda quando não alegada, por qualquer das partes, ilegalidade ou inconstitucionalidade, esses órgãos, no exercício da precípua função de promover o interesse público primário, haverão de deixar de aplicar as leis inconstitucionais ou os regulamentos ilegais, de ofício.

Só esta medida já permitirá uma redução substancial dos litígios que acabam desaguando no Judiciário, já que as eventuais ilegalidades

ou mesmo inconstitucionalidades praticadas pela administração pública serão cortadas ainda no âmbito administrativo, não suscitando, dessa maneira, questões que depois possam assoberbar o Poder Judiciário.

A propósito, EDUARDO BOTALLO escreve observações oportunas, terminando por invocar o autorizado ULHOA CANTO. Diz aquele professor de São Paulo:

“Uma das mais incompreensíveis limitações que se auto-impõem os órgãos singulares e coletivos encarregados, na esfera administrativa, do julgamento de questões tributárias, diz respeito à não apreciação de matéria constitucional suscitada pelos contribuintes. Conforme observa GILBERTO ULHOA CANTO com muita acuidade, isto decorre de um engano fundamental e de um argumento respeitável, mas superado: “O engano consiste em supor que desse ato (decisão administrativa) decorrem os efeitos que a Constituição reserva para o pronunciamento dos tribunais judiciais pela maioria absoluta da totalidade de seus membros. . . O argumento é o de que o funcionário é subordinado ao Poder Executivo, devendo, portanto, obediência ao seu ministro ou ao Presidente da República.” Quanto ao primeiro ponto, ULHOA CANTO o afasta, lembrando que não se trata de atribuir à decisão administrativa os mesmos efeitos da declaração judicial de inconstitucionalidade, mas apenas de “... sopesar regras e dar aplicação àquela que tem hierarquia maior”. São suas palavras: “Acho absurdo que se diga que um conselho de contribuintes ou um tribunal de impostos e taxas pode julgar o ato de autoridade administrativa desconforme com a portaria, a portaria desconforme com a ordem de serviço, a ordem de serviço desconforme com o regulamento — mas não pode dizer que o regulamento está contra a lei e, o que é pior, não pode dizer que a lei está contra a Constituição”. Sobre o segundo, o autor citado mostra que, nos termos de reiterados pronunciamentos judiciais e, inclusive de pareceres da própria Consultoria-Geral da República, “... o poder público pode, espontaneamente, deixar de cumprir a lei por entendê-la inconstitucional, cabendo a quem sentir-se prejudicado ir ao Judiciário. Mas no plano do funcionário subordinado ao Presidente da República, não há esta desobediência, que haveria se o Presidente da República tivesse prolatado despacho, num processo específico, determinando que ele fizesse alguma coisa.” (*Procedimento administrativo tributário*, Ed. Rev. dos Tribunais, SP, 1977, pág. 58.)

Enquanto prevalecer o sistema anterior — de acordo com o qual as autoridades julgadoras de nível administrativo, mesmo quando pudessem reconhecer inconstitucionalidade de leis ou ilegalidade de regulamentos, agiam de tal forma a prestigiar sistematicamente a norma menor — que provoca mais do que resolve contendas, além de causar constrangimento inaceitável ao contribuinte, dá-se ensejo à possibilidade



de surgimento de inúmeras questões, que somente judicialmente podem ser resolvidas.

Agora, abre-se a perspectiva de que estas questões morram já no contencioso administrativo. É de se esperar que os advogados do poder público — no caso, procuradores da Fazenda Nacional — não insistam em levar ao Judiciário questões que de si são perdidas, toda vez que a Fazenda baseie suas pretensões em normas jurídicas irregulares, por ilegalidade ou inconstitucionalidade. Um passo significativo, no aprimoramento da nossa ordem jurídica, está sendo dado com a adoção deste princípio inscrito nessa disposição.

O texto *sub examine*, também, nisso, está concorde com a observação de CAIO TÁCITO (já que procura explicitamente afastar preconceitos prejudiciais à idoneidade do contencioso fiscal), quando escreve:

“De outra parte, é mister prevenir contra o abandono dos princípios gerais de direito e o gosto das exegeses estanques, colocando o administrado ao abrigo de preconceitos técnicos ou valores circunstanciais. Nesse sentido o juiz judiciário é, por formação, mais aberto à construção sistemática dos textos e à vinculação com os conceitos fundamentais da ciência jurídica.”  
(*Op. cit.*, pág. 161.)

## VII — RESPONSABILIDADE FUNCIONAL E PROCESSUAL

O item VII dá eficácia a uma das repercussões mais importantes do princípio republicano, no que diz respeito à seriedade e idoneidade do procedimento contencioso fiscal, o que contribuirá certamente para aumentar o prestígio deste instituto e deste sistema e ainda traz benefício para a ordem jurídica e os interesses públicos primários.

Dizendo que é princípio informativo desta lei a eficácia à responsabilidade funcional e processual, está-se buscando assegurar a seriedade e a ponderação de cada uma das partes que militam perante o contencioso, no que diz respeito a suas alegações e afirmações nos autos. Porque, a partir da vigência desta lei, são responsáveis, funcionalmente e processualmente, os que intervenham neste processo, por todas as atitudes que tomem. Explicitando-o, esse texto acatou a lição de CAIO TÁCITO, quando afirma:

“O princípio da legalidade se aperfeiçoa com a garantia do controle dos atos administrativos e a regra da responsabilidade da Administração e de seus agentes.” (*Op. cit.*)

Evidente que o conceito de responsabilidade funcional é bastante ampliado, com a possibilidade de as partes responsabilizarem todos aqueles que, em momentos anteriores ou mesmo depois de instaurado o contencioso, tenham contribuído de alguma maneira para o desprestígio da ordem jurídica.

## VIII — AUSÊNCIA DE GARANTIA DE INSTÂNCIA

Como forma de assegurar a lisura dos agentes da administração e meio de estimular o contribuinte a valer-se do contencioso fiscal da União, fixou-se o princípio da inexigibilidade de garantia de instância, para discussão perante o Conselho Tributário Federal. O Estado, desarte, abre mão de um privilégio para prestigiar o seu órgão administrativo para solução de litígios fiscais.

## IX — GRATUIDADE

Para este princípio valem os mesmos comentários aplicados ao antecedente.

## X — DEFINITIVIDADE

Se o Conselho Tributário Federal decide sobre o mérito de uma questão dentro do prazo de 180 dias, a decisão é definitiva na esfera administrativa.

Só pode ser reformada pelo Poder Judiciário e unicamente por meio da ação de revisão, de competência originária da segunda instância.

Se decorre o prazo, sem decisão de mérito, o impugnante poderá prosseguir no contencioso, se quiser. Não o desejando, pode ir à primeira instância judicial, reabrindo inteiramente a questão.

## XI — SUPLETIVIDADE DAS LEIS PROCESSUAIS CIVIS E PENAIIS

Dada a unidade fundamental do sistema jurídico — que torna meramente convencional a própria divisão do direito em público e privado (v. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, *Advocacia do Estado*, in "Rev. Proc.-Geral do Estado de São Paulo", vol. 10, pág. 73) —, é óbvio e inquestionável o cunho supletivo das leis processuais, para o contencioso administrativo.

Devido, porém, à eventualidade de resistência à invocação e aplicação das mesmas, optou-se por deixar explícito o que, a rigor, não precisava ser mencionado, por óbvio.

Advirta-se que o que tem caráter supletivo são as normas processuais civis e gerais. Os princípios processuais são plenamente operantes e efetivos em todas as hipóteses. Esses princípios são invocáveis e aplicáveis sempre e de modo amplo e pleno e não só supletivamente (v. GERALDO ATALIBA, *Novo Processo Tributário*, Ed. Resenha Tributária, 1975, págs. 19 e segs.).

# A culpa e o risco como fundamentos da responsabilidade pessoal do diretor do banco

ARNOLDO WALD

Advogado. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

"Esses diretores, autênticos assalariados, em geral dispõem de *patrimônio modesto*, adquirido honestamente com o produto do seu salário, insuficiente, portanto, para suportar os encargos das reparações ou o cumprimento das vultosas obrigações da sociedade. A MEDIDA, como se tem verificado na prática, às vezes, **revela-se geradora de SITUAÇÕES SUMAMENTE INÍQUAS**, sem oferecer, em contrapartida, salvaguardas eficazes." (WILSON DO EGITO COELHO — *Da responsabilidade dos administradores das sociedades por ações em face da nova lei*, in "S.A. para empresários", publicação de índice — o Banco de Dados, Rio, 1977, pág. 73.)

"A lei não visa punir qualquer banqueiro, ou casa bancária, só por ser tal; visa punir, sim, o diretor CULPADO pela prática ou concurso à prática de ato ilegítimo, com culpa grave ou dolo." (VICENTE RAO — Parecer in "Revista dos Tribunais", vol. 251, pág. 59.)

"Um dos princípios básicos da ordem jurídica é a incomunicabilidade da culpa.

Cada diretor de banco responde pela própria culpa; ninguém pode ser atingido pelas penas civis ou criminais ensejadas pela culpa de outrem." (SAN TIAGO DANTAS — Parecer in "Revista Forense", vol. 170, pág. 83.)

---

Comunicação apresentada no Seminário realizado pela Universidade de Brasília, em 6 e 7 de dezembro de 1977.

## SUMÁRIO

a) Evolução histórica; b) Análise do texto vigente; c) Inaplicabilidade da doutrina da transparência; d) A culpa e o risco; e) A tese da culpa presumida; f) Conclusões.

1. A boa compreensão da legislação vigente na matéria exige que as normas aplicáveis à espécie sejam interpretadas dentro do seu contexto histórico e sistemático, examinando-se a evolução da legislação pátria e as posições assumidas pelos nossos tribunais, assim como pela doutrina nacional, sem prejuízo da análise das soluções dadas pelo direito estrangeiro no qual se inspirou a solução formulada pela lei bancária brasileira.

### a) Evolução histórica

2. O primeiro texto que tratou da responsabilidade do banqueiro, no direito nacional, foi o Decreto-Lei nº 9.328, de 10 de junho de 1946, que estabeleceu o seguinte:

“Art. 1º — Respondem solidariamente pelas obrigações que a sociedade houver assumido durante a sua gestão, os bens dos diretores dos bancos e casas bancárias sujeitos à liquidação extrajudicial (...), ou que solicitarem concordata ou forem declarados falidos, dentro de um ano a contar da vigência desta Lei, ainda que o seu capital seja constituído por ações.

Art. 2º — Em caso de liquidação extrajudicial, compete à Superintendência da Moeda e do Crédito determinar a arrecadação dos bens referidos no artigo anterior, ou requerer o seu seqüestro em juízo.”

3. Posteriormente, a Lei nº 1.808, de 7 de janeiro de 1953, definiu, com maior clareza, os fundamentos e limites da responsabilidade do banqueiro, nos casos de liquidação extrajudicial, concordata ou falência, dando ensejo à apreciação da matéria pelos tribunais e à elaboração de vários pareceres e de alguns estudos doutrinários.

4. Determinava a Lei nº 1.808, nos seus artigos fundamentais, o seguinte:

“Art. 1º — Os banqueiros sob firma individual e os diretores ou gerentes de sociedades comerciais que se dedicarem ao comércio de bancos deverão empregar, no exercício das suas funções, tanto no interesse da empresa como no do bem comum, a diligência que todo homem ativo e probo usa na administração dos seus próprios negócios.

Art. 2º — Respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelos bancos e casas bancárias, durante a sua gestão e

até que elas se cumpram, os diretores e gerentes que procederem com culpa ou dolo, ainda que se trate de sociedade por ações, ou de sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

**Parágrafo único** — A responsabilidade se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados pela inobservância do disposto nesta Lei, sempre que for possível fixá-la.

**Art. 3º** — Nos casos de liquidação extrajudicial de bancos e casas bancárias, nos termos do Decreto-Lei nº 9.228, de 3-5-1946, e leis subseqüentes, e, também, nos casos de *concordata* ou falência desses estabelecimentos, a Superintendência da Moeda e do Crédito procederá a inquérito para o fim de apurar se foi observada, pelos diretores e gerentes, a norma de conduta estatuída no art. 1º

(.....)

**Art. 4º** — Verificada a inobservância do disposto no art. 1º, a Superintendência da Moeda e do Crédito enviará o inquérito com o relatório ao juiz da falência ou ao que for competente para decretá-la, o qual o fará com vista ao representante do Ministério Público."

5. Na vigência da Lei nº 1.808, houve quem pretendesse argumentar com a redação do art. 2º para, menosprezando a referência expressa do texto do art. 1º à culpa, defender a existência, no caso, de uma responsabilidade objetiva de caráter coletivo, que implicaria na criação de obrigação solidária de todos os diretores de ressarcir os prejuízos causados ao banco ou a terceiros.

6. Ora, a simples leitura da lei leva à única exegese admissível, que é no sentido de reconhecer a existência de **solidariedade entre os diretores culpados**, sem que a culpa de alguns pudesse contaminar os demais diretores, como bem esclareceram na época, em sucessivos pareceres, os Professores SAN TIAGO DANTAS e VICENTE RAO e os Ministros CARLOS MEDEIROS SILVA e COSTA MANSO, assim como o festejado autor da antiga Lei das Sociedades Anônimas, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE. A tese defendida, unanimemente, pela doutrina foi, aliás, consagrada pela jurisprudência, como, em seguida, comprovaremos.

7. Respondendo à consulta então formulada pelo Professor BENEDITO MONTENEGRO, que tinha exercido as funções de Presidente do Conselho Diretor do Banco Nacional Interamericano S.A., TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE interpretou o texto do art. 2º da Lei nº 1.808 como ensejando uma "responsabilidade solidária subsidiária ou sucessiva" por parte dos diretores "que tivessem atuado com culpa ou dolo". Concluiu o seu parecer o eminente e saudoso comercialista afirmando que:

"Ora, o art. 2º da Lei nº 1.808 não impõe responsabilidade solidária entre os diretores ou gerentes dos estabelecimentos bancários pelos prejuízos causados à sociedade, aos acionistas ou a terceiros nos casos de simples violação da lei ou dos estatutos, que é a hipótese prevista no nº II, § 1º, do art. 121 acima transcrito, e está explícita no art. 122 do referido Decreto-Lei

nº 2.627, de 1940; determina, única e exclusivamente, a responsabilidade solidária dos diretores ou gerentes pelas obrigações da empresa, individual ou coletiva, quando procederem com culpa ou dolo, evidentemente, dentro de suas atribuições e poderes, hipótese prevista no nº 1 do § 1º do citado art. 121.

**Responsabilidade civil individual**, portanto, para cuja efetivação necessária será a prova de ações ou omissões culposas ou dolosas de cada um dos diretores ou gerentes, no exercício das atribuições e poderes, que os estatutos lhes tiverem outorgado. Sob o mesmo regime ficam os atos simplesmente violadores da lei ou dos estatutos.

O art. 2º da Lei nº 1.808 dispõe, exclusivamente, sobre a responsabilidade civil para com terceiros, os credores do estabelecimento bancário, pois que a solidariedade imposta se limita às obrigações assumidas durante a gestão dos diretores ou gerentes e até que elas se cumpram. Responsabilidade, portanto, como já ficou dito (resposta ao 3º quesito), subsidiária ou sucessiva. Se o ativo liquidado não bastar para o pagamento de todos os credores, responderão então os diretores ou gerentes, condenados a ressarcir o prejuízo, pelo que faltar para a satisfação integral dos credores.

Ora, se como se afirma no quesito, o diretor-presidente não interferiu em atos ou operações havidos como irregulares, não praticou, no exercício de suas atribuições e dos seus poderes perfeitamente definidos nos estatutos, ações ou omissões dolosas ou culposas, segue-se que não lhe toca nenhuma responsabilidade pelos prejuízos decorrentes daqueles atos ou operações, dos quais, aliás, conforme alega o consulente, nem sequer teve ciência.

Na conformidade do que se disse na resposta ao quesito anterior, **a responsabilidade dos diretores é individual, vale dizer, cada um deles responderá, mediante a prova de dolo ou culpa pelos prejuízos oriundos dos atos ou operações que tiverem praticado.** (Revista dos Tribunais, vol. 251, pág. 47.)

8. Examinando a mesma hipótese, o Ministro VICENTE RAO, cujo parecer foi subscrito pelo eminente magistrado COSTA MANSO, concluiu que a solidariedade, decorrente da Lei nº 1.808, só se aplicava aos vários administradores que tinham atuado com culpa ou dolo, excluindo-se evidentemente a responsabilidade daqueles que não tinham participado das operações incriminadas ou, delas participando, agiram sem culpa, ou sem dolo. (Revista dos Tribunais, vol. 251, pág. 55.)

9. O Professor da Faculdade de Direito de São Paulo, para defender a sua tese, invoca, além da interpretação literal, a compreensão sistemática do nosso direito privado, para reconhecer que o princípio básico aplicável no campo da responsabilidade é o da culpa, só se admitindo,

excepcionalmente e em virtude de texto expresso de lei, o dever de ressarcir danos fundamentado no risco.

10. Conclui VICENTE RÁO afirmando que:

**“A lei não visa punir qualquer banqueiro, ou diretor de banco ou casa bancária, só por ser tal; visa punir, sim, o diretor CULPADO pela prática ou concurso à prática de ato ilegítimo com culpa grave ou dolo.”** (Revista dos Tribunais, vol. 251, pág. 59.)

11. Dentro da mesma orientação, manifestou-se na época o Ministro CARLOS MEDEIROS SILVA em parecer no qual condiciona a solidariedade à co-participação no ato culposo ou doloso. Relembrando as lições de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, GUSTESTEU PIRES e do próprio TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, nos seus comentários à antiga Lei das Sociedades por Ações, o parecer conclui que a responsabilidade do banqueiro é sempre individual, sendo que a **solidariedade** referida no art. 2º da Lei nº 1.808

**“somente atinge os diretores e gerentes que praticaram os atos eivados de culpa ou dolo; os demais estão excluídos da referida sanção”** (Revista dos Tribunais, vol. 251, pág. 67.)

12. No mencionado caso do Banco Interamericano, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo acolheu a orientação dos pareceres acima referidos, denegando o arresto de bens particulares do consulente, em acórdão, com a seguinte ementa:

**“Não se decreta o arresto de bens particulares de diretor de estabelecimento bancário se não se provou houvesse ele concorrido com qualquer culpa para que o Banco precisasse recorrer à liquidação extrajudicial.”** (Revista dos Tribunais, vol. 251, pág. 366.)

13. No corpo da decisão, os magistrados paulistas reconheceram que as obrigações legais e estatutárias que incumbem a todos os diretores solidariamente são tão-somente as obrigações de fazer, concluindo que:

**“Entretanto, muito diversamente, a infração das obrigações de não fazer só acarreta conseqüências contra a pessoa do infrator.”** (Revista dos Tribunais, vol. 251, pág. 369.)

14. Em outro caso, do Banco União do Brasil S.A. o Professor SAN TIAGO DANTAS teve o ensejo de dar parecer sobre a interpretação do art. 2º da Lei nº 1.808, com a seguinte ementa:

**“Cada diretor de banco responde pela própria culpa; ninguém pode ser atingido pelas penas civis ou criminais ensejadas pela culpa de outrem.**

**Um dos princípios básicos da ordem jurídica é a incomunicabilidade da culpa.”** (Revista Forense, vol. 170, pág. 83.)

15. No seu parecer, conceituou adequadamente SAN TIAGO DANTAS a solidariedade referida no art. 2º da Lei nº 1.808, nos seguintes termos:

“Que quer dizer, porém, **solidariedade**, no contexto do citado art. 2º? O representante do Ministério Público, no caso versado na consulta, entendeu **responsabilidade solidária** como **coletiva**, de modo a fazer com que uns diretores respondam pelas culpas de outros, o que dá à solidariedade o caráter de um vínculo interno a unir numa só obrigação todos os membros da Diretoria.

Não parece ser esse, entretanto, o exato alcance do dispositivo. Para bem o compreendermos, temos de partir do princípio geral, inscrito no art. 121 da Lei de Sociedades por Ações, acima transcrito, segundo o qual “os diretores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade”.

A essa regra abrem-se exceções, para vincular, em determinados casos, o diretor às obrigações sociais contraídas por seu intermédio. A vinculação pode assumir a forma de uma responsabilidade **subsidiária**, como no art. 121, § 1º, caso em que o credor pode reclamar pagamento do diretor, se os bens da sociedade não forem suficientes para satisfazê-lo. E pode assumir a forma ainda mais enérgica de uma responsabilidade **solidária**, caso em que os bens do diretor respondem, desde logo, colateralmente aos da sociedade, pelo cumprimento das obrigações.

Foi esta a finalidade e este é o verdadeiro alcance do art. 2º da Lei nº 1.808. Podem ser feitas a esta lei muitas críticas, e de fato não há exagero em considerá-la das mais imperfeitas, quer quanto à impropriedade no emprego dos termos, quer quanto à inadequação das soluções e procedimentos, mas parece certo que ela instituiu a solidariedade não entre diretores culpados e inocentes, mas entre diretores culpados e o banco prejudicado por suas gestões.

Esta solidariedade visava a impedir que diretores inescrupulosos formassem patrimônios pessoais avultados à custa do depauperamento ou da iliquidez dos bancos que dirigiam, e assim procurava colocar aqueles patrimônios ao alcance dos credores do estabelecimento, em caso de liquidação.

É de notar que a solidariedade entre diretores, independentemente da boa ou má conduta de cada um, feriria um dos princípios básicos da ordem jurídica, que é o da incomunicabilidade da culpa. Cada um responde pela própria culpa, e ninguém pode ser atingido, por força de disposição de lei, pelas penas civis ou criminais ensejadas pela culpa de outrem.” (Revista Forense, vol. cit., pág. 86.)



16. Examinando os trabalhos preparatórios da Lei nº 1.808, entendeu o eminente civilista que a rejeição da emenda apresentada no Senado pelo Professor FERREIRA DE SOUZA esclarecia a vontade do legislador de não impor uma *responsabilidade coletiva*, cuja aplicação a Câmara dos Deputados considerou, na época, como "lamentável erro", incompatível com o próprio texto constitucional. Assim sendo, a decisão do Congresso de rejeitar a emenda FERREIRA DE SOUZA confirmaria o propósito do legislador de só admitir a solidariedade entre os diretores culpados, excluindo-a em relação aos demais. (*Revista Forense*, vol. 170, pág. 87.)

17. Termina o Professor SAN TIAGO DANTAS o seu parecer, afirmando que:

"Não tenho, pois, à vista do exposto, a menor dúvida em afirmar que as conclusões do inquérito administrativo, levado a efeito pela Sumoc no Banco União do Brasil S.A., não induzem a responsabilidade, a título de culpa, do seu diretor-presidente, e que **a interpretação correta do art. 2º da Lei nº 1.808 não permite estender à pessoa e aos bens de um diretor isento de culpa o vínculo de solidariedade passiva, que o mesmo artigo institui entre o banco e os diretores culpados.**" (*Revista Forense*, vol. citado, pág. 89.)

18. Várias decisões judiciais, posteriores aos pareceres acima referidos, interpretaram a Lei nº 1.808 no sentido de só admitir a responsabilidade e a solidariedade dos administradores de bancos no caso de *culpa e dolo*. Neste sentido, se manifestou a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo ao julgar, em 29-8-1958, a apelação nº 87.991 que se referia à Casa Bancária Crédito e Administração S.A., confirmando a Corte de Apelação uma minuciosa e cristalina sentença do então juiz e hoje desembargador MARCOS NOGUEIRA GARCEZ. (*Revista Forense*, vol. 184, págs. 160 e seguintes.)

19. Durante toda a vigência da Lei nº 1.808, tanto a doutrina como a jurisprudência reconheceram que não poderia haver responsabilidade sem culpa ou dolo, como se verifica pela lição de WALDEMAR FERREIRA, que afirmou, com toda a sua autoridade de professor catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo e de comercialista dos mais ilustres do seu tempo, que:

"Insta no entanto considerar que **a responsabilidade solidária dos diretores e gerentes somente se admite quando "procederem por culpa ou dolo."** (*Tratado de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1961, nº 1.034, pág. 63.)

20. A matéria chegou a ser debatida nas jornadas organizadas no Rio de Janeiro, em 1963, pela Associação Henri Capitant, manifestando-se, na ocasião, pela responsabilidade com base na culpa, em sentido lato, os Professores CLAUDIO VIANNA DE LIMA, HERCULANO BORGES DA FONSECA, OTTO GIL, NORÕES E SOUZA e ARNOLDO WALD, revelando-se

assim o consenso das opiniões. (**Travaux de l'Association Henri Capitant**, tomo XV, Paris, 1967, págs. 76 e seguintes.)

21. Na ocasião, interpretamos o mencionado texto legal como estabelecendo uma presunção de culpa **juris tantum**, que admitiria portanto a prova em contrário, desde que o administrador evidenciasse o seu comportamento de **bonus paterfamilias**. (Travaux citados, pág. 20.)

22. Em 1964, com o advento da Lei nº 4.595, alterou-se o art. 2º da Lei nº 1.808, do qual foi retirada a alusão ao dolo e à culpa. Em decorrência da nova redação, que lhe foi dada pelo art. 42 da Lei da Reforma Bancária, o artigo ficou assim redigido:

**Art. 2º** — Os diretores e gerentes das instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelas mesmas durante sua gestão, até que elas se cumpram.

**Parágrafo único** — Havendo prejuízos, a responsabilidade solidária se circunscreverá ao respectivo montante."

23. Na realidade, a mudança não afetou a interpretação do texto, pois a vinculação da responsabilidade à culpa se manteve, em virtude da permanência dos demais artigos do texto original, que só admitia a responsabilidade por parte de quem não tivesse tido a conduta do homem ativo e probo.

24. As próprias autoridades do Banco Central nunca negaram que continuava a imperar o critério subjetivo, mesmo após a Lei da Reforma Bancária. Neste sentido, é oportuno lembrar a lição do douto Consultor Jurídico do Banco Central, Dr. WILSON DO EGITO COELHO, que a respeito assim se manifestou:

"Há quem sustente que, com essa nova redação, o legislador pretendeu instituir para os administradores de instituições financeiras o princípio da responsabilidade objetiva, por adoção da teoria do risco, pois teria, propositadamente, excluído do novo texto a menção ao elemento subjetivo — culpa ou dolo. Mas, se o tiver pretendido, fê-lo mal, de modo ineficaz, eis que deixou intocados os arts. 1º e 4º da Lei, que tratam da norma de conduta e da verificação de sua inobservância, elementos cuja apuração era de preponderante antecedência na composição da responsabilidade dos administradores de instituições financeiras." (In "S.A. para empresários", pág. 71.)

25. Não obstante as posteriores disposições do Decreto-Lei nº 48, de 1966, sobre os efeitos da intervenção, a sistemática da Lei nº 1.808 continuou em vigor até o advento da Lei nº 6.024, de 13-3-1974, de tal modo que não há dúvida alguma, para a jurisprudência, para a doutrina e para a própria autoridade administrativa, de que, até 1974, o único fundamento da responsabilidade do diretor de Banco era a existência de culpa ou dolo.

## b) Análise do texto vigente

26. O texto vigente, na matéria, é o constante na Lei nº 6.024, de 13-3-1974, no qual existe aparente *contradição* entre os arts. 39 e 40, cuja redação é a seguinte:

**“Art. 39 — Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão, a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva, pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido.**

**Art. 40 — Os administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão, até que se cumpram.**

**Parágrafo único — A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados.”**

27. A doutrina já teve o ensejo de afirmar que, na realidade, a lei vigente apenas modificou a redação de normas anteriores, sem afetar o sentido das mesmas.

28. Assim, o art. 39 da Lei nº 6.024 manteve praticamente a segunda parte do § 1º do art. 1º do Decreto-Lei nº 48/66, acrescentando apenas a expressão “salvo prescrição extintiva”, pois, na redação originária, podia parecer que a responsabilidade fosse *perene*, ou seja, ilimitada na sua duração, em virtude da introdução, no texto, da locução “a qualquer tempo”. Ficou, pois, a redação do Decreto-Lei nº 48/66 com uma limitação cessando a responsabilidade no caso de prescrição.

29. Quanto ao art. 40, constitui reprodução do art. 2º da Lei nº 1.808, com a redação que lhe deu o art. 42 da Lei nº 4.595, substituindo-se tão-somente as palavras “diretores e gerentes” por “administradores”.

30. Os estudiosos da matéria chegaram à conclusão de que, na realidade, não acontecera a mudança preconizada pela administração, pois as mesmas razões, que não permitiram a aplicação da responsabilidade objetiva, na vigência da Lei nº 4.595 e do Decreto-Lei nº 48, continuariam a impedir a sua aplicação na legislação vigente, que repete os textos anteriores.

31. Na realidade, o estudo imparcial da lei exige que se reconheça que ocorreu uma modificação substancial, em virtude da revogação da Lei nº 1.808, pelo art. 57 da Lei nº 6.024, como bem salientou o Dr. WILSON DO EGITO COELHO no estudo já anteriormente citado (**S.A. para empresários**, pág. 71). A diretriz básica da legislação anterior partia do art. 1º da Lei nº 1.808, que servia de norma de comando a todo o sistema aplicável na matéria, referindo-se ao padrão do **vir bonus**. Ora, essa norma foi revogada, não mais constando na Lei nº 6.024.

32. Assim sendo, com o desaparecimento do referido artigo, a manutenção da redação anterior dos diversos outros textos não deve significar necessariamente a manutenção do **statu quo** legal vigente até 1974.

33. É, todavia, preciso continuar a interpretar o texto legal de modo sistemático, atendendo aos princípios da hermenêutica e às próprias normas contidas na Lei de Introdução ao Código Civil nos seus arts. 4º e 5º, que têm a seguinte redação:

**“Art. 4º — Quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.**

**Art. 5º — Na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”**

34. Essas normas, embora destinadas ao magistrado, também se aplicam à autoridade administrativa, especialmente quando ela exerce funções de natureza judicante.

35. Se aplicarmos a interpretação sistemática aos artigos 39 e 40 da Lei nº 6.024, chegaremos à conclusão de que não há entre os mesmos qualquer antinomia, que não se admite em textos jurídicos e que o intérprete deve necessariamente superar. Assim, não é possível admitir que a responsabilidade do art. 39 esteja fundamentada na culpa ou no dolo e o art. 40 implica numa responsabilidade objetiva. Na realidade, os artigos 39 e 40 se complementam e devem ser interpretados conjuntamente. O primeiro trata da responsabilidade pelos atos e omissões praticados pelo administrador. O segundo, ao estabelecer a responsabilidade solidária do diretor pelas obrigações assumidas pela instituição, durante a sua gestão, o faz partindo do pressuposto de terem sido tais obrigações decorrentes de atos ou omissões do administrador. Tanto assim é que o próprio art. 40, no seu parágrafo único, estabelece **um limite a essa responsabilidade**, que é a do montante dos prejuízos causados. Prejuízos causados por quem e a quem? Pelo administrador à empresa em virtude dos atos e omissões previstos pelo art. 39, como, aliás, esclarecia o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 1.808, que é o antepassado do texto legal vigente.

36. Assim, a conjugação dos artigos 39 e 40 nos leva a reconhecer que, somente se tiver havido a responsabilidade prevista no primeiro, poderá o administrador ser considerado co-obrigado na forma do segundo. A própria interpretação literal do mencionado parágrafo nos obriga a concluir neste sentido, pois o texto legal não se referiu a quaisquer prejuízos “sofridos” pela entidade, mas, sim, aos “prejuízos causados”, invocando, pois, um **vínculo de causalidade**, que deve existir em relação a cada um dos administradores. Se a intenção do legislador fosse de estender a causalidade, para abranger os prejuízos decorrentes da ação da totalidade dos diretores, deveria a lei ser explícita, pois a causa como vínculo entre o autor do dano e o prejuízo sempre tem sido entendida, em nosso direito, como vínculo individual e não coletivo.

37. Ora, tanto a idéia da causalidade está presente na lei que ela se referiu aos “prejuízos causados” e não aos danos sofridos pela empresa. A ênfase foi, pois, dada pelo legislador ao comportamento do autor do dano (que o causou) que deve ser examinado pelo intérprete.

**38.** A própria idéia da incomunicabilidade da culpa e da inexistência da responsabilidade coletiva se encontra no artigo 40, quando limita a responsabilidade às obrigações assumidas durante a gestão do diretor, repudiando assim qualquer critério de responsabilidade por culpa alheia, na forma pretendida pela emenda FERREIRA DE SOUZA, apresentada por ocasião da elaboração da Lei nº 1.808.

**39.** Ora, as mesmas razões que impedem a comunicação de culpa de uma diretoria para outra, obrigando cada um a responder pelos danos causados e pelas obrigações assumidas durante a sua gestão (art. 40), justificam a atribuição da responsabilidade individual de cada diretor, em relação aos atos e omissões por ele praticados (art. 39), repugnando ao nosso direito, como em seguida provaremos, qualquer forma de contaminação de culpa ou de extensão indevida de responsabilidade.

**40.** No caso, a própria sistemática da Lei nº 6.024 impõe essa solução pela análise dos artigos 39 e 40 que, na realidade, destacam a responsabilidade de cada diretor pelo ato praticado, pela omissão em que houver incorrido, durante a sua gestão e até o limite do prejuízo por ele causado à empresa, sendo que a ausência de atos e omissões ou a inexistência de prejuízos decorrentes daqueles que foram praticados importa necessariamente, de acordo com a lei, em exclusão de responsabilidade.

**41.** Outros artigos da Lei nº 6.024 conduzem à mesma conclusão. Assim, o art. 43 determina que sejam analisados no relatório, entre outros elementos:

- a) as causas da sua queda (dos prejuízos);
- b) o montante ou a estimativa dos prejuízos apurados em cada gestão.

A mesma orientação transparece nos artigos 46 e 49, que determinam que a responsabilidade dos ex-administradores seja "apurada em ação própria" (art. 46) e que haja sentença para "declarar a responsabilidade dos ex-administradores" (art. 49).

**42.** Ora, é evidente que, se o problema fosse exclusivamente matemático, de levantamento dos prejuízos, sem exame da situação pessoal de cada administrador, não se justificaria nem a ação judicial, nem a necessidade de sentença para reconhecimento de responsabilidade, havendo, quando muito, uma simples homologação de cálculo.

**43.** A responsabilidade coletiva já foi acoimada de inconstitucional em parecer apresentado na Comissão de Finanças da Câmara dos Deputados (ap. SAN TIAGO DANTAS, parecer já citado in "Revista Forense", vol. 170, pág. 87) e os comercialistas brasileiros reconhecem que ela jamais foi admitida em nosso direito. Já TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE ponderou que o nosso direito não considerava a diretoria da sociedade anônima como um "órgão coletivo", ao contrário do que acontecia no direito estrangeiro. Acrescenta que o nosso sistema é de atuação indivi-

dual, tendo tal fato "importantes reflexos na apuração da responsabilidade civil dos diretores". (TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, **Sociedade por ações**, 2ª edição, vol. II, Rio, Forense, 1953, nº 611, pág. 291.)

44. Dentro da mesma orientação, SAN TIAGO DANTAS ponderou que:

"Nem se diga que o fato de um diretor cometer irregularidades num banco à revelia de outro produz a negligência ou desatenção deste e induz sua responsabilidade a título de culpa, pois isso seria o mesmo que **afirmar a desnecessidade de culpa própria para que um diretor responda pelos danos ocorridos**. Bastaria então que um diretor agisse com dolo, para que toda a Diretoria, por não ter evitado ou reprimido esse ato, incorresse em culpa e responsabilidade. NÃO FOI ISSO MANIFESTAMENTE, O QUE PRETENDEU O ART. 2º DA LEI Nº 1.808, AO FALAR EM RESPONSABILIDADE POR CULPA DO DIRETOR." (Revista Forense, vol. 170, pág. 85.)

45. A lição de SAN TIAGO DANTAS mantém-se válida, mesmo após a vigência da Lei nº 6.024, pois a sistemática da organização da sociedade anônima então existente e que se regia pelo Decreto-Lei nº 2.627 não foi modificada substancialmente pela Lei nº 6.404, de 15-12-1976.

46. Neste sentido é, aliás, a lição do eminente Professor RUBENS REQUIÃO, no seu recente **Curso de Direito Falimentar**, no qual interpreta a legislação atualmente vigente, e chega às seguintes conclusões:

"Os eminentes juristas e professores que se pronunciaram deixam patente que **a responsabilidade dos diretores e conselheiros das instituições financeiras não decorre de sua simples condição na administração e fiscalização da sociedade, mas da ação ou omissão dolosa ou culposa que tiverem praticado**. E assim é em face dos princípios que determinam a responsabilidade civil, que somente ocorre quando houver uma causa. O diretor alheio à prática do ato ilegal ou irregular praticado por outro diretor não pode ser responsabilizado se nem dele teve conhecimento."

"O texto atual da Lei nº 6.024, de 1974, não se refere à **responsabilidade coletiva presumida**, e por isso podemos invocar a lição de CARLOS MEDEIROS DA SILVA, em face do direito anterior que permanece por isso válida: **"Não alude o texto à solidariedade coletiva dos diretores, culpados ou não. Somente aqueles que procederem em contrário ao direito são atingidos."** (Revista dos Tribunais, 251/59.) (RUBENS REQUIÃO, **Curso de Direito Falimentar**, São Paulo, Saraiva, 1975, 2ª vol., págs. 220/221.)

### c) Inaplicabilidade da doutrina da transparência

47. Para o eminente professor do Paraná, passou a ocorrer, na matéria, uma evolução em que a sociedade anônima está sendo transforma-

da, gradativamente, em sociedade em comandita por ações, com fundamento na doutrina da penetração, da transparência ou da desconsideração da pessoa jurídica (**disregard doctrine**) importada do direito anglo-saxão, pela qual é preciso, na sociedade anônima, “levantar o véu” que encobre a realidade e, afastando o biombo que constitui a estrutura jurídica da empresa, procurar aqueles que realmente a comandam, para responsabilizá-los pessoalmente quando utilizam a empresa como meio de afastar a sua responsabilidade pessoal.

48. A doutrina da transparência tem sido estudada em nosso País tanto por RUBENS REQUIÃO, em excelente artigo publicado no vol. 410, pág. 12, da **Revista dos Tribunais** (“Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica” — **disregard doctrine**) e republicado na sua recente obra **Aspectos modernos do direito comercial** (Saraiva, 1977, págs. 67 e seguintes) como por FÁBIO KONDER COMPARATO, na sua brilhante tese de concurso, na Faculdade de Direito de São Paulo, no qual tivemos o prazer de examiná-lo — **O poder de controle na sociedade anônima**, São Paulo, 1975, página 349. É esta teoria da **disregard doctrine** que, com muita oportunidade, Dr. WILSON DO EGITO COELHO considera que deveria ser aplicada no Brasil. (**Da responsabilidade dos administradores**, já citado in “S.A. para empresários”, pág. 73, in fine) e que, aliás, a nossa jurisprudência já tem consagrado, por diversas vezes.

49. Ora, é preciso ponderar que a **disregard doctrine** afeta não os diretores, mas sim o acionista controlador, que os franceses chamam o **maître de l'affaire** e os americanos denominam **active shareholder**. Onde se conclui que a teoria da desconsideração ou da transparência não deve ser aplicada ao diretor assalariado ou empregado, que não participa do controle acionário e é na realidade um executivo, um profissional a serviço da empresa, mas sem comando efetivo sobre a política da mesma, que decorre de decisão do controlador.

50. Acresce finalmente que a **disregard doctrine** pressupõe sempre a utilização fraudulenta da companhia pelos seus controladores, como se deduz da lei inglesa (art. 332 do **Companies Act** de 1948) e da jurisprudência norte-americana. Assim, na Inglaterra, essa responsabilidade pessoal só surge no caso de dolo, sendo que recentemente a Comissão Jenkins propôs a sua extensão aos casos de negligência ou imprudência graves na conduta dos negócios (**reckless trading**). (V. ANDRÉ TUNC, **Le droit anglais des Sociétés anonymes**, Paris, Dalloz, 1971, nº 45, pág. 46.) De acordo com o art. 333, a mesma lei admite a propositura de ação contra o administrador (**officer**), nos casos de culpa grave (**misfeasance** e **breach of trust**), mas tão-somente para que sejam ressarcidos os danos causados à sociedade pelos atos contra ela praticados. (V. TUNC, **obra citada**, nº 133, pág. 201.) Nos Estados Unidos, a doutrina da transparência tem sido aplicada com reservas e tão-somente nos casos de evidente intuito fraudulento, quando a sociedade é utilizada como simples instrumento (**mere instrumentality**) ou **alter ego** ou agente do acionista controlador. Em tais hipóteses de confusão do patrimônio da sociedade com o dos acionistas e de indução de terceiro em erro, a jurisprudência dos Estados Unidos tem admitido levantar o véu (**judges have pierced the**

**corporate veil**) para responsabilizar pessoalmente os acionistas controladores. (V. o comentário **Should Shareholders be Personally Liable for the Torts of their Corporations?** In **Yale Law Journal**, vol. 76, nº 6, maio de 1967, págs. 1.190 e seguintes e especialmente pág. 1.192.)

#### d) A culpa e o risco

51. Afastada a doutrina da desconsideração, por ser inaplicável ao caso, concluímos que, nos termos da lei vigente, a responsabilidade está vinculada à existência de atos e omissões que causaram prejuízos. Esses atos e omissões são pessoais, pois, como vimos, inexistem, em nosso direito societário, responsabilidades coletivas. O próprio artigo 122 da antiga Lei das Sociedades Anônimas, que criou obrigações para todos os diretores individualmente ou de per si, só se referia, conforme é manso e pacífico na doutrina, às obrigações de fazer decorrentes da lei ou dos estatutos. Neste sentido é o ensinamento de TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, que afirma:

“Claro que unicamente **as obrigações de fazer**, ou positivas, impostas por lei ou pelos estatutos aos diretores, indistintamente, **podem fundamentar a sua responsabilidade solidária**. Pois **as de não fazer, ou negativas, são**, por sua natureza, **pessoais**; não depende, em regra, da vontade de outrem a fiel observância do preceito proibitivo.” (TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, **Sociedade por ações**, já citada, vol. II, nº 641, pág. 328.)

Orientação idêntica adotaram os pareceres de VICENTE RAO (**Revista dos Tribunais**, vol. 251, pág. 53, nº 9) e de CARLOS MEDEIROS SILVA (**Revista citada**, pág. 65, nº 44).

52. Como a lei não caracteriza os atos e omissões que ensejam a responsabilidade, mas exige um vínculo de causalidade, devemos interpretar o texto, invocando os subsídios do direito comercial e do direito civil.

53. A idéia básica de todo o sistema jurídico brasileiro é no sentido de ser excluída a responsabilidade quando inexistente culpa. Assim, a conculção do ato ilícito no art. 159 do Código Civil se refere ao dolo e à culpa, sob as suas diversas formas (negligência, imperícia e imprudência). Considera-se, pois, como excludentes da responsabilidade civil a prova da ausência de culpa e a da ocorrência de força maior ou de caso fortuito.

54. Nas poucas hipóteses em que a lei admite a responsabilidade pelo risco criado, ela o faz com base na culpa imprópria (culpa **in eligendo** ou **in vigilando** nos casos do art. 1.521 do Código Civil, interpretado pela Súmula nº 341) ou então em hipóteses de interesse social, como nos casos da responsabilidade do Estado, na do transportador, os acidentes de automóveis, nos acidentes de trabalho, nos danos causados a terceiros no solo por aeronave e na recente lei sobre prejuízos decorrentes da utilização da energia nuclear.



55. Em todas essas hipóteses, os princípios básicos que complementam a utilização da teoria do risco são a limitação da responsabilidade e o seguro obrigatório, que somente não se aplica ao Estado, considerado como auto-segurador.

56. Por outro lado, essa responsabilidade externa (em relação a determinados grupos), baseada no risco, se complementa por uma responsabilidade interna, baseada na culpa. Assim, por exemplo, o Estado responde com base na teoria objetiva, mas a sua ação regressiva contra o funcionário público, que causou o dano, tem base na culpa (art. 15 do Código Civil). Do mesmo modo, o segurador de acidentes de automóveis paga com base na responsabilidade objetiva, mas terá ação regressiva fundada na culpa. (V. ELCIR CASTELLO BRANCO, **Do seguro obrigatório de responsabilidade civil**, Rio, Editora Jurídica e Universitária, 1971, nº 36, pág. 46.)

57. Mesmo os autores que defendem a teoria do risco, como os eminentes, Professores ALVINO LIMA (**Culpa e risco**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1960) e WILSON MELO DA SILVA (**Responsabilidade sem culpa**, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1974) reconhecem que a culpa deve complementar o risco nas relações sociais. Assim, no campo dos acidentes de automóveis ou da responsabilidade estatal, o princípio objetivo deve ser temperado pela aplicação da culpa no tocante à ação regressiva ou à apuração do comportamento da própria vítima, quando teve culpa concorrente, ensejando ou facilitando a ocorrência do prejuízo. (V. WILSON MELO DA SILVA, obra citada, nº 116, pág. 193, e ANDRÉ TUNC, **La sécurité routière**, Paris, Dalloz, 1966, n.ºs 63 e seguintes, pág. 53.)

58. Já tivemos o ensejo de defender, em artigo doutrinário, a responsabilidade objetiva do banqueiro nas suas relações com o cliente, salientando que os bancos exercem, na vida econômica do nosso País, um verdadeiro serviço público. (V. ARNOLDO WALD, **A responsabilidade civil do banqueiro** in "Revista de Direito Mercantil", vol. 17, 1975, pág. 18.) Neste sentido, a doutrina estrangeira tem admitido vincular a responsabilidade do banqueiro perante o seu cliente à existência de uma culpa de serviço (**faute de conduite**) que independe da prova da culpa de um funcionário determinado. (C. GAVALDA et J. STOUFFLET, **Le droit de la Banque**, Paris, Presses Universitaires de France, 1974, nº 326, pág. 416, **in fine**.) Para o Professor RENÉ RODIÈRE, é possível que esteja ocorrendo uma

"résurgence de la notion de risque, comme fondement de la responsabilité: en ouvrant inconsidérément un compte-chèque, en octroyant un crédit immérité, le banquier crée un risque pour la société. Si la création d'un risque n'entraîne pas, en droit français, **ipso facto**, la responsabilité de son auteur, elle incite les juges à se montrer les plus sévères dans l'appréciation des fautes commises." RENÉ RODIÈRE et JEAN-LOUIS RIVERS-LANGE, **Droit bancaire**, Dalloz, 1973, nº 83, pág. 83.)

59. É necessário, todavia, distinguir a responsabilidade do banqueiro concebido como banco, pessoa jurídica, da dos seus administradores,

pessoas físicas, que exercem as suas funções numa instituição financeira, do mesmo modo que não confundimos a responsabilidade objetiva do Estado com a do funcionário, que, ao contrário, pressupõe a existência de culpa.

60. Essa distinção que estabelece o divisor de águas entre a responsabilidade objetiva nas relações entre grupos (o banco e os seus clientes) e a subjetiva nas relações em que o dever de ressarcimento recai sobre o indivíduo (responsabilidade do diretor ou administrador de instituição financeira) tem os seus fundamentos na melhor lição da doutrina. Há cerca de vinte e cinco anos já escrevíamos a este respeito que:

"PLANIOL tinha razão quando declarava que a teoria da culpa não podia cessar de dominar as relações interindividuais. SALEILLES e JOSSERAND tinham razão quando exigiam, em nome da equidade, a aplicação da teoria do risco nas relações entre patrões e operários e nos serviços de transporte. A moral não pode satisfazer-se senão pela teoria da culpa. A equidade exige frequentemente a aplicação da teoria do risco. O equilíbrio social exige ora a aplicação de uma dessas teorias, ora a de outra. É que existem, de um lado, as relações interindividuais e, de outro, as relações entre grupos sociais. No primeiro caso, é a teoria da culpa que deve dominar, no segundo, a do risco." (ARNOLDO WALD, *Influência do direito francês sobre o direito brasileiro no domínio da responsabilidade civil*, Rio, Imprensa Nacional, 1953, pág. 71.)

#### e) A tese da culpa presumida

61. Como, no caso da responsabilidade dos administradores de instituições financeiras, o texto não exige a prova da culpa dos responsáveis e não invoca em termos inequívocos a responsabilidade objetiva, levando, ao contrário, tanto a interpretação literal como a sistemática à conclusão de ter o legislador vinculado o dever de ressarcir à prática pessoal de atos e omissões durante a sua gestão, a solução que compatibiliza a letra da lei e as necessidades práticas parece ser a de considerar, no caso, a existência de culpa presumida *juris tantum*.

62. Seria viável defender a tese contrária e sustentar que ao Banco Central caberia fazer a prova da culpa dos administradores de acordo com o princípio *auctori incumbit probatio*. Mas a redação da lei e o espírito do sistema nos levam a admitir, no caso, uma presunção relativa, que pode ser afastada pela prova contrária. Assim, teríamos duas normas distintas e complementares:

a) na vida normal da empresa, os administradores só responderiam no caso de culpa provada;

b) no caso de liquidação, a própria insolvência ensejaria a presunção *juris tantum* de culpa, sem prejuízo de se assegurar, ao administrador, o direito de evidenciar a ausência de qualquer culpa no seu comportamento.

63. Esta tese é, aliás, perfilhada pelo eminente Consultor Jurídico do Banco Central, na interpretação da Lei nº 6.024, quando afirma:

**"Tal como no direito societário comum francês, verifica-se que, no direito brasileiro, a tradicional responsabilidade dos administradores sociais por atos culposos ou dolosos, devidamente comprovados, transformou-se em RESPONSABILIDADE COM CULPA PRESUMIDA, ou mais que isto, em responsabilidade sem causa ou culpa in re ipsa, o que nos parece ostensivamente incompatível com o exercício gerencial do ato de comércio."** (Artigo citado, in "S.A. para empresários", pág. 73.)

64. **O que parece incompatível com o sistema** ao eminente jurista e, conseqüentemente, deve ser afastado, pois ninguém pode sustentar uma tese que considera absurda e incompatível com o sistema, **é a responsabilidade sem causa.**

65. Quanto à responsabilidade presumida consagrada pelo direito francês é a fundada em presunção **juris tantum**, como aliás esclarece o próprio Dr. WILSON DO EGITO COELHO, invocando a lição de COMPARTATO na sua tese já citada.

66. Ora, a solução do direito francês é no sentido da presunção **juris tantum** da responsabilidade dos administradores. Assim, a lei falimentar francesa de nº 563, de 13-7-1967, esclarece a respeito, no seu art. 99, que:

**"99. Lorsque le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du syndic, ou même d'office, que les dettes sociales seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux.**

L'action se prescrit par trois ans à compter de l'arrêté définitif des créances. En cas de résolution ou d'annulation du concordat, la prescription, suspendue pendant le temps qu'a duré le concordat, recommence à courir. Toutefois, le syndic dispose à nouveau, pour exercer l'action, d'un délai qui ne peut en aucun cas être inférieur à un an.

**Pour dégager leur responsabilité, les dirigeants impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires."**

67. Diante do texto expresso de lei, nenhuma dúvida pode subsistir quanto à solução dada, conforme aliás tem reconhecido a doutrina francesa. (V. MICHEL DE JUGLART et BENJAMIN IPPOLITO, **Cours de Droit Commercial**, 3ª edição, 2º volume, Paris, Éditions Montchrestien, nº 729, pág. 404.) A conclusão é no sentido de importar a falência na criação de uma **presunção de culpa**, que inexistiria se a empresa estivesse em condições normais de funcionamento. (V. RENÉ RODIÈRE, **Droit Commercial, groupements commerciaux**, Paris, Dalloz, 1972, nº 187, pág. 193.)

68. Reconhecendo o douto Consultor Jurídico do Banco Central que o sistema adotado, pela nossa legislação, foi o francês, impõe-se, pois, admitir a possibilidade de afastamento da presunção legal, mediante a prova em contrário.

69. A posição do direito francês é, aliás, a dominante nos diversos países civilizados, nenhum deles tendo consagrado a teoria da responsabilidade objetiva.

70. Assim, a Alemanha regulamentou a matéria, no art. 93 da *Aktiengesetz*, de 6-9-1965, no qual determinou que:

“Os membros da Direção que descumprirem as suas obrigações em relação à sociedade são responsáveis pelos prejuízos causados. Se for discutido se tiveram na sua gestão o comportamento do administrador competente e consciencioso, o encargo da prova lhes incumbirá.”

71. De acordo com o mesmo artigo, a responsabilidade dos administradores perante terceiros, no caso de insolvência da empresa, só ocorrerá na hipótese de culpa grave.

72. Essa posição do legislador alemão já data da lei de 1937 e decorreu de jurisprudência que considerou ser mais fácil ao administrador fazer a prova de sua inocência do que à sociedade comprovar a culpa dos seus gestores, aplicando o princípio *probatio incumbit facillius probanti*. (V. ERNST MEZGER, *Le nouveau régime des sociétés anonymes en Allemagne*, Paris, Rousseau et Cie., 1939, nº 285, pág. 253.)

## f) Conclusões

73. Verificamos, assim que, examinando o texto legal atualmente vigente no Brasil, devemos reconhecer que se criou, na realidade, uma presunção *juris tantum* de culpa por parte do administrador, como se verifica:

- a) pela interpretação literal e sistemática da lei;
- b) pelo repúdio à solidariedade entre diretorias sucessivas;
- c) pela evolução histórica do nosso direito;
- d) pela aplicação complementar e analógica das disposições da legislação societária e do Código Civil;
- e) pela interpretação jurisprudencial e doutrinária;
- f) pela posição assumida em trabalho doutrinário pelo titular da Consultoria Jurídica do Banco Central;
- g) pela lição do direito estrangeiro e em particular das legislações que, mais próximas da nossa, influenciaram o nosso legislador;
- h) pela aplicação dos princípios gerais do direito.

# Os direitos fundamentais da personalidade moral (à integridade psíquica, à segurança, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade)

Prof. ANTÔNIO CHAVES

Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O reconhecimento legislativo da dignidade humana. 3. O respeito à integridade psíquica. 4. Direito à intimidade. 5. Direito ao segredo. 6. O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. 7. Os direitos da personalidade no Projeto de Código Civil de 1975.

## 1. Introdução

Os direitos fundamentais da personalidade, numa divisão empírica, podem ser abordados: 1) com relação ao elemento **corporal** do indivíduo: direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes, operações cirúrgicas), direito ao cadáver etc.; 2) com relação à parte imaterial ou moral: respeito à integridade psíquica, à segurança, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade.

Ambos os aspectos foram por nós estudados no terceiro volume da **Parte Geral das Lições de Direito Civil**, Ed. Bushatski, 1972, págs. 133-229.

É tão rápida, no entanto, a evolução desta matéria, que novos desdobramentos vão surgindo a cada momento, alguns dos quais tivemos oportunida-

---

Palestra proferida, em resumo, nos dias 8 e 9 de novembro de 1977, nas Faculdades de Direito, respectivamente, da Universidade Mackenzie e das Faculdades Metropolitanas Unidas, de São Paulo.

de de analisar, no que diz respeito à primeira daquelas modalidades, em palestra proferida em agosto passado, num ciclo comemorativo do sesquicentenário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, publicada pela **Revista de Informação Legislativa** (nº 55, julho/set. 77).

Com relação à segunda modalidade, colhemos alguns subsídios novos, que procuraremos sintetizar na presente exposição.

## 2. O reconhecimento legislativo da dignidade humana

No âmbito não corpóreo, as prerrogativas do homem civilizado poderiam ser compendiadas numa só palavra: dignidade.

Tão fundamental, que compreende todas as demais, tão transcendente, que sobrepára às Constituições para ir abrigar-se na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, cujo preâmbulo consigna:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum;

Considerando ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão;

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados-membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades.”

Em memorável discurso, teve oportunidade o Senador FRANCO MONTORO de alinhar uma série de citações, a começar por SUMMER WELLES:

“Nosso mundo livre deve ser fundado sobre as quatro liberdades: liberdade de palavra e de religião, libertação da penúria e do medo.” (*O Mundo das Quatro Liberdades*, tradução de FERNANDO TUDE DE SOUZA, 1944, pág. 170.)

JACQUES MARITAIN, no seu *Humanismo Integral*, já havia destacado a importância dessa verdade fundamental:

“... não é por uma liberdade abstrata, pela liberdade impessoal, é por liberdades concretas e positivas, encarnadas em

**instituições e corpos sociais, que a liberdade interior da pessoa clama para traduzir no plano externo e social.”** (Tradução de AFRÂNIO COUTINHO, 1942, pág. 193.)

OLIVEIRA VIANA diria a mesma coisa, nas suas **Instituições Políticas do Brasil** ao estudar o problema da realização da democracia no Brasil:

“O que o nosso povo-massa pede aos governos eleitos ou não eleitos — pouco importa — é que eles não o inquietem no seu viver particular. Equivale dizer: o que interessa ao nosso povo-massa é a liberdade civil e individual. Este amor pela liberdade (e não propriamente pela democracia) já bem o compreendera JOSÉ BONIFÁCIO, quando dizia: “Os brasileiros são entusiastas do belo ideal, amigos de sua liberdade e mal sofrem perder as regalias que uma vez adquiriram.”

E finalizando:

“Garantir a liberdade civil ao povo-massa: eis o problema central da organização democrática do Brasil.” (Op. cit., II, págs. 227/8, 1949.)

Mas um tratamento legislativo orgânico das **liberdades civis** não foi ainda dispensado à importante matéria, circunscrevendo-se o direito positivo pátrio a dois diplomas fundamentais: a Lei nº 4.898, de 9-12-65, que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade, e a Lei nº 5.250, de 9-2-1967, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

Cingindo-nos, aqui, à primeira, consignemos que o art. 3º enumera os atentados que constituem abuso de autoridade:

- a) à liberdade de locomoção;
- b) à inviolabilidade do domicílio;
- c) ao sigilo da correspondência;
- d) à liberdade de consciência e de crença;
- e) ao livre exercício do culto religioso;
- f) à liberdade de associação;
- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
- h) ao direito de reunião;
- i) à incolumidade física do indivíduo.

São prerrogativas garantidas pela Constituição Federal, art. 153, nos parágrafos correspondentes: a) 12, 20 e 26; b) 10; c) 9; d) 5; e) 6; f) 28; g) 8; h) 27; i) 14.

Outras ainda não figuram nessa enumeração: liberdade de pensamento — § 8º; liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão — § 23; liberdade de ação — § 2º etc.

O Deputado JOSÉ ALVES teve oportunidade de oferecer Projeto de Lei (nº 741-B, de 1972), de cuja ampla discussão dá notícia o **Diário do Congresso Nacional** (Seção I) de 16-3-1977, págs. 829-833, acrescentando mais a alínea j, relativa aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

Mas em se tratando de liberdade, não é possível deixar de mencionar, outrossim, a Lei nº 4.215, de 27-4-1962 — Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que a proposta do Deputado JOSÉ ALVES garantiria amplamente permitindo ao profissional examinar em qualquer repartição policial, civil ou militar, independentemente de procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

Mais, a proposição abrangeria, na sua proposital amplitude, não apenas a missão do advogado, mas, outrossim, a dos jornalistas, dos repórteres, dos fotógrafos, dos cinegrafistas, de todos os profissionais, enfim, cuja missão é informar, do mesmo modo que o professor, o investigador, o cientista.

Em seu apoio manifestou-se também o Deputado CANTÍDIO SAMPAIO (mesmo **Diário**), encarecendo a importância fundamental da Lei nº 4.898 no campo da defesa dos direitos humanos. Editada no Governo Castello Branco, tem por objetivo estabelecer medidas inibitórias principalmente ao excesso da autoridade policial que tende a cometer abusos:

“Infelizmente, decorridos quase 12 anos, ainda a Nação não se acostumou às cláusulas desse diploma, para fazê-lo funcionar com rigor e oportunidade, de molde a que suas sanções sejam aplicadas fazendo regredir essa onda de abuso de autoridade que por vezes causa sérias apreensões à opinião pública nacional.

Trata-se de lei rigorosa que pode ser exercida tanto no plano judicial como no administrativo — e a sanção mais imediata e direta é a perda do cargo e função, desde que evidenciada num processo regular a infração acusada pela parte ofendida. Embora não conheça caso em que ela haja alcançado um resultado prático, é mister que nos acostumemos às suas disposições, que lhe demos vida e eficácia, pois, na realidade, é um dos instrumentos mais expeditos a serem utilizados na busca desse fundamental interesse social e humano.

O projeto aprimora este edito e lhe supre uma lacuna que salta aos olhos, já que, realmente, não há uma garantia de caráter criminal ao livre **exercício da profissão**. E todo o direito que jaz assim, desprotegido, praticamente se transforma numa disposição lírica, sem nenhum sentido prático. Parece ter presenciado, principalmente no que tange ao exercício da função do advogado, barreiras e violências absolutamente intoleráveis. Quando Secretário de Segurança Pública, em São Paulo, fui obrigado a baixar portaria exigindo das autoridades policiais que rendessem aos advogados os direitos preceituados na Lei nº 4.215.”



### 3. O respeito à integridade psíquica

Se apenas com relação ao preso e ao presidiário cuida a Constituição Federal, art. 153, § 14, de impor, exclusivamente a todas as **autoridades**, o respeito à integridade não apenas física, mas também **moral**, nem o Código Civil, nem os Projetos ORLANDO GOMES, ou o de 1975, cuidam da preservação da personalidade **moral** do indivíduo, à qual pelo menos uma referência contém o Código Civil italiano, que, no art. 2.087, preocupa-se em obrigar o empresário a tomar as providências que, na conformidade da particularidade do trabalho, da experiência e da técnica, são necessárias à proteção “da integridade física e da personalidade moral dos prestadores de trabalho”.

O próprio Código Penal pátrio revela zelo somente no que diz respeito ao uso de substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (art. 281). E vez por outra, como que incidentalmente, ou de má vontade, referindo-se à eventualidade de resultar, no caso justamente de seqüestro e cárcere privado, à vítima, em razão de maus tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou **moral**.

A Lei nº 5.726, de 29-10-1971, que “dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências”, e seu Regulamento, (Decreto nº 69.845, de 27-12-1971), deram margem à publicação de dois valiosos trabalhos: **Tóxicos. Prevenção. Repressão**, de VICENTE GRECO FILHO, S. Paulo, Saraiva, 1972, 294 páginas. e **Tóxicos. Aplicações da Lei nº 5.726, de 1971**, de J. L. V. DE AZEVEDO FRANCESCHINI, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1973, 132 páginas.

No capítulo relativo às lesões corporais, reprime o Código Penal apenas as ofensas à integridade corporal ou à saúde de outrem, não dando claramente guarida aos atentados à integridade psíquica do indivíduo o art. 129, § 2º, nº II, que cuida da ofensa de que resulte “enfermidade incurável”.

É justamente sob esse aspecto amplo e compreensivo — o do respeito à integridade psíquica do indivíduo, que, a par da física, é o binômio sobre o qual assenta a própria “estrutura” do indivíduo, que PIETRO PERLINGIERI, **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**, Camerino, Jovene, 1972 — versa extensamente, estudando principalmente a oportunidade e a legitimidade dos tratamentos psiquiátricos.

Encarece apresentar-se a alteração mental como uma noção que pode ser expressa em termos não somente médicos, mas também culturais, sociológicos, antropológicos; fato orgânico e/ou fato sociológico-cultural:

“As formas de alteração mental encontram o mais das vezes a sua origem na sociedade: o problema consiste em determinar um ponto de confluência entre a esfera individual, apenas formalmente autônoma, e a esfera por assim dizer coletiva; um ponto de confluência entre a gênese da denominada doença mental e a sociopsiquiatria, também no que diz respeito às diferenças existentes entre a psiquiatria e a neurologia. A dificuldade de individuação da no-

ção de alteração mental coloca, portanto, em crise também a outra de tratamento médico."

Encarece que se o espírito pertence à estrutura da pessoa e constitui parte integrante da sua personalidade, o tratamento psicoterapêutico encontra o seu limite natural no respeito da pessoa e das suas manifestações. Antes de mais nada, preventivamente, removendo os obstáculos de ordem econômica e social que, impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana, constituem as verdadeiras causas de muitos desequilíbrios mentais.

Em segundo lugar, na tentativa de eliminar os mais macroscópicos "desvios", é necessário inspirar-se, mais ainda que na legislação ordinária, sob muitos aspectos atrasada ou lacunosa, nos princípios constitucionais, principalmente nas normas constitucionais italianas que, depois de terem afirmado, de modo solene, que a proteção da saúde é um "direito fundamental do indivíduo" (art. 32, 1), especifica que "ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, a não ser por disposição de lei", acrescentando que "a lei não pode em caso algum violar os limites impostos pelo respeito da pessoa humana" (alínea 2).

Reconhecendo, embora, que a solução do problema da legitimidade do tratamento não deve e não pode inspirar-se exclusivamente no perfil subjetivo do consentimento do interessado, acrescenta que, se o enfermo mental se apresenta perigoso para a vida ou para a incolumidade sua e dos outros, seria impossível, além de supérfluo, pedir-lhe o consentimento para proporcionar-lhe os cuidados necessários, inclusive os psicoterapêuticos.

Atingindo o ponto mais delicado, consigna tratar-se também de um problema de sensibilidade: intervir na psique do sujeito somente porque manifeste sintomas de anormalidade, além de perigoso, é arbitrário, e o limite pode até mesmo assumir a atitude de instrumento de repressão dirigido a levar a efeito uma modificação das idéias do paciente, cometendo violência com relação às suas convicções religiosas, políticas, sociais, filosóficas, em suma, na sua visão do mundo.

"A história da loucura é freqüentemente a história dos livres pensadores, dos indivíduos não aceitos pela sociedade, destinados a permanecer dela excluídos; de modo que constitui um erro negar à loucura, e de forma absoluta, a função expressiva de uma verdade diferente e anticonformista, às vezes destinada a tornar-se a verdade de amanhã. O caráter relativo e histórico da normalidade na vida social deve induzir a maior respeito das originalidades do homem e, pois, a garanti-lo das intervenções tendentes a torná-lo conforme ao modelo da maioria ou ao modelo que se propõe o político."

Insiste em que tudo se traduz no respeito ao espírito, ao livre desenvolvimento e à atuação da personalidade individual como valor humano e cultural inestimável:

"Il problema della tutela dell'integrità psichica è, quindi, più grave del problema dell'integrità fisica, anche se l'attenzione dei giuristi, e dei medici legali, si sia concentrata esclusivamente su quest'ultimo."

Dai retira a ilação de que, se a psicoterapia, da mesma forma que não constitui um interesse juridicamente merecedor de proteção quando constitua expressão de uma moda alagadora em determinados ambientes — devendo ser estigmatizada atingindo sem temores aqueles que com finalidade de lucro se prestem a satisfazer semelhante moda —, assim também constitui um tratamento sócio-sanitário que não pode permanecer uma custosa terapia de elite, excluída da assistência obrigatória.

De tal forma que, quando considerado oportuno o tratamento psicoterapêutico, o sujeito, sem embargo da sua liberdade de decisão, tem direito aos necessários cuidados: a carência legislativa na matéria viola, a seu entender, a própria determinação constitucional italiana (arts. 32 e 38).

Conclui encarecendo que o jurista deve empenhar-se mais do que o médico, ou da maior parte dos psicoterapeutas, numa análise sociológica, histórica e política do problema:

“A proteção e a integridade do espírito e da visão do mundo do sujeito é o mais elevado valor ao qual deve inspirar-se para a solução dos problemas jurídicos a que dão lugar as técnicas psicoterapêuticas; o metro pelo qual deve-se julgar o compromisso político do psicoterapeuta, o seu “papel” na sociedade: desde o estritamente médico e aparentemente neutro, ao compromissado na crítica ou na apologia do sistema.”

Papel relevantíssimo para a melhoria da saúde mental da população em geral, particularmente das classes menos favorecidas, desempenhará certamente o Plano Integrado de Saúde Mental, cujo preparo no Ministério da Saúde levou mais de um ano e que deverá ser implantado em todo o País no período de 1977-1978.

Destina-se a possibilitar o atendimento preventivo e precoce dos doentes mentais, que hoje ocupam 23% dos leitos hospitalares, por meio de atendimento ambulatorial a cargo das Secretarias de Saúde estaduais. De início, o plano será implantado nas regiões metropolitanas com maior fluxo de doentes, expandindo-se pelo interior do País na medida do possível, em integração com o Programa de Interiorização de Ações Simplificadas de Saúde — PIASS.

Um dos itens considerados mais importantes na nova política de saúde mental é a promoção de mudanças de atitude, conceitos e participação da comunidade na recuperação do doente mental, hoje totalmente segregado da sociedade e vivendo internado em clínicas e hospitais especializados para psicopatas. Para tanto, o Ministério da Saúde liberou em 1977 verbas no valor de Cr\$ 38 milhões.

Particular importância assume, em nossos dias, o direito à **liberdade psíquica**, principalmente sob o aspecto da aversão à violência para obter a confissão do acusado, por meio de drogas e narcóticos.

Se é admissível o uso da narcoanálise para usos psiquiátricos, é geral a repulsa como processo de investigação criminal, realçando JOSÉ CASTAN TOBENAS, com apoio em CUELLO CALÓN, os graves inconvenientes práticos que oferece, e, mais do que isso, o sério atentado contra a persona-

lidade, por anular o domínio da consciência no sujeito submetido à investigação, ocasionando a inibição de suas faculdades volitivas.

“Algumas dessas práticas” — complementa **ORLANDO GOMES (Direitos de Personalidade)**, Revista Forense, vol. 216, 1966 — “podem ser toleradas em atenção ao fim superior a que se destinam, desde que a preocupação terapêutica não se sobreponha à dignidade pessoal do paciente. Condenável, no entanto, a todas as luzes, é o processo de desintegração da consciência que se vem usando para obter confissões. A monstruosidade das câmaras chamadas mágicas onde se processam as alucinantes lavagens do cérebro não tem paralelo na História. Nem há de se permitirem outros atentados à dignidade humana, como os que se ensaiam com a narcoanálise e com a absorção de drogas que permitem teledirigir a conduta do homem”.

O médico **ALEXANDER PODRABINEK**, residente na União Soviética, enviou em julho de 1977 ao Secretário da Amnesty International, com sede em Londres, um “samizdat” (publicação clandestina) sob o título de Medicina Punitiva, revelando, como resultado de três anos de pesquisa, em toda a sua crueza, a violência psiquiátrica empregada na URSS como meio de repressão dos dissidentes.

Um resumo publicado pelo **O Estado de S. Paulo**, de 4-9-1977, revela ser coisa corriqueira recorrerem as autoridades soviéticas à psiquiatria como meio de repressão.

Calcula que havia na ocasião pelo menos mil pessoas internadas por motivos políticos — e não médicos — nos hospitais psiquiátricos especiais do país (isto é, em instituições para psicopatas criminosos de “especial periculosidade”, encontrando-se um número maior ainda em hospitais psiquiátricos comuns (isto é, civis).

A sorte das vítimas não é decidida pelas leis do Estado, e sim pelos órgãos de segurança do mesmo, limitando-se os tribunais a cumprir as instruções.

Editorial do referido órgão da imprensa da mesma data lembra que a bem documentada monografia serviu como base das duas resoluções do VI Congresso Mundial de Psiquiatria, na ocasião reunido em Honolulu:

“Uma moção de censura apresentada pelo Real Colégio Britânico de Psiquiatria — que condena os “abusos sistemáticos da psiquiatria com fins políticos na União Soviética” e recomenda a criação de comissão internacional encarregada de zelar para que práticas desse tipo sejam evitadas em todos os países do mundo — foi aprovada por 99 votos contra 88. O Congresso aprovou, também (por 121 votos contra 66), projeto de resolução apresentado pela Associação Psiquiátrica Norte-Americana, que condena o “mau uso da profissão, dos conhecimentos e de instalações psiquiátricas para repressão a dissidentes políticos, em qualquer parte onde ocorra.”

Afinal, a consciência da humanidade acordou e reagiu contra essa prática sistemática na União Soviética, denunciada há anos por

esse destemido defensor dos direitos humanos, Alexander Solzhenitsyn, como forma de “assassínio do espírito” e “variação da câmara de gás.”

Ressalta o editorial que os órgãos de segurança do Estado têm o poder de determinar a prisão de um contestador qualquer e confiná-lo em um **psihuski**, mesmo sem submetê-lo a exame psiquiátrico, quando, em seu duto entender, “as condições mentais do paciente tornam tal exame impossível.”

Para que o caráter científico de tal decisão não possa ser questionado, o doutor Morozov, que dirige a delegação soviética no Congresso de Honolulu, esclareceu: “O problema da imputabilidade e da não-imputabilidade será resolvido de maneira plenamente científica só com base na filosofia marxista-leninista.” Com base na “razão de Estado” soviética. Quem com ela não se conforma sofre a doença mais grave: a “falta de adaptação social.”

“Os métodos de curar ou de eliminar tais doenças mentais” — conclui o editorial — “são descritos no documento. Espancamentos sádicos, surras brutais, “imobilização compulsoria”, drogas como sulfazina, aminazina, triftazina, haloperidol, injeções de enxofre, são usadas para tornar doentes mentais os homens sãos, quando não para matá-los. Em nome da ciência, da psiquiatria, do humanismo — ou seja, em nome da “razão de Estado” marxista-leninista.

#### 4. Direito à intimidade

Avulta dia a dia o relevo deste direito, pouco versado pelos tratadistas de há apenas algumas décadas.

Qualificando-o como “riservatezza”, define-o ADRIANO DE CUPIS como aquele modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do alheio conhecimento daquilo que tem referência à mesma pessoa. Consiste num modo de ser negativo do indivíduo com relação aos outros sujeitos e mais precisamente ao conhecimento destes, satisfazendo aquela necessidade de ordem espiritual que reside na exigência de isolamento moral, de não-comunicação externa do que diz respeito à pessoa individual, constituindo, assim, uma qualidade moral da própria pessoa.

Vários atos internacionais de grande importância consagram esse direito a começar pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948, art. 12, dispondo que nenhum indivíduo poderá ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, na sua família, na sua casa, na sua correspondência etc.

A Declaração de Bogotá, de 1948, preceituou, em seu art. 5º, que “toda pessoa tem direito à proteção e à sua vida privada e familiar”, e, mais categoricamente, o art. 8º da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, consignou que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar”.

O novo Código Penal, que ainda não entrou em vigor, Decreto-Lei número 1.004, de 21-10-1969, introduziu a figura do crime de **Violação de intimidade**:

**“Art. 161 —** Violar, mediante processo técnico, o direito à intimidade da vida privada ou o direito ao resguardo das palavras ou discursos que não forem pronunciados publicamente:

**Pena —** detenção, até um ano, ou pagamento não excedente a cinquenta dias-multa.”

Respigando cuidadosamente os textos legais pátrios, descobre MILTON FERNANDES, **Proteção Civil da Intimidade**, S. Paulo, Saraiva, 1977, que, sem que o legislador o pretendesse, os artigos 554, considerando uso nocivo da propriedade o prejuízo do sossego do vizinho; 573, na parte final, vedando a abertura, em prédio próximo, de janela, eirado, terraço ou varanda, a menos de metro e meio de outro já existente, e 577 do Código Civil, dispondo que, em prédio rústico, não se poderão, sem licença do vizinho, fazer novas construções, ou acréscimos às existentes, a menos de metro e meio do limite comum — asseguram a intimidade doméstica.

Aplauda a manifestação do magistrado BASILEU RIBEIRO FILHO no relatório apresentado ao V Congresso da União Internacional dos Magistrados, **O Juiz e o respeito do direito à vida privada**, acentuando a curiosidade de que tais regras, das mais antigas, digam respeito à proteção da vida privada na sua essência, sem que intervenha interesse de qualquer outra natureza: sem dúvida, no centro do problema, o direito de não ser importunado pela curiosidade alheia, sem necessidade de demonstrar qualquer outro prejuízo.

Esmiúça, em seguida, os dispositivos dos Códigos de Processo Civil e Penal relativos às exceções opostas ao princípio da publicidade dos atos processuais.

Demonstra MILTON FERNANDES que o direito à intimidade estende-se às pessoas jurídicas: as indústrias são ciosas de seus segredos, o comércio mantém em sigilo as próprias iniciativas, mesmo as pessoas jurídicas de direito público, interno e externo, guardam para si muitas informações.

Da análise da doutrina deduz não haver argumento válido que fundamente a negativa: têm as pessoas jurídicas uma intimidade que deve ser legalmente protegida.

Lembra que desta convicção está imbuído nosso direito positivo: Decreto nº 57.690, de 1º-2-1966, que aprovou o regulamento para a execução da Lei nº 4.680, de 18 de junho do ano anterior, reguladora da profissão de publicitário, cujo art. 17, nº I, b, veda divulgar informações confidenciais relativas a negócios ou planos de clientes-anunciantes.

A Lei das Sociedades por Ações nº 6.404, de 15-12-1976, art. 260, impõe ao ofertante, à instituição financeira intermediária e à Comissão de Valores Mobiliários sigilo sobre a oferta pública projetada, respondendo o infrator pelos danos que causar.

O Código de Menores, Decreto nº 17.943-A, de 12-10-1927, procura, nos arts. 171 e 172, § 1º, exigindo diligências em segredo de justiça, evitar

que eventual escândalo torne irrecuperável a criança, sem cogitar da vida privada da mesma.

Mas é a Lei nº 4.655, de 2-6-1965, que dispõe sobre a legitimidade adotiva, que com mais rigor, "tendo em vista as conveniências do menor, o seu futuro e bem-estar", determina ordene o juiz as diligências e sindicâncias que julgar necessárias, "correndo, contudo, o processo em segredo de justiça (art. 5º, § 1º); determina que o mandado ao Registro Civil seja arquivado, dele não podendo o oficial fornecer certidões (art. 6º, **caput**); que das certidões do registro nenhuma observação possa constar sobre a origem do ato (§ 1º), cominando as penas do art. 325 do Código Penal pela violação do segredo, salvo decisão judicial, ao funcionário responsável (art. 8º).

A legislação de diferentes países procura submeter o desenvolvimento da técnica a uma regulamentação adequada, que objetive impedir a invasão da intimidade pelas teleobjetivas, pelas gravações clandestinas, pela captação de indiscrições de empregados domésticos e ulterior divulgação por qualquer meio.

O direito à própria imagem está evidentemente relacionado com o direito à reserva sobre a intimidade. Mas diversas outras manifestações podem ocorrer, compreendidas numa fórmula genérica como a do Código Civil português:

**"Art. 80 — Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada:**

1 — Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem.

2 — A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas."

Complementa-o o art. 81, cominando a nulidade de toda **limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade**, se for contrária aos princípios da ordem pública e estatuinto que a limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.

A perícia, principalmente em matéria de anulação de casamento sob invocação de defeitos congênitos, é sempre delicada, envolvendo o respeito à própria intimidade.

Mais delicada ainda nos casos de operações em órgãos sexuais para "mudança de sexo".

A matéria teve que ser enfrentada num pedido de **habeas corpus** preventivo em favor de uma testemunha indicada como vítima de emasculação decorrente de intervenção corretiva, em inquérito policial instaurado contra o cirurgião, para que a ela se assegurasse a faculdade de impedir o exame pericial solicitado.

Mas o Juiz BENINI CABRAL, da 11.<sup>a</sup> Vara Criminal de São Paulo, segundo notícia a imprensa de 28-3-76, denegou a ordem, ponderando que tais exames médicos são sempre feitos por profissionais, médicos, em recinto apropriado, cercado de normal recato.

Vexame também não constituía o apregoado exame para formalizar o corpo de delito, corolário normal do inquérito, peça de rotina em procedimentos tais. Coação inexistia, até porque, como vítima, obrigatórias se tornam suas declarações e, em decorrência, o necessário exame de corpo de delito.

Por outro lado, a autoridade policial pode tomar as medidas tendentes à concretização de tais peças, porque lhe cumpre preparar o procedimento investigatório.

O indigitado exame médico figurava como providência essencial *in casu*.

Sendo o crime de ação pública, a autoridade agia no exercício de suas funções e no interesse público. Havia, pois, o dever de obediência, conjugando-se competência e legitimidade.

“Por derradeiro, mencione-se que o paciente já passou por outro exame e o resultado dele ficou exposto nos autos, não sendo a matéria tratada e os pontos examinados crivados de segredo de justiça, e pertinem, agora, a um inquérito em andamento, para cuja solução se exige novo exame, aproveitando-se o anterior, no que for aproveitável, a critérios dos peritos médicos, agora indicados.

E, para tal exame, o paciente irá acompanhado, se quiser, de médico de sua escolha, que o assistirá, sem intervir na perícia a ser elaborada. Independentemente de qualquer escolta, ou coerção, porque, no dia apazado, espontaneamente poderá se fazer presente. Ou, se não comparecer, sem justificado motivo, ser conduzido ao exame, pelos legais meios, de que a lei penal dispõe.

Ninguém é obrigado a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda.”

Sirva de consolo a verificação de que nem o fato de estarem encerradas em seus túmulos livra as próprias rainhas de situações de certa forma semelhantes.

Em dezembro de 1976, por 140 libras (então cerca de 3 mil cruzeiros) a Christie's de Londres leiloou peças íntimas usadas há mais de cem anos pela veneranda Rainha Vitória. Do lance constaram um par de calcinhas até o joelho e meias de seda pretas. Cavalheirescos, os leiloeiros limitaram-se a explicar que as roupas estavam muito bem conservadas, discretamente decoradas e que, pelas dimensões, Sua Majestade, naquela época, andava muito gorda.

## 5. Direito ao segredo

Como regra geral, reconhece a lei o direito que tem cada qual de resguardar-se da divulgação de fatos que só a ele digam respeito.

Temos aí — anota ADRIANO DE CUPIS — um direito que se coloca dentro do âmbito do direito à reserva, mas que se caracteriza pela pro-



teção mais rigorosa, não somente contra atos de propalação, mas contra quaisquer outros que venham a constituir uma intromissão na esfera de conhecimento pessoal, independentemente do maior ou menor alcance subjetivo dessa intromissão.

Demonstra que, intensificando-se a proteção jurídica, o próprio bem jurídico protegido assume lineamentos mais nítidos: **segredo** é, sim, **reserva**, mas algo mais: não somente um estado, ou modo de ser negativo da pessoa com referência ao conhecimento alheio, mas um modo de ser **completamente** negativo da pessoa, que justamente está entrincheirada no seu segredo, goza deste mais profundo sulco que a separa moralmente dos outros e quer defendê-lo.

A Constituição, em dois incisos do seu art. 153, prevê o segredo domiciliar (§ 10), e o de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas (§ 9º); o Código Penal pune os crimes de divulgação de segredo e o de violação do segredo profissional:

**“Art. 153** — Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

**Pena** — detenção de um a seis meses, ou multa de Cr\$ 300,00 (trezentos cruzeiros) a Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros).

**Art. 154** — Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

**Pena** — detenção de três meses a um ano, ou multa de Cr\$ 1.000,00 (mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros).”

O Decreto-Lei nº 3.200, de 19-4-1941, que “dispõe sobre a organização e proteção da família”, determina no art. 2º que os colaterais do terceiro grau, que pretendem casar-se, requeiram ao juiz que nomeie dois médicos para examiná-los e atestar-lhes a sanidade, acrescentando:

**“§ 6º** — O atestado, constante de um só ou mais instrumentos, será entregue aos interessados, não podendo qualquer deles divulgar o que se refira ao outro, sob as penas do art. 153 do Código Penal.”

Dois importantes dispositivos contêm a respeito a Lei nº 5.250, de 9-2-1967, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação (Lei de Imprensa).

O primeiro é o art. 7º, **caput**, que não permite o anonimato no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação, mas assegura, no entanto, o sigilo quanto às fontes ou origem de informações recebidas ou recolhidas por jornalistas, radiorepórteres ou comentaristas.

Consignando tratar-se de uma inovação, considera DARCY ARRUDA MIRANDA, **Comentários à Lei de Imprensa**, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1969, vol. I, pág. 120, que do mesmo modo que se assegura aos profissionais liberais o direito ao sigilo, no que se refere às confidências

de seus clientes, o mesmo direito devem ter os profissionais indicados, que muitas vezes são obrigados a socorrer-se de fontes que não podem revelar sem infringência do Código Deontológico, tanto mais quanto o art. 154 do Código Penal pune o fato de “revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tenha ciência em razão de função, ministério, ofício, ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”.

O segundo é o art. 71, que não admite que nenhum jornalista, radialista, ou pessoas de cujas referências, alusões ou frases se inferem calúnia, difamação ou injúria, possam ser compelidos ou coagidos a indicar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações, não podendo seu silêncio, a respeito, sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, nem qualquer espécie de penalidade.

“Não poucas vezes — aduz o mesmo comentarista —, quem tem uma informação de grande interesse público deixa de divulgá-la, pelo justificado receio de perder o emprego ou a função...

Escudado, porém, pelo sigilo, poderá prestar relevantes serviços à coletividade, esclarecendo, informando, divulgando o que vai pelos escaninhos das áreas governamentais. E o jornalista ou radialista, que colhe a informação preciosa, pode publicá-la ou transmiti-la, sem receio de ser coagido a denunciar a sua fonte de informação, ou o nome de seu informante.”

Sem embargo, os arts. 15, a, e 27, VI, capitulam como crime a publicação ou divulgação de segredo de Estado e de atos e decisões do Poder Executivo e a divulgação, a discussão e a crítica de atos do Poder Executivo e seus agentes em matéria de natureza reservada ou sigilosa.

No § 1º do art. 49, que exclui a responsabilidade civil à prova da verdade, desde que admissível na forma dos arts. 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, nos casos de calúnia e difamação, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, **diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público**, infere MILTON FERNANDES a primeira referência, em texto legal brasileiro, à intimidade como um todo.

Considera feliz a solução ao fixar o interesse público como limite da privatividade, bem como ao impor as perdas e danos, ainda na hipótese de autenticidade do evento, que não importa, tendo implicado invasão da reserva.

“A intimidade está protegida, dessa forma, contra os meios de comunicação. O amparo, no entanto, está longe de ser o ideal ou mesmo o necessário. Só é concedido se o fato implicar também calúnia ou difamação, o que exclui a tutela da vida privada em si mesma.”

Do exame, na legislação pátria, dos casos de tutela da esfera de segredo e privatividade, não deduz, de forma alguma, a existência de um direito geral à reserva: ao contrário, evidencia a precariedade das nossas leis a respeito.

WILLIAM L. PROSSER, "Privacy", in *California Law Review*, 1960, distingue quatro espécies distintas de invasão na lei da intimidade:

- 1) Intrusão na intimidade ou na solidão do indivíduo, ou em seus assuntos particulares.
- 2) Divulgação ao público de fatos privados embaraçosos.
- 3) Publicidade que coloca a pessoa em falsa perspectiva perante o público.
- 4) Apropriação, em proveito do réu, do nome e da aparência do autor.

A essa concepção se opôs EDWARD J. BLOUSTEIN, "Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean Prosser", in *New York University Law Review*, 1964.

Na síntese de MILTON FERNANDES, a aceitar-se aquela teoria, em vez de um direito relativamente novo, básico e independente que protege um interesse único, fundamental e em parte negligenciado, ter-se-ia mera aplicação de modernas circunstâncias de direitos tradicionais que tutelam valores sociais bem identificados e estabelecidos.

Para BLOUSTEIN, ao contrário, os casos de atos ilícitos que abrangem a privacidade constituem um todo e envolvem dano único, *single tort*, que é um insulto à dignidade humana, distinguindo-se dos outros apenas pelos meios através dos quais é perpetrado.

Entende correta o professor das Alterosas a censura de BLOUSTEIN ao apontar no ensaio de PROSSER, em vez de quatro diferentes interesses da pessoa, apenas quatro modos diversos de invasão da intimidade, interesse conceitualmente único, correndo ainda o risco de ser incompleto:

"Ao distinguir duas espécies de divulgação contrárias à intimidade, a de fatos embaraçosos e a de falsa perspectiva, por exemplo, omitiu a de acontecimentos que, não obstante verdadeiros e independentemente da perplexidade que possam causar, constituem penetração ilícita na esfera privada.

Quanto a BLOUSTEIN, sua visão da intimidade como um aspecto da dignidade humana mostra-se incompleta; embora possa sê-lo, não o é necessariamente."

Sintetiza a proteção da vida privada na investigação indiscreta e na divulgação:

"Qualquer que seja a forma assumida pelo atentado, é compreendida por esta classificação. A primeira encerra seja a mera busca de informações, seja a fixação destas através da fotografia, da gravação, ou da escrita. A segunda abrange a comunicação, por qualquer processo, dos dados obtidos."

Acentua ADRIANO DE CUPIS que "o problema da admissibilidade dessas provas que, por atraso técnico, pouca prática e outras dificuldades, não têm dado, por ora, resultados processuais sensíveis, se traduz no problema geral da admissibilidade e da importância das provas ilicitamente obtidas

e não pode sofrer um tratamento diverso dos outros casos análogos (documentos roubados ou de outra forma subtraídos, correspondência ilicitamente aberta). Também aqui se trata manifestamente da violação de direitos da personalidade. Às vezes ocorrerá precisamente uma causa de justificação válida também para o Direito substantivo; mas de qualquer forma permanece aberto e solucionável com seus princípios autônomos o problema da utilização processual”.

Como conciliar a publicidade dos atos processuais, com o segredo de justiça dos processos em que o exigir o interesse público ou que dizem respeito a casamento, filiação, desquite, separação de corpos, alimentos e guarda de menores, exigido pelo art. 155 do Código de Processo Civil. casos em que a própria audiência realizar-se-á a portas fechadas (art. 444)?

A questão foi versada em profundidade por acórdão da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de 21-11-1952, *Diário da Justiça da União*, de 21-10-1954, pág. 3690, num caso de pedido de anulação de casamento em que “fatos escabrosíssimos foram articulados pelo apelante contra a apelada de natureza íntima, que dizem respeito à moralidade e bons costumes da família, afetando a honra e o melindre dos postulantes, e, principalmente, da ré, acusada de prática sexual aberrante e desprimorosa”, decidindo que “é do interesse do Estado e da própria Justiça a publicidade dos atos judiciais; mas os trabalhos da justiça, inclusive a própria audiência ou sessão de julgamento, podem correr em sigilo, desde que assim o exija o decoro ou interesse social principalmente quando esse é o desejo expresso de ambas as partes e o litígio diz respeito à honra da família”.

Reconheceu o Relator, Desembargador FERNANDO MAXIMILIANO, que os negócios da Justiça, mais do que quaisquer outros, devem ser discutidos com franqueza e sinceridade, para quem quiser ouvir, sem aquelas reservas que fazem duvidar da sua limpidez e da isenção daqueles que estão investidos, legalmente, da sua tutela.

Mas, se a publicidade dos atos judiciais é a regra, e de inconfutável acerto, também a exceção terá que ser aceita e está expressamente prevista na lei — “quando o contrário for exigido pelo decoro ou interesse social” (Código de Processo Civil de 1939, art. 5º).

Não se trata de originalidade ou inovação perigosa, pois o legislador brasileiro não fez senão seguir a trilha dos Códigos mais modernos, como o italiano, que, indo ao extremo de considerar causa de nulidade a falta de publicidade de audiência, entretanto, confere ao juiz que a dirige o poder de “disporre che si svolga a porte chiusa, se ricorrono ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine publico o di buono costume” (art. 128).

O direito processual alemão também entende que os **negócios judiciais** praticar-se-ão em audiência pública, a menos que a moral ou o decoro, ou a natureza da causa de divórcio, exijam que se celebrem de portas cerradas (J. GOLDSCHMIDT) — **Derecho procesal civil**, trad., pág. 95).

Os comentadores da nossa lei processual, ao acentuarem os **poderes soberanos do juiz** na apreciação da conveniência de fazer o julgamento

sem a publicidade usual, isto é, em segredo de justiça, esclarecem que essa medida deve ser tomada quando a publicidade do ato redundar em escândalo ou acarretar inconvenientes graves, quando não houver também vantagem em que os fatos, verdadeiramente confidenciais de negócios domésticos, sejam expostos aos olhos do público, o que ocorre quase sempre nos processos de divórcio litigioso, por um daqueles motivos escandalosos, que, se provados em público, prejudicariam muito mais do que o segredo do ato realizado, assim por exceção (J. M. DE CARVALHO SANTOS — **Código de Processo Civil Interpretado** — v. I, pág. 128; PEDRO BATISTA MARTINS — **Comentários** — v. I, pág. 87; H. DA SILVA LIMA — **Código de Processo Comentado** — v. I, pág. 48).

Este último, magistrado paulista dos mais brilhantes, pondera com muita felicidade o seguinte: “Essa publicidade (dos atos judiciais) não vai, porém, até o extremo de violar o respeito que se deve à moral, à dignidade humana, à paz dos indivíduos e à discrição inerente a certos assuntos.”

Em determinados processos como o desquite, a anulação de casamento, pode haver fatos íntimos, circunstâncias escabrosas, cuja revelação seja necessária à instrução da causa, como dispunha o Código de 1939, art. 119, § 2º

O conhecimento de tais fatos interessa apenas às partes e ao Juiz.

Dar-lhe publicidade é ferir o melindre das pessoas envolvidas no processo, depravar o gosto público pelo escândalo e dificultar a prova pelo constrangimento que as testemunhas teriam em depor publicamente.

O dever do juiz é então realizar o ato, a portas fechadas, vedando-o à observação pública (pág. 48).

E outra orientação não tivera a Câmara, atendendo ao pedido de ambas as partes, para que o julgamento se processasse em segredo de justiça.

## 6. O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana

A importância que se vem reconhecendo aos direitos da personalidade exige um aceleração nos mecanismos da sua defesa.

Uma manifestação dessa tendência pode ser localizada no Projeto de Código Civil de 1975:

“**Art. 12** — Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direitos da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

**Parágrafo único** — Em se tratando de morto, terá legitimação para requerê-la o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente da linha reta, ou da colateral até o quarto grau.”

Graças a proposição do Deputado BILAC PINTO, em 1956, foi, pela Lei nº 4.319, de 13-3-1964, criado, no Ministério da Justiça e Negócios Interiores, o Conselho em epígrafe.

Seus arts. 2º e 3º, em virtude da Lei nº 5.763, de 15-12-1971, passaram a ter a seguinte redação:

**Art. 2º** — O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) será integrado dos seguintes membros: Ministro da Justiça, representante do Ministério das Relações Exteriores, representante do Conselho Federal de Cultura, representante do Ministério Público Federal, Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, professor catedrático de Direito Constitucional e professor catedrático de Direito Penal de uma das Faculdades Federais, Presidente da Associação Brasileira de Imprensa, Presidente da Associação Brasileira de Educação, Líderes da Maioria e da Minoria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

§ 1º — Os professores catedráticos de Direito Constitucional e de Direito Penal serão eleitos pelo CDDPH pelo prazo de 2 (dois) anos, permitida a recondução.

§ 2º — A Presidência do Conselho caberá ao Ministro da Justiça, e o Vice-Presidente será eleito pela maioria dos membros do Conselho.

**Art. 3º** — O CDDPH reunir-se-á, ordinariamente, 6 (seis) vezes ao ano, e, extraordinariamente, sempre que convocado pelo seu Presidente, por iniciativa própria ou por solicitação de 2/3 (dois terços) de seus membros com a indicação da matéria relevante a ser incluída na pauta de convocação.

§ 1º — Salvo decisão contrária tomada pela maioria absoluta de seus membros, as sessões do CDDPH serão secretas, divulgando-se pelo órgão oficial da União e dos Estados a súmula de julgamento de cada processo.

§ 2º — Vetado.”

As atribuições do Conselho são definidas no art. 4º:

1º) promover inquéritos, investigações e estudos acerca da eficácia das normas asseguradoras dos direitos da pessoa humana, inscritos na Constituição Federal, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres Fundamentais do Homem (1948) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948);

2º) promover a divulgação do conteúdo e da significação de cada um dos direitos da pessoa humana mediante conferências e debates em universidades, escolas, clubes, associações de classe e sindicatos e por meio da imprensa, do rádio, da televisão, do teatro, de livros e folhetos;

3º) promover nas áreas que apresentem maiores índices de violação dos direitos humanos:

a) a realização de inquéritos para investigar as suas causas e sugerir medidas tendentes a assegurar a plenitude do gozo daqueles direitos;

**b) campanha de esclarecimento e divulgação;**

**4º)** promover inquéritos e investigações nas áreas onde tenham ocorrido fraudes eleitorais de maiores proporções, para o fim de sugerir as medidas capazes de escoimar de vícios os pleitos futuros;

**5º)** promover a realização de cursos diretos ou por correspondência que concorram para o aperfeiçoamento dos serviços policiais, no que concerne ao respeito dos direitos da pessoa humana;

**6º)** promover entendimentos com os governos dos Estados e Territórios cujas autoridades administrativas ou policiais se revelem, no todo ou em parte, incapazes de assegurar a proteção dos direitos da pessoa humana para o fim de cooperar com os mesmos na reforma dos respectivos serviços e na melhor preparação profissional e cívica dos elementos que os compõem;

**7º)** promover entendimentos com os governos estaduais e municipais e com a direção de entidades autárquicas e de serviços autônomos, que estejam, por motivos políticos, coagindo ou perseguindo seus servidores, por qualquer meio, inclusive transferências, remoções e demissões, a fim de que tais abusos de poder não se consumem, ou sejam, afinal, anulados;

**8º)** recomendar ao Governo Federal e aos dos Estados e Territórios a eliminação, do quadro dos seus serviços civis e militares, de todos os seus agentes que se revelem reincidentes na prática de atos violadores dos direitos da pessoa humana;

**9º)** recomendar o aperfeiçoamento dos serviços de polícia técnica dos Estados e Territórios de modo a possibilitar a comprovação da autoria dos delitos por meio de provas indiciárias;

**10)** recomendar ao Governo Federal a prestação de ajuda financeira aos Estados que não disponham de recursos para a reorganização de seus serviços policiais, civis e militares, no que concerne à preparação profissional e cívica dos seus integrantes, tendo em vista a conciliação entre o exercício daquelas funções e o respeito aos direitos da pessoa humana;

**11)** estudar e propor ao Poder Executivo a organização de uma divisão ministerial, integrada também por órgãos regionais, para a eficiente proteção dos direitos da pessoa humana;

**12)** estudar o aperfeiçoamento da legislação administrativa, penal, civil, processual e trabalhista, de modo a permitir a eficaz repressão das violações dos direitos da pessoa humana por parte de particulares ou de servidores públicos;

**13)** receber representações que contenham denúncias de violações dos direitos da pessoa humana, apurar sua procedência e tomar providências capazes de fazer cessar os abusos dos particulares ou das autoridades por eles responsáveis.

Nos termos do art. 5º, o CDDPH cooperará com a Organização das Nações Unidas no que concerne à iniciativa e à execução de medidas que visem a assegurar o efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Dispõe o art. 6º que no exercício das atribuições que lhes são conferidas por esta lei, poderão o CDDPH e as Comissões de Inquérito por ele instituídas determinar as diligências que reputarem necessárias e tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, inquirir testemunhas, requisitar às repartições públicas informações e documentos e transportar-se aos lugares onde se fizer mister sua presença.

Adita o art. 7º que as testemunhas serão intimadas de acordo com as normas estabelecidas no Código do Processo Penal.

**Parágrafo único** — Em caso de não comparecimento de testemunha sem motivo justificado, a sua intimação será solicitada ao Juiz Criminal da localidade em que resida ou se encontre, na forma do art. 218 do Código de Processo Penal.

Constitui crime, na conformidade do art. 8º:

I — Impedir ou tentar impedir, mediante violência, ameaças ou assuadas, o regular funcionamento do CDDPH ou de Comissão de Inquérito por ele instituída ou o livre exercício das atribuições de qualquer dos seus membros.

**Pena** — a do art. 329 do Código Penal.

II — Fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete perante o CDDPH ou Comissão de Inquérito por ele instituída.

**Pena** — a do art. 342 do Código Penal.

Prevê o art. 9º que no Orçamento da União será incluída, anualmente, a verba de dez milhões de cruzeiros, para atender às despesas de qualquer natureza do referido Conselho.

Dois projetos de lei, ambos de 1975, foram apresentados, tentando dinamizar o Conselho. No intuito de corrigi-lo das alterações sofridas em virtude da Lei nº 5.763, que restringiu suas liberdade, eficácia e publicidade de atuação, porque

“a) aumentou o número de membros do Conselho, assegurando maioria permanente a representantes do Governo, cujos atos, muitas vezes, teriam de ser examinados e julgados pelo mesmo órgão;

b) reduziu o número de reuniões ordinárias e exigiu, para as reuniões extraordinárias, a convocação do Ministro da Justiça ou de dois terços da totalidade dos membros do Conselho;

c) impôs a regra, das reuniões secretas, quando a norma deve ser a publicidade.”

O Senador FRANCO MONTORO ofereceu o de nº 12, publicado no **Diário do Congresso Nacional**, Seção II, de 8-3-1975, págs. 220-223, propondo seja estabelecida publicidade das sessões do Conselho, salvo decisão contrária, em cada caso, tomada pela maioria de seus membros.



Determina que haverá uma reunião mensal ordinária, em dia fixado, e extraordinariamente, quando convocada pelo Ministro da Justiça ou por um terço dos membros do Conselho.

Inclui na composição do mesmo representantes da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil e do Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras, visando ampliar a representatividade do Conselho e contribuir, assim, para que ele possa cumprir sua real finalidade, e até mesmo servir como instrumento de distensão política.

O segundo Projeto, de autoria do Deputado HUMBERTO LUCENA, é fruto de sua participação, durante quase dois anos, como Líder da Minoria, das reuniões do Conselho.

Sugere seja ele integrado também pelo Presidente da Conferência Nacional dos Bispos, e, ainda, por representante das Igrejas Evangélicas do Brasil, um Ministro aposentado do Superior Tribunal Militar e um Oficial General indicado pela Chefia do Estado-Maior das Forças Armadas.

Aumenta o número de reuniões ordinárias para duas por mês, e torna públicas, salvo decisão contrária em cada caso, as deliberações do Conselho, e ainda divulgadas no órgão oficial da União e dos Estados onde tenham domicílio as partes envolvidas no processo.

Poderão, no entanto, ter caráter sigiloso as diligências, investigações e inquéritos relacionados com violações dos direitos humanos.

Em sua justificação, com o Projeto publicada no **Diário do Congresso Nacional**, Seção I, de 11-6-1975, págs. 3904-3905, acentua que o que importa, no andamento dos processos relacionados com a violação dos direitos do homem, em qualquer área, é a apuração das denúncias formuladas e a exemplar punição dos implicados em cada caso concreto, cumprindo, assim, o Brasil os compromissos que assumiu, na ONU, como nação democrática, ao assinar a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

## **7. Os direitos da personalidade no Projeto de Código Civil de 1975**

É consagrado à matéria o capítulo II do título I do livro I da Parte Geral (arts. 11-20).

“**Art. 11** — Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Aplaude MILTON FERNANDES a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, criticando, porém, a proibição, em termos absolutos, da sua limitação voluntária, pois o consentimento do interessado elimina a tipicidade da lesão do direito mesmo em matéria de intimidade.

Considera incomparavelmente superior a fórmula do art. 164 do anteprojecto francês, que o Código Civil português repetiu literalmente no primeiro tópico:

“**Art. 81** — Limitação voluntária dos direitos de personalidade.

1) Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula se for contrária aos princípios da ordem pública.

2) A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.”

Entende estar a limitação em absoluto acordo com o interesse e a ordem públicos como balizas do direito à vida privada, mas aponta como outra omissão do artigo a ausência do elenco dos direitos da personalidade, razão por que propõe a seguinte redação:

“**Art. 11** — Toda pessoa tem direito à integridade física, moral e psicológica.

**Parágrafo único** — Salvo os casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, só podendo sofrer limitação voluntária que não contrarie a ordem pública ou os bons costumes.”

O art. 12 do referido projeto, já vimos, admite se possa exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade.

Criticando embora a linguagem pouco ortodoxa do parágrafo, admite o professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais ter-se colocado, neste ponto, o projeto em consonância com as tendências contemporâneas, pois, embora se extingam com a morte os direitos da personalidade, sua proteção continua, no interesse da família.

Os artigos 13, 14 e 15 do projeto já foram abordados ao versarmos a matéria relativa aos atos de disposição do próprio corpo e a tratamento médico ou intervenção cirúrgica com risco de vida.

Ampliando a abrangência deste último dispositivo, oferece emenda aditiva, a exemplo do que dispõe o art. 153 do anteprojeto francês:

“Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida ou de invasão de sua vida privada, a tratamento médico e psicológico ou a intervenção cirúrgica.”

Quatro dispositivos são dedicados pelo Projeto de Código Civil ao nome:

“**Art. 16** — Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o nome patronímico.”

“**Art. 17** — O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.”

Reclama MILTON FERNANDES a deficiente menção ao desprezo público, devendo a norma abranger também a falsa perspectiva, que não redundaria necessariamente em desprezo, implicando embora em constrangimento para o portador do nome.

Para evitar os inconvenientes decorrentes da menção casuística a publicações ou representações, e do fato da referência apenas à difamação parecer excluir outras formas de atentado à honra, propõe a seguinte redação:

“O nome da pessoa não pode ser divulgado por qualquer processo que a situe em falsa perspectiva ou exponha ao desprezo público, ainda quando não haja intenção danosa.”

Nos termos do projeto:

**“Art. 18 — Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.”**

Para evitar o caráter restritivo sugere o professor mineiro o seguinte teor:

“Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda ou com intuito de lucro direto ou indireto.”

De nossa parte, complementaríamos com uma referência ao retrato alheio e à produção literária e artística de outrem.

Nos termos do projeto:

**“Art. 19 — O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.”**

Qualifica o monografista de redundante o amparo oferecido para atividades lícitas, uma vez que a proibição do ato ilícito é uma regra geral que não se circunscreve ao pseudônimo.

Considera inconveniente, por muito ampla, a referência genérica ao pseudônimo, inconveniente contornado pela exigência da notoriedade, formulada pelo art. 74 do Código lusitano, propondo, então:

“O pseudônimo, quando conhecido, goza da proteção conferida ao nome.”

Finalmente, propõe o projeto de 1975:

**“Art. 20 — Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.**

**Parágrafo único — Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes e os descendentes.”**

Critica MILTON FERNANDES a proposição que exclui da proteção a vida privada e que não lembrou as cartas confidenciais, a seu ver não compreendidas pela expressão **escritos**: aquelas destinam-se ao conhecimento de, pelo menos, mais uma pessoa, o destinatário, ao passo que estes têm muitas vezes “cunho nitidamente pessoal, dirigindo-se com exclusividade ao uso do autor, para deleite ou fixação de momentos que lhe merecem lembrança”. Como exemplo, aponta as anotações sigilosas, os diários, as memórias pessoais, as confissões ou documentos, qualquer que seja a sua natureza, comprobatórios de fato de interesse exclusivo do possuidor.

Propõe o tratamento, em artigos autônomos, das cartas missivas confidenciais, de outros escritos e memórias e da imagem, nos seguintes termos:

**“Art. — As cartas missivas confidenciais só podem ser divulgadas com o consentimento do seu autor.**

**Parágrafo único** — Razões de relevante interesse público podem determinar o suprimento judicial deste consentimento.

**Art.** — Aplicam-se às memórias familiares, aos escritos confidenciais e outros do mesmo gênero as disposições do artigo antecedente.

**Art.** — As cartas não confidenciais só podem ser divulgadas quando o seu conhecimento não causar embaraço ao autor.

**Art.** — A imagem de uma pessoa não pode ser captada, exposta, reproduzida ou divulgada sem sua autorização.

**Parágrafo único** — É dispensada a anuência referida neste artigo quando a captação, exposição, reprodução ou divulgação se justificarem pela notoriedade da pessoa interessada, pelo cargo que exerça, por razões de ordem policial ou judicial, científica ou cultural ou por interesse público.”

Parece-nos restritiva a expressão “confidenciais” contida no primeiro desses artigos. Sabido como é que se o *corpus mechanicum*, o papel que recebe a carta, pertence ao destinatário, o *corpus mysticum*, isto é, a composição, a produção literária, seja qual for o seu valor, é reservada ao seu autor, tal como foi redigida a proposição dá a impressão que as cartas missivas não confidenciais podem ser divulgadas sem o consentimento do seu autor, único juiz dessa conveniência.

Acolhendo a sugestão, o Deputado TANCREDO NEVES, Presidente da Comissão Especial constituída para dar parecer sobre o Projeto de Código Civil, considerando que, na sociedade de consumo, apelos publicitários são comumente feitos sem o necessário resguardo da intimidade alheia, deu à matéria, englobando tudo em artigo único, a seguinte redação:

“**Art.** — Toda pessoa tem direito à proteção da própria intimidade.

**Parágrafo único** — Salvo se autorizadas ou necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, documentos, cartas confidenciais, do nome, do pseudônimo, a transmissão da palavra, a exposição ou utilização da imagem de uma pessoa, qualquer que seja o fim a que se destinam estes atos, poderão ser proibidas a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, por dano material ou moral.”

Depois de incluir proposição relativa à tutela da coleta de informações em bancos de dados, conclui MILTON FERNANDES sua importantíssima contribuição com o seguinte dispositivo sobre a vida privada:

“**Art.** — Toda pessoa tem direito à proteção da intimidade própria, da família e do domicílio.

**Parágrafo único** — Qualquer ato de invasão desta intimidade pode, de acordo com a condição do interessado, ser proibido mediante requerimento ao juiz, sem prejuízo da indenização, que couber, por dano material e moral.”

# Reprografia e Direito de Autor

CARLOS ALBERTO BITTAR  
Mestre em Direito pela USP

## SUMÁRIO

1. Sistemas de regulamentação do Direito de Autor.
2. A tecnologia e os processos de reprodução e de comunicação da obra intelectual.
3. Conflitos entre os interesses público e privado: a reprografia.
4. Limitações aos direitos de autor.
5. *Formas de reprodução reprográfica.*
6. O princípio da autorização autoral.
7. A posição da doutrina.
8. A posição da jurisprudência.
9. A situação no plano internacional.
10. *A situação no plano das legislações nacionais.*
11. Nossa proposta para a regulamentação legal da matéria. A 1ª Conferência Continental de Direito de Autor.
12. Necessidade de medidas urgentes para o controle da reprografia.
13. Síntese conclusiva.

## 1. Sistemas de regulamentação do Direito de Autor

No estágio atual de evolução do Direito de Autor, podem dividir-se, com MARIE CLAUDE DOCK (1), três sistemas em todo o mundo:

- a) o sistema individual (europeu; ou francês ou da União de Berna);
- b) o sistema comercial (estadunidense ou, ainda, do **copyright**);
- c) o sistema coletivo (soviético).

Caracteriza-se o primeiro:

a) pelo cunho subjetivo, dirigido à pessoa do autor, e pela exclusividade que lhe é outorgada para a exploração da obra;

b) pela participação do autor em todos os processos de utilização econômica da obra;

c) pelo alcance limitado dos despojamentos do autor e a conseqüente interpretação estrita das convenções por ele celebradas, conforme demonstramos em artigo sobre interpretação no Direito (2).

No segundo, liga-se a proteção ao desenvolvimento da cultura. O **copyright** é concedido para efeito de promover-se o desenvolvimento da cultura e da ciência, como expressamente se consigna na Constituição norte-americana. Configura, pois, sistema objetivo, erigido em função da proteção da obra intelectual.

No terceiro, a produção intelectual é vista como elemento essencial da cultura socialista. A proteção é conferida para alcançar-se o progresso do socialismo. Volta-se o legislador para o valor intelectual da obra reconhecendo o direito autoral como estímulo à atividade de criação. Essa preocupação reflete-se nas leis dos países socialistas (como na da Tchecoslováquia, da Bulgária, da Iugoslávia e demais).

O Brasil inclui-se — como os demais países da América Latina — no sistema subjetivo, ligado à União de Berna.

Nos países em desenvolvimento, em que prosperam, ao lado dos ideais de independência, os de progresso da cultura, tem-se procurado alcançar uma proteção eficaz para suas produções intelectuais, de conformidade com as conquistas que no campo se atingiu. Nesses países é que se sente mais necessidade de contato com obras trazidas à luz em países desenvolvidos, nascendo daí a questão da importação de textos, cuja disseminação se faz pelas formas de reprodução a seu dispor.

A nível internacional, tem-se procurado estabelecer normas especiais mais brandas, para possibilitar a sua inclusão nos sistemas internacionais, desde a Convenção de Estocolmo (1967).

( 1) MARIE CLAUDE DOCK: "Radloscopie du droit d'auteur contemporain", in *Il diritto di autore*, 1974, n.º 4, págs. 415 e segs.

( 2) CARLOS ALBERTO BITTAR: "Interpretação no Direito em geral", in *Revista dos Tribunais*, 493/24. Os elementos estruturais do Direito de Autor são versados na introdução de norma dissertação **Direito de Autor na obra feita sob encomenda**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, especialmente, págs. 11 e segs.

Para esses países ainda, tem sido proposta a fixação de leis-tipos, como para a Tunísia, a respeito do Direito de Autor, em que se contemplam normas inspiradas em princípios já assentados na matéria, conforme anota PAOLA CRUGNOLA (3).

## 2. A tecnologia e os processos de reprodução e de comunicação da obra intelectual

O desenvolvimento econômico — e em especial o da tecnologia — vem fazendo com que problemas novos se acrescentem ao campo do Direito de Autor.

A tecnologia vem, de há muito, introduzindo novas formas de comunicação e de difusão das obras intelectuais e novos mecanismos para a reprodução. As transmissões por satélites desenvolvem-se normalmente, e um espetáculo artístico, por exemplo, pode ser visto, simultaneamente, em diferentes partes do mundo.

A reprodução da obra faz-se por processos vários: cinematografia, televisão, mimeografia, microfilmagem, por fotocópia e, mais recentemente, por xerocópia.

Ora, o avanço da técnica e a orientação atual das denominadas tecnodemocracias têm suscitado preocupações, em diferentes áreas, com os valores humanos.

E os doutrinadores e especialistas têm propugnado por uma atitude positiva do Estado, no sentido de aperfeiçoar os mecanismos de garantias, a fim de preservar aqueles elementos básicos.

Interessam-nos por ora as cautelas que devem ser tomadas com respeito ao Direito de Autor, comprimido hoje — como se reconhece — por interesses de ordem geral, especialmente econômicos e, em particular, respeitantes à reprodução total ou parcial, pelos mecanismos existentes, de obras publicadas.

Sente-se, assim, de um lado, a necessidade de reforço da proteção e a estipulação de repressão mais aprimorada pelos problemas trazidos a esse campo, inclusive pela cibernética.

Nesse sentido propusemos, em trabalho apresentado na Faculdade de Direito da USP, no curso de doutoramento, a proteção do aspecto moral do Direito de Autor a nível constitucional, ou seja, como liberdade pública, reforçando-se, assim, esse direito, já consagrado, entre nós, naquele plano, em seu aspecto patrimonial (4).

(3) PAOLA CRUGNOLA: "Il diritto d'autore nei paesi in via di sviluppo", in *Il diritto di autore*, 1976, n.º 2, págs. 219 e segs.

(4) "O Direito de Autor no plano das liberdades públicas", in *Justitia*, "Revista do Ministério Público de São Paulo", n.º 98, págs. 165 e segs.

### 3. Conflitos entre os interesses públicos e privados: a reprografia

Mas, de outro lado, existe o incontestável interesse da coletividade na difusão de obras intelectuais; a necessidade de acesso de diferentes camadas populacionais — principalmente estudantis — aos textos e obras publicadas; a expansão da cultura como esteio do desenvolvimento geral de toda nação: a exigência da informação.

Esses problemas puseram-se diante de comissão de que fomos coordenadores, na 1ª Conferência Continental do Instituto Interamericano de Direito de Autor, em que versamos a questão da reprografia, ou seja, a reprodução, geralmente parcial, de obras intelectuais para fins variados e, hoje, não mais à base de um modelo, mas a partir de outras cópias, tornando-se infinitas as possibilidades de reprodução. (Conforme estatísticas, em 1969, 25 bilhões de cópias foram extraídas nos EUA.)

A difusão da reprografia está ligada a fenômenos vários, dentre os quais as dificuldades financeiras para a aquisição dos textos, em face de seu custo; os problemas inerentes ao acesso a obras estrangeiras; a necessidade de compilarem-se textos vários para a produção de trabalhos científicos ou escolares, em que se exige farta bibliografia, e outros tantos, inclusive o próprio comodismo.

A produção em escala de máquinas reprodutoras, a sua colocação ao alcance de muitos, a facilidade de reprodução, o seu custo ainda relativamente baixo foram os atrativos que contribuíram para a sua disseminação, hoje generalizada.

Representa a reprografia verdadeiro desafio aos direitos de autor, como apontou o Prof. ANTÔNIO CHAVES em tese defendida em Bogotá, em Congresso Internacional da CERALAL (5). E não hesitamos em considerá-lo o mais grave de todos os problemas que se enfrentam na matéria.

O desenvolvimento dos sistemas de documentação e a necessidade de difusão das obras vieram a trazer problemas novos para o Direito de Autor, em face da reprodução, sem consulta aos autores, de textos publicados.

Com isso, o autor fica privado de participar nos direitos relativos à colocação da obra à disposição do público; reduz-se a vendagem das obras editadas, com prejuízos também para os editores e, muitas vezes, há o locupletamento indevido dos que fazem tais reproduções.

Os aspectos de conflitos entre esses interesses têm sido, ainda, apontados por vários autores modernos, dentre os quais EMANUELE SANTORO (6), que ressalta o elemento moral do Direito de Autor, enfatizando a obra como produto da energia do autor, e GIACOBBE GIOVANNI (7),

(5) ANTÔNIO CHAVES: *O desafio da reprografia à proteção do direito de autor*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974.

(6) EMANUELE SANTORO: "Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto di autore", in *Il diritto di autore*, 1975, n.º 3, págs. 307 e segs.



que salienta que ao Estado compete a conciliação entre os interesses públicos e privados.

#### 4. Limitações aos direitos de autor

Deve-se, desde logo, distinguir — como o faz o Prof. ANTÔNIO CHAVES (7) — o uso de má fé e o de boa fé.

Se a reprodução é de má fé, ou seja, se realizada com objetivos de aproveitamento econômico e sem autorização do titular dos direitos, configurará então — conforme o caso — uma ou mais das infrações definidas na legislação especial, sujeitando os responsáveis às diferentes sanções previstas.

Mas se de boa fé a reprodução, cumpre seja regulamentada a sua efetivação, restringindo a prática a seus justos limites — mediante a fixação dos respectivos contornos, a fim de possibilitar-se a difusão da cultura — sem prejuízo maior para o titular dos direitos de autor.

Com efeito, há que se reconhecer a limitação, para que se ponham as obras intelectuais ao alcance da coletividade.

Nesse passo, os direitos do criador são, como em outros domínios, o resultado de um compromisso: de um lado, o interesse de favorecer o desenvolvimento cultural e, de outro, o do autor em retirar benefícios econômicos de sua obra, como assinala ODDO BUCCI (8). E esse espírito é que animou a Convenção de Berna.

Além disso, deve-se ressaltar a evolução ocorrida no mundo atual em diferentes campos, passando-se de uma concepção individualista para uma noção publicista, que faz prevalecer o interesse da coletividade, emprestando, em conseqüência, uma certa conotação objetiva ao Direito de Autor (10), em alguns aspectos.

Essa orientação é responsável por certas restrições que se notam na matéria.

Assim, os direitos de autor sofrem, como os direitos privados, algumas limitações, como acentua HUGO WISTRAND (11).

A respeito, teorias explicativas foram formuladas, como a da natureza social do Direito de Autor, surgida na doutrina alemã, antes mesmo do nacional-socialismo, e mostrada por KOPSCH. Segundo seus partidários, o

(7) GIACOBBE, GIOVANNI: "Interesse público e interesse privado nella tutela del diritto di autore", in *Il diritto di autore*, 1975, n.º 4, págs. 520 e segs.

(8) Ob. cit.

(9) ODDO BUCCI: *Interesse pubblico e diritto d'autore*. Padova, Cedam, 1976, pág. 52.

(10) ODDO BUCCI: ob. cit., pág. 99.

(11) HUGO WISTRAND: *Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses œuvres*. Paris, Ed. Montchrestien, 1968, págs. 40 e segs.

autor exerce sua atividade no meio em que vive. Assim, a coletividade participa, ao menos, passivamente, na criação da obra.

Mas a concepção é errônea — como demonstra a doutrina moderna — especialmente quanto aos princípios que regem a reprodução e execução pública. Devem ser separadas as idéias da concepção de forma, esta assim reconhecida e protegida pelo Direito de Autor <sup>(12)</sup>.

Mas, a coletividade tem interesse em participar dos produtos do espírito e promover o desenvolvimento da literatura e da arte, para o próprio progresso cultural da nação.

Dai as limitações impostas aos direitos de autor, algumas já na própria Convenção de Berna e outras decorrentes do sistema e inscritos nas legislações nacionais <sup>(13)</sup>.

É, pois, interesse do Estado favorecer o progresso cultural do país, como frisa LUIGI DI FRANCO <sup>(14)</sup>. E essa noção vem assumindo relevo ainda maior com a elevação do desenvolvimento da cultura a fim essencial do Estado, em constituições do mundo moderno (desde a americana: como na Constituição inglesa, na italiana, na francesa e em outras).

Dai a preocupação, manifestada em diferentes autores e em congressos realizados, de encontrar-se mecanismo aceitável para regular as exceções ao direito de reprodução.

Já se sentiu na conferência de Estocolmo a necessidade de impedir que a atividade dos estabelecimentos comerciais de fotocópias fosse utilizada em prejuízo do autor, sem opor obstáculo ao desenvolvimento dos novos processos de reprodução.

Fixou-se, então, a diretriz de que o consentimento do autor deve ser indispensável para a reprodução por estabelecimentos comerciais, mas não para instituições científicas <sup>(15)</sup>.

Esse princípio básico já se acha na legislação inglesa, que permite a reprodução que não ultrapasse à exploração normal (uso individual ou para fins científicos), e outras, como adiante se mostrará.

Devem ser feitos esforços para uma solução unitária, na salvaguarda do interesse privado, sem se criarem obstáculos para o interesse público que se considera preeminente — para que os instrumentos de reprodução assumam função de comunicação das idéias e favorecimento da difusão de obras intelectuais, em prol da cultura e do progresso social <sup>(16)</sup>.

(12) *Idem*, *ib.*, pács. 41 e 42. O trabalho de KOPSCH está em "Arch Funk R.", 1928, pág. 261. V. também HENRI DESBOIS: "L'évolution des droits de l'auteur en matière de reproduction et d'exécution publique", in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1939, págs. 2 e segs.

(13) *Idem*, *ib.*, pág. 47.

(14) LUIGI DI FRANCO: "La socializzazione del diritto di autore nella nuova legge italiana", in *Revista di Diritto Commerciale*, 1943, III, pág. 167.

(15) Cf. HUGO WISTRAND: *ob. cit.*, pág. 386.

(16) Cf. ODDO BUCCI: *ob. cit.*, pág. 106.

## 5. Formas de reprodução reprográfica

Os autores, como MARIE CLAUDE DOCK <sup>(17)</sup> e ODDO BUCCI <sup>(18)</sup>, lembram os diferentes processos de reprodução:

- a) fotocópia;
- b) xerocópia;
- c) microfilmagem;
- d) computação eletrônica;
- e) processo heliográfico;
- f) processos eletrográficos;
- g) eletrostáticos e outros.

Utilizam-nos:

- a) pesquisadores, professores, alunos em universidades;
- b) os profissionais em seus gabinetes;
- c) as empresas comerciais em suas atividades;
- d) as bibliotecas, com serviços de cópias para seus leitores etc.

E, mais modernamente, têm-se formado:

- a) bancos de dados em centros de informações, inclusive estatais;
- b) repertórios de teses em organismos centrais, geralmente de índole estatal;
- c) resumos analíticos, em bibliotecas e serviços afins, com elementos substanciais sobre a obra catalogada, de modo a oferecer visão global de seu teor, dispensando a aquisição do livro.

Até empresas já se constituem para a exploração dos serviços de reprodução, especialmente por xerocópias, cobrando aos interessados, por folhas, as cópias solicitadas, de livros, revistas especializadas — em geral profissionais — e demais.

A inserção dos dados em fitas de computação, que facilitam a reprodução reiterada e em série, veio ainda mais agravar o problema para o Direito de Autor. Os perigos da cibernética são assinalados, dentre outros, por GINO GALTIERI <sup>(19)</sup>.

## 6. O princípio da autorização autoral para a reprodução da obra protegida

Mas, um ponto deve ser ressaltado como cardeal nessa discussão: a necessidade de **autorização** do autor, para as reproduções, conforme indiscrepantemente entende a doutrina.

(17) Ob. cit.

(18) Ob. cit.

(19) GINO GALTIERI: "Note in tema di informatica e diritto d'autore in Il diritto di autore, 1975, n.º 4, págs. 509 e segs.

Daí a necessidade de encontrar-se uma solução de equilíbrio entre o interesse geral na reprodução da obra e os direitos de autor, garantindo-se ao seu titular a participação nesse processo, para minimizar o desequilíbrio gerado pela não colocação da obra editada.

Cumprido, pois, aos estudiosos intentar definir uma fórmula que, ao mesmo tempo, possibilite a difusão da cultura e permita ao titular dos direitos pecuniários de autor fruir economicamente de reprodução da obra. E, uma vez oferecida, deve ser levada aos organismos internacionais e internos — em cada Estado — para alcançar-se a indispensável sagração legislativa e a conseqüente aplicação prática.

## 7. A posição da doutrina

Dentre nós e com relação à fotocópia, já mostrava preocupação HERMANO DUVAL, assinalando os perigos da reprodução não autorizada (20).

O Prof. ANTÔNIO CHAVES, na referida tese defendida em Bogotá, em 28-11-74, salientando a necessidade da autorização autoral para a reprodução e da participação do autor no processo, com LIMPERG e JOUBERT, propôs a instituição da licença legal, atribuindo-se a uma sociedade o controle da arrecadação dos direitos, que se executaria mediante cobrança em formulário próprio (21).

A formalização do pedido seria feita por escrito, correspondendo o formulário às planilhas utilizadas nas execuções musicais e, ao final do período, a relação seria apresentada a quem de direito. Deveria, então, ser criada entidade para a arrecadação, salientando que aquele que não estivesse em condições de ajustar-se ao sistema mereceria ser proibido de atuar na reprodução. Aventou, ainda, a possibilidade de cobrança, mesmo na aquisição do papel usado para a reprodução, com descontos especiais para grandes quantidades.

Mas, excluía do pagamento:

- a cópia para uso particular;
- a feita por entidade sem fim lucrativo;
- a realizada por instituição sem fim lucrativo e com biblioteca a serviço dos docentes (de universidade).

Antes da edição da lei brasileira de direito autoral, EDUARDO JOSÉ VIEIRA MANSO (22), mostrando ser injustificado o aproveitamento de terceiros, diferenciava na reprodução, com XAVIER DESJEUX:

a) empresas que mantêm exatamente serviços para fornecimento de cópias, mediante paga;

(20) HERMANO DUVAL: *Direitos autorais nas invenções modernas*. Rio de Janeiro, Andes, 1956, págs. 86 a 88.

(21) Ob. cit. O trabalho de LIMPERG e JOUBERT é *La reproduction par reprographie d'oeuvres protégées par le droit d'auteur*, apresentado à Comissão Jurídica da CISAC, em 1973.

(22) EDUARDO J. V. MANSO: "Reprografia: um novo problema de direito autoral", in *Revista de Teatro*, ed. especial, 1974, págs. 29 e segs. (artigo publicado também in *Gazeta Mercantil*, de 13-9-73). O artigo de DESJEUX é: "La photocopie et le droit d'auteur", in *Le droit d'auteur*, 1973.

b) instituições com máquinas acessíveis ao público, que extraem cópias, com ou sem remuneração;

c) empresas que fazem cópias para uso próprio.

Propõe, então, a instituição de licença legal para a reprodução, de cunho global, criando-se entidade para a arrecadação da participação dos titulares dos direitos, mas com cautelas que evitassem os problemas existentes na cobrança dos direitos de execução musical.

Instituir-se-ia selo nas cópias fornecidas, e as empresas e entidades pagariam mensalidade de acordo com o número de obras em sua biblioteca; ou conforme o preço do aluguel ou de compra da máquina, quando para uso próprio, a exemplo do que ocorre na Alemanha, com relação às fitas para gravação (cassetes), em que se paga um **plus** correspondente à remuneração dos direitos autorais (lei alemã de direito de autor: art. 53, al. 5ª).

Também MARIE CLAUDE DOCK fala na possibilidade de instituição de sistema de autorização legal universal, para evitar que o Direito de Autor seja comprimido por interesses de ordem econômica (23).

Ainda na França, ANDRÉ KEREVER assinala que não se pode dissociar os direitos de autor das técnicas que governam a produção material e os instrumentos de difusão cultural. Analisando os estudos efetuados em Washington, sob os auspícios da OMPI e da UNESCO, em 1975, conclui que, no campo da reprografia e no da reprodução sonora, existe uma acentuada socialização. Assim, os direitos autorais não podem ser exercidos nesse plano, individualmente, mas somente através de mecanismos coletivos. Nesse caso, *propõe a intervenção do Estado, que representa o ponto extremo dessa socialização* (24).

Expõe as dificuldades, em outro texto (25), salientando os sérios prejuízos que a reprografia causa à colocação normal das obras editadas e acentuando que o controle seria possível através de sociedade de gerência. Lembra a legislação alemã e refere-se, no primeiro dos artigos, ao trabalho sobre a matéria de HELMUT ARNTZ (26).

GERT KOLLE defende também a tese da licença legal para a reprodução, *repartindo-se o produto em proporções iguais entre o autor e o editor. À sociedade de autores caberia a arrecadação* (27).

Na Itália, em Congresso efetuado em 27 e 28 de outubro de 1975, diversos especialistas manifestaram-se sobre o tema.

(23) Ob. cit.

(24) ANDRÉ KEREVER: "Les conventions internationales de droit d'auteur et la reprographie", in *Le droit d'auteur*, 1976, n.º 4, págs. 192 e segs.

(25) ANDRÉ KEREVER: "La reprographie et les normes internationales en matière de droit d'auteur", in *Il diritto di autore*, 1975, n.º 3, págs. 330 e segs.

(26) HELMUT ARNTZ: in *Le droit d'auteur*, 1975, n.º 2, págs. 95 e segs.

(27) GERT KOLLE: "Reprography and copyright law: a comparative law in the age of information", in *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1975, págs. 382 e segs.

LUIGI SORDÉLLI assinala que a réprografia invade a esfera econômica do autor quando repetida e maciça. Daí a necessidade de adotar-se mecanismo análogo ao da retribuição paga ao autor pela inserção parcial de sua obra em antologia (lei italiana — art. 7º), para que a reprodução não fique isenta de pagamento (28).

MARIO FABIANI salienta que se deve cuidar da defesa do único criador da obra, mediante instrumentos jurídicos que possibilitem a sua proteção ou através de acordo coletivo com a categoria que realiza a reprodução e põe à disposição as novas técnicas de desfrutamento da obra (29).

ALFREDO ARIENZO lembra também o princípio da lei alemã e propugna pela adaptação da lei às situações novas criadas pela técnica (30).

LUIGI CONTE conclui no mesmo sentido e propõe a cobrança de um plus na venda das fitas virgens, destinadas a gravações, repartindo-se entre os autores os resultados (31).

Na Inglaterra, dentre outros autores, RONALD E. BARKER enfatiza a superveniência de uma nova era, trazida pela evolução da técnica, tornando-se imperativo ajustar-se a proteção dos aspectos econômicos do direito de autor à situação presente (32).

Nos Estados Unidos da América, também dentre outros autores, GEORGE A. GIPE enfoca os problemas da disseminação das máquinas reprodutoras, especialmente da xerográfica, concluindo por sugerir revisão da lei do **copyright** para a necessária adequação à situação nova e prevendo a cobrança de direitos autorais nas reproduções, salvo algumas permissões (33).

LOWELL H. HATTERY e GEORGE P. BUSH apontam também os problemas trazidos pela técnica de reprodução, propondo soluções para a remuneração dos autores (34).

Diferentes estudos e artigos foram levados a efeito nos EUA, os quais conduziram à reformulação da lei do **copyright**, tarefa em que exerceu acentuada influência BARBARA RINGER, que mostra a tecnologia incontrolada como inimiga do Direito de Autor (35).

(28) LUIGI SORDÉLLI: "Diritto di autore, riproduzione di opera mediante la c.d. reprografia ed interessi personali e collettivi alla cultura", in *Il Diritto di Autore*, 1975, n.º 4, págs. 466 e segs.

(29) MARIO FABIANI: "Protezione giuridica della opera d'arte e de scienza e sua funzione sociale come strumento di sviluppo della cultura", in *Il Diritto di Autore*, 1975, n.º 4, págs. 506 e segs.

(30) ALFREDO ARIENZO: "Diritto di autore e problemi della informazione e della cultura di fronte alle nuove tecniche di riproduzione e diffusione delle creazioni intellettuali", in *Il diritto di autore*, 1975, n.º 4, págs. 470 e segs.

(31) LUIGI CONTE: "Diritto di autore e riproduzioni fonografiche abusive", in *Il diritto di autore*, 1975, n.º 4, págs. 516 e segs.

(32) RONALD E. BARKER: *Photocopying practices in the United Kingdom*, London, Faber & Faber, 1970.

(33) GEORGE A. GIPE: *Nearer to the dust: copyright and machines*, Baltimore, Md. Williams & Wilkins Co., 1967.

(34) LOWELL H. HATTERY e GEORGE P. BUSH: *Reprography and copyright law*. Washington, American Institute of Biological Science, 1964.

(35) BARBARA RINGER: "Le droit d'auteur et l'avenir de la création intellectuelle", in *Le droit d'auteur*, 1976, págs. 158 e segs.

No Canadá, dentre outros cultores, MARY LOU PARKER aponta também a nova problemática, detendo-se na xerografia e sugerindo soluções, com a ressalva de certas instituições que poderiam fazer reproduções com isenção de retribuição <sup>(36)</sup>.

Em outros países, a questão tem sido debatida e evidenciada a necessidade de regulamentar-se a reprografia em face ao Direito de Autor.

## 8. A posição da jurisprudência

A jurisprudência já teve a oportunidade de manifestar-se a respeito, em alguns países em que se levantou, judicialmente, a questão.

São famosos, dentre outros, os casos discutidos:

**a)** na França, entre *Entreprise Moderne* e CNRS. O Tribunal de segunda instância de Paris censurou o Centro Nacional de Investigação Científica por fornecer fotocópias a interessados sobre livros catalogados a respeito de pontos substanciais das obras (decisão de 28-1-74); e

**b)** nos EUA, entre *Williams & Wilkis Co.* e os EUA.

## 9. A situação no plano internacional

Comitês vêm trabalhando, desde 1962, a nível internacional, nesse campo, tanto no sistema da União de Berna, como dentro da UNESCO e da OMPI (mais recentemente).

Dentre as reuniões podem ser lembradas: a da UNISIST, sobre processamento de dados e reprodução <sup>(37)</sup>; as recomendações feitas na Conferência da UNESCO (1972) e, no continente americano, a de Washington (1975).

Propugna-se, inclusive, pela celebração de convenção internacional a respeito, entre os países interessados, como na Conferência Geral da UNESCO, em Paris, a 17-7-72.

Lembramos, nesse passo, algumas conclusões a que chegou grupo de trabalho reunido em Paris, sob os auspícios da OMPI e UNESCO, de 2 a 4-5-73:

**a)** deve haver remuneração do autor ou titular dos direitos de exploração econômica;

**b)** deve excluir-se uma cópia para uso particular; a legislação nacional de cada país deve elidir a possibilidade de extração de mais uma;

(36) MARY LOU PARKER: *Photocopying in university libraries and the Canadian law of copyright*. APLA Bulletin 32:41-50, 1968, Junho.

(37) "Study on the problems of accessibility and dissemination of data for science and technologie", 1974.

c) as bibliotecas devem poder tirar cópias para facilitar aos interessados; a legislação nacional pode limitar essa concessão apenas aos pesquisadores;

d) aos docentes deve ser facultada a extração de certo número de cópias, mediante regime especial celebrado com o Estado, mas o autor poderá retirar sua obra desse regime. (Na Suécia já existe acordo entre o governo e as escolas, firmado em 5-3-73, conforme assinala o Prof. ANTÔNIO CHAVES no referido trabalho).

Outrossim, a denominada "pirataria" dos discos, que fere os interesses dos autores e dos produtores do fonograma, levou os países interessados à Convenção especial realizada em Genebra, a 29-10-71.

## 10. A situação no plano das legislações nacionais

No plano das legislações nacionais, a lei italiana de 1941 confere ao autor — como universalmente reconhecido — o direito exclusivo de reprodução da obra por todos os meios possíveis (art. 13). Permite a utilização pessoal livre, desde que não incida sobre o aproveitamento econômico do autor e não invada a sua esfera de exclusividade, notando-se, na prática, certa ampliação da idéia de uso pessoal <sup>(38)</sup>.

A lei francesa de 1957 — que também consagra o princípio geral (art. 26) — é mais rígida, não permitindo qualquer reprodução, mesmo que as cópias sejam executadas por bibliotecas <sup>(39)</sup>.

A lei inglesa (Copyright Act, de 1956, secção 6) permite a extração de cópias para pesquisas e estudos privados e, às bibliotecas, para serviços diretos ao público (secção 7).

Admite também a reprodução por bibliotecas autorizadas, em serviços interbibliotecas, desde que se não conheça ou se não obtenha o nome ou endereço da pessoa que possua o direito de permitir a execução da cópia.

A lei alemã de 1965 também procura facilitar atividade das bibliotecas (art. 54, 4º), permitindo-lhes confeccionar exemplares isolados de obras, em número não abusivo, os quais não podem ser postos em circulação.

A recente lei norte-americana de 1976 — que traduz recomendações feitas pelos estudiosos — traz interessantes disposições a respeito da matéria. Confere ao titular do **copyright** o direito exclusivo de autorizar a reprodução (§ 106), mas prevê algumas limitações (§§ 107 a 111), dentre as quais as de reproduções de obras por livrarias e arquivos, desde que a utilização se faça de acordo com o respectivo escopo (§ 108). Mas limita a reprodução a uma cópia.

Fixa, para a distribuição, as seguintes condições:

a) nenhum propósito comercial direto ou indireto pode haver;

(38) Cf. ODDO BUCCI: ob. cit., pág. 104.

(39) Cf. HUGO WISTRAND: ob. cit., pág. 387.



**b)** as coleções devem ser abertas ao público;

**c)** o alcance às cópias não se restringe aos filiados, mas a todos os pesquisadores;

**d)** na cópia deve ser inserida notícia relativa ao **copyright**.

Permite, ainda, a essas entidades, a reprodução por microfilmagem de obras danificadas.

Prescreve, outrossim, que, em cinco anos de sua promulgação, o Registro do **Copyright**, após consulta a representantes dos titulares de **copyright**, deverá submeter ao Congresso estudo sobre a matéria, a fim de aquilatar-se até que ponto se obteve o balanceamento entre os direitos de autor e o interesse social, apresentando os problemas observados e as recomendações que julgar convenientes.

No direito brasileiro, em que ao autor se reconhece o direito à reprodução, desde o Código Civil, de 1916, algumas limitações também são firmadas. No Código, não se considerava ofensa aos direitos de autor a cópia feita à mão de uma obra qualquer, desde que não destinada à venda (art. 666, VI).

A lei especial sobre direito autoral, Lei nº 5.988, de 14-12-73, que preserva o princípio geral da autorização autoral, e a sua participação nos diferentes processos de utilização econômica da obra (arts. 29 e 30), fixa algumas limitações, dentre as quais a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, para uso particular e sem intuito de lucro (art. 49, II).

#### 11. **Nossa proposta para regulamentação legal da matéria.** **A 1ª Conferência Continental de Direito de Autor**

De nossa parte, partindo das premissas expostas e, com a devida vênia, valendo-nos das sugestões oferecidas pelos autores citados — em especial do Prof. ANTÔNIO CHAVES e de EDUARDO J. V. MANSO —, apresentamos, em 8-6-77, proposta para a regulamentação da matéria a nível internacional e interno, na citada Conferência Continental do Instituto Interamericano de Direito de Autor, realizada em São Paulo de 6 a 10 de junho de 1977.

Foram as seguintes as sugestões:

1. A fixação da necessidade de participação do autor ou do titular dos direitos de exploração econômica da obra (editor, cessionário e outros) na reprodução, por qualquer processo, de sua produção intelectual (orientação pacífica, tanto na legislação, como doutrina e jurisprudência, nacional e internacional).

2. A possibilidade da instituição do regime de licença legal para a reprografia (incluindo-se microfilmagem, computação e qualquer outro método), em que se conciliaram esses interesses com os da difusão da cultura.

3. O controle das cópias extraídas mediante:
  - a) registro das máquinas reprodutoras e das instituições que as possuem ou locarem;
  - b) fixação da remuneração do autor, por folha extraída e de conformidade com o preço previamente fixado pela entidade controladora, depois de estudos específicos em cada setor (livro, fita, discos e demais...);
  - c) instituição de formulário especial para a anotação de pedidos de cópias, com a indicação da obra, do autor, do número de folhas reproduzidas e a remuneração devida, cobrada na fonte pela entidade extratora;
  - d) recolhimento mensal através de documentos próprios, ao órgão arrecadador (estatal ou privado, conforme o sistema nacional: no Brasil, o ECAD, Escritório Central de Arrecadação e Distribuição: Lei nº 5.988/73, art. 115);
  - e) atribuição a uma entidade (estatal ou privada, conforme o caso) de competência para a arrecadação desses direitos e distribuição a seus titulares (no Brasil, o Conselho Nacional de Direito Autoral: Lei nº 5.988/73, art. 116);
  - f) destinação do produto da arrecadação a fundo especial para a assistência a autores (a exemplo do Fundo de Direito Autoral, existente entre nós: arts. 119 e 120), quando desconhecido ou não encontrado o autor ou o titular dos direitos, ou quando do domínio público a obra.
4. Excetuar-se-iam do pagamento, a título de incentivo à pesquisa e à cultura, as universidades e instituições congêneres, como bibliotecas, centros de informações, sem fins lucrativos (definidas em lei por expresso), mas que deveriam cumprir as formalidades enunciadas, para efeito de estatística e de controle geral efetivo das reproduções, não podendo as cópias ultrapassar um número que, na legislação especial, for considerado razoável.
5. Repressão, através de instrumentos efetivos, no plano civil e penal, dos abusos porventura verificados.

A tese foi aprovada à unanimidade pelos representantes dos países participantes e à Conferência coube encaminhá-la aos organismos internacionais e entidades internas para a necessária discussão. Presentes às sessões representantes da OMPI e da UNESCO, tiveram, ainda, a oportunidade de anotar as referidas propostas para apresentação àqueles organismos.

A respeito, o jornalista brasileiro J. PEREIRA, em editorial no **Diário de São Paulo**, de 29-6-77, a par da transcrição das conclusões do referido trabalho — que endossa **in totum** —, recomendou, ainda, ao Conselho Nacional de Direito Autoral que as considerasse “com a melhor das atenções” para a necessária regulamentação da matéria entre nós.

## 12. Necessidade de medidas urgentes para o controle da reprografia

A colocação da proposta nos termos assinalados permite a regulamentação da matéria nos diferentes sistemas existentes, podendo mesmo ser adotada a nível internacional, em convenção própria, amoldando-se, depois, as resoluções ao direito nacional de cada país conveniente.

De decisiva importância, para a regulamentação e posterior controle da reprografia, seria a celebração de convenção internacional, em que se fixariam as diretrizes fundamentais sobre a matéria, e em termos que permitissem a posterior disciplinação nacional.

A flexibilidade das diretrizes sugeridas em nossa tese poderia constituir-se em importante fator de aceitação pelos diferentes países, que no direito interno adaptariam os princípios expostos às peculiaridades do respectivo sistema.

Um ponto é pacífico: urge seja apreciado e debatido o problema da reprografia, tanto no plano internacional, como no nacional, para que se alcance a referida fórmula conciliatória entre os interesses em pauta, mas alicerçados no aspecto principal da questão — a proteção aos titulares dos direitos de autor — para que, como advertimos na Conferência, não sejam esses direitos aniquilados pelo uso indiscriminado das máquinas reprodutoras.

## 13. Síntese conclusiva

Diferentes sistemas existem na regulamentação do Direito de Autor; o subjetivo, preocupado com o criador de obra intelectual; o objetivo, voltado mais para o progresso da cultura; e o coletivo, ligado à concepção ideológica (1). Mas, em todos os países, o desenvolvimento da tecnologia vem introduzindo novos processos de reprodução e de comunicação das obras intelectuais (2), trazendo novos problemas para o Direito de Autor, em especial a reprografia, ou seja, a reprodução de obras protegidas por diferentes meios, como a fotocópia, a xerografia, a microfilmagem e outros (3 e 5). De outro lado, a necessidade de expansão da cultura faz com que surjam conflitos com os interesses privados (3). No equacionamento desses problemas, e em face do interesse público, têm sido admitidas, à generalidade, certas restrições objetivas aos direitos de autor, em favor da coletividade, como, por exemplo, as reproduções para uso privado e as efetivadas por entidades culturais (4).

Um dado é tranqüilo nessa discussão: a imprescindibilidade da autorização do autor (6), exigida à unanimidade pela doutrina, que tem propugnado pela necessidade de regulamentação da matéria, sugerindo-se a instituição de licença legal, com cobrança de remuneração para o autor, que seria arrecadada através de sociedade designada na lei (7). A jurisprudência tem-se manifestado a favor do titular dos direitos, nos casos apreciados (8). Estudos têm sido realizados e grupos de trabalho têm-se reunido sob os auspícios das organizações internacionais, e algumas sugestões têm sido apresentadas para a disciplinação legal da maté-

ria (9). As leis nacionais — que, à generalidade, reconhecem ao autor os direitos de reprodução — contêm, como exceções, normas permissivas sobre a extração de cópias por bibliotecas e entidades culturais, nos limites fixados (10).

Com base nas pesquisas e estudos realizados, apresentamos proposta para a regulamentação legal da matéria, definindo-lhe as diretrizes gerais, a qual foi aprovada na 1ª Conferência Continental promovida pelo Instituto Interamericano de Direito de Autor, em São Paulo, no presente ano (11). Por sua flexibilidade, poderia ser tomada como base para a discussão da matéria. Um ponto é certo: urge seja regulamentada, a nível internacional e nacional, a questão, para que se alcance o efetivo controle das máquinas de reprodução, sob pena de aniquilamento dos direitos de autor, por seu uso indiscriminado (12).

#### BIBLIOGRAFIA

(específica)

- ARIENZO, Alfredo. "Dritto di autore e problemi della informazione e della cultura di fronte alle nuove tecniche di riproduzione e diffusione delle creazioni intellettuali", in *Il diritto di autore*, 1975, n.º 4, págs. 470 e segs.
- BARKER, Ronald E. *Photocopying practices in the United Kingdom*. London, Faber & Faber, 1970.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra feita sob encomenda*. São Paulo, ed. Rev. Tribunais, 1977, "Interpretação no Direito em geral", in RT, 493/24.
- BUCCI, Oddo. "Interesse publico e diritto d'autore". Padova, Cedam, 1976.
- CHAVES, Antonio. *O desafio da reprografia à proteção do Direito de Autor*. S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974 (tese).
- CONTE, Luigi. "Diritto di autore e riproduzioni fonografiche abusive", in *Il diritto di autore*, 1975, n.º 4, págs. 516 e segs.
- CRUGNOLA, Paola. "Il diritto d'autore nei paesi in via di sviluppo", in *Il diritto di autore*, 1976, n.º 2, págs. 219 e segs.
- DESJEUUX, Xavier. "La photocopie et le droit d'auteur", in *Le droit d'auteur*, 1973.
- DOCK, Marie Claude. "Radioscopie du droit d'auteur contemporain", in *Il diritto di autore*, 1974, n.º 4, págs. 415 e segs.
- FABIANI, Mario. "Protezione giuridica delle opere d'arte e de scienza e sua funzione sociale come strumento di sviluppo della cultura", in *Il diritto di autore*, 1975, n.º 4, págs. 506 e segs.
- GALTIERI, Gino. "Note in tema di informatica e diritto d'autore", in *Il diritto di autore*, 1975, n.º 4, págs. 509 e segs.
- GIOVANI, Giacobbe. "Interesse pubblico e interesse privato nella tutela del diritto di autore", in *Il diritto di autore*, 1975, n.º 4, págs. 520 e segs.
- GIPE, George A. *Nearer to the dust: copyright and machine*. Baltimore, Md. Willans & Wilkins Co., 1967.
- HATTERY, Lowell H. e BUSH, George P. *Reprography and copyright law*. Washington, American Institute of Biological Science, 1964.
- KEREVER, André. "Les conventions internationales de droit d'auteur et la reprographie", in *Le droit d'auteur*, 1976, n.º 3, págs. 192 e segs. "La reprographie et les normes internationales en matière de droit d'auteur", in *Il diritto di autore*, 1975, n.º 3, págs. 330 e segs.
- KOLLE, Gert. "Reprography and copyright law: a comparative law in the age of information", in *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1975, págs. 382 e segs.
- MANSO, Eduardo José Vieira. "Reprografia: um novo problema de direito autoral", *Revista de Teoreto ed. esp.*, 1974, págs. 29 e segs.; e *Gazeta Mercantil*, de 13-9-73.
- PARKER, Mary Lou. "Phocopying in university libraries and the canadian law of copyright". *APAE Bulletin*, 32:41-50, 1968, junho.
- RINGER, Barbara. "Le droit d'auteur et l'avenir de la création intellectuelle", in: *Le droit d'auteur*, 1976, n.º 3, págs. 158 e segs.
- SANTORO, Emanuele. "Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto di autore", in *Il diritto di autore*, 1975, págs. 307 e segs.
- SORDELLI, Luigi. "Diritto di autore, riproduzione di opera mediante la c.d. alla cultura", in *Il diritto di autore*, 1975, n.º 4, págs. 498 e segs.

# Nova tecnologia pede renovação do Direito

IGOR TENÓRIO

Professor da Universidade de Brasília  
e Membro do Serviço Jurídico da  
União.

## SUMÁRIO

- 1 — Desenvolvimento econômico e patentes
- 2 — Legislação brasileira sobre privilégios de invenção
- 3 — Aspectos tributários
- 4 — Esforço do Governo Federal para a criação de tecnologia brasileira
- 5 — As inovações tecnológicas no setor agropecuário. Registro de inseticidas e fungicidas
- 6 — Registro genealógico
- 7 — Sementes e mudas: patenteamento ou não
- 8 — Conclusões

### 1 — *Desenvolvimento econômico e patentes*

Uma contribuição pioneira ao estudo do tema sobre as inter-relações entre o desenvolvimento econômico e as patentes se deve ao Departamento de Negócios Econômicos e Sociais da Organização das Nações Unidas.

De fato, na 16ª Assembléia-Geral da ONU, em 1961, adotou-se a Resolução nº 1.713, para exame do papel das patentes na transferência de tecnologia aos países em vias de desenvolvimento. O relatório do Secretário-Geral foi, por sua vez, publicado em 1964.

Conforme a resolução adotada pela ONU, o relatório deveria conter, e estamos nos referindo ao próprio texto de sua introdução:

“a) estudo dos efeitos das patentes na economia dos países em vias de desenvolvimento;

b) levantamento seletivo da legislação de patentes em países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, com principal ênfase dada no tratamento de patentes estrangeiras;

c) análise das características da legislação de patentes nos países em vias de desenvolvimento, à luz de objetivos de desenvolvimento econômico, tomando em consideração a necessidade de uma rápida absorção de novos produtos e tecnologia, e a elevação do nível de produtividade de suas economias;

d) recomendações sobre a conveniência de convocar-se uma conferência internacional no sentido de examinar o problema relativo a concessão, proteção e uso de patentes, tomando-se em consideração as provisões das atuais convenções internacionais e utilizando-se a atual máquina da União Internacional para a Proteção da Propriedade Industrial.”

É necessário que se registre que, no período decorrido entre a aprovação da Resolução nº 1.713, de 1961, e a data do relatório, o Comitê Preparatório das Nações Unidas para a “Conferência sobre Comércio e Desenvolvimento”, na sua segunda sessão, reconheceu a importância das patentes como instrumentos para facilitar o acesso à experiência tecnológica e *know-how* quando sua aplicação se faça tomando-se em conta as necessidades especiais e requisitos do desenvolvimento econômico dos países em vias de desenvolvimento. Um estudo neste sentido foi proposto, à ocasião, pela delegação do Brasil (e esta iniciativa está ali registrada), chamando-se para o fato as atenções dos países interessados.

No Relatório, os itens de natureza geral e o sistema internacional de patentes, em seus aspectos legislativos, estão resumidos e cobertos, inclusive, por quadros sinópticos. Os aspectos econômicos foram focados e salientados quanto ao escopo de transferência de tecnologia; no papel de importação de produtos patenteados e processos; e, finalmente, quanto ao papel das patentes na implantação do processo inventivo e de inovação através de tecnologia local dos próprios países em vias de desenvolvimento. Os estudos de legislação e patentes cobrem o Brasil, Ceilão (hoje Sri Lanka), França, Israel, Japão, Marrocos, México, Suíça, Inglaterra e Iugoslávia.

Da publicação oficial da ONU, sob o título "O papel das patentes na transferência de tecnologia para os países em desenvolvimento" (*The Role of Patents in the Transfer of Technology to Developing Countries*, nº 65.II B, 1), iremos, ainda, condensar e nos referir ao sumário e conclusões, e ainda, ao estudo da legislação brasileira então vigente.

Conforme o relatório, o propósito básico de uma análise econômica e legal sob a ótica dos países em desenvolvimento, é saber se o sistema de patentes pode desempenhar um papel útil em encorajar a transferência de tecnologia para os países em vias de desenvolvimento e em contribuir para seu desenvolvimento econômico; se o sistema é um veículo apropriado para acomodar a gama de interesses envolvidos, do inventor, em sua criação; o interesse social de encorajar a invenção; o interesse do consumidor em gozar dos frutos da invenção contra condições corretas e razoáveis e o interesse nacional de acelerar e promover o desenvolvimento econômico do país.

Como se sabe, a concessão de patentes, no Brasil, transcende aos moldes de uma proteção ordinária, pois está inscrita na própria Constituição, em seu art. 153, § 24:

"A lei assegurará aos autores de inventos industriais o privilégio temporário para sua utilização, bem como a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do nome comercial."

Os motivos legais apenas seguem ao interesse econômico e social da justificativa da proteção às patentes, visto que parecem ser um forte incentivo para os investimentos de capital em novas linhas de produção.

Outro aspecto a ser considerado é o da proteção da patente estrangeira, pois, na importação de patentes, o processo se simplifica caso a invenção tenha sido patenteada no país de origem.

Há países que não distinguem entre patentes nacionais e estrangeiras, quanto ao limite de proteção legal, em igualdade de tratamento, dentro da noção de reciprocidade desse tratamento. Este é um ponto de grande relevância, pois a lei brasileira precisa atentar para o tratamento em base de reciprocidade, no país solicitante, para a patente brasileira. "

Como se sabe, desde 1883, com a Convenção da União de Paris, as patentes gozam de uma soma de privilégios em mais da metade dos países do mundo, e seus pontos básicos são o princípio do tratamento nacional e o direito de prioridade.

As patentes estrangeiras devem ser exploradas, visto que, de outra sorte, os países em desenvolvimento podem ter prejuízos resultantes da

inação dos titulares das mesmas. Para remediar o inconveniente, há a licença compulsória ou outros remédios, cuja listagem é variável, de acordo com o país considerado.

Os pagamentos de licenças governamentais para exploração de patentes, por ano ou periodicamente, levam, ainda, ao abandono de muitas patentes, sem aplicação prática. Além disso, há correlação legislativa entre as leis de patentes e as leis antitrustes, porque as restrições a negócios caem, justamente, nas proibições de monopólio e açambarcamento do mercado.

Aliás, no Brasil, a Constituição, ao definir, no art. 160, a filosofia econômica do regime, fala que este se baseia em quatro itens, o último dos quais é a "repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros".

Pode haver, por conseqüência, no caso brasileiro, proteção jurídica derivada da legislação ordinária, em processo de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

O estudo das Nações Unidas mostra que a proteção às patentes é insuficiente, sozinha, para o aperfeiçoamento de novos produtos e processos nos países em vias de desenvolvimento, pois precisam muito de um *know-how* geral e de capacidade gerencial. Porém, como as patentes podem estimular o próprio processo tecnológico, sua importância alcança a tecnologia gerada nos países em vias de desenvolvimento.

As patentes, contratos de assistência técnica e itens conexos são, para todos os países pobres, pesados encargos na balança de pagamento, capazes de drenar boa parte dos benefícios da introdução das inovações tecnológicas estrangeiras.

Diz o próprio relatório:

"Sacrifícios financeiros indevidos podem aparecer não somente na forma de *royalties* excessivos, mas também nos excessivos preços pagos por materiais ou componentes ou por serviços de técnicos obtidos dos detentores de patentes, em retorno ao uso de suas patentes ou por seus serviços técnicos ou indevidamente altos preços de gerência. Tem-se visto que os termos financeiros destes acordos são altamente complexos e seu efetivo controle requer consideráveis recursos administrativos e flexibilidade."

Diz ainda o relatório das Nações Unidas que os governos dos países em vias de desenvolvimento têm legítimo interesse em prevenir a exploração excessiva da sua dependência financeira e tecnológica. Detentores de patentes, que introduzem medidas restritivas, condições ou ter-



mos, não praticam ações legítimas, mas o poder de sua força reclama medidas de natureza geral e internacional, para evitar-se prejuízo a países que o façam isoladamente.

## 2 — Legislação brasileira sobre privilégios de invenção

Os privilégios de invenção, dizem os estudiosos da propriedade industrial, começam, no Brasil, com o Alvará Real de 1809. Seguidamente, as Constituições do Império, de 1824, e as de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, e atual Emenda nº 1, de 1969, continuam a assegurar o direito ao privilégio a ser outorgado, por prazo certo, aos inventores. A legislação comum brasileira compreende a Lei de 28 de agosto de 1830; o Decreto nº 2.712, de 22 de dezembro de 1860; o aviso, de 22 de janeiro de 1881; a Lei nº 3.129, de 14 de outubro de 1882; o Decreto nº 16.264, de 19 de dezembro de 1923; o Decreto nº 4.507, de 29 de junho de 1934; o Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945; o Decreto-Lei nº 254, de 28 de fevereiro de 1967; o Decreto-Lei nº 1.005, de 21 de outubro de 1929; e finalmente, o atual Código da Propriedade Industrial, a Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971.

Faremos referência tão-só ao primeiro e ao atual Códigos, respectivamente, de 1945 e 1971, visto que as Nações Unidas cuidaram da análise do primeiro, no seu já citado relatório.

Pela lei brasileira (Decreto-Lei nº 7.903/45), podia patentear-se qualquer nova invenção susceptível de utilização industrial.

A lei caracteriza o que entende por *invenção nova*. Não se patenteiam certos tipos de invenção por contrárias à moral, saúde, segurança pública, produtos medicinais etc. A atual legislação não discrepa dessas linhas. A patente se vincula ao campo da *invenção industrial*, enfatizando a *originalidade* e a *novidade*, e a susceptibilidade da *utilização industrial*.

A lei brasileira encerra possibilidades de obstruir o progresso técnico e de criar condições de obtenção de vantagens do sistema pela imposição de *royalties* injustificados; de criar campo talvez muito grande de bens patenteáveis, sem sólido fundamento; e de ensejar oportunidade para instituir-se o monopólio de certos produtos protegidos por patentes, excluindo-se, assim, outras fontes potenciais de fornecimento.

Parece-nos que o atual sistema de patentes não assegura um benefício substancial ao país, pela dificuldade e pelos ônus decorrentes de patentes estrangeiras no Brasil, fato que se agrava pelo nosso relativo atraso tecnológico. Os países altamente industrializados gozam, por consequência, de vantagens práticas sobre os países em vias de crescimento.

As patentes são, no fundo, mecanismos legais de proteção do mercado exportador de manufaturados.

Certos países, como por exemplo, a Índia, tornaram insusceptível o patenteamento de invenções relativas à energia atômica. E querem sempre a transferência da tecnologia.

Se uma patente para inventor estrangeiro é concedida, fica obrigado a usá-la, ou trabalhá-la, no país. A concessão de patente não pode significar simplesmente o ônus de *royalties* a serem pagos a firmas estrangeiras. No caso do Brasil, é de aplicar-se a lição indiana.

Reduzir a lista de bens sob proteção de patentes, incluindo-se, nas exceções não patentáveis, produtos e substâncias obtidos por transformação nuclear; e respectivos processos de fabricação; processos de fabricação de produtos químicos de misturas e ligas metálicas etc., parecem ser o bom caminho. Igual redução cabe nos campos de modelos de utilidade e de modelos industriais.

### 3 — Aspectos tributários

O atual Regulamento do Imposto de Renda trata dos aluguéis ou *royalties* e das despesas de assistência técnica, científica ou administrativa, estabelecendo regras fiscais nos arts. 176 a 178.

Mais notável para citar-se é o art. 173, do RIR, que admite, como operacionais, as despesas, inclusive com experimentação para criação ou aperfeiçoamento de produtos, processos, fórmulas e técnicas de produção, administração ou venda. Deveriam ser, aliás, creditadas em dobro, como agora se permite nos programas de treinamento de pessoal.

### 4 — Esforço do Governo Federal para a criação de tecnologia brasileira

No que diz respeito ao esforço do governo, no campo da tecnologia, convém transcrever trecho do *II Plano Básico de Desenvolvimento Científico e Tecnológico*:

“No que se refere ao fortalecimento do componente nacional da oferta de tecnologia, a ação governamental se traduzirá: no apoio à engenharia de projeto nacional, através, principalmente, da ação da Financiadora de Estudos e Projetos — ... FINEP, junto às empresas nacionais de consultoria; na criação de incentivos para induzir a empresa nacional a realizar orçamento próprio para pesquisa, na promoção da implantação de centros de pesquisas nas empresas em maior porte ou através da associação de empresários; e no estabelecimento de canais

que promovam a difusão, junto ao sistema empresarial, dos resultados das pesquisas realizadas por instituições governamentais.

Por outro lado, a política de transferência de tecnologia do exterior visará: à seleção da tecnologia a importar, tendo em vista a sua importância para o desenvolvimento nacional e a possibilidade de solução interna do problema existente; ao melhor conhecimento da oferta mundial de tecnologia a fim de permitir ampla avaliação na escolha entre tecnologias alternativas, conferir maior poder de negociação às empresas nacionais e permitir avaliação adequada, pelo Governo, das importações feitas pela empresa estrangeira ou nacional; utilização flexível do sistema mundial de patentes; e remoção das restrições contratuais ou implícitas inconvenientes à economia nacional e que possam acompanhar os acordos de transferências."

É inegável que muita coisa já se realizou neste campo.

Há dez anos passados, em artigo publicado em 12 de julho de 1968, no *Correio Braziliense*, sob o título O BRASIL E O DESAFIO AMERICANO, tínhamos sugerido algumas dessas medidas de ordem prática, ora aceitas pelo Governo Federal:

*"Pesquisa Científica:* — Constituição de um grupo de trabalho para coordenação de recursos, meios e processos, objetivando, com a colaboração direta dos Ministérios e do setor privado:

a) *Incentivar e financiar o inventor e a pesquisa tecnológica e científica, mediante:*

- 1) dedução das despesas de pesquisa no imposto de renda;
- 2) prêmio às firmas que substituírem patentes estrangeiras por processos nacionais;
- 3) taxação bem mais elevada a *royalties*;
- 4) mecanismo de aplicação obrigatória, em projetos financiados por órgãos do Governo ou por incentivos fiscais, de taxa mínima de 3% para pesquisa pura ou aplicada diretamente pelas empresas beneficiadas ou por intermédio de convênios com universidades;
- 5) criação de estímulos oficiais à pesquisa tecnológica para as empresas privadas (financiamentos).

b) Estabelecimento, nos Conselhos Estaduais e Nacional de Planejamento, de comissões de cultura e tecnologia, destinadas ao exame dos problemas de utilização de recur-

tos já existentes, para planos de aplicação conjunta, em projetos globais, de execução regional.

c) Caberia ao MIC e ao MEC examinarem medidas para melhoria do "fator gerencial" com o propósito de aperfeiçoar a gestão empresarial e governamental, em níveis médios e superiores. A fase executiva caberia às universidades, escolas de grau médio e órgãos da indústria e do comércio, e do Governo.

d) Incentivos à instalação de empresas dedicadas à administração e planejamento (utilização de tecnologia intensiva nos setores público e privado, para máxima rentabilidade das inversões)."

#### 5 — *As inovações tecnológicas no setor agropecuário. Registro de inseticidas e fungicidas*

Quando se fala em transferência de tecnologia para os países em vias de desenvolvimento, a imagem trazida ao cérebro do jurista se refere aos privilégios de invenção industrial. Mas é antiga e numerosa a legislação federal que estabelece controles quanto ao emprego de técnicas e produtos, por meio de registros oficiais, e cuja análise cabe nesta oportunidade.

Já pelo Decreto nº 24.114, de 12 de abril de 1934, foram estabelecidas normas com força de lei, e ainda em pleno vigor, sobre a fiscalização de inseticidas e fungicidas com aplicação na lavoura, ficando seus fabricantes, importadores ou representantes obrigados ao registro e licenciamento dos respectivos produtos. Esse registro tem favorecido importadores e fabricantes, em condições de monopólio, e ensejado segundas questões. Como o registro depende de prova documentada de análises químicas e de marca comercial, tem íntima relação com a legislação da propriedade industrial e da legislação federal de saúde.

Em data mais recente, a Lei nº 4.785, de 6 de outubro de 1965, estendeu a fiscalização do comércio e do uso de produtos fitossanitários aos produtos destinados a prevenção, repetência e destruição de ervas daninhas, nematódios, ácaros, roedores e outras formas de vida animal e vegetal, que afetam as plantas e os produtos agrícolas.

#### 6 — *Registro genealógico*

O registro genealógico foi introduzido, no Brasil, por força de convenção internacional para a unificação do registro firmado em Roma, em 1936, e promulgada pelo Decreto nº 3.457/38.

Porém, conta-se, a partir da Lei nº 4.716, de 1965, que dispõe sobre a organização, funcionamento e execução de registros genealógicos de

animais do país, o despertar dos interesses de classes e de produtores pelo registro.

Com o Cadastro Geral das Associações Encarregadas do Registro Genealógico, a partir de 1967, são aprovadas as normas de inscrições de entidades, e o Governo passa a prestar-lhes assistência financeira. Assim, rapidamente, o registro genealógico sobre inúmeras raças de bovinos, taurinos, cavalos de raça, bubalíneos, coelhos, cães de raça, suínos, raça indiana etc.

Há uma profusão de portarias, contratos e ajustes entre o Ministério da Agricultura e associações de criadores, com o fito da manutenção e execução desses registros genealógicos.

Porém, não parece que o sistema de registro genealógico tenha trazido apenas benefícios.

Em artigo publicado pelo *O Estado*, de Santa Catarina, de 21 de agosto de 1977, o engenheiro-agrônomo Anselmo A. Hess fez, entre outros, denúncia de que o futuro da suinocultura nacional está ameaçado.

Eis, em quatro tópicos, um resumo do seu pensamento:

“A suinocultura brasileira, graças a várias importações de reprodutores europeus e norte-americanos e a um trabalho de aclimação, seleção e melhoramento animal, tem atingido, em muitas propriedades e regiões, índices de produção e produtividade comparáveis aos dos países da Europa, mais evoluídos no setor.”

E adiante:

“Entretanto, motivados por interesses comerciais imediatistas, diversos grupos e empresas multinacionais deflagraram o processo de importação do porco híbrido já pronto que, além da desvantagem financeira (um produto mais caro para os criadores), criará uma dependência tecnológica. Essa dependência tecnológica não se justifica num país onde se aplicam altas somas em pesquisa!”

Para concluir na transcrição do raciocínio do técnico catarinense, iremos citar ainda dois trechos de sua autoria:

“Estamos assistindo, com a suinocultura, a um *replay* do que aconteceu na década passada com a avicultura que, em termos industriais, ficou totalmente dependente do exterior, pagando *royalties* das linhagens básicas.

Será que valerá a pena tamanho preço por alguns resultados um pouco superiores (e duvidosos) a curto prazo? Será que não seria muito mais proveitoso e seguro investir essa elevada

soma, a ser dispendida com as importações e *royalties*, num programa sério e amplo de pesquisa e apoio à criação de híbridos nacionais?"

E finalmente,

"Se não forem tomadas enérgicas e rápidas providências, estaremos jogando fora todo o trabalho e os investimentos já realizados em melhoramento suíno para, numa atitude modista, passarmos a receber o "pacote" pronto do exterior. Um "pacote" caro e com toda uma dependência em seu bojo quando, a médio prazo, poderemos nós mesmos produzi-lo a menores custos e com muito maior segurança nacional."

### 7 — Sementes e mudas: patenteamento ou não

Outro aspecto grave é o do problema das sementes, bem encaminhado através da legislação de sementes e mudas, e que passou a ser um pesadelo com a divulgação de um anteprojeto designado como "Lei dos Cultivares", e que parece orientada para um controle da produção de mudas e sementes.

A ocasião da realização do recente II Simpósio Nacional da Soja (Curitiba, de 18 a 21 de outubro de 1977), foi apresentada moção de repúdio à proposta, que "é de interesse de poucos e grandes grupos econômicos".

Diz na justificação da moção o seu autor, Deputado Celso Ivan da Costa, de Santa Catarina, o seguinte:

"O esforço e a pressão que tais grupos econômicos vêm exercendo sobre o Governo Federal, para que a atividade agropecuária seja dotada de legislação especial visando proteger a semente produzida, com a finalidade em pesquisa e no aprimoramento do fornecimento de sementes de alta linhagem, através da chamada "Lei dos Cultivares", não têm outro objetivo, senão alcançar o patenteamento das sementes e mudas usadas no cultivo de plantas úteis à alimentação humana e animal.

Acontecimento altamente prejudicial aos interesses da agricultura nacional será este, se acaso se efetivar."

O patenteamento de sementes é desvantajoso para os países em vias de desenvolvimento.

É o que declara, ainda, aquele parlamentar, mostrando que pretender proteger a semente por meio de patenteamento é defender os interesses comerciais de grupos econômicos de nações já desenvolvidas, em detrimento dos verdadeiros interesses dos rurícolas brasileiros e dos grupos privados nacionais.

Aliás, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência já se manifestou contrariamente sobre o assunto, e a Revista *Ciência e Cultura* (vol. 27, item 4) “demonstrou as inconveniências do que se pretende implantar no Brasil”.

O Deputado Celso Costa conseguiu, aliás, ver aprovada pela Assembléia de seu Estado moção que visa solicitar ao Governo Federal que não apóie legislação para patenteamento de sementes no Brasil. E igualmente, antes, nesse sentido se manifestou a Assembléia Legislativa de São Paulo, em contrário à iniciativa tomada pela Associação Brasileira de Produtores de Sementes.

A Organização das Cooperativas do Estado do Paraná (OCEPAR), em documento enviado ao Ministro da Agricultura, Prof. Alysson Paulinelli, manifestou que, segundo os planos originalmente divulgados, a lei em estudos poderia determinar a cessão de direitos para a produção e comercialização de sementes ou mudas novas às empresas ou pessoas que as desenvolverem durante o prazo de 15 anos. As companhias internacionais simplesmente passariam a importar novos modelos desenvolvidos, e os agricultores passariam a pagar mais por eles, gerando mais um mecanismo carreador de divisas para o exterior, através do pagamento do *know-how*.

Ainda contrária à “Lei dos Cultivares”, a Associação de Engenheiros Agrônomos do Estado de São Paulo (AEASP) manifestou-se em desacordo ao anteprojeto e definiu sua posição em sete enunciados:

1º) O Estado deve ser o responsável pelas pesquisas de sementes básicas, fator estratégico na evolução da agricultura nacional. A iniciativa privada deve continuar a contribuir na ampla faixa da produção e comercialização de híbridos.

2º) O Projeto de Lei de Proteção aos Cultivares, que obriga grandes investimentos para garantir a exclusividade na multiplicação e na comercialização da semente, provocará a *desnacionalização do setor*, dada a desigualdade competitiva entre as empresas brasileiras e as multinacionais.

3º) A produção de sementes básicas pelo Estado permite menor preço de venda ao agricultor, e, conseqüentemente, ao consumidor final. De outro lado, pesquisas paralelas feitas em sigilo por empresas e o pagamento de taxas por parte dos agricultores que realizam a multiplicação de semente *contribuem para aumentar o seu custo*.

4º) A multiplicação dos campos de cooperação das variedades obtidas pelos órgãos de pesquisas do governo, com fiscalização e assistência técnica, tem possibilitado a produção tecnicamente correta de sementes, a baixo custo, e constitui importante fonte de renda para inúmeros agricultores. O projeto de lei em

questão, ao vincular a produção e comercialização ao melhoramento, implicará na *extinção do campo de cooperação*.

5º) A produção descentralizada das sementes distribuídas por um maior número de agricultores é garantia do processo em bases permanentes e, mais importante, adaptada a cada região do País. A centralização da produção poderá não garantir o seu volume e a sua qualidade em níveis exigidos para todo o País, e a preços acessíveis, como os decorrentes do sistema em vigor. As grandes empresas produtoras de novas variedades poderão simplesmente exportar as suas sementes para áreas subdesenvolvidas, e isso constituirá *empecilho ao desenvolvimento* dessas regiões, já que não terão variedades adequadas e especializadas para as peculiaridades de cada um.

6º) A patenteação proposta pelo projeto de lei cercará de sigilo as pesquisas e as novas descobertas, acarretando sérios *prejuízos* à comunidade científica e à própria sociedade, as quais se verão privadas da livre divulgação dos conhecimentos e da circulação das idéias.

7º) As novas variedades, descobertas ou não em nosso País por empresa estrangeira, poderão ser registradas em seu país de origem. Para a multiplicação e a comercialização de sementes dessas variedades, serão necessários pagamentos de direitos à empresa, e tal fato redundará em mais uma inaceitável forma de *remessa de recursos tão necessários ao nosso País*, em fase de desenvolvimento.

Convém que se diga, parece ser o Ministério da Agricultura adverso dos projetos em tramitação na Câmara dos Deputados, respectivamente, os de nºs 3.072 e 3.764, de 1976, que acrescentam dispositivos à Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971 (Código de Propriedade Industrial). E adiante, quanto à proteção aos cultivares, a posição do Ministério da Agricultura tem sido a de "cautelosos estudos, que demandam tempo e prudência".

#### 8 — Conclusões

Na incorporação da moderna tecnologia, se ressentido o Brasil de uma política disseminada em vários Ministérios (Secretaria de Planejamento, MIC, MF, M. Ag., M. Interior, Saúde, MEC e MRE), e de leis de diferentes datas e propósitos.

Cabe, agora, em plano de conjunto e à vista do II Plano de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, promover-se a uma revisão conjunta das leis sobre patentes; taxação de *royalties* e assistência técnica; incentivos fiscais; registro genealógico; sementes e mudas e leis conexas, para uma revisão crítica do assunto, presentes as empresas governamentais interessadas no assunto.



# Da legalidade e oportunidade da intimação pela imprensa particular, nos juízos do interior (arts. 236 e 237 - CPC)

BRENO MOREIRA MUSSI

Juiz de Direito da 1.<sup>a</sup> Vara Cível de  
Pelotas — RS.

1. INTIMAÇÃO, na definição legal, "... é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa" (art. 234-CPC).

Por sua vez, o art. 236 do mesmo diploma estabelece que,

"... no Distrito Federal e nas capitais dos Estados e Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial";

o art. 237 arremata:

"... Nas demais comarcas, aplicar-se-á o disposto no artigo antecedente, se houver órgão de publicação dos atos oficiais; não o havendo, competirá ao escrivão intimar, de todos os atos do processo, os advogados das partes: I — pessoalmente, tendo domicílio na sede do juízo; II — por carta registrada, com aviso de recebimento, quando domiciliado fora do juízo..."

2. Quando da elaboração legislativa do atual estatuto processual civil, conforme aponta ALEXANDRE DE PAULA (*Código de Processo Civil Anotado*, I/533, 1.<sup>a</sup> ed., RT, 1976), houve sugestão para acrescentar, no texto do *caput* do art. 237, logo após "atos oficiais", a frase "... ou no jornal local de maior circulação".

A justificativa parlamentar era que

“... os órgãos de publicação dos atos oficiais, nos Municípios sedes de comarcas do interior do País, além de raros, não são suficientemente difundidos para tornarem conhecidos os atos judiciais. Em contrapartida, nesses lugares, existem jornais com tradicionais seções judiciárias, de larga aceitação pelo público e pelos advogados, que melhor preservarão os objetivos do projeto”.

Dita proposição não foi aceita, uma vez que a Comissão entendeu que, “... se o jornal a que alude a emenda for o credenciado para a publicação dos atos oficiais, não há necessidade de a ele aludir”.

3. Com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil (1º-1-74, cf. art. 1.220), de imediato foi implantado, no juízo de Pelotas, o sistema de intimações pela imprensa.

Na oportunidade, através do Provimento nº 1/74, de 2-1-74, o Exmo. Sr. Dr. José Carlos Sanches Guimarães, então Diretor do Foro de Pelotas, declarou o jornal *Diário Popular* como sendo o “... órgão de publicação dos atos oficiais da Comarca de Pelotas” (item 1º) e determinou que as intimações fossem feitas mediante publicação.

Nos meios jurídicos locais, a quase totalidade das vozes aplaudiu a medida, sufocando as raras discordâncias.

O provimento foi encaminhado ao egrégio Conselho Superior da Magistratura. No trâmite legal, o processo de apreciação do provimento contou com longo parecer, favorável à implantação do sistema, do Dr. Elias Elmyr Manssour, então juiz corregedor, e que foi aprovado pelo desembargador Paulo Boeckel Velloso, corregedor-geral. O colendo Conselho, no entanto, determinou a suspensão dos efeitos do provimento.

Com isto, as intimações passaram a ser pessoais (advogados domiciliados na sede do juízo) e por carta, com aviso de recebimento (domiciliados fora).

A invalidade das intimações feitas no período de vigência do provimento foi sustentada, tendo sido acolhida pela egrégia 1ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada, em 8-5-75 (Ap. Cível nº 10.286, in “Julgados do TARCS” 16/382). O patrono do recorrente era domiciliado em Arroio Grande e havia sido intimado por nota de expediente, não comparecendo à audiência de instrução e julgamento. Em votação indissonante, relator o Dr. Carlos de Pinho, a Câmara anulou a sentença (da lavra do signatário deste modesto trabalho, então juiz adjunto), considerando que a intimação fora irregular, e tratava-se de nulidade cominada (art. 247-CPC), uma vez que o CSM havia suspenso os efeitos da portaria. O eminente relator disse que,

“... desde que a intimação do despacho saneador com designação da data da audiência de instrução ao procurador do réu, residente em Arroio Grande, foi realizada a 5 de fevereiro de 1974, através de nota de expediente publicada no *Diário Popular* de Pelotas e afixada no

local de costume, houve infração à forma prescrita para o ato, produzindo a nulidade parcial do processo”.

Não se tem notícia que o sistema tenha sido implantado em outra comarca do Estado.

4. Mas, no Estado de São Paulo, várias comarcas do interior aproveitaram o permissivo legal, passando a utilizar o sistema, com ampla aceitação.

De qualquer maneira, é bom ressaltar que o estatuto de 1939 não impedia essa forma de intimação, desde que não houvesse revelia e o intimando estivesse fora da jurisdição do magistrado processante (art. 168 e §§, Dec.-Lei nº 1.608/39).

Tanto é que JOSÉ FREDERICO MARQUES, nas suas *Instituições de Direito Processual Civil*, afirmava que

“... a só publicação dos atos nos órgãos da imprensa oficial constitui forma de intimação autorizada para o Distrito Federal e capitais dos Estados e Territórios. Nas demais comarcas, a mencionada forma de intimação é admitida quando as partes, ou seus procuradores, em não havendo revelia, estejam fora da jurisdição do juiz da causa: a intimação aí será efetuada *em órgão encarregado de publicações oficiais na imprensa local*” (grifei) (vol. II, nº 538, pág. 366, 3ª ed., Forense, 1966).

Esta também era a posição de J. M. de CARVALHO SANTOS (*Código de Processo Civil Interpretado*, II/401-2, ed. Freitas Bastos, 1940). Embora o mestre entendesse que o dispositivo envolvia “... mesmo um certo travo de arbitrariedade”, dizia ser aplicável nas demais comarcas (além do DF e capitais):

“... dispõe agora o Código... que o acto seja publicado no jornal encarregado das publicações officiaes, valendo essa publicação como intimação. Condições exigidas: *a)* si a parte não fôr revel. Porque si o fôr, claro que é dispensada a intimação; *b)* si houver, na comarca, jornal encarregado de publicar actos officiaes. Só assim poder-se-á interpretar o texto do art. 168, § 2º, primeira parte, porquanto de outra qualquer forma, ficaria sem sentido”.

Na comarca de Santos (SP), ainda sob a égide do revogado estatuto de 1939, houve movimentação para intimar mediante publicação no jornal local. Em 31-5-73, foi encaminhada minuta de portaria ao egrégio Conselho Superior da Magistratura, disciplinando a matéria. A nível de corregedoria, a partir de parecer do Dr. Roberto Antonio Vallim Bellocchi, juiz auxiliar, em 28-6-73, e devidamente aprovado, foi aconselhado que os magistrados santistas aguardassem a entrada em vigor do novo código, cujo texto já era conhecido. A redação do novo estatuto foi considerada “mais elástica”, induzindo maior segurança.

Então, através da Portaria nº 17/74, de 8-2-74, com vigência a partir de 1º-3-74, e após ampla divulgação, as intimações passaram a ser feitas no jornal *Cidade de Santos*.

Na corregedoria paulista, o assunto recebeu novo estudo. O juiz auxiliar, Dr. José de Mello Junqueira, apresentou parecer favorável, com sugestões para a uniformização das regras adotadas. Na mesma data — 27-1-75 — o parecer foi aprovado pelo desembargador Márcio Martins Ferreira, então corregedor-geral, e terminou sendo acolhido pelo Conselho Superior da Magistratura.

Houve comunicação aos vários juízos a respeito das normas genéricas para o estabelecimento do sistema.

A dificuldade que decorre da quase inexistência de *Diários Oficiais* dos Municípios, restou superada com a utilização dos jornais da rede privada, os quais, através de portarias dos juízos, foram declarados órgãos de publicação dos atos oficiais dos respectivos foros.

Até na comarca de Campinas, onde as intimações são feitas no *Diário Oficial* do Município, houve tal designação, conforme se vê do art. 1º da Portaria nº 43/75, dos juizados cíveis e criminais, datada de 14-8-75.

Existem casos em que a imprensa oficial do Município foi desprezada em favor de jornal particular. Em São Bernardo do Campo, os magistrados resolveram utilizar o *Diário do Grande ABC*, empresa privada, por ter maior penetração (Portaria nº 11/76, de 28-4-76, art. 2º). Em São José dos Campos, por não ter a imprensa oficial os requisitos exigidos (considerandos 4º e 5º da Portaria nº 44/75, de 2-12-75). Na comarca de Santos, a imprensa oficial declarou não ter interesse nas publicações.

Em algumas comarcas, existe mais de um jornal, situação que ficou resolvida mediante uma espécie de licitação, ou estabelecimento de rodízio, sempre dentro de determinadas condições.

Houve a implantação progressiva, nos vários juízos:

a) Santos, com publicações no *Cidade de Santos*, cf. Portaria nº 17/74, de 8-2-74;

b) Campinas, no *Diário Oficial* do Município, cf. Portaria nº 43/75, de 14-8-75;

c) Moji das Cruzes, no *Diário de Moji*, cf. Portaria nº 31/75, de 2-9-75;

d) Santo André, no *Diário do Grande ABC*, cf. Portaria nº 12/75, de 10-10-75;

e) São José dos Campos, no jornal *Agora*, cf. Portaria nº 44/75, de 2-12-75;

f) Taubaté, na *A Voz do Vale*, cf. Portaria nº 57/75, c/c Edital de 2-2-76;

g) Jundiaí, no *Jornal de Jundiaí*, cf. Portaria de 19-2-76;

h) São Bernardo do Campo, igualmente no *Diário do Grande ABC*, cf. Portaria nº 11/76, de 28-4-76;

i) Guarulhos, na *Folha Metropolitana*, cf. Portaria de 1-6-76;

j) Tupã, na *Folha do Povo*, cf. Portaria nº 18/76, de 7-7-76;

k) Suzano, no jornal *A Comarca*, cf. Portaria nº 48/76, de 23-11-76, complementada pela Portaria nº 57/76, de 27-12-76, que fixou para 1º-3-77 o início da vigência do sistema;

l) Osasco, no jornal *A Região*, cf. Portaria nº 64/77, de 27-9-77.

Outras comarcas do interior paulista ainda utilizam a modalidade (Bauru, São Caetano do Sul etc.).

Cumpra-se notar que, em algumas comarcas, inicialmente, a medida visou apenas os advogados locais (vg., Moji das Cruzes e Taubaté, Portarias acima referidas), continuando os causídicos domiciliados fora da sede do juízo sendo intimados por carta, com aviso de recebimento. Posteriormente, a necessidade de aprimoramento exigiu que também os advogados domiciliados fora da sede do juízo fossem incluídos nas publicações. Isso foi feito através das Portarias números 31/75-A, de 27-2-76 (Moji das Cruzes) e 43/76, de 17-12-76 (Taubaté).

5. Mesmo com as constantes homologações do Conselho Superior da Magistratura, não faltaram questionamentos a respeito da validade das intimações publicadas por jornais da rede privada.

Assim, foi impetrado mandado de segurança contra ato do juízo da 2ª Vara Cível de Santo André, onde a impetrante fora intimada pelo jornal, perdendo o prazo do recurso. Como o advogado era domiciliado fora do juízo, pretendia ser intimado por carta com AR, na forma do art. 237, II, CPC.

O egrégio 1º TACivSP, por sua 1ª Câmara, em 11-11-75, denegou a ordem, em acórdão assim ementado:

“INTIMAÇÃO – Publicação em órgão não oficial – Admissibilidade – Segurança denegada. Nas comarcas onde não há órgão oficial, a intimação pode ser feita no órgão de publicação dos atos oficiais.”

No corpo do aresto, o juiz relator, Garrigós Vinhaes, assim fundamenta o *decisum*:

“... Essa a redação do art. 236 do CPC, onde se nota o empenho da alusão ao órgão oficial, expressão não repetida no art. 237, dispositivo em que se preveniu, nas demais comarcas, para as intimações, a existência de “órgão de publicação dos atos oficiais”. Não é preciso órgão oficial. Pode ser não oficial. O que se exige é que seja de publicação dos atos oficiais, qualidade atingida pela escolha dos magistrados da comarca em portaria suficientemente difundida, inclusive pela imprensa oficial. Publicado o ato pela imprensa local (*Diário do Grande ABC*), encarregada da publicação diária dos atos judiciais, não podia a impetrante alegar surpresa ou ignorância. Denega-se, em suma, a impetração...” (MS nº 212.945, in *Revista dos Tribunais*, volume 484, pág. 105.)

O mesmo sodalício, já por sua 4ª Câmara, teve oportunidade de apreciar o tema, incidentemente. Mais uma vez, deu pela validade da intimação, conforme voto do relator, juiz Bandeira de Mello, acolhido por seus pares:

“... Havendo na comarca órgão de publicação dos atos oficiais, foi a intimação feita por essa forma.” (Ag. nº 229.104, em 15-12-76, in *RT* 498, pág. 131).

A decisão agravada era do juízo de Moji das Cruzes.

Também no Tribunal de Justiça a solução foi no mesmo sentido. Na Apelação Cível nº 250.311, de Diadema, a colenda 1ª Câmara Cível, em 6-4-76, enfrentou a espécie, da seguinte maneira:

“... INTIMAÇÃO – Comarca do interior – Imprensa particular – Designação para a publicação dos atos oficiais – Admissibilidade – Inteligência dos arts. 236 e 237 do Código de Processo Civil de 1973. É válida a intimação através de imprensa particular de comarca do interior, oficialmente autorizada a publicar os atos judiciais locais.”

O eminente relator, des. Geraldo Roberto, no texto do acórdão, lembrou que

“... não há simples jogo de palavras entre a expressão “órgão oficial” do art. 236 e a expressão “órgão de publicação dos atos oficiais” do art. 237. É que se presume sempre existir no DF e nas capitais a imprensa oficial, o que já não acontece nas demais comarcas, nas quais a imprensa particular pode vir a ser designada para a publicação dos atos oficiais...”

E prossegue, antes de fazer diversas considerações a respeito da publicidade dada ao assunto:

“... Desde que o *Diadema Jornal* estava oficialmente incumbido de publicar os atos judiciais locais, “nos termos e para os fins dos arts. 236 e 237” (fls.), não podia o apelado querer invalidar a intimação que lhe foi feita por aquele jornal.”

A publicação do acórdão foi feita na *Revista dos Tribunais*, volume 491, pág. 68.

O eminente corregedor-geral do Tribunal de Justiça de São Paulo, des. Acácio Rebouças, baixou, em 20-7-77, o Provimento nº 8/77, com “normas para a publicação de intimações de despachos e decisões judiciais” (RT 501/404). Posteriormente, a regulamentação foi ampliada pelo Provimento nº 4/78, do des. Humberto de Andrade Junqueira, então corregedor-geral. Este último provimento, datado de 30-3-78, em seu art. 4º, revogou o anterior, nº 8/77.

6. Na doutrina, existe amparo ao entendimento adotado pelos magistrados paulistas.

É certo que o Prof. HÉLIO TORNAGHI, com sua autoridade, refere publicação na imprensa oficial, somente; inexistente esta, a intimação deve ser feita pelo escrivão (*Comentários ao CPC*, II/305, ed. RT, 1975).

Outras lições, no entanto, diferem.

SÉRGIO FADEL assim discorre:

“... Outras comarcas – o órgão de publicação de atos em comarca onde não haja imprensa oficial pode ser substituído por jornais de circulação na cidade, que reservem espaço com a finalidade de pu-

blicação do expediente forense. Num caso ou noutro, aplica-se a primeira parte do *caput* do dispositivo. O princípio é o mesmo do artigo anterior (236). Se não houver publicação oficial, a intimação é feita pelo escrivão..." (*CPC Comentado*, II, pág. 50, ed. Konfino, 1974).

JOSÉ FREDERICO MARQUES adota a mesma posição:

"... Nas demais comarcas (salvo quando haja órgão de publicação dos atos oficiais, que publique também os atos do Judiciário local), a intimação será..." (*Manual de Direito Processual Civil*, I, pág. 341, nº 288, 3ª ed. Saraiva, 1975).

PONTES DE MIRANDA, por sua vez, afirma que,

"... Se há órgão oficial ou órgão não oficial, mas de publicação dos atos oficiais, noutra comarca, quaisquer que sejam, uma vez que não sejam em capitais, basta a publicação; se não há órgão oficial, ou não oficial, de publicação, cabe ao escrivão intimar..." (*Comentários ao CPC/73*, III, pág. 304, ed. Forense, 1974).

7. Tenho, portanto, como manifesta a legalidade da medida.

Trata-se, ainda, de matéria eminentemente *jurisdicional*, cuja aplicação fica adstrita, somente, a critérios de oportunidade dos titulares de varas e comarcas. É recomendável, ainda, que nas comarcas providas de mais de uma vara, haja uniformidade no sistema adotado, por razões óbvias.

No que diz respeito à oportunidade, muitas considerações devem ser feitas.

Deve-se partir da chamada "crise do Judiciário".

Na exposição de motivos do *CPC/73*, o eminente Prof. Alfredo Buzaid, então Ministro da Justiça, lembrou palavras expressas em mensagem presidencial, enviada ao Congresso Nacional, que enfatizavam a necessidade de dar meios ao Judiciário, "... para que a prestação da justiça se efetue com a presteza indispensável à eficaz atuação do Direito..." (Cap. VII, item 38, conclusão).

Esta observação foi feita pelo Dr. Adroaldo Furtado Fabrício, em obra recente, salientando que os problemas ocorrentes são mais de meios, que de qualquer outro fator (*Doutrina e Prática do Procedimento Sumaríssimo*, Coleção *Ajuris*, volume 7º, pág. 109, ed. 1977).

Dentro desse quadro, os juízes, para realizarem uma prestação *jurisdicional* verdadeiramente justa, devem utilizar, até os limites de suas forças, os escassos elementos de dinamização que possuem.

A publicação das intimações pela imprensa é, apenas, um desses elementos.

Quando o número de processos aumenta, e mais extensa fica a *nominata* dos advogados atuantes em determinado foro, deve-se partir para soluções

impessoais. Muda o ângulo de visão. A administração da justiça precisa ser encarada, não mais em termos exclusivamente artesanais, mas sim com medidas de profundidade e largo alcance.

Os serviços forenses devem ser sistematizados de maneira tal que funcionem bem, independentemente do comportamento individual de cada uma das várias pessoas que trabalham no processo.

Os advogados, quer residentes na sede do juízo, como fora dela, devem ser intimados da mesma maneira. O andamento do serviço, programado a partir de tais pressupostos. Evidente que os advogados que forem exercer sua profissão noutra comarca deverão tomar determinadas providências, sabendo de antemão qual o sistema adotado para as intimações. Assim, irão acompanhar, com segurança, os feitos onde atuam.

O que não se pode admitir é que a agilização dos feitos fique, em parte, na dependência dos domicílios dos patronos das partes, ou aguardando que os mesmos compareçam nos cartórios.

Quando o Código de Processo Civil e Comercial do Rio Grande do Sul (Lei nº 65, de 16-1-1908) permitiu a citação ou intimação por carta do escrivão, "... remetida pelo correio, mediante as formalidades do registro...", nos termos dos regulamentos postaes..." (art. 276, parágrafo único), deu um grande passo, em termos de dinamização dos serviços.

Mas o legislador não poderia, é claro, prever o extraordinário crescimento da propriedade vertical, que hoje é regra, nos grandes centros. Hoje, graças a isto, várias cartas de intimação retornam com resultado negativo, porque o advogado não estava no escritório, quando procurado pelo carteiro, ou então o porteiro do edifício não estava autorizado a passar recibo, ou ainda por outros fatores.

Tais situações concorrem, é curial, para emperrar a máquina forense.

A solução alvitrada resolveria este e outros problemas. Assim, um processo não teria como ficar, por meses até, aguardando a possibilidade de uma intimação. Na realidade, os escrivães não têm tempo de ir procurar os advogados nos seus escritórios, posto que sempre impossibilitados pelo acúmulo de serviço.

Além disso, o tempo gasto pelos serventuários, para atender o balcão, seria diminuído e teria melhor aproveitamento.

Para os advogados, por outro lado, a medida é de conveniência.

Com um mínimo de organização, acompanhariam a movimentação dos seus processos, sem abandonar os escritórios, bastando ler o jornal. Estariam poupados, ainda, da faina diária pelos cartórios, sabendo do andamento dos seus feitos, sem o desgaste de tempo e paciência que isto significa.

Poderão surgir, também, objeções a respeito da publicidade, posto que os jornais da rede privada são lidos pelos leigos. Assim, a ciência do grupo a



respeito de algum processo poderia causar aborrecimento à parte interessada. Mas, nestes casos, é bom ter em mira que os efeitos sociais que a medida irá produzir suplantarão, em muito, eventuais melindres individuais.

Com melhor desembaraço, será possível adotar medidas específicas para esquematizar o serviço. Partindo dos mapas bimestrais, terão os juízes oportunidade para solucionar alguns acúmulos de determinadas espécies de feitos, já que medidas de urgência terão pronta resposta.

Convém fixar, no entanto, que a medida nunca poderá ser considerada uma panacéia para os vários males que atingem a administração da justiça. Trata-se, apenas, de aprimoramento e, como tal, deve ser considerada.

8. No Estado do Rio Grande do Sul, várias comarcas possuem jornais, diários ou não, que são tradicionais e circulam amplamente. Poderiam, imediatamente, passar a utilizar o sistema ora proposto.

Mesmo nas comarcas que não dispusessem de jornais editados no local, mas desde que as intimações fossem publicadas em jornal de grande circulação na comarca, o sistema poderia ser adotado. Na Grande Porto Alegre, por exemplo, as publicações poderiam ser feitas em qualquer dos diários da capital, e, em qualquer caso, mediante prévia designação para tanto.

Existem precedentes. Em Guarulhos (SP), as intimações são publicadas na *Folha Metropolitana*, editada em Santo André; os juízos de São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul, e Mauá, no mesmo Estado, utilizam o *Diário do Grande ABC*, também editado em Santo André.

Aliás, mesmo não existindo jornal diário, não fica afastada a intimação pela imprensa. A lei não fala em jornal diário. Exige, apenas, que seja: a) órgão oficial (art. 236, *caput*, CPC); ou b) órgão de publicação dos atos oficiais (art. 237, *caput*, CPC).

No Estado de São Paulo, na comarca de Suzano, as intimações são publicadas no jornal *A Comarca*, que circula duas vezes por semana (quartas e sábados). Esta prática obteve o *exequatur* do Conselho Superior da Magistratura, em sessão de 6-12-76.

9. Pelotas, em notório progresso, e como pólo de desenvolvimento de importante região do Estado, está com os problemas na exata proporção do seu emergente gigantismo.

Tais fatores fizeram com que houvesse um aumento considerável, no número de feitos ajuizados, a cada ano. As varas cíveis, que eram três em 1974 (quando foi editado o Provimento nº 1/74, já referido no item 3, *supra*), hoje são cinco.

A sobrecarga de atendimento de partes e advogados, nos balcões dos cinco cartórios cíveis, ficou insustentável. Em razão disso, houve o consenso dos magistrados, que atualmente jurisdicionam o foro cível, em estabelecer novas bases para as intimações, mediante publicação.

O primeiro passo foi dado pela Portaria nº 19/78, de 3-4-78, da Direção do Forço, designando o jornal *Diário Popular* como órgão de divulgação dos atos oficiais do Judiciário local.

Essa designação tornou de direito uma situação de fato. Basta ver que, de longa data, todos os editais e avisos do Poder Judiciário, nesta comarca, bem como dos Poderes Executivo e Legislativo, vêm sendo publicados no referido jornal. Da mesma forma, vários atos de diversas comarcas vizinhas.

O segundo passo consta da Portaria (conjunta) nº 20/78, de 25-4-78, dos juizados cíveis, determinando que as intimações sejam feitas mediante publicação, no *Diário Popular*, a partir de 1º-8-78 (art. 1º).

Ficaram resguardadas as exigências mínimas, para a validade das intimações (nome das partes e advogados, cf. art. 236, § 1º, CPC), bem como estabelecidos outros requisitos, dentro do poder de mando do juiz no processo (conteúdo, forma, feitura e fiscalização das intimações, cf. art. 2º, letras *a* a *d* da Portaria).

Em qualquer caso, conforme determina o art. 236, § 2º, CPC, o Ministério Público será intimado pessoalmente (art. 3º).

O art. 4º, *caput* e parágrafo único, da Portaria, dizem do custeio. Este será feito de acordo com a lei, nos termos do art. 19, CPC, combinado com o art. 5º, c, V, da Lei Estadual nº 6.906/75 (Regimento de Custas Judiciais do Estado). A norma estadual estabelece, no dispositivo acima apontado, que constituem custas judiciais as despesas com publicações. O preparo, conseqüentemente, há de ser feito nos termos do art. 19, CPC. Nos casos do art. 27, CPC — despesas com publicações efetuadas a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública —, os gastos serão incluídos na conta e pagos, no final, pelo vencido.

Finalmente, são tomadas providências para a mais ampla divulgação da Portaria, nos arts. 5º a 8º: afixação de cartazes nos cartórios, advertência nos talonários de custas do distribuidor e escrivães, comunicações à Ordem dos Advogados do Brasil, Consultoria-Geral do Estado, e juízos da região, mais publicações no *Diário Popular* e imprensa oficial do Estado.

10. Dos vários elementos acima expostos, verifica-se que o sistema pode ser utilizado em qualquer comarca, nas várias unidades da federação, desde que atendidos seus requisitos básicos.

A posição do legislador foi coerente, neste ponto, com as dimensões continentais do País. Possibilitou aos aplicadores da lei o necessário respaldo para ajustar as normas genéricas às peculiaridades inerentes aos problemas das diversas regiões.

É preciso atenção e cuidado, uma vez que a medida deve ser efetivada, antes mesmo que o binômio *quantidade de processos + número de advogados* atinja o ponto de saturação.

Na realidade, será o cumprimento de mais uma etapa, na significativa luta do Poder Judiciário, por seus representantes, de oportunizar uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz.

# A interpelação prévia na adjudicação compulsória

CELSO ANTONIO ROSSI

Diretor da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, de Jacarezinho, Paraná. Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Jacarezinho.

**SUMÁRIO:** 1. Noção. 2. A adjudicação compulsória no Código de Processo Civil de 1939. 3. Sua situação no Código atual. 4. Necessidade ou não de interpelação prévia, atualmente. 5. Conclusão.

## 1. Noção

Adjudicação compulsória é a aquisição da propriedade, pela via judicial, àquele que, tendo pago o preço da coisa, não consegue obter amigavelmente a outorga da respectiva escritura definitiva. A adjudicação compulsória não se confunde com a adjudicação, simplesmente, embora esta seja sempre, também, judicial. A adjudicação simples é o ato pelo qual os bens penhorados ao devedor, levados à arrematação, são transmitidos ao credor exequente para pagamento ou amortização de seu crédito; ou, ainda, a transmissão de determinados bens no processo de inventário ou de arrolamento, independente de hasta pública, a credor, inventariante, herdeiro ou cessionário de direitos.

## 2. A adjudicação compulsória no Código de Processo Civil de 1939

O art. 22 do Dec.-Lei nº 58 (com a redação dada pela Lei nº 649) estabelecia que:

“Os contratos sem cláusulas de arrependimento, de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados, cujo preço

tenha sido pago no ato de sua constituição, ou que deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros e lhes confere o direito de adjudicação compulsória nos termos dos artigos 16 desta Lei e 346 do Código de Processo Civil."

Assim, na análise conjunta daqueles dispositivos, observa-se que eram requisitos indispensáveis para se requerer a adjudicação compulsória os seguintes:

- a) existência de compromisso de compra e venda sem cláusula de arrendimento;
- b) preço inteiramente pago;
- c) inscrição do contrato "a qualquer tempo" no Registro de Imóveis;
- d) recusa dos vendedores em outorgar a escritura definitiva.

Para caracterizar a recusa do promitente vendedor em outorgar a escritura definitiva, os artigos 345 a 349 do antigo Código de Processo Civil estabeleciam o rito especial da ação de adjudicação compulsória, determinando o art. 346 a citação (e não "intimação", como mencionava) do promitente vendedor — dentro da própria ação de adjudicação compulsória — para outorgá-la nos cinco dias seguintes, sendo que poderia então ocorrer uma das seguintes hipóteses:

- a) o promitente vendedor outorgaria a escritura definitiva e o processo se extingiria sem maiores ônus;
- b) o promitente vendedor não outorgaria a escritura definitiva e nada alegaria, e o juiz, então, adjudicaria o imóvel ao comprador (que, se fosse o caso, depositaria o restante do preço);
- c) o promitente vendedor não outorgaria a escritura, mas, dentro daquele prazo de cinco dias, alegaria matéria relevante e o processo prosseguiria, daí em diante, com instrução sumária.

Assim, verifica-se que, de conformidade com o Código de 39, havia necessidade de um quinto requisito indispensável para que se verificasse a adjudicação compulsória: a citação prévia do promitente vendedor. A recusa, inicialmente, era presumida, pois simplesmente alegada pelo adquirente, e, depois, comprovada (com o silêncio ou com a contestação) ou negada, com o comparecimento para a outorga da escritura definitiva.

### **3. Sua situação no Código atual**

No Código de Processo Civil atual a situação ficou um pouco confusa. Isto porque, em seu art. 1.218 ficou estabelecido que:

"Continuam em vigor, até serem incorporados nas leis especiais, os procedimentos regulados pelo Dec.-Lei nº 1.608, de 18-9-39, concernentes:

I — ao loteamento e venda de imóveis a prestações (artigos 345 a 349);

.....”

Mas, antes ainda de entrar em vigor aquele diploma legal, surgiu a Lei 6.014, de 27-12-73, que modificou os artigos 16 e 22 do Dec.-Lei nº 58, dando ao primeiro a seguinte redação:

“Recusando-se os compromitentes a outorgar a escritura definitiva no caso do artigo 15, o promissário poderá propor, para o cumprimento da obrigação, ação de adjudicação compulsória, que tomará o rito sumaríssimo.”

Por sua vez, o artigo 22, já com a nova redação, continuou a conferir o direito de adjudicação compulsória, de conformidade com aqueles quatro primeiros requisitos (existência de compromisso de compra e venda sem cláusula de arrependimento, preço inteiramente pago antes ou na oportunidade do pedido, inscrição do contrato no Registro de Imóveis e recusa dos vendedores em outorgar a escritura definitiva), sem mencionar, porém, a possibilidade de o promitente vendedor ser citado ou interpelado previamente, como ocorria no Código anterior. E realmente, pelo Código de 39, o promitente vendedor tinha contra si uma ação de adjudicação compulsória mas que lhe proporcionava a oportunidade de, dentro do prazo de cinco dias contados da citação (e não intimação, como dizia o Código), outorgar a escritura definitiva. Se tal ocorresse, a ação tinha realmente força de interpelação apenas.

Assim, a Lei nº 6.014 retirou o processo de adjudicação compulsória do **procedimento especial** (regulado pelos arts. 345 a 349 do Código de Processo Civil de 1939), passando-o para o **procedimento comum, sumaríssimo**.

#### 4. Necessidade ou não de interpelação prévia, atualmente

Como então seria provada a mora, de parte do promitente vendedor, se aquele quinto requisito (interpelação prévia, dentro da própria ação de adjudicação compulsória) desapareceu pela Lei nº 6.014?

Seria lícito ficar o promitente vendedor à mercê do promissário comprador, sem ser cientificado antes da intenção deste último de receber a escritura definitiva e, repentinamente, ser acionado para outorgar a escritura definitiva (com todos os ônus de custas e honorários advocatícios, daí decorrentes) sem ter sido previamente interpelado?

Na verdade, porém, uma vez pago o preço, o promitente vendedor pode eximir-se de sua responsabilidade, valendo-se do art. 17 do mesmo Dec.-Lei nº 58, citando judicialmente o promissário comprador para vir receber a escritura definitiva no prazo de trinta dias, sob pena de o imóvel ser depositado por conta e risco dele mesmo comprador.

Mas, admita-se que o promitente vendedor não tenha tomado tal atitude acautelatória e também não tenha se recusado em outorgar a escritura definitiva e venha a sofrer, agora, uma ação de adjudicação compulsória em que se alegue tal recusa.

Citado, então, o promitente vendedor poderia querer outorgar a escritura definitiva e não parece justo vedar-lhe tal possibilidade, embora o sistema atual não preveja tal hipótese.

Como o processo deve seguir o procedimento sumaríssimo, o promitente vendedor — se desejar outorgar a escritura definitiva — terá prazo, então, até a data da realização da audiência, para manifestar esta sua intenção, não havendo, neste caso, condenação em custas e honorários, pois tanto um como outro somente caberiam com a sentença determinando a adjudicação compulsória. E a ação de adjudicação compulsória, até essa fase, teria força de mera interpelação.

É evidente, porém, que, se o promissário comprador desejar interpe-  
lar o promitente vendedor, na forma do disposto nos arts. 867 e seguintes, poderá fazê-lo, concedendo um prazo para a outorga da escritura definitiva e, após o seu decurso, poderá ingressar com a ação de adjudicação compulsória, e agora sim, sem um prazo (que seria renovado) para o promitente vendedor outorgá-la. Mas, se ele pode reunir as duas medidas em um único processo, ganhando com isto tempo precioso, parece que a melhor solução é realmente a outra, inicialmente aventada.

## 5. Conclusão

A vista do exposto, pode-se admitir as seguintes conclusões:

1ª) a ação de adjudicação compulsória, de conformidade com o atual Código de Processo Civil e a Lei nº 6.014, é de procedimento sumaríssimo, e não especial;

2ª) inexistente necessidade de interpelação prévia em processo autônomo, contra o promitente vendedor, para que este manifeste sua concordância ou fique patente sua recusa em outorgar a escritura definitiva;

3ª) nada impede, porém, que se promova tal interpelação prévia;

4ª) todavia, se citado na ação de adjudicação compulsória, o promitente vendedor desejar outorgar a escritura definitiva, deverá fazê-lo antes da data designada para a audiência, não respondendo, neste caso, por custas e honorários, pois a ação terá tido força de mera interpelação;

5ª) se o preço já tiver sido pago e o promitente vendedor quiser desobrigar-se desse encargo, poderá alterar tal situação, notificando o promissário comprador para vir receber a escritura.

Este, em última análise, parece ser o caminho correto dentro do atual Código de Processo Civil.

# Execução contra a Fazenda Pública municipal

PAULO GUIMARÃES DE ALMEIDA  
Procurador da Previdência Social

## S U M Á R I O

- I — Prazo para embargos e sua impugnação. Conseqüências jurídico-processuais desses atos.
- II — Provas no processo de execução fiscal.
- III — Requisição do pagamento pelo Presidente do Tribunal. Natureza desse ato.
- IV — Processamento administrativo da requisição, no órgão municipal.

*I* — Como os bens da Fazenda Pública são impenhoráveis (Código Civil: arts. 65, 67 e Código de Processo Civil: art. 649, I), a lei processual determina que a execução por quantia certa contra ela se faça por mandado para que a devedora oponha embargos em 10 dias, incabível, conseqüentemente, qualquer alusão a penhora (art. 730).

Não diz mencionado dispositivo que oponha embargos ou pague a dívida, mas a ausência de explicitude não impede que se considere como implícita essa determinação, muito embora se reconheça que muito dificilmente poderá a Fazenda Pública promover o pagamento dentro do decêndio legal, vez que qualquer pagamento se submete ao devido processamento administrativo.

*II* — O prazo que lhe é assegurado para a oposição de embargos se conta da juntada aos autos do mandado de citação devidamente

cumprido, posto que, em não havendo penhora, inaplicável se faz o disposto no art. 738, I, do Código de Processo Civil (Da intimação da penhora).

III — Aludido prazo é apenas de 10 (dez) dias, não se lhe estendendo a ampliação (4 x 10) a que se reporta o art. 188 do Código de Processo Civil, destinada específica e restritamente à contestação, visto que os embargos não constituem contestação *stricto sensu*, mas oposição (... para opor embargos) do devedor à pretensão do credor.

É ação incidental, através de que procura o devedor desconstituir o direito alegado pelo credor, na execução.

Assim como “impugnação” não é “contestação” do credor aos embargos do devedor, estes não constituem “contestação” do devedor à ação proposta pelo credor.

Muito embora ADA PELEGRINI GRINOVER (*Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil* — Bushatsky Editor — págs. 34/35) entenda que “contestar” deva ser entendido em sentido amplo, abrangendo todas as formas de resposta, pensamos que, em sentido contrário, militam boas razões jurídicas.

Uma delas diz respeito a haver o Código do Processo estabelecido normas restritas e específicas para as execuções contra a Fazenda Pública, ao contrário do processo de conhecimento que dispôs tanto para a Fazenda Pública como para o Ministério Público (art. 188).

No contexto dessas normas específicas, se o legislador processual quisesse ampliar o decêndio para a oposição dos embargos teria disposto, *in expressis*, fazendo referência ao prazo de 40 (quarenta) dias, para esse fim.

Em se cuidando de tratamento excepcional, a interpretação deverá ser restrita ao próprio sentido literal do texto, não permitindo hermenêutica extensiva ou abrangente (*exceptio strictissimae interpretationis est*).

Assegurar-se à Fazenda Pública, além da prerrogativa de impenhorabilidade de seus bens, ampliações não previstas e nem queridas pelo legislador, seria outorgar-lhe privilégios, o que é incompatível com o princípio da isonomia.

Demais disso, a ampliação de prazos, na execução, incompatibiliza-se com o caráter do respectivo processo, que, por pressupor título de dívida líquida e certa, exige celeridade a que o processo de conhecimento é estranho, posto que, enquanto naquele primeiro (execução) o direito já se apurou, neste (conhecimento) ele se submete a uma ampla pesquisa para a composição da lide.

Uma vez que dizíveis são os seus objetivos, não se poderá estender, senão quando couber, às execuções por quantia certa, o que se dispuser no concernente ao processo de conhecimento.

O egrégio Tribunal Federal de Recursos, ao negar provimento ao Agravo de Instrumento nº 38.600 (DJU 16-12-76 — pág. 10.947) inter-



posto pelo INPS, que se queria valer do prazo ampliado para impugnar embargos opostos à execução, assim decidiu consoante a respectiva ementa:

“*Ementa*. Processo Civil — 1 — Execução. 2 — Intimação. 3 — Prazo: 1. O CPC/73 chama de impugnação (art. 740) a resposta do credor aos embargos do devedor, não se beneficiando do privilégio do prazo em quádruplo, privativo de uma das formas de resposta: a contestação (art. 188).”

Da mesma forma decidiu esse Pretório, no concernente ao Agravo de Instrumento nº 38.466 (DJU 10-12-76 — pág. 10.639) de acordo com a seguinte ementa:

“AI nº 38.466 — *Ementa*. Execução fiscal — Embargos à execução. Rejeição *in limine*. Agravo de Instrumento. Impropriedade.

Os embargos do executado não têm a natureza de contestação, mas sim de ação. Constituem-se em início de ação autônoma, de oposição, ou seja, uma ação de embargos do executado. Não têm a natureza de contestação, mas sim de ação. É uma ação contra atos de execução e é por isso que a rejeição aos embargos, equivalendo à rejeição da inicial, implica na extinção do processo sem julgamento do mérito, constituindo-se em decisão terminativa, que faculta apelação e não agravo de instrumento.”

Da mesma forma que o CPC/73 chama de “impugnação” a resposta do credor aos embargos do devedor, chama a resposta deste à execução daquele de “embargos”, que não de “contestação”.

IV — Se a Fazenda Pública opuser embargos, proceder-se-á conforme a norma do art. 740 do Código de Processo Civil: recebidos aqueles, o Juiz mandará intimar o credor para impugná-los, no prazo de 10 (dez) dias.

Ofertada a impugnação, designar-se-á a audiência de instrução e julgamento.

Uma vez que os embargos versem matéria exclusivamente de direito ou, sendo de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental, não se realizará a audiência, hipótese em que o juiz proferirá sentença no prazo de 10 (dez) dias (art. 740, parágrafo único).

V — No concernente a esse aspecto, impõe-se verificar que, compelidos pelo temor de serem suas decisões guerreadas sob color de cerceamento de defesa, na sua generalidade os juizes tendem a deferir quaisquer provas requeridas pelo devedor embargante, e isto sob a alegação de que houve, por elas, protesto da parte interessada, no momento oportuno.

Compete ao credor opor-se à produção de provas que, por desnecessárias, apenas buscam procrastinar o desate final da controvérsia, im-

pugnando-as fundamentadamente e agravando de instrumento quando, *malgré tout*, o juiz as permita, injustificadamente.

Se matéria de direito (*quaestio juris*) se vincula a normas legais e regulamentares, só os fatos (*quaestio facti*) são susceptíveis de prova, através dos meios permitidos pelo processo, ainda que nele não especificados, desde que moralmente legítimos (CPC, art. 332).

Comumente, porém, as provas sobre os fatos alegados pelos interessados são produzidas mediante o "depoimento pessoal" das partes (art. 342), "oferecimento de documentos" (arts. 364 e seguintes), "oitiva de testemunhas" (art. 400) e realização de "perícias" (art. 420).

No que tange à prova testemunhal, deverá o juiz indeferi-la, quando os fatos já estejam provados por documentos ou confissão da parte, ou quando só por documentos ou por exame pericial puderem ser provados (art. 400, I, II).

No que concerne à prova pericial (exame, vistoria, avaliação), o juiz a indeferirá, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial dos técnicos, quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas e quando a verificação for impraticável (art. 420, parágrafo único, I, II, III).

VI — Se a prova depender de manifestação das repartições públicas, a estas o juiz requisitará as certidões necessárias e os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município ou as respectivas entidades da administração indireta (art. 399).

Dessarte, não se permitirá a produção de prova pericial mediante vistoria ou exame nos arquivos do serviço público, competindo à parte interessada postular ao juiz requisite as certidões necessárias indicando com precisão os fatos a serem certificados, ou os procedimentos administrativos imprescindíveis, que deverão ser especificados para a sua fácil identificação e localização.

A Administração Pública se rege por leis e regulamentos e se coloca sob a corregedoria de seus próprios órgãos de inspeção e auditoria, embora os atos lesivos a interesses dos administrados se sujeitem ao exame do Poder Jurisdicional.

A sujeição em tela se limita e se restringe a essa situação específica (lesão de direitos), não se ampliando para alcançar devassas e vistorias em seus serviços, sob color de produção de provas, inadmissíveis por sua própria natureza.

O Poder Judiciário não poderá servir de veículo a esse tipo de prova, com violação das garantias asseguradas à Administração Pública, quando as leis processuais indicam a respectiva sistemática que bem assegura direitos e preserva predicamentos, ao investir o magistrado do poder de requisitar certidões e procedimentos administrativos necessários às provas que se imponham e se justifiquem.

VII — Se a Fazenda Pública, apesar de regularmente citada, não opuser embargos no decêndio a que se reporta o art. 730, deverá o juiz

requisitar o pagamento devido por intermédio do Presidente do Tribunal competente.

No concernente a esse procedimento, impõem-se esclarecimentos para que se consigam, de maneira juridicamente escoreita, os objetivos visados com a execução.

De primeiro, considerem-se os efeitos processuais do não oferecimento de embargos, posto que, antes da requisição em apreço, faz-se necessária a atualização do débito ajuizado, através de cálculo de liquidação.

Não será a Fazenda Pública intimada desse cálculo, porque os efeitos da revelia atingem o conhecimento dos prazos, que correrão independentemente de intimação, embora possa o revel intervir no processo, em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar (CPC, art. 322).

Uma vez efetuado esse cálculo e com ele concordando o exequente, expedir-se-á requisitório ao Presidente do Tribunal competente.

De segundo, atente-se para que, exaurido o prazo para o oferecimento dos embargos (10 dias), sem que a Fazenda Pública os haja oposto, não haverá reexame do processo pela segunda instância, posto que esta só se manifesta no exercício do segundo grau de jurisdição quando haja sentença que repele os embargos.

Deixando a Fazenda Pública de embargar a execução, operou-se a exaustão do contraditório, com a sua confissão ficta (CPC, art. 319).

Exausto o contraditório e confessada a ação, o título e executivo ajuizado (Certidão de Dívida Inscrita) ficou protegido e acobertado pelo manto da *res judicata* a que se remete o art. 467 do CPC.

É a figura jurídica da *praclusio pro judicato*, que se impregna e se imanta da mesma eficácia e dos mesmos efeitos da coisa julgada, mesmo sem ter havido sentença de condenação.

No dizer do preclaro juiz PAULO RESTIFFE NETO (in *O Estado de S. Paulo*), a preclusão *pro judicato* é “novo fenômeno jurídico introduzido sutilmente em nossa sistemática processual civil, a que aderiria o Código Buzaid”.

E acrescenta o douto Magistrado este trecho lapidar: “Quer isto dizer que, mesmo sem ter havido sentença condenatória, incabível em execução com base em título executivo extrajudicial, ou sentença declaratória em execução embargada, para só inoposição de embargos (substanciais ou de mérito) à execução, no prazo legal, os títulos executivos representativos da dívida em cobrança (sempre líquidos, certos e exigíveis), por força da preclusão verificada, receberam uma nova qualidade, mercê do crivo do contraditório de natureza jurisdicional a que foram submetidos, através do devido processo legal, que é, precisamente, a indiscutibilidade e imutabilidade inerentes às sentenças com trânsito em julgado”.

De vez que o título executivo ajuizado, submetido ao contraditório (*due process of law*) e não embargada a cobrança respectiva, recebe, por força da preclusão verificada, uma qualidade que o equipara à sentença de mérito, com trânsito em julgado, a situação jurídico-processual tornou-se indiscutível e imutável.

Segundo o disposto na lei processual (art. 475), a sujeição ao duplo grau de jurisdição só se verifica no respeitante às sentenças.

Em não havendo sentença, não se submeterá o processo ao reexame, pela justiça de segundo grau.

O disposto no art. 730 do Código de Processo Civil confirma o descabimento da medida, posto que estabelece, *in expressis*, que "se esta não os opuser, no prazo legal . . . I — o juiz requisitará o pagamento" . . .

Se se impusesse o reexame da *praecclusio pro judicato*, em atenção à regra do art. 475, o art. 730 o teria estabelecido de maneira expressa, mais ou menos assim: "se esta não os opuser, no prazo legal . . . I — o juiz, após manifestação do tribunal competente, requisitará o pagamento . . ."

Mas, se assim o dispusesse, entraria em testilhas com a sistemática processual adotada para as execuções por quantia certa contra devedor solvente, além de subverter, *de fond en comble*, o princípio da inalterabilidade e imutabilidade da *res judicata pro veritate habetur*.

De terceiro, defina-se o conceito de "tribunal competente", para os fins do endereçamento do requisitório judicial (precatório) emanado do juiz singular.

No pertinente a esse aspecto, consigne-se que os tratadistas nem sempre o focalizaram com a clareza que se faz necessária, possibilitando-se, dessarte, equívocos que devem ser evitados.

Na maioria das vezes, limitam-se a fazer referência a "Presidente do Tribunal competente", sem que se indiquem os balizamentos para a identificação do respectivo Pretório.

Alguns, como HUMBERTO TEODORO JUNIOR (*Processo de Execução* — 3ª edição, pág. 339) e CELSO NEVES (*Comentários ao Código de Processo Civil* — Forense — vol. VII — págs. 165/166), referem-se ao Tribunal que "detém a competência recursal ordinária".

JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Manual de Direito Processual Civil* — 4º vol. — Saraiva — 1976 — págs. 204/205), com a clareza e a didática que caracterizam os seus ensinamentos, dilucida as possíveis dúvidas: "A requisição é o ato executivo que o Judiciário pratica para compelir a devedora a pagar. Quem a expede é o Presidente do Tribunal Federal de Recursos, quando devedora a Fazenda Federal, e o do Tribunal de Justiça, se a execução dirigir-se contra a Fazenda do Estado ou do Município".

De logo se vê que o elemento identificador do colegiado competente é a pessoa do devedor, que não a do credor exequente, donde se conclui que "tribunal que detém a competência recursal ordinária", a que se

refere a maioria dos tratadistas, embora sem maiores esclarecimentos, é aquele que, *in genere*, detém essa competência, abstração feita da Fazenda Pública credora.

E está juridicamente correto, pois que o *jus imperii* estadual e municipal se sujeitam ao controle jurisdicional do Tribunal Estadual de Justiça competente.

Assim entendendo, a Consolidação das Leis da Previdência Social (Decreto nº 77.077, de 24-1-76) estabeleceu em seu art. 148 que o precatório será expedido pelo "Presidente do Tribunal de Justiça local", donde se infere que esse diploma pretendeu referir-se ao Tribunal Estadual, que tem jurisdição sobre o governo estadual e municipal.

No Estado de São Paulo, a expedição dos precatórios dos juizes singulares, requisitando os pagamentos cobrados executivamente às Fazendas Públicas (Estadual e Municipal) está disciplinada pelo Ato Normativo nº 3/74, de 7-8-74, do Presidente do Tribunal de Justiça (DJE, 9-8-74) para cumprimento do disposto no art. 730 do Código de Processo Civil.

O que se contém no item I do parágrafo único do art. 1º ("se as partes foram intimadas da importância da condenação e as manifestaram no prazo legal"), e o que está no item I do art. 2º ("cópia autêntica ou certidão da sentença condenatória e do acórdão que a tiver confirmado ou reformado") apenas se referem, obviamente, às execuções em que a Fazenda Pública devedora opôs embargos, no prazo legal, pois que apenas nessas hipóteses, como já visto, é que há sentença condenatória (CPC, art. 740), e, via de consequência, reexame da decisão pela justiça de segundo grau (duplo grau de jurisdição).

Quando não tenham sido opostos embargos, não haverá sentença condenatória, mas situação jurídico-processual a ela equiparável (*praeclusio pro judicato*), não subordinada a reexame do segundo grau de jurisdição.

Nessas hipóteses, por ser revel, a Fazenda Pública não será intimada dos atos do processo, inclusive "da importância devida" (CPC, art. 322) — constante do "cálculo de liquidação".

Deverá, então, o cartório que expedir o precatório fazer expressa menção à revelia da Fazenda Pública, para justificar a sua não-intimação e a ausência de cópia autêntica ou certidão da sentença condenatória e do acórdão respectivo.

A expedição dos precatórios deverá ser processada com tempo para que a Fazenda Pública executada faça cumprir o disposto no § 1º do art. 117 da Constituição da República: inclusão, no orçamento, da verba necessária ao pagamento dos débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até primeiro de julho.

A sistemática em tela não significa que, em havendo recursos orçamentários, a Fazenda Pública esteja impedida de solucionar os seus débitos por outra forma.

Como muito bem assevera OVÍDIO BERNARDI (*O Município e o Novo Código de Processo Civil* — págs. 184/185), “isto quer dizer que, antes de recebido o precatório do Poder Judiciário, o Prefeito não é obrigado a providenciar o pagamento devido (mas nada impede que o faça, se desejar evitar mais juros e outras conseqüências)”.

De outro lado, a Lei federal nº 4.320, de 17-3-64, permite ao Prefeito abrir crédito especial ou suplementar, para solver a responsabilidade, em havendo numerário disponível, independentemente dos precatórios do Poder Judiciário.

Com essa medida se coloca a coberto de majoração pertinente a juros (1% ao mês) e correção monetária, segundo os índices oficialmente editados, de vez que, equiparadas a meras empresas, face às suas obrigações para com a Previdência Social, as entidades públicas se sujeitam a juros, multas moratórias, correção monetária e honorários advocatícios (*DJU*, 15-9-69 — pág. 4.112; 26-5-59 — pág. 2.185; 20-5-69 — pág. 2.081; 14-1-69 — pág. 4.769; 5-10-70 — pág. 4.622; 5-4-71 — pág. 1.139; 21-10-70 — pág. 3.175).

**VIII** — Proceder-se-á da mesma maneira, quando tenham sido oferecidos embargos pela Fazenda Pública e sejam eles rejeitados, total ou parcialmente.

De vez que, nessas hipóteses, haverá sentença, impõe-se o seu reexame pela jurisdição de segundo grau, conforme se vê do CPC, art. 475, II.

Confirmada a decisão, pelo improvimento da remessa *ex officio* e do recurso voluntário, se houver, uma vez haja trânsito em julgado será ela cumprida nos mesmos moldes do estabelecido pelo art. 730 para os casos de inoposição de embargos: precatório para o pagamento, por intermédio do Presidente do Tribunal competente.

**IX** — Cabíveis, ainda, a esta altura, comentários pertinentes a um aspecto de magna importância no processamento do precatório do Presidente do Tribunal de Justiça, quanto ao trânsito em julgado da decisão executanda e a respectiva competência para isso certificar.

Competirá ao Presidente do Tribunal o exame de haver ou não trânsito em julgado da sentença, apreciando, conseqüentemente, o cabimento ou não da requisição do juiz de 1º grau, ou, *de converso*, deverá limitar-se à apreciação dos seus aspectos exteriores?

A consentânea resposta se vincula à natureza jurídica do ato praticado por aquela autoridade do Judiciário, quando requisita ao Prefeito Municipal as verbas discriminadas no Precatório a que se remetem as normas constitucional e processual, vale dizer, na dependência de ter aquele ato índole jurisdicional ou administrativa.

Se de natureza jurisdicional, além do exame dos aspectos formais da requisição do juízo inferior, objetivando verificar se ela se faz obediente às exigências do Ato Normativo nº 3/74, de 7-8-74, competir-lhe-á, outrossim, a análise das feições pertinentes ao trânsito em julgado da sentença respectiva, porque só assim se imporá o requisitório.

Se, porém, de conspecto meramente administrativo, vedado será ao Presidente do Tribunal adentrar o mérito do certificado a respeito daquele trânsito em julgado.

X — Desprovido, parece-nos, de fomento jurídico o argumento de que não é de natureza jurisdicional aquele ato, simplesmente porque está finda a execução e, em assim sendo, não haverá mais falar-se em jurisdição.

Improcedente a assertiva, visto que, na espécie, a execução se extingue com a satisfação da obrigação (CPC, art. 794, I) e a obrigação só fica satisfeita com a entrega, ao credor, da importância de seu crédito (CPC, art. 708, I).

Ao ensejo da expedição do Precatório, justamente porque esse documento se destina a compelir o devedor a satisfazer a obrigação, a execução não está extinta, mas, de contrário, viva e dinâmica.

Não estando extinta, mas prosseguindo no seu desdobramento natural e normal, comporta ela, no respectivo contexto, iniludivelmente, a prática de atos jurisdicionais, o último dos quais é a sentença que declara a sua extinção (CPC, art. 795).

Por essa inconfutável razão, não se poderá falar em liminar afastamento da hipótese de ser o ato do Presidente do Tribunal de natureza jurisdicional.

XI — Por outro lado, fato indiscutível é que se subtraiu do juiz inferior a incumbência de requisitar diretamente da autoridade municipal a verba necessária ao pagamento do credor (CPC, art. 730, I), transferindo-se esse encargo ao Presidente do Tribunal de Justiça, como, também, dispõe a Norma Maior (CF, art. 117).

Se a sistemática em vigor, ao invés de assim dispor, tivesse atribuído ao juiz de primeiro grau a competência para expedir o Precatório em tela, qual a natureza do ato respectivo: jurisdicional ou administrativo?

Para obter-se a prestação jurisdicional, *in casu* a satisfação da obrigação com o pagamento ao credor, insta, como bem afirmado por JOSÉ DA SILVA PACHECO (*Direito Processual Civil* — Saraiva, 1976 — 19 vol., pág. 15) “ativar-se a atividade jurisdicional” (jurisdição).

Enquanto não satisfeito o credor, o ato que o juiz pratica no processo, tendente a tornar efetiva essa satisfação (entrega ao credor da importância devida), parece ser ato de natureza jurisdicional, que não meramente administrativa.

No processo executório com garantia de instância (penhora de bens — CPC, art. 646), a plena satisfação do direito do credor se concretiza com a entrega do produto da licitação desses bens, mas naqueles em que não há essa garantia (CPC, cap. IV — secção III), a satisfação se verifica com a entrega ao credor das importâncias requisitadas pelo Precatório do Presidente do Tribunal de Justiça.

Se o juiz requisitasse do Executivo Municipal, através do Precatório, a verba destinada ao pagamento do credor, estaria praticando ato jurisdicional, não havendo razão jurídica para admitir-se a desnaturação

desse ato jurídico simplesmente porque praticado pelo Presidente do Tribunal de Justiça, que não pelo juiz inferior.

Se, sem a prática desse ato (expedição de Precatório), não são atingidos os objetivos da execução, parece-nos indubitável ser ele de feito jurisdicional, donde se conclui que a sua classificação jurídica não se subordina à categoria do magistrado que o pratica, mas, tão-somente, aos objetivos visados no processo de execução.

Sendo ato de natureza jurisdicional, que dá remate ao processo executório, parece-nos que ao Presidente do Tribunal de Justiça compete, ainda, o exame do trânsito em julgado da sentença do juiz de 1º grau, para, de suas peculiares circunstâncias e condições, inferir do cabimento da requisição respectiva.

XII — Disso não se infere que o Poder Judiciário não pratique atos de natureza administrativa, tanto quanto o Poder Legislativo, pois, que, embora com destinação específica na tricotomia dos poderes do Estado, casos há em que um deles pratica atos típicos da esfera do outro.

O Executivo e o Judiciário legislam; o Legislativo e o Judiciário executam e o Executivo julga, com vistas a seus peculiares interesses, *interna corporis*, ou, como diz HELY LOPES MEIRELES (*Direito Administrativo Brasileiro* — 5ª ed., pág. 116), quando “ordenam os seus próprios serviços, dispõem sobre seus servidores ou expedem instruções sobre matéria de sua privativa competência”.

XIII — Sem razão, pois, MARCELO CAETANO (*Manual de Direito Administrativo* — 5ª ed., Coimbra — 1960 — pág. 223), quando diz que ficam, igualmente, de fora do conceito de ato administrativo, “os órgãos legislativos e judiciais”.

Dito assim, de maneira genérica, sem admitir os atos eminentemente administrativos praticados por aqueles dois poderes, o conceito está a merecer reparos.

XIV — Quando o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado, dispondo sobre matéria de sua exclusiva competência, baixou o Ato Normativo nº 3/74, de 7-8-74, expedindo instruções para o fiel cumprimento do que está consignado no art. 730 do Código de Processo Civil, praticou ato administrativo geral, abstrato e impessoal, dentro do conceito lato a que faz alusão OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO (*Princípios Gerais de Direito Administrativo* — Forense, 1ª ed., pág. 413), que abrange também, o ato executivo, individual, concreto e pessoal.

Mas, quando remete Precatório à autoridade municipal, objetivando tornar concreta e eficaz a satisfação do direito do credor, pratica ato que se insere nos quadros da potestade jurisdicional, como já afirmado.

O ato administrativo difere do jurisdicional, porque este objetiva, na aguisada lição de LÉON DUGUIT (*Traité de Droit Constitutionnel* — 2º vol.), verificar ou comprovar as violações ao direito e praticar um ato como conseqüência lógica dessa comprovação.

E, como preleciona BARROS JÚNIOR (*Compêndio de Direito Administrativo* — Max Limonad — pág. 52), enquanto na atividade adminis-



trativa “o Estado resolve questões jurídicas apenas como meio para o objetivo precípua da realização de fins de interesse coletivo, na jurisdição a atividade é imparcial e tem por fim exclusivo a certeza jurídica, a exata observância da ordem jurídica instituída”.

XV — Embora semelhante, difere nas suas conotações a hipótese examinada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Conflito de Jurisdição nº 5.944, originário do Rio Grande do Sul, suscitado pelo Presidente da 4ª Junta de Conciliação e Julgamento de Porto Alegre.

O conflito teve origem no haver o Presidente do Tribunal de Justiça daquela Unidade da Federação se negado a cumprir o Precatório do Presidente daquela Junta, objetivando requisitar do Governo Estadual verba de condenação do Estado em reclamatória trabalhista, na consideração de que, face aos termos do Decreto-Lei nº 779 (art. 1º, V), de 21-8-69, a sentença proferida pela Justiça do Trabalho não transitara em julgado pela inexistência, no caso, de recurso *ex officio*, embora certificada a inocorrência de recurso voluntário.

Devolvendo o Precatório ao Presidente do Tribunal e insistindo na providência requisitada, a Justiça do Trabalho invocou a Lei nº 5.584, de 26-6-70, que inadmitte tais recursos em causas de valor até duas vezes o salário mínimo regional, como justificativa para a não interposição do recurso *ex officio*, mas o Presidente do Tribunal de Justiça, após audiência da Procuradoria-Geral, sustentou seu ponto de vista, desatendendo, pois, o requisitório da Justiça do Trabalho, o que motivou suscitasse esta conflito de jurisdição.

No julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, sustentaram-se, com brilhantes pronunciamentos, alguns pontos de vista conflitantes (RTJ, vol. 80 — junho 77).

O Ministro Rodrigues Alckmin entendeu que de conflito não se tratava, visto que o ato do Presidente do Tribunal de Justiça, ao conceder ou não o Precatório, era de natureza administrativa, cabendo ao interessado, *in casu*, impetrar segurança contra o seu ato, ou, “por desobediência à ordem judicial, ind'cará o Presidente do Tribunal como autoridade administrativa desobediente, sujeita à pena e às conseqüências da desobediência”.

O Ministro Cordeiro Guerra, relator, admitia o conflito e declarava competente a Justiça do Trabalho para decidir sobre o trânsito em julgado da sentença exequenda, o que implica conceder ser o ato do Presidente do Tribunal não de natureza administrativa, mas jurisdicional, pois só há conflito de jurisdição ante atos jurisdicionais.

O Supremo declarou competente a Justiça do Trabalho, vencidos os Ministros Cunha Peixoto, Rodrigues Alckmin e Bilac Pinto.

Admitindo o conflito, a colenda Corte, implicitamente, concedeu ao ato do Presidente do Tribunal de Justiça caráter jurisdicional.

XVI — São válidas algumas observações sobre as providências do cartório, ao ensejo das duas hipóteses já examinadas, com a disciplina dos arts. 730 e 740 do Código de Processo Civil.

Não havendo oposição de embargos, com o cálculo de liquidação sobre o qual será ouvido apenas o exeqüente, decidirá o juízo, homologando-o ou não.

Dessa decisão será intimado apenas o exeqüente, correndo da data de sua intimação o prazo para o recurso, que é de apelação.

Para a Fazenda Pública devedora o prazo será em dobro (2 x 15) para recorrer (CPC, art. 188), correndo o prazo da data de decisão homologatória do cálculo (CPC, art. 322), pois que dela não será intimada, revel que foi.

Transitada em julgado a sentença que homologou o cálculo em tela, impõe-se a providência da requisição (precatório), que se processará a requerimento do credor, que tem interesse na execução.

Havendo oposição de embargos, o precatório só será expedido após o cálculo de liquidação devidamente homologado pelo juízo, de que serão intimados embargante e embargado, e após o seu trânsito em julgado, pela inexistência de recurso de qualquer das partes, subentendido que a decisão sobre os embargos opostos transitou em julgado, após o reexame pelo tribunal competente.

XVII — Segundo o disposto na *Lex Fundamentalis* — art. 117, § 2º, —, estabeleceu-se o direito de precedência, segundo a ordem de apresentação dos precatórios, a que se remete o *caput* do artigo.

Se a Fazenda Pública preterir o direito de precedência do credor, o Presidente do Tribunal, a seu pedido e ouvido o chefe do Ministério Público, poderá autorizar o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

Dessa mesma forma dispôs o art. 731 do Código de Processo Civil, mas estabelecendo que a autorização para o seqüestro é do Presidente do Tribunal “que expediu a ordem”, ao passo que o § 2º da *Lex Major* se remete ao Presidente do Tribunal “que proferir a decisão exeqüenda”.

Já vimos (item VII) que o Tribunal competente não é aquele que proferiu a decisão exeqüenda, mas aquele que tem jurisdição sobre a Fazenda Pública devedora.

Assim, quando a executada for a Fazenda Nacional, o tribunal competente é o Tribunal Federal de Recursos, mas quando se trata de Fazenda Estadual ou Municipal, a competência é do Tribunal de Justiça (ou de Alçada) do Estado respectivo.

Dever-se-á, conseqüentemente, identificar como “decisão exeqüenda” não aquela proferida pelo segundo grau de jurisdição, no reexame da sentença do juízo singular, mas aquela que está sendo por último executada, vale dizer, aquela proferida pelo Presidente do Tribunal competente ao requisitar da Fazenda Pública o respectivo pagamento, que leva a cominação do item II do art. 730, combinado com o art. 731.

O que, na espécie, está sendo executado (exeqüenda) não é a decisão pretoriana ordinária, mas a do Presidente do Tribunal que está fazendo cumprir o precatório do juízo singular (art. 730, I).

Dessarte, podem harmonizar-se os comandos jurídicos aparentemente conflitantes, insertos, respectivamente, no § 2º do art. 117 do Estatuto Maior (Tribunal que proferir a decisão exequenda) e na interpretação que leva em conta, na identificação do tribunal competente, o exercício do controle jurisdicional sobre as respectivas Fazendas (Nacional, Estadual, Municipal).

Na hipótese de desobediência à ordem de apresentação dos precatórios expedidos pelo Presidente do Tribunal respectivo, o que está sendo objeto de infração e desrespeito não é o pagamento sobre que o segundo grau de jurisdição se manifestou (o que também é decisão exequenda), mas, sim, o que foi determinado que se executasse (decisão exequenda, também) pelo Presidente do Tribunal.

XVIII — Merecem considerações as conseqüências advindas do descumprimento, por parte da Fazenda Pública, dos precatórios do Presidente do Tribunal, na ordem em que eles foram expedidos.

A medida expressamente recomendada é o “seqüestro” da importância reservada no orçamento, para esse fim.

Não se cuida de “penhora”, “arresto” ou medida equiparável, que tais atos só poderiam incidir sobre bens ou rendas da Fazenda Pública, que são todavia insusceptíveis de constrição judicial, como já visto (item I).

O “seqüestro” difere da penhora e do arresto, porque incide sobre bens diretamente vinculados à dívida exequenda (verba consignada no orçamento público), sendo apreensão judicial destinada à satisfação, por essa forma, dos encargos do devedor (*jus pignus persequendi* — *sequestrum* — *securor* — seguir).

Seqüestrada a importância respectiva, ficará ela à disposição do Presidente do Tribunal competente, que lhe dará o necessário destino, determinando a sua entrega ao credor.

No pertinente à providência do “seqüestro”, surge uma indagação que merece ser devidamente respondida, embora complexa e de difícil satisfação.

Sobre que importância incidirá a apreensão?

Sobre a que foi indevidamente entregue a outro credor, com o desrespeito ao direito de procedência, ou sobre igual importância da verba consignada no orçamento?

JOSÉ CARLOS MOREIRA BARBOSA (*O Novo Processo Civil Brasileiro* — 2º vol., Forense — 1976 — pág. 113), entende que “tal medida, que não tem índole cautelar, mas significativa, porque a importância seqüestrada será entregue ao credor preterido — deve recair sobre as quantias indevidamente pagas aos credores cujos precatórios hajam sido apresentados posteriormente ao daquele que se preteriu; não sobre o dinheiro público, que, sendo impenhorável, é também insusceptível dessa modalidade de apreensão, isso sem levar em conta, ademais, que

a não ser assim ficaria o erro sem correção, subsistindo a inobservância da ordem prescrita”.

OVIDIO BERNARDI (*O Município e o Novo Código de Processo Civil* — pág. 181) parece ser do mesmo entendimento, concluindo que “não há que se falar, portanto, em penhora, arresto ou seqüestro de bens do Município, salvo apenas quanto ao último instituto, que é exeqüível apenas sobre o depósito e quando haja preterição do credor”.

Não nos parece que estejam esses exímios comentadores assistidos de inobjetáveis razões jurídicas, por dois motivos a nosso ver respeitáveis.

Por primeiro, carece de objetividade o “seqüestro” de importância já recebida por outrem, em desrespeito à ordem dos precatórios, posto que seria sumamente duvidosa a sua localização, para a devida apreensão.

Demais disso, já poderá ter sido empenhada pelo credor para satisfação de despesas ou aquisição de bens, hipóteses que tornam frustras as providências para o “seqüestro”.

Por segundo, uma vez consignada ao Poder Judiciário a verba para pagamento do credor que preteriu o precatório apresentado com anterioridade, aludido pagamento era devido, embora não na ordem em que o foi, mas sempre à conta da verba respectiva, consignada ao Poder Judiciário.

Por terceiro, uma vez assim consignada, o seqüestro incidirá sobre a respectiva importância, não cabendo, pois, falar-se em “dinheiro público”, que seria impenhorável ou inseqüestrável.

Dessarte, o seqüestro incidirá, sempre, sobre quantias consignadas ao Poder Judiciário e ainda na posse da Fazenda Pública, que não sobre quantias, como alegam, como insusceptíveis de qualquer forma de constrição, por tratar-se de bem público.

O desrespeito à procedência não acarreta o empenho da verba pertinente ao precatório preterido, mas sim, obviamente, o da verba do precatório preferido pela Fazenda Pública, ficando aquela (verba) íntegra e indene, à disposição do credor preterido.

O seqüestro tem o objetivo apenas de fazer que se cumpra a determinação legal da ordem de inscrição dos precatórios, garantindo-se ao credor precedente a satisfação do seu direito, mediante nova providência do Presidente do Tribunal.

XIX — Como sanção ou responsabilização pelo descumprimento à ordem de inscrição dos precatórios prevê-se a intervenção no Município, por força do que dispõe a alínea *d* do § 3º do art. 15 da Constituição Federal, que estabelece dever a Constituição Estadual regular essa medida, quando se negar ou se impedir, por parte do Município, cumprimento de ordem ou decisão judiciária.

No Estado de São Paulo, a intervenção nos Municípios, quando exista aquela situação anômala, está disciplinada pelos arts. 34, inciso X, e 106, inciso VI.

# Dos crimes contra a Administração Pública

Prof. RUBEM DE OLIVEIRA LIMA  
Da Universidade de Brasília

## SUMÁRIO

- I — Introdução
- II — Dos crimes contra a Administração Pública
- III — Dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral
- IV — Dos crimes contra a Administração da Justiça
- V — Conclusão

### I. Introdução

Situado no âmbito do Direito Público, o Direito Penal pressupõe a coexistência do Estado, entidade abstrata, surgida, na concepção mais moderna de Kelsen e Jellineck, como resultante da Nação politicamente organizada. É o ordenamento jurídico, o escalão mais alto na cadeia das pessoas jurídicas.

2. Abandonando o conceito arcaico que procura na raça, credo, religião, língua e outros fatores isolados, o elemento aglutinante, homogeneizante, que reúne os indivíduos, as pessoas em grupos sociais distintos, com características próprias, as concepções modernas, evoluindo, têm preferido definir a Nação como o agrupamento, o conjunto de indivíduos que professam os mesmos princípios sociais e jurídicos, ou seja, que pretendem viver em comunidade, submissos todos ao mesmo determinante social.

3. Esse determinante social, porém, partindo do indivíduo para chegar ao conceito do grupo, deve encarar o contraste entre a vontade daquele, que

se manifesta nas suas relações individuais, e as necessidades do grupo, que se manifestam no ordenamento social, que tem objetivo mais amplo, a procura do bem comum. De um lado o interesse do indivíduo; de outro o interesse da coletividade.

Diz Hely Lopes Meirelles no seu tratado **Direito Administrativo Brasileiro**:

“Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o **bem comum**.”

4. Daí, se considerarmos que o grupo social, na concepção adotada, deve impor condicionamentos à ação individual, objetivando a harmonia desejada, não resta outra alternativa que reconhecer a necessidade de poder agir quando e onde se faça necessário, em prol dessa harmonia. Mas agir como, se o grupo, ainda nesta fase, não tem volição, porque a sua vontade não poderia ser a soma das vontades dos indivíduos, já que estas podem ser conflitantes? Surge, assim, o conceito do Estado como pessoa jurídica que, embora abstrata, tem atributos próprios e é capaz de discernir e decidir.

5. Essa capacidade, ou seja, a **facultas agendi**, que os romanos contrapunham à **norma agendi** é, portanto, inerente à própria concepção do Estado moderno. Não é a vontade do império, mas o império da vontade. Mas não se pode deixar de reconhecer o dilema: a cada indivíduo (**persona**) deve-se assegurar a liberdade de agir conscientemente, decidindo do que, para cada um, representa o bem, o melhor, o desejável, e a satisfação desses desejos (**besoins**), tão bem considerados por Marcel Valine, no seu **Traité Élémentaire de Droit Administratif**, representa a meta de cada um no processo evolutivo de aprimoramento do homem, dentro dos conceitos de Darwin e Lamarque de que a natureza cria e o uso aperfeiçoa.

6. Todavia, sendo o homem um ser social, vive condicionado ao grupo e os seus desejos devem ser, também, condicionados a parâmetros que, se não eliminam, pelo menos possam minimizar os conflitos, quando tais desejos sejam divergentes, ou quando os interesses de um indivíduo contrariem os de outrem.

7. Ora, se aos indivíduos se reconhece a faculdade de agir, essa faculdade deve ser condicionada à harmonia social; somente o grupo (no caso a Nação considerada, **ad argumentandum**, como tal) pode prevenir os conflitos e resolvê-los. Mas como, se amorfo e sem vontade própria? Voltamos, assim, à idéia da criação de uma personalidade abstrata, à qual se reconhece o poder de agir.

8. A ação, porém, surge como manifestação concreta da vontade que é o seu pressuposto, e, conseqüentemente, quem age o faz em razão de uma vontade resultante do próprio discernimento; o animal age em função dos seus instintos, a sua ação é instintivamente condicionada, mas o homem age conscientemente; primeiro quer, depois pensa e delibera. E o Estado? Se lhe emprestamos uma personalidade, se lhe reconhecemos uma **facultas agendi**, imperioso será que a ação deve ser concretamente entendida, daí

resultando a conclusão de que essa entidade abstrata, para manifestar-se, há que ser corporificada.

9. O Estado, pois, deve corporificar-se para agir em prol do bem comum, caso contrário, jamais passará de mera construção teleológica. Surge, então, a grande dúvida: se o Estado deve ser corporificado, se o homem é o único a quem se pode reconhecer a faculdade de agir racionalmente, o Estado, ao corporificar-se, não pode fazê-lo senão através do homem. Ora, a construção lógica da qual resulta o reconhecimento dessa personalidade abstrata não seria fruto tão-somente de uma indagação situada no tempo e no espaço, mas ao contrário, como bem esclarece Amaral Fontoura, é resultante de um processo evolutivo que se origina nas próprias origens do homem e com ele evolui. Antes foi o pai que encenava as suas funções, decidindo do bem comum da família isoladamente tomada; depois foi o patriarca em relação à tribo, para, finalmente, surgir o Estado abrangendo todo o grupo na sua decisão.

10. Realçam, de tudo, três conclusões que se impõem: a primeira, é que o interesse do indivíduo está condicionado ao bem coletivo; a segunda de que, na vida social, os interesses dos indivíduos podem ser conflitantes; e, finalmente, a última, é que, sendo o Estado o árbitro do bem comum, pode conflitar a sua vontade com a do indivíduo, ou dos indivíduos.

11. Corporificado o Estado no governo, última manifestação do processo social evolutivo, há que se lhe assegurarem os meios de agir, consubstanciados num ordenamento geral das relações entre os indivíduos em primeiro plano, entre estes e o Estado, e, finalmente, entre os Estados de per si. E aí teríamos definido os três campos principais do relacionamento social, ou seja: o privado, o público e o internacional, todos, porém, delimitados por um ordenamento complexo, a ordem jurídica, já que desse condicionamento resulta o reconhecimento e delimitações da **facultas agendi**, ou mais precisamente, do direito.

12. Temos, assim, identificados o indivíduo, a Nação, o Estado, a ordem jurídica, e o Governo. Pode-se, então, examinar, dentro dessas colocações, as diversas posições em que o ser humano pode ser encontrado. Em harmonia ou em conflito uns com os outros, entre eles e o Estado, entre um Estado e outro.

13. A ordem jurídica, ao contrário do conceito abstrato do Estado em que a **facultas agendi** foi o elemento caracterizador fundamental, deve ser objetivamente tomada como o conjunto de normas, através das quais o Estado, na sua representação concreta, o Governo, manifesta a ação; mas e isto é importante, manifesta, não executa. Entre manifestar uma vontade de agir e executar essa vontade, há grande distância. Pretende-se praticar uma ação, anuncia-se essa vontade, mas, para ser concretizada, é necessário que se ponha em funcionamento um mecanismo que a torne real, palpável, conhecida, reconhecida, respeitada e acatada. E o Estado, da mesma forma, não prescinde desse mecanismo. O homem quer, pensa, delibera e decide ir, mas tem de locomover-se para executar essa ação e o faz pelos veículos naturais ou artificiais que possui. Comparativamente, também o Estado deve cobrir essas fases: quer, discerne, delibera e decide, e executa essa decisão

pelos meios que possui, ou seja, o governo e Administração Pública, tomada esta como o conjunto de mecanismos capazes de agir concretamente, em seu nome, em sua representação:

“Após a organização soberana do Estado, com a instituição constitucional dos três Poderes que compõem o Governo, e a divisão política do território nacional, segue-se a **organização da Administração**, ou seja, a estruturação legal dos **órgãos** que irão desempenhar as funções, através de agentes públicos (pessoas físicas).” (H. L. Meirelles — obra citada.)

14. Esse conjunto de mecanismos, instituições que são, age, portanto, em representação do Estado corporificado no governo. É o sistema de relação entre o Estado e a Nação e tem, assim, na emanção do Estado, o poder de agir em função do bem comum:

“O estudo da **Administração Pública** em geral, compreendendo a sua estrutura e as suas atividades, deve partir do conceito de Estado sobre o qual repousa toda a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços públicos a serem prestados aos administrados.” (H. L. Meirelles — obra citada.)

15. Não é fácil conceber-se o bem comum, quando o que é considerado o bem, para a coletividade, não o seria para o indivíduo, como ocorre nas limitações da faculdade de cada um agir em razão só da satisfação dos seus desejos, sem considerar as múltiplas relações sociais. É a velha regra de que as faculdades reciprocamente se delimitam. Em outras palavras, cada um pode agir, até o ponto em que surge o conflito de interesses, ou mais claramente, dos direitos individualmente considerados, e somente a ordem jurídica pode harmonizá-los. Quando a ordem jurídica traça normas de comportamento aos indivíduos reciprocamente considerados, diremos que atua no campo privado e tais normas são de ordem privada; se traça normas de comportamento dos indivíduos no grupo, na sociedade, coletivamente considerados, ou entre estes e o Estado, diremos que atua no âmbito público, e tais normas são de ordem pública e, finalmente, se considera as coletividades entre si, ou melhor, os Estados em relação uns com os outros, diríamos que são normas ou convenções internacionais. Decorre daí a tríplice dimensão do Direito, subdividido em Direito Privado, Direito Público e Direito Internacional.

16. O nosso tema, situando as relações do indivíduo com a Administração Pública, situa-se, portanto, na órbita do Direito Público.

17. Outro aspecto que não se pode deixar a *lato*, na abordagem do tema, é que a norma jurídica deve impor-se de tal forma que o indivíduo, o Estado e suas manifestações sejam condicionados ao seu império; que não possam agir fora dos limites que traça, e a norma deve assegurar a sua execução através do elemento coação. A norma jurídica não traduz uma relação natural de causa e efeito, condicionamento que representa para a harmonia social. Nela encontramos uma relação de condição e consequência, que se manifesta através de uma faculdade, de uma obrigação ou de uma proibição. A norma pode, assim, permitir, obrigar ou proibir, mas sempre fazendo



com que essa permissão, obrigação ou proibição, seja assegurada pela definição das conseqüências que devem resultar de cada transgressão. É o elemento coativo da relação jurídica que se caracteriza pela definição de um sujeito ativo, um sujeito passivo, e do elemento coação que lhes condiciona a ação. Assim é que o Estado, para manter a ordem social, delimita os direitos dos indivíduos entre si, e para as transgressões, estabelece as conseqüências como exemplificaremos: o direito de propriedade assegura ao indivíduo o domínio e posse sobre a coisa que lhe pertence e estabelece a conseqüência da ação de outrem que vise perturbar esse domínio e posse, ou seja, estatui a reparação ou indenização da relação jurídica rompida, fornecendo, ainda, o instrumental de que se valerá o titular do direito, para o seu restabelecimento, o direito da ação, e completa, assim, o condicionamento: domínio, posse e ação. Todavia, se a relação jurídica se forma entre o indivíduo e a coletividade que o Estado representa, o elemento coação muda de aspecto, sem deixar de traduzir uma conseqüência, senão vejamos: se os indivíduos agem por sua conta, ao arpejo da ordem jurídica, podem fazê-lo simultaneamente em dois campos de interesses: por exemplo, se um indivíduo, voluntariamente, destrói a propriedade de outro, além da reparação, devolução, indenização, conseqüentes ao seu ato, também fere a harmonia social, e, portanto, submete-se a outras sanções; deve ser punido, e essa punição, visando evitar a transgressão e manter a ordem social, situa-se na órbita do Direito Público; é o Estado que, muito embora ressarcido o prejuízo, tem, ainda, contra o indivíduo, de aplicar a sanção que a norma estatui. É ainda Hely Lopes Meirelles que esclarece:

“O terceiro princípio é o de que a Administração Pública precisa e se utiliza freqüentemente de **poderes discricionários** na prática rotineira de suas atividades. Esses poderes não podem ser recusados ao administrador público embora devam ser interpretados restritivamente quando colidem com os direitos individuais dos administrados.”

18. O Direito Penal, pois, representando o conjunto de normas que, fixando limites de ação, define as transgressões puníveis, estabelece a pena, ou condição dessa transgressão, e a aplicação ao transgressor, visando a ordem e harmonia social.

19. Se a norma, já agora considerada, no âmbito da Ordem Pública, pune a transgressão quando esta ocorre em função das relações entre os indivíduos, com muito mais razão há de fazê-lo quando a transgressão ocorre em função das relações diretas dos indivíduos com o Estado, corporificado este no Governo e na Administração Pública, definindo, assim, tais transgressões, ou crimes, e estipulando as penas, dentro do princípio que os romanos já tão esclarecidamente fixaram: “Nullum crimen, nulla poena sine lege.”

## II. Dos crimes contra a Administração Pública

20. Como vimos na introdução, sendo o Estado uma entidade abstrata, uma pessoa jurídica, diz-se que essa personalidade é de Direito Público, e, sendo assim, é sujeito de direitos dos quais sobressai o **imperium**, ou seja, o

direito de agir **sponte sua**, por intermédio da sua manifestação concreta, o governo e a Administração Pública.

Consubstancia nas normas jurídicas que dele emanam, na ordem jurídica, esse direito de império que, indiscutivelmente, lhe assiste, condicionado apenas pelo bem comum, e pela própria sobrevivência. Daí a concepção de que inexistente lei errada ou iníqua; quando se visualiza o defeito, este será, necessariamente, do seu intérprete, do hermenêuta que deve traduzir o seu significado dentro do princípio de que a norma procura sempre o melhor para a ordem social e, em decorrência, para o indivíduo. Nas leis tributárias, esse império manifesta-se claramente quando o Estado dispõe sobre a contribuição compulsória que as pessoas devem cumprir, muito embora a obrigação tributária se contraponha a direitos subjetivos do indivíduo, como o de livre disposição dos seus bens, como ocorre, da mesma forma, quando a norma proíbe a venda de bens de pai a um filho, sem o expresse consentimento dos demais.

21. Já vimos que, na relação jurídica, há sempre um sujeito ativo e um sujeito passivo. No nosso tema, o sujeito passivo, a Administração Pública, já resultou examinado na introdução. Cabe, agora, definir quem será o sujeito ativo da relação, considerando que, em se tratando de norma penal, a transgressão transita do sujeito ativo que pratica a ação, para o sujeito passivo que sofre os seus efeitos, diferentemente do que ocorre na formação da norma, quando a ação parte do Estado que manifesta a sua vontade e define as condições e as conseqüências que o sujeito ativo da relação transgredida põe em evidência.

Para Fernando H. Mendes de Almeida, na obra citada, o agente se conceitua como sujeito ativo do delito:

“5. Agente ou sujeito ativo do delito — Em caráter essencial, somente funcionário pode cometer peculato. Acidentalmente, pode haver o concurso de particular, o qual na co-autoria, responde como se fora funcionário, ainda que não adquira, em razão disto, tal qualidade. É o que resulta dos arts. 25 e 26 do Código Penal, a saber: Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas. Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

6. Sujeito passivo do delito — O sujeito passivo do peculato é o Estado, entendendo-se por tal, no nosso regime, a União, os Estados Federados, as autarquias territoriais (Municípios) e institucionais.”

22. A Administração Pública, como instrumento operativo do Estado, definida como o conjunto de órgãos e unidades que lhe executa as funções, o faz por intermédio dos seus agentes, os servidores públicos em geral, ou o funcionário público em especial.

“Governo e Administração são termos que andam juntos e muitas vezes confundidos, embora expressem conceitos diversos nos vários aspectos que se apresentam.

Governo, em sentido formal, é o conjunto de poderes e órgãos constitucionais; em sentido material, é o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos. Na verdade, o Governo ora se identifica com os poderes e órgãos supremos do Estado, ora se apresenta nas funções originárias desses poderes e órgãos como manifestação da soberania. A constante, porém, do Governo é a sua expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção ou inovação da ordem jurídica vigente. O Governo atua mediante atos de soberania ou, pelo menos, de autonomia política, na condução dos negócios públicos.

Administração Pública, em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando a satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica atos de governo; pratica, tão-somente, atos de administração, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos que, por sua variedade e importância, merecem estudo em capítulo especial." (Hely Lopes Meirelles — obra citada.)

Em princípio, pois, diríamos que o agente ativo da transgressão é, por definição, o servidor público. Mas casos há em que a transgressão pode ser originária de quem, fora do conceito de servidor público, tem, todavia, relações tais com a Administração Pública, que se equipara com aqueles. Fernando H. Mendes de Almeida (**Dos crimes contra a Administração Pública**) assim se expressou:

"Vale dizer que, em face da lei penal, não ficará reservado o vocábulo (funcionário), apenas para aquele que, como tal, a lei administrativamente, expressamente, indica, mas também para todo aquele que, pelos seus cometimentos, entre em contato com um interesse publicístico de contornos nítidos."

23. É, ainda, Hely Lopes Meirelles, na sua clareza meridiana, quem esclarece:

"Agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas definitivamente ou transitoriamente do exercício de alguma função estatal."

e mais adiante escreve:

"Os agentes públicos, gênero que acima conceituamos, se repartem inicialmente em quatro espécies ou categorias bem diferenciadas, a saber: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos e agentes delegados que, por sua vez, se subdividem em subespécies ou subcategorias, como veremos a seu tempo."

24. Assim considerados, os servidores públicos, no exercício das suas funções, podem cometer infrações que caracterizam três tipos de responsabilidade: a administrativa, a civil e a criminal. Dessa última trataremos em particular no tema em desenvolvimento.

25. A responsabilidade criminal é a que decorre de ilícitos praticados, na órbita do Direito Penal, vale dizer em razão do cargo ou das funções que o agente exerce. Hely Lopes Meirelles mais uma vez define:

“A responsabilidade criminal é a que resulta do cometimento de **crimes funcionais**, definidos em lei federal. O ilícito penal sujeita o funcionário a responder a processo crime e a suportar a condenação prevista na lei criminal em que for julgado incurso, com as penas acessórias correspondentes...”

26. Uma vez cometido o ilícito na órbita da Administração Pública, o agente sujeita-se às seguintes punições (penas): repreensão, multa, suspensão, destituição de função, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade. São tais punições situadas, todavia, internamente, e aplicáveis pela própria Administração, com as cautelas legais.

27. Externamente, porém, há outras punições definidas em lei, mais precisamente no Código Penal. Na Exposição de Motivos em que o Eminentíssimo Doutor Francisco Campos apresentou o projeto do Código Penal, assim se esclareceu:

“O art. 327 do projeto fixa, para os efeitos penais, a noção de funcionário público: “Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. Ao funcionário público é equiparado o empregado de entidades paraestatais. Os conceitos da concussão, da corrupção (que a lei atual chama peita ou suborno), da resistência ou do desacato são ampliados. A concussão não se limita, como na lei vigente, ao **crimen supereactionis** (de que o projeto cuida em artigo especial), pois consiste, segundo o projeto, em “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, mesmo fora das funções, ou antes de assumi-las, mas em razão delas, qualquer retribuição indevida.”

A corrupção é reconhecível mesmo quando o funcionário não tenha ainda assumido o cargo. Na resistência, o sujeito passivo não é exclusivamente o funcionário público, mas também qualquer pessoa que lhe esteja, eventualmente, prestando assistência.

O desacato se verifica não só quando o funcionário se acha no exercício da função (seja, ou não, o ultraje infringido **propter officium**, senão também quando se acha **extra officium**, desde que a ofensa seja **propter officium**.”

28. O Código Penal Brasileiro cuida dos crimes contra a Administração Pública nos arts. 312 a 359, em três capítulos, o primeiro tratando dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, o segundo dos praticados por particular contra a administração em geral, e o terceiro e último, dos crimes contra a administração da justiça.

29. A própria seqüência e subdivisão da matéria nos três capítulos obedeceu à mesma sistemática que adotamos na conceituação quer de servidor público, quer de agente ativo do ilícito, sendo de realce que pela própria e excelente colocação feita, dos crimes contra a administração da justiça, resulta positivado o conceito amplo de Administração Pública com que procuramos dar a maior abrangência possível ao termo, porquanto, na moderna sistemática do novo Plano de Classificação de Cargos, avulta o conceito de servidor público, genérico, sobre o conceito de funcionário público, específico, sem que se houvesse esquecido dos que, não sendo servidores públicos, na medida da expressão, tornam-se, por motivos vários, responsáveis por ilícitos praticados contra a Administração Pública.

30. No art. 312, tratou o Código Penal do crime de peculato, muito embora não haja empregado o vocábulo, ao referir-se a

“apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo...”

31. Com a mesma abrangência, embora fora da órbita penal, dispunha o Código de Contabilidade Pública:

“**Art. 87** — Todos os responsáveis, de direito ou de fato, por dinheiros, valores e outros bens da União, ou pelos quais deva esta responder, ainda mesmo quando residam fora do país, ficam sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas que, de acordo com a lei, fixará a situação desses responsáveis para com a Fazenda Nacional, excetuados os Ministros de Estado.”

E o Decreto-Lei nº 199/67, de forma diversa, mas no mesmo sentido dispôs no art. 33:

“O Tribunal de Contas tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência, a qual abrange todo aquele que arrecadar, ou gerir dinheiros, valores e bens da União, ou pelos quais esta responda, bem como, quando houver expressa disposição legal, os administradores de entidades da Administração Indireta ou de outras entidades.”

32. O peculato pode ser doloso ou culposo, sendo digno de nota que, em se tratando de culpa, nos termos do § 2º do artigo, quando concorre apenas para o crime de outrem, e o servidor (aqui empregamos o termo genérico) repara o dano causado antes da sentença irrecorrível, considera-se, **ipso facto**, extinta a punibilidade, e, se a reparação é posterior à sentença, reduz a pena pela metade. É curioso que, pelo Decreto-Lei nº 3.415, de 1941, foi regulamentado o instituto da prisão administrativa, até 90 dias, para compelir os servidores omissos ou remissos em entrar para os cofres públicos com dinheiros a seu cargo.

33. Ocorre que, se a prisão administrativa deve ser providenciada tão logo constatado o alcance, e produz os efeitos desejados, quando apreciado

o ilícito na órbita da justiça criminal, já deverá estar ressarcida a Fazenda Pública, o que não altera a posição do responsável, salvo na hipótese do § 2º do art. 312.

**34.** No peculato identificam-se três aspectos essenciais, ou seja: uma apropriação indébita, ou desvio de dinheiro, valor ou bem móvel, a apropriação ou desvio deve incidir sobre a coisa pública ou de terceiros sob a guarda do Estado (como quando ocorre com os depositários públicos) e, finalmente, o servidor esteja ou possa vir a estar na posse imediata ou mediata da coisa ou valor.

**35.** O que a norma visa proteger é o interesse público, para que possa a Administração Pública cumprir a sua função na base da confiança dos administrados. O que o peculatório atinge não é tanto o patrimônio público, mas, e principalmente, a confiança na Administração Pública. A pena fixada indica a gravidade do crime, variando, como varia, de 2 a 12 anos de reclusão e multa de cinco a cinquenta mil cruzeiros, ou de detenção de 3 meses a 1 ano, se ocorre a hipótese do § 2º (crime culposo).

**36.** O objeto material do delito, como já ficou dito, são os valores, dinheiros, bens móveis, públicos, ou de terceiros sob a guarda da Administração Pública. Fato, porém, que tem causado dúvidas na exata caracterização do crime de peculato, quando ocorre desvio de bens móveis, é o uso do objeto, da coisa, fora do local de trabalho. O servidor remove máquina de escrever para a sua residência. O fato em si não caracteriza a ocorrência do ilícito, desde que resulte clara a intenção de utilizar-se dela em objeto de serviço. É necessária a pesquisa do *animus dolendi*, ou de culpa, em caso de furto, hipótese que estaria intimamente ligada a idéia consubstanciada na expressão subtrair. Se remove o objeto, com autorização superior, é iniludível a responsabilidade civil pela sua guarda, na ocorrência de furto, salvo evidência de força maior. Mas se o faz sem autorização, caracteriza-se a hipótese do § 2º do art. 312, quando ocorre o furto ou roubo.

**37.** Também a expressão “em razão do cargo” merece breve comentário. Não pode ser considerada apenas em função do cargo público. A autorização legalmente dada a terceiros inclui-se na expressão.

**38.** O ilícito pode caracterizar-se por ação ou omissão, e a tentativa, parece-nos, somente pode ser configurada, constatada, quando houver o flagrante e é punível com 2/3 da pena cominada para o delito consumado. Não se incluem, neste estudo, as sanções administrativas, nem o equacionamento da responsabilidade civil, que operam em instâncias distintas e independentes, muito embora todas possam estar ligadas ao mesmo elemento de prova. Em outras palavras, as sentenças e decisões não afetam uma e outra, apenas as provas concludentes podem embasá-las positiva ou negativamente. Há que se ter judicioso cuidado neste particular.

**39.** Já o peculato por erro de outrem, verdadeira usurpação de atribuições, difere dos casos anteriores, porquanto neste o servidor apropria-se do valor ou coisa que lhe advém em razão de erro de outro, também servidor.

Não ocorre a hipótese, quando se constata erro de cálculo em folha de pagamento, embora esteja sujeito o beneficiário à devolução do que indevidamente recebeu, desde que o fato não resulte de conluio.

40. Sobre peculato tem-se gasto rios de tinta, muitos tratados poderiam enfadar as prateleiras, mas a jurisprudência dos tribunais, seguida e farta, tem dado ao delito as interpretações que, no conjunto, exaurem todas as hipóteses viáveis de interpretação, pelo que não nos parece oportuno tecer maiores comentários na espécie.

41. O art. 314, cuidando do extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento oficial, interrompe a sequência dos crimes que se caracterizam pela sua natureza eminentemente econômica. Há, todavia, que considerar a hipótese de ser praticado dolosamente, com intuito de beneficiar terceiros, mediante vantagens financeiras, ou outras, para o servidor. Pode ocorrer, também, para ocultação de outros delitos, inclusive do próprio peculato doloso. Na hipótese, porém, o que a lei visa proteger é o interesse público, ou a custódia de prova documental ou de valor histórico. O sujeito passivo é o Estado, já que os documentos públicos lhe pertencem. Difícil será, porém, a ocorrência isolada do crime, ou seja, sem que o tenha o agente praticado com evidência de crime mais grave. Ocorre-nos a hipótese de que tenha o servidor concorrido para o extravio ou sonegação, sem o *animus dolendi*, v.g.: retira o documento para exposição ou exibição, embora sem autorização superior, considerada a hipótese de não se tratar de documento confidencial, reservado ou secreto. O fato material ocorreu, mas se disto não decorreu extravio, sonegação ou inutilização do documento, não se poderia imputar-lhe o crime, respondendo, porém, na instância administrativa e/ou civil. O dolo específico será, então, o elemento essencial para caracterizar o crime.

42. O art. 315, retomando a série dos crimes contra a Administração Pública, de natureza econômica, refere-se ao emprego irregular de verbas ou rendas públicas. Nesta hipótese, o sujeito ativo há de ser sempre o servidor público ou aquele a quem foi cometida a função pública, e a lei a que se refere o artigo é a orçamentária, já que é neste instrumento que o Poder Público, o Estado, fixa a programação do emprego de recursos que, em sua quase totalidade, advém da renda tributária. O Decreto-Lei nº 199, de 1967, no art. 53 estatui:

“As infrações das leis e regulamentos relativos à administração financeira sujeitarão os seus autores a multa não superior a 10 (dez) vezes o valor do maior salário mínimo, independentemente das sanções disciplinares aplicáveis.”

prevenindo, pois, o erro na gestão financeira dos recursos públicos. Do confronto dessa disposição com a do art. 315, verifica-se a manifesta intenção de caracterizar-se o crime na intenção dolosa do agente da administração. No primeiro caso, dar às verbas aplicação diversa da estabelecida em lei (orçamento) caracteriza infração de normas de administração financeira, e no segundo, ocorrerá o ilícito quando seja praticado com intenção dolosa geralmente em concorrência com outros crimes também previstos na parte

final do Código Penal. O sujeito ativo será sempre servidor público e o sujeito passivo será o Estado. O que nos parece essencial é que do ilícito praticado decorra dano patrimonial ou econômico para o erário, ou moral que atinge a Administração Pública no seu conceito público, ou a regularidade das atividades realizadas na consecução dos fins do Estado. De tal forma é difícil caracterizar-se a hipótese de ocorrer isoladamente o ilícito, que raramente se tem promovido a responsabilidade criminal, na hipótese, geralmente equacionando-se a civil ou administrativa, por suficientes para coibir o ilícito.

43. O art. 316 versa sobre concussão e o art. 317 sobre corrupção passiva. A leitura menos atenta leva ao entendimento de que seriam redundantes. Mas o certo é que, se ambas visam vantagens para o servidor, ou para terceiros, em razão da função exercida ou antes de assumi-la, diferem, todavia, essencialmente, pois que na primeira, a iniciativa, a exigência, cabe, de forma coativa, ao servidor, e na segunda, pressupondo apenas solicitação ou pedido, ou simples aceitação, configura delito menos grave, daí a diferente graduação da pena, no primeiro caso de 2 a 8 anos (multa de 2 mil a 20 mil cruzeiros), e, no segundo caso, de 1 a 8 anos (multa de 3 a 15 mil cruzeiros). Em ambos os casos, o sujeito ativo do delito é o servidor, e o passivo é o Estado, e o que a lei protege é a moralidade administrativa no que diz respeito à probidade dos servidores públicos. A diferença substancial entre ambos é que o particular, no primeiro caso, cede diante de uma coação, ao passo que, no segundo, participa no ilícito, oferecendo a vantagem, e tanto que neste caso a lei pune, hoje, ambos, com a mesma pena, já que as vontades convergem para o *animus delinquendi*, autêntico *pactum sceleris*, ou seja, a vantagem indevida. A concussão pode ser considerada, diante do *caput* do artigo e de seus dois parágrafos, como concussão tipo, com excesso de exação, ou seguida de peculato, variando nas três hipóteses a pena cominada, para firmar-se, na terceira, a mesma pena graduada para o crime de peculato (2 a 12 anos e multa de cinco a vinte mil cruzeiros).

44. Já a facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318), embora geralmente ligada a servidor público, pode, todavia, caracterizar ilícito praticado por particular ou terceiro, não ligado a serviço público, mas em co-autoria com aquele, desde que não se caracterize, quanto a este, o ilícito previsto no art. 334. Facilitar pode traduzir-se em ação ou omissão, geralmente culposa, ou simplesmente por simpatia ou outros interesses que não configurem vantagem pessoal; caso contrário, responderá, também, pelo crime de concussão ou corrupção passiva, conforme o caso.

45. O texto do art. 319 também se assemelha ao do art. 317, já que em ambos os casos o que define o ilícito é "retardar, deixar de praticar ato de ofício, ou praticá-lo com infração de dever funcional", só que ocorre a corrupção passiva quando o servidor pratica o ato a título retributivo correspondente a auferição da vantagem indevida, o que não ocorre na prevaricação, onde o motivo é apenas interesse ou sentimento pessoal do servidor. O sujeito ativo é sempre servidor e o sujeito passivo é sempre o Estado, e a pena, por referir-se a ilícito de menor gravidade que a corrupção passiva, é menor (3 meses a 1 ano e multa de quinhentos a dois mil cruzeiros).



46. No art. 320, cuidou-se da condescendência criminosa. O tema é polêmico, visto como se caracteriza pela ocultação de infração praticada por outro servidor. O ilícito tem origem no direito disciplinar, e geralmente é punível com punição administrativa. A hipótese torna-se, todavia, mais concludente, quando caracteriza co-autoria. Quando se refere à ocultação de falta disciplinar, não se tem concebido a existência de ilícito criminal, desde que, transitando do superior para o inferior hierárquico, revela um grau de decisão daquele, ou tolerância administrativa, subjetiva; caso contrário, seria a paralisação dos trabalhos administrativos. Pressupõe-se, pois, condescendência, pelo menos, com falta grave, passível de punição administrativa com suspensão ou maior. Se ocorre a condescendência em relação a ilícito penal, já aí outras implicações podem surgir, até à co-autoria.

47. Advocacia administrativa (art. 321), um dos mais freqüentes crimes contra a Administração Pública, porque tanto mais freqüente, quanto de mais difícil caracterização. Nelson Hungria, sobre o assunto escreve:

“Na advocacia administrativa, ao contrário, a ação do funcionário é a de patrocinar, junto a qualquer setor da administração (e não apenas na repartição em que está ele lotado), valendo-se de sua qualidade, ou seja, da facilidade de acesso junto a seus colegas e da camaradagem, consideração ou influência de que goza entre estes, **interesse alheio** (naturalmente visando à remuneração por parte do interessado). Com todo o acerto esclarece Magalhães Drumond (obra citada, pág. 308): “a expressão patrocínio mostra que o interesse em causa é alheio, o qual também se faz interesse próprio por via da remuneração esperada e que estimula o patrocínio. Mas o interesse **patrocinado** é, de logo, interesse alheio.”

Não há que confundir a “advocacia administrativa” criminosa, com o livre exercício da profissão de advogado, como procurador, ou por procuratórios, junto à Administração Pública. O sujeito ativo do ilícito é o servidor público, e o sujeito passivo o Estado, e o que a lei protege é a moralidade administrativa, o conceito da Administração Pública, na pessoa dos seus servidores, sendo de anotar-se que a “advocacia administrativa”, sob o aspecto da moralidade administrativa, muitas vezes ocorre em detrimento do direito de terceiros, prejudicados no tempo e pelas preferências ilicitamente equacionadas.

48. A violência arbitrária (art. 322) compreende o emprego de força física ou maus tratos, ou vias de fato (ainda que não ofendam a integridade física), como esclarece Nelson Hungria, e, sob essa expressão genérica, ensina Garraud por ele citado: “sob essa expressão genérica, a lei abrange todas as violências, desde as mais graves, como o **homicídio** e as **lesões corporais**, até as mais leves, como as “vias de fato”, entendendo-se por esta última a expressão **maus tratos** que não consistam em **espancar** ou **ferir**, como, por exemplo, empurrar uma pessoa, puxá-la pelos cabelos ou pelas vestes, escarrar-lhe no rosto, arremessar-lhe um objeto para molestá-la (embora sem derrame de sangue) ou sujá-la, amarrá-la, arrebatar-lhe brutalmente algum objeto, vendá-la, amordaçá-la”. O emprego de força há de ser arbitrário, sem motivo. Faz-se mister que o exercício da função seja **causa**, não simples

**ocasião** do uso da violência. O objeto da tutela legal é o interesse público, visando evitar seja o poder público considerado em razão do medo, o **metus publicae potestatis**, transformando o Estado como mandante de atividade ilegítima. O sujeito ativo é o servidor público. Releva notar que a pena será a detenção de seis meses a três anos, além da pena correspondente à violência, nos seus vários aspectos.

49. O art. 323 cuida do abandono de função. O sujeito ativo é o servidor público e o sujeito passivo é o Estado. Pode ocorrer nas três modalidades do artigo, ou seja, o simples abandono da função pública, a decorrência de prejuízo à Fazenda Pública, e se o prejuízo à Fazenda Pública foi em zona de fronteira. Não se pode caracterizar o ilícito, se evidenciada força maior em proveito do servidor. O **animus abandonandi** deve ser rigorosamente apurado, porquanto o só afastamento do servidor, sem causa aparente, do exercício do cargo não caracteriza o crime. Aliás, também aqui vale a observação feita de que geralmente, ocorrendo apenas a hipótese do **caput** do artigo, a matéria se resolve na esfera administrativa, com as penalidades administrativamente fixadas. Não se pode, porém, deixar de analisar a caracterização legal do fato, na norma administrativa. Ocorre o abandono com 30 faltas consecutivas ou 60 interpoladas no período de 1 ano. Como a punição administrativa (demissão) é muito mais grave que a pena do Código Penal (15 dias a 1 mês), esta última hipótese vem sendo relegada, pelo que a maioria dos autores entendem que o art. 323 poderia ser suprimido; abolindo-se a figura delituosa (v. F. H. Mendes de Almeida).

50. Completando o Capítulo II, o Código Penal dispõe, afinal, nos arts. 324 a 326, sobre crimes que guardam íntima ligação com o comportamento do servidor público, com a sua atuação, como o exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado, violação de sigilo profissional e violação de sigilo de proposta de concorrência. O primeiro envolve matéria que melhor se resolve na instância administrativa que gradua penalidades mais graves, o segundo nas leis de segurança nacional, e, finalmente, a terceira, novamente nas normas administrativas, ou no âmbito do Direito Administrativo.

51. O art. 327 aborda a parte mais difícil do tema, e, talvez a mais polêmica de todo o Direito Administrativo: o conceito de funcionário público. Necessário se torna distinguir essa conceituação em dois aspectos distintos: o formal e o material. Formalmente, funcionário público é aquele que ocupa cargo ou função pública. Este conceito está mal esquematizado no Estatuto e nas leis que têm abordado a matéria. Evoluiu, porém, para abranger, de forma mais ampla, os indivíduos a quem, permanente ou eventualmente, é cometida a função pública, mesmo que não tenham vínculo definitivo com a Administração Pública, incluindo os que laboram na órbita periférica dessa Administração. Não há que confundir, porém, o elástico dado a expressão, ainda no conceito formal, com o conceito material de funcionário público (hoje na abrangência da expressão "servidor público").

52. Materialmente, funcionários públicos (servidor público) são todos aqueles que, de direito ou de fato, executam funções ou tarefas públicas, desde

que sejam, perante a Administração, responsáveis pela consecução das obrigações, tarefas, serviços ou missões que lhes sejam cometidos. O conceito que se infere da letra do art. 327 é o material, já que o funcionário foi ali considerado *ratione materiae*. Outra dúvida ocorre em relação aos que se equiparam a funcionário público, pelo exercício de cargo ou função pública em entidades paraestatais, já que o próprio conceito da paraestatalidade é difícil e controvertido, como esclarece Sílvio Santos de Faria, na sua obra **Aspectos da Parafiscalidade**.

53. Mas, pouco a pouco, a *mens legis* vai evoluindo para ampliar o conceito formal de funcionário público, como se observa, inclusive, no art. 93 do Decreto-Lei nº 200/67:

“Quem quer que utilize dinheiros públicos terá que justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes.”

54. Um aspecto interessante a ser abordado é o do funcionário de fato, ou seja, as pessoas que episodicamente exercem atribuições pertinentes à função pública de direito, como se fossem funcionários. Ocorre muito em casos de emergência, como nos “engarrafamentos” de trânsito, quando um indivíduo, de boa fé, exercendo função que normalmente seria atribuível a agente da administração (guarda de trânsito), na sua falta, passa a dirigir o fluxo, objetivando o escoamento normal dos veículos. Também é típico da atividade de certos “clubes de serviço”, alguns considerados, até, entidades auxiliares da Administração Pública.

55. Não nos demoraremos na discussão do tema que, por si só, justificaria uma monografia, senão um tratado, e remetemos o exame do assunto aos inúmeros tratados, artigos, textos ou decisões judiciais que, no correr dos tempos, têm cuidado dessa conceituação.

### III. Dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral

56. Não somente o funcionário, ou servidor público, seja em sentido restrito, seja em sentido amplo, comete crime contra a Administração Pública; também pessoas que não tenham qualquer vínculo com esta podem cometer ilícito penal, do qual seja o Estado o sujeito passivo.

57. O art. 328, o primeiro da série, cuida da usurpação de função pública. Caracteriza-se quando o indivíduo, sem a mínima expectativa de título, exerce a função pública, pela fraude. Não é o caso do art. 324, onde existe, pelo menos, uma presunção de titularidade, antecipada ou prorrogada. O elemento material do delito será, pois, o fato de o sujeito ativo fazer-se apenas passar por funcionário público, como se infere do *caput* do artigo, com ou sem vantagem (parágrafo único). O Código teve o cuidado de referir-se só à vantagem, mas é claro que esta será sempre indevida, e pode ser considerada de dois modos diferentes, se a vantagem é apenas pessoal, como prestígio, conceito do indivíduo, sem que se caracterize a falsa qualidade, ou

se a vantagem é material, patrimonial ou pecuniária, quando outros delitos mais graves podem ser caracterizados, como até o estelionato.

**58.** Resistência a funcionário público no exercício da função, que não se confunde com a resistência à violência arbitrária, quando se chegaria até à legítima defesa; na realidade o crime ocorre da mesma forma, somente que em sentido inverso, ou seja, da parte (autora) para o funcionário (vítima), nos mesmos moldes da violência arbitrária do art. 322. O sujeito ativo, no caso, é o particular, e o passivo o Estado, na pessoa do funcionário, agente da Administração Pública. As penas são aplicáveis cumulativamente com as correspondentes à violência.

**59.** O artigo seguinte (330) cuida da desobediência a ordem legal do funcionário. A desobediência pode resultar de ação negativa ou omissão. O sujeito ativo é o particular, resistente, e o passivo é o Estado. A materialidade consiste em desobedecer ordem legal do funcionário. O ato legal deverá ser aquele praticado em relação com a função pública e decorrente de ordem legal de superior hierárquico, ou praticado por funcionário no legítimo exercício de função pública. Se um guarda de trânsito manda parar o veículo para exame da documentação, quando no seu plantão ordinário, ou se funcionando em emergências, caracterizar-se-ia desobediência, mas, se fora desses casos, emite a ordem fora do horário e local do exercício da função, ou sem a identificação funcional (documentos, farda, uniforme etc.) não se caracterizaria a hipótese. A matéria envolve, ainda, o exame do ato discricionário, sobre o qual muito se tem discutido e escrito.

**60.** Desacato a funcionário público (art. 331). Normalmente se confunde com a desobediência a ordem legal do artigo anterior, ou, com mais frequência, com o crime do art. 329, resistência à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça. O sujeito ativo é o particular, ou funcionário, fora do exercício legal da função, e o sujeito passivo é o Estado. Desacatar é o vocábulo chave da conceituação do delito. Será qualquer ato de particular que ofenda a integridade física ou moral de um funcionário no exercício da sua função. Daí a difícil caracterização do crime, porquanto pressupõe, quase sempre, delito mais grave, sem a cumulatividade da pena declarada em outras disposições.

**61.** Seguem-se a exploração de prestígio, a corrupção ativa, contrabando ou descaminho, impedimento, perturbação ou fraude de concorrência, previstos nos arts. 332 a 335, onde se caracteriza a ação em sentido inverso, ou seja, por particular, de idêntico ilícito praticado por funcionário e objeto de disposições anteriores. Apenas digno de nota o artigo 333, corrupção ativa, onde, além do que já se disse em relação ao artigo 317, anotaríamos a ementa do acórdão proferido pelo Tribunal Federal de Recursos, e publicado no DJ de 13-6-77, pág. 3.908:

“A. Crim. nº 2.795 — PA — Rel.: Sr. Ministro Armando Rolemberg. Rev.: Sr. Ministro José Neri da Silveira. Aptes.: Jorge de Oliveira Dupin e outros. Apda.: Justiça Pública. Advs.: Drs. Orlando de Melo e Silva, Ruy Barata e Sizenando Rodrigues de Barros Filho e outros. Designado p/lavrar o Acórdão o Sr. Ministro Aldir Passarinho.

*Decisão: A Turma, por empate na votação, vencidos os Srs. Ministros Relator e Revisor, deu provimento parcial à apelação de Jorge Oliveira Dupin, Márcio José de Azevedo Ottoni e Orlando da Silva Lima para reduzir a pena aos mesmos impostas a 2 anos de reclusão, correspondendo a 8 meses pelo crime de descaminho e 16 meses pelo de corrupção ativa; por unanimidade, reconsiderando-se nesta parte os Srs. Ministros Relator e Revisor, acolheu o recurso de Antonio Arnaud Sampaio para reduzir a pena ao mesmo imposta a 2 anos de reclusão. (Em 26-5-75 — 3ª Turma).*

**EMENTA — Corrupção Ativa. Corrupção Passiva. Descaminho.**

*Comprovado que ficou terem os acusados oferecido vantagem indevida a funcionários públicos que praticaram violação a dever de ofício, caracteriza-se, por tal motivo, o crime de corrupção ativa, daí decorrendo a imposição da penalidade prevista no art. 333 do CP com o acréscimo pela qualificação do parágrafo único do mesmo artigo.*

*Se embora despachada a mercadoria, em nenhum instante ficou ela à disposição dos passageiros; e tendo mesmo desde o momento do despacho ficado sob o total controle das autoridades fiscais e policiais, cabível é que se caracterize apenas a tentativa de descaminho, com a pena prevista no artigo 334 do Código Penal.*

*O funcionário que recebeu a propina para praticar ato com infringência de dever funcional cometeu o crime de corrupção passiva (art. 317 do CP). Se ocorreu corrupção com vistas a facilitação do descaminho (art. 318), prevendo o § 2º do art. 317, como forma qualificada de corrupção passiva, chegar o funcionário a praticar o ato com infração de dever funcional, dá-se o conflito aparente de normas, com a aplicação da pena prevista no art. 317 com a qualificação do seu parágrafo primeiro, até porque a pena máxima do crime tipificado no art. 317 é maior que a do art. 318, embora a pena mínima deste último seja maior que a daquele.*

*Embora sejam atos distintos os pertinentes à corrupção passiva e à facilitação de contrabando ou descaminho, é certo que o § 1º do art. 51 do Código Penal não se refere a um só ato, mas sim a uma só ação, pelo que há de ver-se se ocorreu unidade de conduta e não prática de um só ato ou ocorrência de um só fato. A aplicação, assim, para o funcionário, da pena do art. 317 do CP com a qualificação do seu § 1º, mas em dosagem não inferior ao mínimo previsto para o crime do art. 318 do Código Penal.”*

#### **IV. Dos crimes contra a administração da justiça**

**62.** Nesta última parte, examinaremos os crimes contra a administração da justiça, os quais, embora capitulados na parte relativa aos “crimes contra a Administração Pública”, no Código Penal, alguns autores os consideram à parte, em razão de não atingirem, especificamente, diretamente a

Administração Pública, mas, isto sim, os atos jurisdicionais das autoridades, como são considerados em outros países. No Direito Brasileiro, porém, desde que assim capitulados, não há que digressionar da fórmula adotada, inclusive porque guardam grande consonância com aqueles. Dentre estes citamos Nelson Hungria, Hely Lopes Meirelles (ob. cit., pág. 457) e Fernando H. Mendes de Almeida (ob. cit.).

**63.** O primeiro crime examinado no Capítulo (art. 388) é de reingresso de estrangeiro expulso que tem como pressuposto a decretação e execução regular da expulsão. O sujeito ativo é sempre particular, estrangeiro, e o sujeito passivo é o Estado. A materialidade do crime se traduz no reingresso fortuito, sub-reptício e irregular, ao território brasileiro. Mas ocorre-nos indagar: se o expulso, ao retornar ao país de origem, ou em outro país qualquer, configurada a hipótese de perseguição política, pedir asilo em representação diplomática brasileira? Como encarar o fato, se o seu simples ingresso na representação, dada a extraterritorialidade que tem, já caracteriza o reingresso em território brasileiro? Se o Brasil mantém convenção para extradição, resolve-se a questão, mas se não mantém, nem por isso deverá admitir a permanência do expulso por período maior que o da pena cominada no artigo (1 a 4 anos) sem prejuízo de nova expulsão, se não preferir, desde logo, inadmitir o asilo e expulsá-lo novamente. Como se vê, não é fácil a solução.

**64.** Denúnciação caluniosa (art. 339) é o crime de quem *mala fide*, diz Nelson Hungria, atribui falsamente a pessoa individuada uma determinada infração penal (crime ou contravenção), provocando contra o acusado atividade policial ou judicial. Neste caso, a materialidade se define no ato que atribui infração penal verdadeira a quem dela não participou ou que atribui a alguém infração penal inexistente. Não se confunde com o falso testemunho, dada a vinculação do agente ativo, nesta última ao processo judicial, policial ou administrativo, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, deixando o crime de ser punível se retratado antes da sentença, e agravada a pena de 1/3 se cometido mediante suborno e se para produzir prova em processo penal, conforme estatui o art. 342. — A denúnciação deve ser objetiva ou subjetivamente falsa, devendo estar em contradição evidente com os fatos. A jurisprudência, todavia, tem firmado que o processo contra o denunciante deve aguardar o reconhecimento judicial da inocência do denunciado.

**65.** A comunicação falsa de crime ou contravenção, prevista no art. 340, guarda certa sintonia com a denúnciação caluniosa e com o falso testemunho, visto como opera pela comunicação à autoridade da ocorrência de crime ou contravenção que sabe não se ter verificado. É de difícil constatação, porquanto a ocultação do crime ou do criminoso, sendo delito mais grave, via de regra, sugere ao agente ativo da falsa comunicação correr o risco, ante a ocorrência, ainda que aparente, do crime denunciado.

**66.** A coação no curso do processo, a fraude processual, o favorecimento pessoal ou real (previstos nos arts. 344, 347, 348 e 349) são todos capitulados em defesa da boa marcha do processo ou da ação da justiça. Sujeito

ativo são todos os que se encontrem, como autores, ligados à materialidade do fato, e o sujeito passivo é o Estado.

**67.** Fazer justiça com as próprias mãos, ou exercício arbitrário das próprias razões, como está no art. 345, e a ação destruidora sobre coisa própria em poder de outrem por determinação judicial não têm merecido grande preocupação dos autores, porque geralmente o ato delituoso, ou infração, são caracterizáveis como outros delitos.

**68.** Crime cuja caracterização ou materialidade também se torna duvidosa, na prática, é o exercício arbitrário ou abuso de poder, de difícil verificação. Há, todavia, que interpretar-se cuidadosamente o disposto no art. 350, principalmente nos seus itens I a IV.

**69.** Os artigos seguintes, 351 a 354, contêm matéria carcerária ou referem-se a medidas de segurança do criminoso objeto da ação delituosa aqui capitulada.

**70.** O art. 355, porém, sobre o patrocínio infiel, cuja oportuna definição do delito não se pode nem de leve discutir, refere-se ao advogado que trai o dever profissional, prejudicando interesse cujo patrocínio em juízo lhe é confiado. Além da materialidade que se traduz em agir, propositadamente em prejuízo do seu constituínte, o procurador ou advogado fere a ética profissional e sujeita-se, concomitantemente, às sanções previstas na norma específica. O artigo seguinte, 356, tem íntima ligação com o anterior, diferindo, porém, porque pode ser praticado em benefício da parte do constituínte, pelo seu procurador ou advogado.

**71.** O art. 357 prevê o crime de, mediante falsa alegação, influir juiz ou jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha, solicitar ou receber dinheiro da parte. De modo geral o fato, quando comprovado, acarreta outras cominações por crimes mais graves previstos no Código Penal.

**72.** A violência ou fraude em arrematação judicial (art. 358) geralmente se conceitua de forma semelhante à conceituação do crime previsto no art. 335 com a diferença de que o objeto da tutela penal no primeiro caso é apenas a arrematação quando promovida, não por entidade de direito público, mas por particular. Também aqui vale considerar que a comprovação do delito pode trazer, em seu bojo, a caracterização de delito punível com pena mais grave.

## V. Conclusão

**73.** Importante, ao que percebemos, é que não se confundam as jurisdições administrativa e criminal. Ocorre-nos lembrar que, muitas vezes, ao concluir da apuração de ilícitos administrativos, as comissões de inquérito terminam por definir ou enquadrar o ilícito na conceituação criminal, invadindo a área de competência e jurisdição do Poder Judiciário. Já por diversas vezes têm o STF e o TFR se manifestado a esse respeito, consoante anota Waldir dos Santos no seu trabalho **O regime disciplinar do servidor público no Judiciário:**

## "I — JURISDIÇÃO DISCIPLINAR E PENAL

A jurisdição administrativa não é mais do que o exercício mediante formas processuais análogas às prescritas ao processo judicial, do poder administrativo ordinário ou comum. A sentença penal pronunciada sobre o mesmo fato que constitui objeto de processo disciplinar vincula a autoridade administrativa", ensina-nos Francisco Campos (*Revista Forense*, volume 171, página 75).

E prossegue:

"Declarado pela Justiça Penal inexistente o fato delituoso, único dentre os apurados no processo administrativo que autoriza a exoneração do funcionário, não podem subsistir contra este os efeitos da sanção disciplinar que lhe foi aplicada."

Mas, "pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público". (Súmula 18 do Supremo Tribunal Federal.)

Assim como, "é inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira." (Súmula 19.)

Ora, quando se tratar de fato único, pode ele ser negado pelo Judiciário ou pode não ser reconhecida nele configuração de ilícito penal. No primeiro caso:

"Se a justiça criminal nega a existência do fato, não pode subsistir a pena disciplinar imposta pela autoridade administrativa com base nesse mesmo fato." (Recurso Extraordinário nº 39.505-DF, in "DJ" de 26-3-62 — Apenso, pág. 70) e,

"Funcionário demitido a bem do serviço público com fundamento em processo administrativo e absolvido em ação penal intentada pelos mesmos fatos, tem direito líquido e certo à reintegração, na ausência de qualquer resíduo." (Decisão por maioria — RMS 9.826-SP, in "DJ" de 3-1-63 — Apenso, pág. 16, e *Revista Trimestral de Jurisprudência*, volume 24, pág. 401.)

Entretanto,

"Absolvição criminal. Resíduo. Mantida a demissão porque não excluída a possibilidade de ter havido resíduo para a punição administrativa." (RE 55.101-SP in "DJ", 11-8-65, pág. 1932; e ERE 55.101-SP, in "DJ", 20-11-67, pág. 3.844.)

No segundo aspecto, tem que se ter em vista que "o mesmo fato pode não ser bastante grave para configurar um crime e, todavia, constituir falta que justifique uma pena disciplinar como é a demissão". (RE 50.722-GB, in "DJ", 16-11-63 — Apenso, pág. 760, e *RTJ*, volume 23, pág. 491; MS 15.166-DF, in "DJ", 27-5-66, pág. 1.785, e *RTJ*, volume 37, pág. 21; RE 55.074-PE, in "DJ", 20-8-64 — Apenso, pág. 623; MS 8.369-DF, in "DJ", 12-9-61, pág. 1.897; MS 18.664-DF, "DJ", 8-8-69, pág. 3.390.)



Assim é que,

“Se a justiça criminal negar o fato ou a autoria, já não será possível, com base nele, manter a demissão, pois que cumpre observar o princípio segundo o qual, embora sejam independentes a responsabilidade civil e a criminal, não mais se poderá questionar no cível sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.” (Código Civil, art. 1.525). (RE 50.722-GB; MS 15.166-DF; RE 55.074-PE.)

Com efeitos diferentes dos da absolvição por ter o Judiciário negado o fato, temos a absolvição penal por falta de prova que “não exclui a verificação administrativa da falta funcional”. (RE 43.964-RJ, in “DJ”, 1-10-62 — Apenso, pág. 514.)

“Ilícito penal e ilícito administrativo. A absolvição por insuficiência de prova para a condenação no Juízo Criminal não afasta a aplicação da sanção administrativa, decorrente de processo regular. Inteligência do art. 1.525 do Cód. Civil e do art. 386, VI, do Cód. de Processo Penal.” (RE 67.837-PR, “DJ”, 20-2-70, pág. 457.)

Ainda, “a sentença absolutória no juízo criminal, por não existir prova para a condenação, não impede o procedimento disciplinar na instância administrativa” (decisão contra os votos dos Ministros Vilas Boas, Relator; Hermes Lima e Victor Nunes Leal — Embargos em Recurso Extraordinário (ERE) 50.886-SP, in “RTJ”, volume 41, pág. 552).

Assim, “a jurisdição administrativa disciplinar não fica prejudicada pela sentença absolutória, do Juízo Criminal, se este não negou a ocorrência do fato incriminador, atribuído ao funcionário, nem a sua autoria.” (RE 45.766-GB, in “DJ”, 11-8-61, página 1.609.) Com a mesma orientação dos julgados do Tribunal Federal de Recursos: Apelação Cível 19.864-GB, in “DJ”, 22 de agosto de 1966, pág. 2.788, e Apelação Cível 17.439, in “DJ”, 8-9-64, pág. 3.218; AC 20.678-PB, in “DJ”, 5-10-70, pág. 4.622.

Como também, “a decisão no processo administrativo não depende da criminal, a não ser que decida sobre a existência do crime ou da sua autoria”. (RMS 17.367-PB, in “DJ”, 28-6-68, pág. 2.441.)

Admite-se também que “a Administração pode, mediante processo administrativo, demitir o funcionário antes do pronunciamento da justiça sobre a imputação de crime a ele feita”, não aceitando a argumentação de que, “enquanto não julgado criminalmente, não podia ser afastado do cargo”, porque “isto seria a subversão das normas administrativas”. Entretanto, “se houver absolvição, então, volta-se atrás e é o funcionário reintegrado em suas funções”. (MS 6.989-GB, in “DJ” 17-9-62 — Apenso, pág. 457, e RTJ, volume 14, pág. 88; MS 16.404-DF, in “DJ”, de 18-5-67, pág. 1.431, e RTJ, volume 41, pág. 599.)

Da mesma forma que “o que pode constituir coisa julgada é a absolvição pelo juiz, não o fato de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia”, pois que só a decisão judicial, com trânsito em julgado, negando a

existência ou a autoria do fato que determinou a punição, poderia prejudicar a jurisdição administrativa." (MS nº 19.820-DF, in "DJ", de 1-7-70, pág. 2.754.)"

74. A harmonia social, ideal que se busca realizar na organização política e administrativa do País, não encontra apenas na definição do ilícito penal, na pena que coíbe, a garantia que se pretende obter, senão os tribunais criminais estariam desertos e as prisões vazias, restando ao aparelho judiciário o exame de questões civis, ou de outra ordem, que não penal.

75. Vale dizer que em nada resulta se o Estado, além da organização dos serviços, do aparelhamento administrativo, judicial e legal, não promove a educação do homem, o seu treinamento para o convívio social. Não basta que o indivíduo não pratique o ilícito por medo da consequência; é preciso que não o faça porque lhe repugnam a lesão, a infração, o ilícito — porque sabe que só o bem gera o bem e, em decorrência, o mal não pode gerar o bem. Sendo a nação o conjunto de indivíduos, e o Estado a nação politicamente organizada, evidencia-se que o homem é a meta, a razão de ser da própria existência do Estado e é visando o homem que o Estado deve agir, identificado com a ordem jurídica, jamais considerado como um fim em si mesmo, pois que é meio e como meio deverá sempre agir, ministrando a justiça, provendo, com os serviços que presta, o bem comum.

#### BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- 1) ALMEIDA, Fernando H. Mendes de — *Dos crimes contra a Administração Pública.*
- 2) CAMPOS, Francisco — *Exposição de Motivos — Código Penal.*
- 3) FARIA, Bento de — *Código Penal Brasileiro.*
- 4) FARIA, Sílvio Santos de — *Aspectos da parafiscalidade.*
- 5) FONTOURA, Amaral — *Sociologia jurídica.*
- 6) GARCIA, Basileu — *Instituições de Direito Penal.*  
*Dos crimes contra a Administração Pública.*
- 7) GEZE, Gaston — *Droit Administratif.*
- 8) HUNGRIA, Nelson — *Comentários ao Código Penal.*
- 9) LIMA, Miranda — *Do crime de usurpação de função pública.*
- 10) MEIRELLES, Hely Lopes — *Direito Administrativo Brasileiro.*
- 11) MORAIS, Dídimo de — *Peculato.*
- 12) SANTOS, Waldir dos — *O regime disciplinar do Servidor Público no Judiciário.*
- 13) SILVA, Gomes da — *Contrabando e descaminho.*
- 14) VALINE, Marcel — *Traité Élémentaire de Droit Administratif.*

# Facetas del llamado derecho automovilístico

JORGE ENRIQUE VALENCIA M.

Juez 4.º Penal del Circuito de Cali, Profesor de las Facultades de Derecho de las Universidades Libre, Seccional Cali y Santiago de Cali, Colombia.

## INTRODUCCION

Ciertamente no nos es posible, y estaría por lo demás fuera de borda, pretender conglutinar, en unas tasadas líneas, el examen de la vasta y fértil disciplina del "derecho automovilístico", en todo lo que él simboliza como fruto de una calificada y apasionante vocación intelectual.

Una sola cuestión motiva y circunscribe la reflexión que intentaremos pergeñar: la negación del nacimiento de un derecho de circulación, especial y autónomo en la legislación nacional, para admitir, no más, la incontrovertible especialización de sus principios normativos vistos a través de sus proyecciones en los planos civil, penal y procesal penal.

El derecho a la tutela judicial en la materia, gracias a las descompensadas fluctuaciones de la jurisprudencia, no es coincidente ni parejo y por contra se juzga cimbreado y dúctil como el cónon arquitectónico de Lesbos. Por doquier, y es *communis opinio* de los doctores, se advierten fallos undívagos y discrepan-

tes. El escrutinio comparativo, que antes gozaba de cierto visible mecanismo de resonancia psicológica, ha pasado a un plano trivial e intuitivo donde la rutina o el virtuosismo dialéctico suplen la perspectiva cierta o el juicio acertado. Si se tiene la buena voluntad de descender a la raíz valorativa de las prácticas del tráfico judicial (autos y sentencias), protuberantemente se palpa la inhabitual sensación de estar gobernados por movimientos jurídicos antónimos, cuando la visión legal debería ser unitaria o al menos aproximada. El nivel de desacuerdo a escala regional alcanza tal atmósfera de consternamiento, que los letrados que acuden al foro se informan, *ab initio*, del Despacho Judicial que conocerá del proceso, para luego sí, en actitud de reverente veneración hacia la tesis que apadrina su titular — *imbutus admiratione* — y que usualmente no comparten, exhibir una similitud conceptual oportunista y sensiblemente grosera.

Este género de maquiavelismo jurídico que pretende manipular la jurisprudencia como un adocenado instrumento de ocasión, florece en el medio con más frecuencia y periodicidad de lo que se imagina. La interpretación del Derecho Penal pierde así, lastimosamente, su penetrante autoridad y su exquisito deber por la difusión de la verdad, para quedar rebajada — quién lo creyera — al prosaico esquema de la finitud que es menos que la nada.

Como no hemos atravesado el Jordán para publicar nuestra posición purificada de riesgos o saturada de una deliciosa originalidad, que desalentadoramente no existe, entramos de lleno a lo anunciado, sin el abdicante temor de que las proposiciones se tilden de inválidas o descompuestas. Al fin y al cabo es función de los omnisapientes ignorar toda creación jurisprudencial nacida del poder de juzgar, a la cuál, solo póstumamente, se le reconoce ascendiente y autoridad. Oportuna la cita de BOULANGER: "La jurisprudencia subsiste solo a condición de no disgustar la *patientia principis*".

## LA CUESTION DE LA AUTONOMIA

Es menester alejar, desde ya, cualquier pretensión por ensamblar el conjunto de preceptos jurídicos que regentan lo concerniente al difuso y heterogéneo mundo del transporte, dentro de las rígidas y agarrotadas molduras de la autonomía científica.

La civilización jurídica actual volcada hacia un dinamismo renovador de actitudes, vé con razón o sin ella, en todo acervo de experiencias judiciales, una parcela relativamente inexplorada que rebosa circunstancialidad y exige definiciones. Y esta parva dimensión del conocimiento humano bien pronto gana altura y proceridad, dentro de unos cuantos metros cuadrados de superficie, en la crédula pretensión de institucionalizar una serie insular de normas y reglas particulares bajo un todo uno.

A decir verdad, no hay ámbito de validez jurídica que se respete, que no pretenda, ganoso de novedad, salir de su núcleo íntimo para proclamar la liberación de preceptos singularmente homogéneos bajo la tutela de una anormal y recargada inclinación de fraccionamiento y disgregación del sempiterno *ius civile*. El problema — se relieva — no es patente en este sector. Son múltiples los gajos que aspiran, con intripidez de creación legal, a escindirse en nombre de una censura histórica apenas perceptible o de una aparente insuficiencia

pragmática, del viejo tronco jurídico, cuya ramificada fronda de vivencias, permanece hoy por hoy, relativamente cohesionada.

## SU ESPECIALIZACION

Lejos de admitir la tan ponderada autosuficiencia del derecho de circulación, no es dable desimaginar, sin embargo, ciertos rasgos de especialización que brotan del cultivo doctrinario y de la aplicación cotidiana de las máximas que le sirven de sustento. El particular desarrollo del automóvil en la vida contemporánea, sus múltiples aspectos, peculiares situaciones y complejo cariz legal determinan una zona saliente dentro del orden legislativo y un agitado e incesante movimiento de atraentes objetivos, que de ninguna manera pueden ignorarse o simplemente pasar inadvertidos. Una creación de tan monumentales proporciones, un invento tan extraordinariamente portentoso, que desempeña culminante función en todas las actitudes del progreso humano y que paradójicamente debe solventar muchas veces con la muerte y la destrucción, su tributo a la técnica y a la civilización no podía escapar al inexorable destino de su regulación jurídica.

En el derecho positivo patrio pese a la diversidad de sus fuentes y a lo disperso de sus cánones, la magnitud y el valimiento de su normatividad, son marcadamente atendibles, si bien ellas no meritan categoría autónoma propia, como que son emanaciones o desmembramientos del derecho común. No ostenta en consecuencia la legislación colombiana las notas y las dimensiones alarmantes de una fuerte corriente de opinión jurídica que ha tomado asiento en Italia y ha encontrado eco y resonación en otros países europeos, que reclama con pertinacia, contra las reglas clásicas, la emancipación legal y la autonomía científica del excitante "derecho automovilístico".

A simple título de escaqueo mental consignaremos a renglón seguido las aplicaciones jurisprudenciales y doctrinarias del mismo:

### 1) LEGISLACION CIVIL

En su aspecto civilístico, se destacan:

1) Tiene aceptada la doctrina de la Corte la responsabilidad civil de los propietarios de las bombas de gasolina cuando en virtud de un contrato de depósito o de una convención de servicios profesionales, el automotor se extravía e incluso se tolera la coexistencia de ambos contratos en paridad de circunstancias fácticas.

Si un automóvil — *exempli gratia* — es dejado provisionalmente, con la anuencia del propietario o administrador de un garaje, taller o cualesquier otro establecimiento similar, para que sobre él se ejerzan actos propios de celaduría o para desarrollar servicios técnicos de reparación, limpieza o lavado general, así existan previamente avisos liberatorios que exoneren de todo tipo de responsabilidades a las autoridades de dichos comercios, tales cláusulas, en tratándose de una convención, *ad pedem litterae*, o tales amonestaciones, de no crearse una relación contractual escrita, carecen de validez jurídica, desde luego cuando se dan puntualmente, además, las complementarias exigencias del memorado acuerdo de voluntades. De no ser así, como lo puntualiza la Corte de Casación Civil se dejaría de otorgar al acreedor el derecho y los medios de compeler al deudor

al cumplimiento forzoso, pues que estaría desprovista de toda trascendencia una obligación a cuyo cumplimiento pudiera éste sustraerse caprichosamente.

Explanemos el pensamiento de la Suprema a propósito de lo dicho:

“V) El pacto de lavamiento de vehículos automotores va unido al depósito de los mismos, cuando para la prestación del servicio se entregan a quien lo presta, quedando bajo su guardia. Presentandose la combinación de estos dos contratos no es posible confundirlos en uno solo olvidando su coexistencia, ni menos desvirtuar el segundo, porque tal proceder, a más de desfigurar la verdadera voluntad de los contratantes, conduciría a que la responsabilidad del depositario se esfumase, lo que será ciertamente inaceptable por lesionar el orden social.

VI) Conjugando la doctrina referente a la unión de contratos, a que sinteticamente se aludió atrás, con los requisitos esenciales del depósito contractual, no hay duda de que la convención jurídica acordada el 20 de mayo de 1967 por Manrique Pardo con Ballesteros Sierra, además del pacto de arrendamiento de un servicio material a virtud del cuál éste se obligó a lavar en su bomba de gasolina el volkswagen de propiedad de aquel, a cambio del precio que éste le pagaría por tal servicio, se configura también otra situación que se subsume en los supuestos fácticos que según la ley estructuran el contrato de depósito. De consiguiente, por concurrir en él todos los requisitos propios de este tipo especial de convención jurídica, corresponde regir sus efectos por las reglas legales establecidas para ella.

Si el carro fué conducido por su dueño a la bomba de expendio de gasolina “Bochica”, con el fin de que se le hiciera la limpieza del motor; si con la autorización del propietario del establecimiento se colocó el vehículo dentro del espacio territorial donde la empresa se halla situada; y si el director de ésta lo dió por recibido y recibió también las llaves para ponerlo en movimiento, es indudable que en el mismo acto se ajustaron simultáneamente dos contratos: el de depósito y el de arrendamiento de servicios, subordinado éste a aquel, pero unidos ambos exteriormente como un solo todo, tal cuál aparece de la tácita intención de las partes.

La tesis fundamental del recurrente, cuya esencia está en la aseveración reiterada de que como no se hizo entrega material del vehículo no se configura el contrato de depósito, queda ampliamente infirmada con la repetida confesión del demandante, tal cuál lo dedujo el Tribunal, por lo que no incurrió en error de hecho al respecto. En efecto, éste al contestar el hecho primero de la demanda y al responder las preguntas 4, 6, 8 y 15 del pliego de posiciones que absolvió el 9 de agosto de 1967, confesó una y otra vez que si recibió aquel día el carro, junto con las tres llaves que le entregó el demandante, correspondientes todas al automotor. Este hecho lo confirman la afirmación que hizo en las posiciones de que “lo anotó en la planilla del movimiento de servicios de la estación”, y la inspección ocular practicada el 3 de octubre del año siguiente en el cuál se comprobó la veracidad de este aserto.

Si la entrega de la cosa, que es presupuesto de la esencia del contrato de depósito, se puede hacer “de cualquier modo que transfiera la tenencia de lo que se deposite”, es inusitado afirmar, por contrariarse el espíritu y la letra de

los artículos 754 y 2.238 del Código Civil, que los hechos anteriores no constituyen entrega a título de tenencia.

VII) Es evidente que el depósito, muy a pesar de su carácter real, no se perfecciona como contrato si la entrega de la cosa no viene precedida del consentimiento mutuo de depositante y depositario. Injurídico sería exigir de éste las obligaciones de tal si no ha tenido voluntad de adquirirlas.

Más que de ello sea así no puede seguirse, como lo pregona el recurrente, que en el caso *sub judice* no hay tal convención jurídica por absoluta ausencia de la voluntad de Ballesteros para celebrarla, apoyado en que los avisos exhibidos al público en su establecimiento mostraban de su parte el querer contrario, desde luego que en ellos se anunciaba "expresa, clara y paladinamente que la Estación Bochica no tiene establecido ni presta el servicio de parqueo o aparcadero y que en consecuencia no se hace cargo de la vigilancia, cuidado o guarda de los vehículos que son llevados a ella". Tales estipulaciones, unilaterales en efecto, no pueden considerarse con virtualidad para dar por demostrada la falta de voluntad del depositario no solo porque ellas no llaman necesariamente atención del depositario y por cuanto éste no ha tenido oportunidad de discutir las, sino también y fundamentalmente porque al recibir las llaves del automotor dejado allí, para movilizarlo dentro del establecimiento donde se prestan los servicios de lavamiento y engrase, se ejecutaron actos positivos con fuerza suficiente para deducir que esa voluntad inicial publicamente manifestada se había revocado o infirmado para manifestar tacitamente la contraria." (1)

2) La descomunal aparición de la máquina, su tenaz evolución y la revolución tecnológica con sus alcances de increíbles dimensiones, ha transmutado y de que manera la vida del siglo que agoniza. Si bien trajo sorprendentes privilegios creó al tiempo desconcertantes peligros. Y no podía la jurisprudencia, acuciada por la realidad desbordante, permanecer ociosamente impasible ante la variada gradación de fenómenos que tempranamente se presentan en el campo de la responsabilidad civil extracontractual.

Las actividades peligrosas nacidas del uso generalizado de la máquina y demás aparatos mecánicos no solamente comportan riesgos, conflictos y peligros inminentes para los hombres, sino que, además, en un plano colateral, determinan diversas lesiones de menor linaje y conducta, que resultan en veces inevitables de neutralizar, algunos de cuyos matices y visos fueron puestos en evidencia en un cardinal fallo de la Corte, calendado a abril 30 de 1976, sobre responsabilidad aquiliana por contaminación del medio ambiente, aún sin publicar en la Gaceta Judicial.

Reclama el legislador un obrar prudente socialmente adecuado, una mesurada diligencia y un especial modelo de comportamiento a quienes ejercitan movimientos mecánicos que generan inseguridad. Y es que resulta de elemental justicia y equidad que quienes en desarrollo de actividades peligrosas crean asiduamente zonas de riesgos y territorios de inestabilidad, se vean compelidos no solo a observar disciplina y sensatez en la conducción de los complejos artefactos en los cuales se moviliza el hombre, sino también a que se les considere culpables de todo detrimento patrimonial producido por el actuar indiligente, acreditando solo para desvastar esa *praesumptio iuris tantum* que se erige en su

(1) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de marzo de 1972.

contra, una causal eximente de culpa: fuerza mayor, caso fortuito o imprudencia exclusiva de la víctima. Tal la razón de ser del artículo 2.356 del Código Civil Colombiano.

Es copiosa y uniforme la doctrina de la rectora de la jurisprudencia, sobre la exégesis del cánón predicho. Extractaremos las más notables:

“A fin de favorecer a las víctimas de los daños ocasionados en ciertos acontecimientos, la jurisprudencia patria, apoyada en la preceptiva contenida en el artículo 2356 del Código Civil, ha admitido un régimen conceptual y probatorio propio de las denominadas actividades peligrosas, porque cuando el hombre utiliza en su propia labor una fuerza extraña, él aumenta la suya y este aumento rompe el equilibrio que antes existía entre el autor del accidente y la víctima. Se coloca así a los demás asociados, por el ejercicio de una actividad de la naturaleza dicha, en inminente peligro de recibir lesión aunque se desarrolle observando toda la diligencia que ella exige.

Su referido régimen especial consiste sustancialmente en que, cuando el daño se causa en el ejercicio de una actividad peligrosa, se dispensa a la víctima de presentar la prueba, con frecuencia difícil, de la incuria o imprudencia de la persona a la que demanda la reparación; es decir, que en tal evento se presume la culpa de ésta por ser ella quien con su obrar ha creado la inseguridad de los asociados, presunción que no puede ceder sino ante la demostración de que el perjuicio fue el resultante de una culpa exclusiva de la víctima, de una fuerza mayor, de un caso fortuito o de la intervención de un elemento extraño.

Para la aplicación del régimen propio de esta especie de responsabilidad civil, el carácter peligroso de una actividad no puede, sin embargo, tomarse con criterio absoluto, sino relativo a la naturaleza propia del acto y a las precisas circunstancias en que se realizó. La culpabilidad se presume sí, pero en aquellos casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural permite imputar a la incuria o imprudencia de su autor.

Llevando el razonamiento a sus extremos últimos, podría decirse que todas las actividades humanas son eventualmente peligrosas; pero lo que sí se muestra como indiscutible es que, colocadas dos de ellas como concurrentes en el mismo acontecer dañoso, la una entraña más peligro que la otra, a tal punto que su mayor trascendencia puede llegar hasta excluir la naturaleza que de tal pudiera atribuirse a esta, pues la intervención de la primera en el evento perjudicial es tan decisiva y preponderante que deja sin relevancia los hechos de la víctima que pudieron haber intervenido en el acontecimiento.

La circulación de automotores ha creado un riesgo social propio, al cual es preciso atender, estableciendo la responsabilidad de sus conductores mediante la conjunción de los criterios objetivo y subjetivo.

Como las normas de tránsito existentes no alcanzan a prever todas las precauciones necesarias para asegurar una circulación exenta de daños a terceros, es preciso que se obligue a los conductores, si aspiran a que



se les repute como hombres prudentes, no solamente a viajar a velocidad moderada y a cumplir las demás prescripciones reglamentarias, sino también a estar atentos a los obstáculos de la vía, y aún, cuando ello fuere menester, a extremar sus cautelas para evitar los accidentes.

La velocidad promedio de 50 kilómetros por hora, por ejemplo, que es razonable para una carretera recta, amplia y libre de estorbos, se torna excesiva e imprudente para quién conduce una máquina automotriz por camino curvado, estrecho o congestionado de obstáculos.

Se impone así reconocer la responsabilidad del motorista que viendo obstáculos en la carretera por la cual transita, pero situado a la distancia que le es suficiente para detener la marcha de su vehículo, o cuando menos para reducirla al máximo, no lo hace sin embargo y en la continuación de su carrera ocasiona el accidente." (2)

Y esta otra:

"Sin embargo, cuando el daño se produjo como consecuencia de una actividad peligrosa, dentro de la cuál se ha considerado siempre la conducción de vehículos automotores, la norma aplicable es el artículo 2356 *ibidem*, que consagra explícita e inequívocamente una presunción de culpabilidad (LXXXIX, pág. 823 — LXXXIII, pág. 2.186 y XCV. 784). Así, pues, a la víctima que pretende ser indemnizada, le basta demostrar el hecho danoso ocurrido como consecuencia directa y necesaria del desarrollo de la actividad peligrosa que desempeñaba el demandado, es decir está exenta de la carga probatoria en cuanto al elemento culpa (LIX, pág. 820 — LXXI, pág. 114, y LXXIII, pág. 699, entre muchas otras).

Esa responsabilidad civil extracontractual que trata el Título 34 del Libro IV del C. C. comprende no solamente el autor del hecho por el hecho personal suyo, sino también por el hecho de las cosas o de los animales que le pertenecen, o de las personas que de él dependen.

Por regla general, el autor del daño sólo puede exonerarse de su responsabilidad civil extracontractual, cuando demuestra que el perjuicio se produjo por caso fortuito, fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero. (L, pág. 439 — LI, LIII, pág. 650 — LXIV, pág. 745 — LXX, pág. 314). Si la culpa es concurrente, la exoneración será solo parcial." (3)

3) En relación con el fenómeno de la concurrencia de culpas en la producción del evento danoso, admirablemente ha adoctrinado la Suprema:

"Cuando el dano se cause, empero, en el desarrollo de una actividad de las que la jurisprudencia ha calificado como peligrosa, porque con ella se pone a los demás asociados en inminente peligro de recibir lesión aunque se desarrolle empleando toda la diligencia y el cuidado que reclama la indemnización no tiene que demostrar la culpa del de-

(2) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de abril de 1976.

(3) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 11 de mayo de 1976.

mandado, pues esta se presume en tal evento por ser él quien con su obrar ha creado la inseguridad de sus conciudadanos.

Concluyese de lo anterior que en el estado actual de la jurisprudencia, los daños ocasionados en el ejercicio de una actividad peligrosa, cuál es la de conducir vehículos automotores, se presumen causados por culpa del conductor. Más como esta presunción no es de derecho, sino simplemente legal, aquel sobre quien pesa dicha presunción, puede liberarse de ella acreditando que el perjuicio provino de culpa exclusiva de la víctima, de fuerza mayor o de la intervención de un elemento extraño.

Pero como el daño no siempre tiene su origen en la culpa exclusiva de la víctima, o en el descuido único del demandado, sino que, en muchas ocasiones, tiene su manantial en la concurrencia de culpas de uno y otro, en negligencia tanto de la víctima como del autor del perjuicio, entonces, en este último evento, en virtud de la concausa, el demandado no puede ser obligado, sin quebranto de la equidad, a resarcir íntegramente el daño sufrido por la víctima. Si la acción o la omisión culposa de ésta fuera motivo concurrente al perjuicio que sufre, necesariamente resulta ser el lesionado, al menos parcialmente, su propio victimario. Y si él ha contribuido a la producción del perjuicio cuya indemnización demanda, es indiscutible que en la parte del daño que se produjo por su propio obrar o por su particular omisión, no debe responder quien solo coadyuvó a su producción, quien, realmente, no es su autor único, sino solamente su partícipe."

Tal es el fundamento racional y lógico del artículo 2.357 del Código Civil que expresa:

"La apreciación del daño está sujeta a su reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente". Pero reducir, según la inteligencia que a este vocablo da el Diccionario de la Real Academia en el texto transcrito, es equivalente de disminuir, más no de liberar o eximir del pago de la obligación.

La total reparación del daño producido tanto por la negligencia de la víctima como la del demandado, no puede exigirse judicialmente de éste, pues habiendo contribuido también a su producción, la propia persona que lo padece, entonces la solución equitativa es la de reducir su monto. Solo cuando el perjuicio se ocasiona por culpa exclusiva de la víctima, vale decir cuando el demandado no contribuyó a su producción, entonces sí puede declararse que éste queda exento de la obligación de indemnizar.

Habiendo encontrado, pues, el tribunal que la muerte de Horacio de J. y de Efrén de J. se debió no solo a la imprudencia notoria de ellos, sino también a la culpa del demandado Avelino, a pesar de que la negligencia de aquellos fué mayor, no podía liberar a éste de responsabilidad, sino reducir el monto de la condena apropiada para satisfacer el perjuicio sufrido por los demandantes. No habiendo obrado así, quebrantó ciertamente el artículo 2.357, pues entendió que por cuanto a la producción de la muerte de Horacio de J. y

Efrén de J. contribuyeron tanto éstos mismos, como el demandado Hincapié, podía declarar totalmente libre a éste de la obligación de resarcir el daño, apoyándose especialmente en haber encontrado que la imprudencia de los interfectos era mayor o superior a la del demandado." (4)

## II) LEGISLACION PENAL

En el catálogo punitivo se encuentran incorporados los siguientes modelos penales, algunos de los cuales — valga la apostilla — pasaron a convertirse en contravenciones. Se respetará el *ordo temporum* en que los enlista la nomenclatura legal y se seguirá muy de cerca el esquema didáctico que utiliza nuestro inestimable preceptor el Dr. REYES ECHANDIA en su opúsculo ya familiar del Diccionario de Derecho Penal.

1) TITULO VIII del Código Penal: "Delitos contra la salud y la integridad colectivas":

### a) SINIESTROS FERREOS Y AUTOMOVILIARIOS

Artículo 255 del Código Penal: "El que ocasione un siniestro ferroviario o automoviliario, se le impondrá de dos a diez años de presidio".

Sujeto Activo: Cualquier persona. El reato incluso puede ser agotado por los propios maquinistas o automovilistas.

Sujeto Pasivo: La colectividad.

Bién Jurídico Tutelado: la seguridad, protección y salvaguardia del transporte.

El dolo consiste en el conocimiento que tiene el actor de que la acción que realiza es la causa eficiente del siniestro y aún así, a pesar de la representación cognoscitiva, mueve la voluntad a la consecución firme y deliberada del fin propuesto.

El accidente ferroviario o automovilístico debe ser de una extensión de tales proporciones que verdaderamente cause alarma social o conmoción pública, por la dimensión de los daños ocasionados o por la multiplicidad de los bienes jurídicos puestos en peligro, aunque desde luego, como lo enfatiza PACHECO OSORIO (5), "no se requiere que el daño producido sea de una magnitud inaudita".

Sobre los rasgos o atributos de la amplitud o vastedad de la catástrofe, se expresa con singular propiedad el Honorable Tribunal Superior de Bogotá (6), en criterio que compartimos integralmente:

"La ley exige que lo que se produzca sea un verdadero siniestro y no un simple accidente más o menos grave. Es un siniestro, según el diccionario de la lengua, toda avería grave o pérdida importante que sufren las personas o la propiedad. Definición que coincide con la que dan la mayoría de los autores que comentan esta clase de delitos.

(4) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de febrero de 1976.

(5) Derecho Penal Especial, Edit. Temis, Bogotá, 1970, Tomo II, pág. 40.

(6) Revista Justicia, Número 490, pág. 261.

En efecto, MANZINI define el siniestro como "un evento dañoso que afecta a las personas o a las cosas poniendo al mismo tiempo en peligro, en forma extraordinariamente grave, compleja o extensa, la incolumidad de un número indeterminado de personas y ocasionando conmoción y alarma públicas". Pero los tribunales italianos y algunos autores de la misma nacionalidad han insistido mucho en que no debe exigirse que el accidente sea "extraordinario, excepcional y enorme" para que tome la categoría de siniestro, porque entonces "se haría rara y difícil la aplicación de las normas impuestas por el legislador en tutela de la seguridad ferroviaria. Siempre que un accidente ferroviario (choques, vuelcos, explosión, descarrilamiento etc.) tenga por efecto atacar y poner en grave peligro cosas o personas, hay desastre. Por lo tanto la gravedad se deduce, en general, de la importancia y difusión del daño efectivo o presupuesto, del número de las personas atacadas o expuestas a peligro, y de hechos semejantes" (Maggiore).

Y tanto Manzini como Maggiore explican que aún en casos de daño leve, en que no se han ocasionado muertes o heridas, hay desastre o siniestro si se puso en peligro "de modo grave y complejo la incolumidad de cosas y personas".

Delito de peligro.

Admite la forma culposa (art. 263, *ibidem*).

#### b) ATENTADOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LOS TRANSPORTES: DAÑO O DESTRUCCION DE MAQUINAS, VEHICULOS, INSTRUMENTOS, APARATOS Y ACCESORIOS.

Artículo 256 del Código Penal: "Al que dañe o deteriore una vía férrea o automoviliaria, o dañe o destruya máquinas, vehículos, instrumentos u otros objetos necesarios para el servicio de ellas, siempre que de tal hecho se derive la posibilidad de un siniestro, se le impondrá prisión de seis meses a tres años."

Sujeto Activo: Cualquier persona.

Sujeto Pasivo: La colectividad.

Bién Jurídico Tutelado: La seguridad en los medios de transporte.

Delito de peligro y de conducta alternativa.

Admite la forma culposa (art. 275 *ibidem*).

#### c) ATENTADOS CONTRA VEHICULOS

Artículo 257 del Código Penal: "El que arroje cualquier objeto capaz de producir daño, o dispare armas de fuego contra vehículos en movimiento destinados a transporte público, o cambie o altere las señales que regulen el tránsito, se le impondrá prisión de seis meses a tres años."

Este artículo que describía la conducta punible condensada en el acápite anterior y que en otras legislaciones irrumpe como tipo penal subordinado del reato dibujado por el artículo 255 del estatuto represor, supra, fué derogado

expresamente por los artículos 1 y 2 de la Ley 21, de 1973. La parte relevante de las disposiciones, provee:

Ley 21, de 1973, art. 2. — “Al que dispare arma de fuego contra vehículos en los que se hallen personas se le impondrá pena de prisión de dos (2) a cinco (5) años.

Cuando el hecho se cometa contra vehículos en movimiento o destinados a transporte colectivo, la pena se aumentará en la mitad.”

Sujeto Activo: Cualquier persona.

Sujeto Pasivo: La colectividad.

Bién Jurídico Tutelado: La seguridad personal y la protección y salvaguardia de los medios de transporte.

Delito de mera conducta y de peligro.

#### d) OMISION, ALTERACION O DAÑO DE PRECAUCIONES CONTRA ACCIDENTES EN EL TRABAJO O EN LAS VIAS PUBLICAS

Artículo 263 del Código Penal: “El que omita colocar los aparatos, señales o avisos destinados a prevenir accidentes en el trabajo o en las vías de comunicación, o los altere o dañe, se le impondrá arresto de diez días a un año. Si de tal hecho se produjere un siniestro, se impondrá prisión de seis meses a cuatro años.”

El tipo penal en cuestión fué derogado por el artículo 80 del Decreto 1.118, de 1970, que convirtió en contravención lo que antes era delito. El artículo 10 *ejusdem*, reza:

“Al que omita colocar los aparatos, señales o avisos destinados a prevenir accidentes en el trabajo o en las vías de comunicación, o los altere o dañe, se le impondrá arresto de uno a doce meses.”

2) TITULO XV del Código Penal: “Delitos contra la vida y la integridad personal”.

#### a) LESIONES PERSONALES CULPOSAS

Artículo 380 del C.P. Derogado art. 7º, Ley 164, de 1938:

“El que por culpa cause alguna de las lesiones previstas en este capítulo quedará sometido a las sanciones respectivas, disminuídas de las tres cuartas partes a la mitad; y en lugar de la prisión se aplicará el arresto, y del presidio, la prisión.”

Sujeto Activo: Cualquier persona.

Sujeto Pasivo: El individuo lesionado.

Bién Jurídico Tutelado: La integridad sicofísica de las personas.

Delito de resultado que surge al plano jurídico-penal cuando se ocasiona culposamente una lesión en el cuerpo, en la salud o en la psiquis del individuo.

Hay lugar al beneficio de la excarcelación (numerales 1 y 4 de la Ley 17, de 1975).

## b) HOMICIDIO CULPOSO

Art. 370 del C.P. (Derogado por el art. 1 de la Ley 164, de 1938):

El que por culpa cause la muerte de otro, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años, y privación del ejercicio del arte, profesión u oficio por medio de los cuales se ocasionó la muerte, hasta por cuatro años.

Parágrafo. En este caso podrá el juez prescindir de la aplicación de la sanción accesoria señalada en el inciso anterior, cuando del estudio de la personalidad del responsable resulte, de acuerdo con las reglas generales fijadas en los artículos 36 a 40 de este Código, que es poco peligroso para la sociedad, pero sin que sus condiciones personales sean suficientemente satisfactorias para justificar la condena condicional o el perdón judicial" (artículos 80 y 91).

Sujeto Activo: Cualquier persona.

Sujeto Pasivo: La persona fallecida.

Bién Jurídico Tutelado: El derecho a la vida.

Delito de resultado que consiste en ocasionar culposamente (en sus distintas formas de imprudencia, impericia, negligencia o violación de normas o reglamentos) la muerte de un ser humano.

Al tenor de lo estatuido por el artículo 7 de la Ley 17, de 1975, es procedente la excarcelación siempre y cuando se reúnan las exigencias para conceder el subrogado penal de la condena condicional:

"4) En los procesos por delitos culposos incluso el de homicidio cometido con vehículo automotor o de transporte cuando en este caso se reúnan los requisitos para otorgar condena condicional."

## III) LEGISLACION PROCESAL PENAL

### 1) CONCEPTO DEL PERJUDICADO CON LA INFRACCION EN LOS DELITOS DE CIRCULACION.

Conexo a este punto, pero en íntima adhesión con el esquema rector de que se viene tratando, brota una obligada interpelación: acontece en la praxis con notable asiduidad — y tal postura no se predica señeramente de los delitos pluriofensivos sino en general de todo reato — que éste origine un daño patrimonial no solo al titular del bién jurídico protegido en la norma, sino que también afecta, indirectamente, con igual o mayor intensidad, otros intereses ajenos y concretas situaciones subjetivas, para las cuales existe tangible e indubitavelmente el deber de indemnizar.

Precisemos para la realidad el aserto:

El dueño de un automóvil que no ha participado en la colisión de un accidente de tránsito y cuyo vehículo ha experimentado irreversibles destrozos mecánicos o materiales, podrá ser considerado como "perjudicado" con el injusto frente al ordenamiento procesal penal, con todas las aspiraciones, prerrogativas o privilegios legítimos, propios de la aludida condición? O dicho en

giro diverso: pueden elevarse contra el sujeto-agente, en el campo de la litis penal, una formulación jurídica general, destinada a impetrar un resarcimiento económico o la precalificación de consecuencias civiles por todos aquellos que pretenden ser titulares de los perjuicios directos o indirectos, mediatos o inmediatos, ocasionados por el hecho ilícito.

La réplica dentro de su ponderable amplitud es incierta, como incierta y asaz compleja es la posición de *iure condendo* que asumen los prestigiados publicistas nacionales que se han ocupado del asunto. Una de las claves para elucidar el abstruso interrogante radica en el entendimiento que se le dé a la expresión "perjudicado". La connotación, lejos de ser indiferente o vacua, posee una particular valoración jurídico-conceptual que debe glosarse y evaluarse correctamente si no se quiere atesorar una desordenada y anárquica colección de criterios y planteamientos disímiles. Para movernos en dirección al fondo del problema subrayemos el polemizado cauce doctrinal.

GUSTAVO RENDON GAVIRIA — antiguo profesor nuestro — en su afán de encontrar solución a la hipótesis enunciada, exterioriza un criterio omnicompreensivo de la materia, y en este orden, apunta:

"... debe entenderse por persona perjudicada, en nuestro concepto aquella que de una manera inmediata sufre el daño por causa de la infracción, pues si toma en un sentido muy amplio el concepto de perjuicio, podría resultar que personas extrañas al hecho y a las consecuencias propias del delito alegaran derecho a la acción civil por ese motivo. Pero esta clase de perjuicios indirectamente resultantes del delito no son los propios a la acción de que tratamos porque no dependen de las mismas condiciones del ilícito, lo que es indispensable en la acción civil que se adelanta dentro del proceso penal." (7) Énfasis suplido.

En abierta repulsa al juicio anterior el catedrático MESA VELASQUEZ (8) entra en liza, al sostener:

"El titular de la acción civil es quién ha sido perjudicado, directa o indirectamente, con el delito en su defecto sus herederos, ya que aquella es una acción patrimonial y por ende transmisible. Como el hecho delictuoso puede inferir simultáneamente daño a varias personas, puede haber varios agentes de la acción civil. Así lo dá a entender claramente el artículo 24 del C. de P. P., cuando dice que la acción civil para el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal, se ejercerá dentro del proceso penal por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos. Esa es también la opinión de Moncada, muy autorizada por haber sido él uno de los miembros de la comisión redactora del actual estatuto procesal" (Énfasis suplido).

Igual punto de vista ensaya el Dr. TIMOLEON MONCADA, quién ciertamente tiene la autoridad que se atribuye el autor atrás convocado:

"La acción civil puede ser ejercida no solamente por la víctima del delito, sino por toda persona a quién aquel hubiere perjudicado.

(7) *Curso de Procedimiento Penal Colombiano*, Editorial Temis, Bogotá, 1973, pág. 34.

(8) *Derecho Procesal Penal*, Editorial Universidad de Antioquia, 1963, pág. 65.

Ejemplo: se dá muerte violenta al padre de familia, que a su vez tiene el carácter de gerente de una sociedad colectiva, la que recibe perjuicios por ese motivo. Pues bién, no solo los herederos tienen derecho a indemnización, sino también los socios. Esto enseña que la prueba conducente para el ejercicio de la acción civil no es propiamente la del parentesco con la víctima, sino la de la relación económica con la misma. Todo el que demuestre que ha sido perjudicado con la infracción, puede hacerse parte civil, aun cuando no tenga parentesco alguno con el ofendido." (9) (Las rayas son nuestras.)

Ningún apoyo a las definiciones prospectadas patentiza una tercera proposición de ecléctico linaje y equilibradas proposiciones, que ni niega ni aquilata la bondad o el despropósito del *thema decidendum* y que deja en manos de un riesgoso y unilateral poder de convicción, el desenlace de éste. Ental empeño persevera el Doctor FEDERICO ESTRADA VELEZ, cuando puntualiza:

*"Entre las dos tesis extremas, reiteramos nuestra opinión en el sentido de que no pueden adaptarse criterios tan generales y absolutos, sino que después de un estudio de cada caso concreto el juez deberá resolver quién o quienes son perjudicados para los efectos de la acción civil. No puede, pues, restringirse el derecho de acción hasta los límites propugnados por el Profesor RENDON, porque en muchos casos se cercenarían derechos legítimos de personas que han tenido perjuicio resultante del delito, así no pueda predicarse una vinculación directa entre la infracción y el daño, ni se trata de los herederos del occiso, cuando se está juzgando a un homicida. Pero tampoco puede extenderse desmesuradamente el derecho de acción en la forma como lo quiere el Dr. MONCADA, porque los perjuicios que remotamente se originan en la infracción no tienen por qué debatirse en el proceso penal." (10) (El subrayado no corresponde al original.)*

En ejercicio de la Judicatura perpetuamente hemos considerado, con la mayor hondura de pensamiento, y esto desde luego sin menospreciar las respetables posiciones en contrario, que la locución acogida por el legislador no puede ni debe compenetrarse de un sentido tan lato y general que abarque y englobe todos y cada uno de los innúmeros perjuicios que naturalística o eventualmente puedan tener su génesis en la concreción del hacer punible, para justipreciar solo aquellos enlazados por la ecuación autor-perjudicado.

Para el magisterio penal "perjudicado" con el reato no puede ser sino la persona que experimenta directamente un daño con relevancia en la órbita represiva. Si ello es así, como evidentemente lo es resulta cuando menos un descarrío doctrinal que al término *sub examine* se le considere como una institución penal genérica, capaz de cobijar indeterminadamente todas las pretensiones reparadoras o las secuelas civilísticas que no aparecen dentro de las perspectivas de la configurabilidad directa del injusto o que son independientes del delito en la integridad inmediata de su desarrollo.

(9) Comentarios al Código de Procedimiento Penal Colombiano, 1940, págs. 43 y ss.

(10) Temas de Derecho Penal Colombiano, Nro 11, pág. 13.



La sana interpretación del artículo 125 del Código de Procedimiento Penal — y esto obliga a una intensa revisión de los criterios *ab auctoritate* que anteceden — reclama dentro de una recta inteligencia de la preceptiva legal, la segregación de los perjuicios emanados exclusivamente de la esfera de ejecución propia del hecho delictivo, de aquellos que despuntan de sus ulteriores vicisitudes. No debe perderse de vista asimismo que la relación jurídico-penal se traba entre los sujetos que convergen con su actividad psico-física a la producción del evento criminoso, con exclusión universal de cualesquier otro individuo o entidad, así ésta o aquel resulten oblicuamente lesionados en su patrimonio particular. Insistimos y recabamos: una cosa es la postura legal del imputado frente al delito y otra muy distinta su situación a la faz de las consecuencias civiles indirectas, expediente propio de la nomenclatura iusprivatista que no de la temática penalística.

En nuestro criterio existe una dualidad de intereses que se precisa no entorpecer ni confundir: la atadura señor del hecho — perjudicado que es una relación eminentemente personal, pública e irrevocable y el eje señor del hecho — restantes *damnificados*, relación ciertamente patrimonial y revocable, del resorte exclusivo del *ius civile*.

Empecinarse tozudamente en sostener lo contrario, es tanto como abrir no ya una desafortada brecha de calificadas vocaciones pecuniarias, sino un incommensurable hueco por donde se cuelan, con arreglo a una exégesis emañada y compuesta de la ley, toda una indefinida e indefinible gama de aspiraciones, anhelos y pretensiones civiles o privadas de todos los pelajes y de todas las especies.

Conspírese contra el atributo dicho y responda el lector que acaecería en lo externo si un asalariado por una maniobra insensata de otro conductor se ve forzado a estrellar la máquina contra una casa, para cautelar riesgos o arriscos mayores? Con arreglo a la concepción atrás perfilada y que incuestionablemente relanzamos, tendrían pleno derecho a constituirse en PARTE CIVIL no solo el propietario del vehículo, víctima de la negligencia del inhábil timonel, sino además quien tenga a su favor el *pactum reservatis domini*; la compañía de seguros, si es que el bién mueble aparece asegurado; el dueño de la edificación cuya estructura sufrió daños o averías; si éste se haya hipotecado pués el titular del derecho real accesorio; los pasajeros de los automotores; y por último para no alargar la ejemplificación todas y cada una de las personas que se encontraban en el interior del inmueble afectado y que en una u otra forma padecieron estragos o percances en sus bienes. Lo precedente simboliza, ni más ni menos, que brotará a cascadas un imparable alud de demandas y exigencias ante el magisterio penal no emergentes de la causalidad directa del hecho, que fustigan y desnaturalizan los fines estrictamente punitivos, desbordando ampliamente su razón de ser. La solución resulta así perfectamente anómala.

No valdría la pena replicar que según el predicamento anterior, decantado ya de abocetados equívocos, las reclamaciones e indemnizaciones de los terceros quedarían insatisfechas, nugatorias o descartadas, o que el instituto del resarcimiento sería una pacata ilusión de nunca cristalizar. Es que este grupo, demasiado general e indeterminado de potenciales aspirantes, no queda desprotegido ante el derecho como que puede agenciar *ad libitum*, las acciones

civiles conducentes a fin de que sus intereses no queden burlados o simplemente yacentes en la penumbra.

Otro escolio es forzoso anotar en torno al problema bajo examen, en cuyos vericuetos creemos atisbar la segunda y última *ratio* para despojar al término "perjudicado" del dilatado espectro y conato de extensión que se aspira a adjudicarle gratuitamente. En la hipótesis del conductor, que en pugna con la conducta modelo o rectora, colisiona culposamente con otro irrogándole graves desperfectos en su carrocería o en su maquinaria o que atentara como secuela del fatal encuentro contra atributos exclusivamente patrimoniales de terceros, con posibilidades abstractas, aquellos y éstos, de comminar la tutela judicial, en donde aparece dentro de la sana ortoxia punitiva el "perjudicado" con la acción, si tal coyuntura por ausencia de tipicidad no constituye arquetipo penal digno de reproche frente a la normatividad patria?

Si no es posible en la figuración propuesta deducir ataque intencional contra bienes penalmente protegidos, ni tendencia interna típica transcendente, ni actividad dolosa por parte del hechor del daño, cuál es entonces el criterio definidor que acepta como PARTE CIVIL a quién solo aspira, contingentemente, a obtener una adecuada satisfacción compensatoria y nada más? Es que asombra comprobar la confusión y el singular espejismo, que goza de maquinaal crédito en un sector rezagado de la judicatura local, cuando a la lumbre de la realidad fáctica descrita, algunos funcionarios no solo inauguran investigación criminal por una conducta comportamental atípica, sino que, sin mayor escrúpulo legal somente impertérritamente a diligencia de inquirir al responsable del estrago, en la perfunctoria creencia de que el reato de DAÑO EN COSA AJENA (art. 426 del C. P.), admite la modalidad culposa, cuando es verdad judicial averiguada de hoy y de siempre que solo acoge la forma dolosa o intencional.

El acabo es obvio: ante la entelequia del injusto las partes lesionadas solo tienen acceso a la jurisdicción privada que despachará en uno u otro sentido la reparabilidad de los daños gestados por el ilícito civil. El Título XXXIV del C. C. que gira alrededor de la responsabilidad común por los delitos y las culpas es comprensivo y abarcador de la materia.

## 2) MOMENTO PROCESAL PARA DEVOLVER UN AUTOMOVIL RETENIDO EN RAZON DE UNA INVESTIGACION PENAL.

Ningún problema insoluble se presenta con la retención de automotores, inmovilizados en virtud de un delito de circulación, pues superadas algunas diligencias previas inescapables al decurso investigativo, que aparecen en el Código de Procedimiento Penal, *ex officio* o por petición de parte, el bien regresa a quién legalmente demuestre derechos sobre el mismo.

El apuro del asunto radica en los delitos contra la propiedad (Título XVI del C. P.), cuando los Jueces Penales en forma indiscriminada retienen indefinidamente el vehículo hasta el instante, según el caso, de proferir sentencia o sobreseimiento definitivo, con las secuelas patrimoniales apenas perceptibles para el titular del derecho de propiedad.

A pesar de la extraña resistencia general para decretar la entrega del vehículo, cuando no concurren circunstancias que demeriten la validez del atestado, o sin imponerse incluso necesidades superiores de la indagación, que aconsejen

dejar en suspenso el reconocimiento del dominio, cuando varios lo cuestionan, no creemos que pueda ofrecerse ningún entímema razonable para retener, dilatar o diferir su devolución hasta las postrimerías mismas del proceso penal, que es lo que comunmente sobreviene en el medio judicial. Tan discretísima teoría torna frustránea e irrelevante la acción restitutoria — única vía de penetración para recobrar el bien — a más de que enerva y hace nugatorios sus efectos inmediatos.

Un fallo propio, confesadamente, supera la perplejidad anotada y ofrece justa y equilibrada solución al punto. Aquí el marco conceptual en que aparece concebido:

“El señor Doctor XX, en su carácter de apoderado dela Parte Civil, solicita reposición del proveimiento calendado a noviembre diecinueve (19) postrero, a virtud del cuál el señor Juez Encargado negó la entrega definitiva del automotor que aparece entrabado en las diligencias sumarias y solo ordenó su entrega parcial. Aspira el letrado en su memorial petitorio, donde ensaya glosas y comentarios atinentes a su pretensión, a la devolución *definitus est* de la máquina.

Al recurso se le imprimió el trámite a que alude el artículo 349 del C. de P. P. Es hora de definir lo que en derecho corresponda:

I) ...

II) No es esta la coyuntura más aconsejable para engolfarnos en el examen de la naturaleza legal de la acción restitutoria ni en el análisis jurídico-conceptual de su ubicación, ni en la explicación de las soluciones conciliatorias que los consagrados exponen sobre tan accidentada materia.

A los propósitos del auto, baste anotar que la *restitutio in integrum* no es cosa distinta al restablecimiento del bien mueble o inmueble, afectado por una acción criminal y punible a su legítimo propietario, poseedor o tenedor o, como lo quiere MAGGIORE, es la “reintegración del estado de cosas existentes con anterioridad a la violación de la ley”.

Surge el interrogante de saber si el Juez Penal ante la oscuridad del precepto, puede decretar la entrega final de la *res*, invocando amplitud o suficiencia de interpretación en cualquier estado del infolio, o se hace menester finiquitar previamente la indagación y dentro del cuerpo de tal hipótesis, ordenar su reintegro definitivo.

La respuesta es incierta y debe estarse a cada evento particular, El esbozo anterior alimenta estas sanas conclusiones:

a) No se vé la razón ni la lógica que pueda impetrar la jurisdicción punitiva cuando se niega a entregar parcial o definitivamente un vehículo, que por ministerio de la ley debe volver a su original titular, si este abona ser extraño a la ideación, progreso o culminación del hecho punible y aporta además prueba idónea de la legitimidad de sus aspiraciones. Iterar en las precedentes proyecciones sería tan-

to como prolongar el daño causado a la víctima que no solamente se ha visto privada de la cosa, sino que ahora, en virtud de la dispendiosa y larga tramitación de los juicios penales y a las dilaciones a que está subordinado su procedimiento, debe hacer indefinida antesala al fallo criminal, lo que impone una situación fáctica aberrante, injusta e incomprensible. Repugna entonces al sentido común y al buen juicio que el bien quede prácticamente fuera del comercio y que los derechos, prerrogativas y facultades de que goza por mandato del *ius privatum*, el propietario, poseedor o tenedor, se tornen írritos, parcialmente nulos o relativamente ineficaces. Tal criterio, por su estrechez preceptiva, y por su misma insustentación positiva, resulta a todas luces insostenible.

b) Fenómeno desemejante sería la vinculación de quién alega derechos sobre el bien, a la perpetración misma del hecho delictivo, o la pretensión coetánea de plurales intereses sobre el mismo. En tales hipótesis resulta prudente a guisa de comprensible tregua esperar en la sentencia — donde normalmente culmina la Instancia — la definición de la responsabilidad penal o la concreción de la aspiración que mejor satisfaga al derecho privado. La bondad intrínseca de los planteamientos acotados nos eximen de mayor exégesis.

III) Visto lo anterior ningún esfuerzo de la imaginación despliega la Oficina para entender que el caso *sub examine* responde meticulosamente a la primera de las hipótesis planteadas con antelación. De ahí que el Juzgado comparta integralmente los predicamentos y las proposiciones que esgrime el señor apoderado de la Parte Civil y que en esencia son los mismos que abstractamente se han puntualizado.

Corolario de todo lo expuesto: se repondrá el auto y se ordenará la entrega del vehículo, en forma total y definitiva." (Auto, Diciembre 2 de 1975.)

Desde algunas perspectivas, en rapidísima enunciación y lastimosamente sin el denso tratamiento de rigor hemos abordado delimitados aspectos que atrapan el interés de los estudiosos, explicitando su contenido, develando sua peculiar riqueza normativa.

Lo visceral del contenido de la materia queda latente a la espera de mayor exploración. Aspectos atingentes que se imbrincan en su propia estructura, como son los relativos al inmenso cúmulo de disposiciones administrativas y contravencionales que se vienen dictando con notable continuismo en nuestro país, el régimen de la velocidad, los arbitrios y gravámenes cada vez más onerosos que pesan sobre él, la compraventa y alquiler de vehículos, la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad automovilístico, la contaminación producida por el uso, su propia autonomía científica y legislativa y su correlativa codificación, su publicidad etc., etc., son apenas facetas de un cuadro general cuyo bagaje destellante está aún por sofaldar. Dimos un primer paso. Otros tienen la palabra.

# O Conselho Distrital

SILVEIRA NETO

Professor de Teoria Geral do Estado  
da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

## SUMÁRIO

Apresentação

CAP. I — Os Conselhos

CAP. II — O Conselho Distrital na Constituinte

CAP. III — O Conselho Distrital na Lei Ordinária

CAP. IV — A Autonomia Distrital

CAP. V — Atribuições do Conselho

CAP. VI — Os Problemas da Autonomia

CAP. VII — Supressão dos Conselhos

CAP. VIII — A Assembléia Municipal

CAP. IX — A Vida dos Conselhos

CAP. X — Os Orçamentos

CAP. XI — Agentes e Conselheiros

CAP. XII — O Corifeu do Distritalismo

Documentação

## APRESENTAÇÃO

O Conselho Distrital, na Primeira República Mineira, é um dos assuntos menos conhecidos dos interessados nos problemas políticos.

Teve uma existência muito curta: de 1892 a 1903.

Foi resultado do exacerbado sentido de descentralização política que presidiu a formação das instituições da Velha República. Autonomia não somente para os Municípios, mas para os Distritos, com sua personalidade jurídica, seus conselhos, seus orçamentos, sua vida própria.

Os Conselhos Distritais existiram, funcionaram, extinguiram-se. Deles há informações esparsas em atas de assembleias municipais, em monografias históricas, em jornais da época. Fontes primárias, praticamente inexistem. As atas desapareceram. Os arquivos municipais, às vezes até das cidades tradicionais, são, quase sempre, desorganizados; por isso, inacessíveis aos pesquisadores.

O que fizemos, portanto, nesta monografia, foi compilar material esparsos, aqui e ali, para uma tentativa de apresentação do Conselho Distrital, na Velha República mineira; as razões do seu aparecimento, as dificuldades de sua existência e os motivos de sua extinção.

O Conselho Distrital inseriu-se no contexto global da Primeira República, em que predominou o chamado **idealismo utópico**.

O federalismo de inspiração norte-americana não podia vingar na estrutura política e social do Brasil, naquela fase histórica.

Acreditamos que Minas Gerais tenha sido mais **republicana** que a maioria dos Estados da Federação.

O Conselho Distrital foi uma das expressões do seu extremado republicanismo.

Uma instituição que pode ter sido útil, como experiência, mas inexequível dentro da realidade sociológica brasileira.

## CAPÍTULO I

### Os Conselhos

O Conselho Distrital foi uma instituição política, da Velha República, em Minas, que teve uma existência efêmera, pois durou de 1892 a 1903. A sua origem está ligada à ideologia da Primeira República, que pretendeu dar ao poder político uma descentralização completa, outorgando autonomia aos próprios lugarejos, à vida local, através dessas minicâmaras, constituídas de três conselheiros, que deliberavam sobre os problemas de suas pequenas comunidades.

Antes de entrar no caso concreto dessa antiga instituição política mineira, convém lembrar que as assembleias locais são muito antigas; em Roma, na Grécia, os cidadãos da aristocracia reuniam-se na praça pública para votar leis e escolher magistrados. Em Portugal, havia os concelhos municipais, desde longa data. Note-se que o termo grafava-se com **c** (**concelho**, do latim **concilium**, que, segundo os melhores dicionaristas, significava assembleia ou reunião). Levando-se em conta o termo correlato espanhol **concejo**, a palavra **concelho** significava uma assembleia de vizinhos que, ao rebate de um sino, se reuniam para tratar de um assunto de interesse da comunidade. (1) Em Portugal, como nota o dicionarista MORAIS, o **concelho** era uma circunscrição territorial ou o Município. (2) A função

(1) *Diccionario Crítico Etimológico de la Lengua Castellana*, Madrid, 1954.

(2) MORAIS SILVA, António de — *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, Vol. III. MEILLET esclarece que o **concílio** foi, inicialmente, a assembleia da plebe, em contraposição ao **comício**, da nobreza, isto em Roma. (*Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine*, Paris, 1951).

política dos concelhos era muito grande — segundo o historiador PINHEIRO CHAGAS — pois eles, representando o povo, lutavam contra os abusos da nobreza e do clero. O povo conquistou a liberdade com sacrifícios, contribuindo para os cofres reais; os encargos militares eram dos Municípios; o *alcaide* era, praticamente, o comandante da fortaleza; os membros dos concelhos tinham a maior autoridade. Textualmente, diz PINHEIRO CHAGAS:

“Os concelhos portugueses do século XIV não queriam que o rei lançasse o país nos azares das empresas bélicas sem assentimento dos representantes da nação.” (3)

No Brasil, a tradição do governo local vem desde os primeiros tempos da Colônia. O Governo metropolitano sempre recomendava aos governadores respeitarem as decisões das Câmaras. Diz ROCHA POMBO:

“Os membros das corporações eram eleitos anualmente entre os “homens bons” da terra, espécie de nobreza constituída em classe, e muito ciosa dos seus privilégios. Quem não fosse *fidalg* não podia exercer a vereança. A Câmara era constituída de um ou dois juizes ordinários, dois ou mais vereadores, um procurador e um síndico. O número de vereadores dependia da importância do Município, e cada um deles tomava funções especiais.” (4)

Para a composição das Câmaras concorria a comunidade local. Geralmente, os potentados tinham meios de atirar aos ombros dos pequenos e desvalidos os rigores dos impostos, sobretudo as taxações especiais e excepcionais. (5)

Vê-se que a participação do povo nos negócios locais, sendo costume antigo, vem-se alterando através dos anos. A autonomia municipal, na República Brasileira, parece ter mais inspiração norte-americana que propriamente portuguesa. Segundo MAC DONALD, a autonomia municipal, nos Estados Unidos, começou, realmente, a partir de 1875, no Missouri, cuja nova constituição dispôs sobre a autonomia local. Estabeleceu que toda cidade com população superior a 100 mil habitantes podia organizar o próprio poder municipal. Isso se aplicou, de imediato, à cidade de São Luís, que, em menos de um ano, elaborou a sua constituição e a fez aprovar pelo povo. (6)

Era, portanto, o princípio do federalismo aplicado aos próprios Municípios. Entre nós, embora o processo fosse diferente, vamos ver que as comunidades queriam ter ampla autonomia no trato de seus negócios.

( 3 ) CHAGAS, Manuel Pinheiro — *História de Portugal*, 3.ª edição, I Vol., Lisboa, 1899, págs. 443 e segs. ALEXANDRE HERCULANO dedica todo um volume de sua *História de Portugal aos concelhos*; diz ele: “O *concilium* dos documentos bárbaros (*concello*, *concelho*, *concejo*) é o vocábulo com que freqüentes vezes, no tempo do Império, se designavam os grêmios populares, o complexo de habitantes de um povoado, de um distrito e até de uma província”. Obra cit., Casa Bertrand, s/d, Vol. IV, 5.ª ed., pág. 50.

( 4 ) ROCHA POMBO, José Francisco — *História do Brasil*, Benjamin de Aguiar — Editor, Vol. V, s/d, pág. 393.

( 5 ) *Idem*, pág. 476.

( 6 ) MAC DONALD, Austin F. — *Gobierno y Administración Municipal* — Fondo de Cultura Económica, 1959, pág. 64.

Embora escrito com *s*, o termo **conselho**, além de significar uma advertência que se dirige a alguém, tem o sentido de assembléia de pessoas que se reúnem para deliberar sobre assuntos de interesse comum. Os antigos reis tinham órgãos de assessoramento, que eram chamados de Conselhos de Estado. No tempo de Roma, os Municípios contavam com um Senado, chamado *ordem* ou *cúria*, pelo prazo de um ano, que tinha a função de administrar as cidades, as quais não tendo a população de origem romana, tinham, contudo, certos direitos e privilégios outorgados pelo Império, exceto na parte de justiça. (7)

A importância dos conselhos municipais, no Brasil, é ressaltada por PEDRO CALMON:

“O Brasil foi governado realmente, não pelo rei em Lisboa, nem pelo governador geral na Bahia, porém pelas Câmaras Municipais nas vilas e cidades, pelos capitães-mores onde existiram, e pelos chefes de família nas suas despovoadas e vastas zonas de influência.” (8)

Por isso, quando afirmamos ser a preocupação da autonomia local, na República, mais de inspiração norte-americana, queremos referir-nos a uma causa próxima, diríamos, ideológica, pois é sobejamente conhecida a função do governo local nas fases históricas anteriores.

Como estamos tratando, especialmente, do Conselho Distrital, convém lembrar que o termo *distrito* significa uma subdivisão territorial ou administrativa, tendo o sentido, pois, de parte de um todo. Vê-se que, pela própria etimologia, o Distrito não tem vida própria, podendo ser comparado a um satélite que gravita em torno de um planeta. (9)

A comparação é pertinente: nos primeiros anos da República, a autonomia municipal, em Minas, transformou, realmente, os Municípios em federações de Distritos. A autonomia distrital foi colocada em tais termos que, às vezes, os satélites, os Distritos, queriam sair da órbita dos planetas, para terem vida autônoma, ou para gravitarem em torno de outros Municípios. Era comum os conselhos distritais solicitarem ao governo o seu desligamento de um Município e sua vinculação a outro, quando não a completa emancipação.

A verdade é que, nos primeiros anos, a saber, até 1903, quando se extinguiram os conselhos distritais, a autonomia municipal, em Minas, foi mais propriamente uma autonomia distrital.

(7) *Grand Dictionnaire Universel du XIX Siècle* — Larousse — 1869 — IV Vol., pág. 972.

Segundo MORAIS, conselho vem de *consilium*, o qual, por sua vez, de *consul*, nome dado aos primeiros magistrados da República Romana; do verbo *consulere*, que significa: reunir para deliberar. Obra cit. CALDAS AULETE consigna: “Conselho de Distrito, corpo consultivo, eletivo, que se reúne na sede de cada Distrito, para superintender nos assuntos municipais, orçamentos”. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, Vol. II, Editora Delta, 1970.

(8) *História Social do Brasil*, Companhia Editora Nacional, 1937, 1.º Tomo, pág. 240.

(9) Distrito — do lat. *districtus*, recolhido, contido. “Demarcação mais ou menos extensa, que, com outras, subdivide uma província, comarca ou povoado, para facilitar a sua administração e governo.” *ESPASA-CALPE*, Vol. XVIII, pág. 1618.



## CAPÍTULO II

### O Conselho Distrital na Constituinte

O federalismo exacerbado foi a tônica da Primeira República, em Minas, segundo o modelo norte-americano. Daí a preocupação dos legisladores em levar a autonomia até os Distritos. A organização municipal, depois do bicameralismo, foi o assunto que suscitou os maiores debates da Constituinte Mineira de 1891. <sup>(10)</sup>

O projeto de organização municipal, enviado ao Congresso Estadual pelo Governo, encontrou, de imediato, a hostilidade dos republicanos radicais, visceralmente federalistas. Um deles, o Deputado OLINTO DE MAGALHÃES, propôs que o Estado de Minas Gerais fosse dividido em cantões, à maneira suíça. Dizia um dispositivo desse original projeto:

“Art. 2º — O Estado de Minas Gerais será dividido em tantos cantões autônomos, quantos uma lei especial determinar, e com eles formará uma união política e administrativa, organizando, de acordo com as disposições desta Constituição, a União Cantoral Mineira.” <sup>(11)</sup>

É evidente que essa pulverização do Estado em cantões não foi aceita pelos constituintes. Mas o Senador e futuro Presidente do Estado, SILVIANO BRANDÃO, acimou o projeto de centralizador; dizia ele que, para haver autonomia municipal, era preciso aumentar as fontes de renda locais. O maior defensor da autonomia distrital foi o Senador CARLOS FERREIRA ALVES, que ofereceu emenda ao projeto inicial, nestes termos:

“Os Municípios organizar-se-ão de forma que aos Distritos fique assegurada a sua administração, em tudo quanto diz respeito ao seu peculiar interesse. Lei ordinária regulará a matéria.” <sup>(12)</sup>

CARLOS ALVES achava que o federalismo só podia realmente existir através do governo local. Por isso, afirmou ele:

“O meu interesse, tomando parte na discussão da primeira constituição, é especialmente defender a vida local. Só pode haver verdadeira federação no dia em que o Município for independente e autônomo.” <sup>(13)</sup>

(10) Vide nossa monografia *O Senado Mineiro*, Cap. VII — O Senado e a Organização Municipal, edição da “Revista de Informação Legislativa”, n.º 51, 1976, págs. 199/314; também o artigo de nossa autoria — *O Distrito na Primeira República Mineira*, “Revista de Informação Legislativa”, Brasília, n.º 49, Ano XIII, 1976, págs. 99/108.

(11) *Anais do Congresso Constituinte do Estado de Minas Gerais — 1891 — Imprensa Oficial — Ouro Preto — 1896.*

(12) *Anais, idem*, pág. 101.

(13) *Anais, idem* — pág. 91. O Senador CARLOS FERREIRA ALVES era médico, formado no Rio de Janeiro, em 1875. JOAQUIM DUTRA, que sucedeu a ele no Senado mineiro, convidou-o para clinicar em São João Nepomuceno. All foi vereador, em 1882, com a criação do Município. Foi deputado à Assembléa Provincial. Aderiu à República e se notabilizou pela exagerada defesa da autonomia distrital. Segundo DUTRA, foi um verdadeiro patriarca. (*Anais do Senado Mineiro*, 1896, sessão de 18-6-96).

Mais adiante, justificava a sua proposição:

“Digo que ofereço uma emenda concedendo ao Distrito de paz completa administração local; o Distrito terá seu conselho composto de três cidadãos eleitos pelo povo para servir de mediador entre os interesses da população e o Município. Lá está o cemitério, o embelezamento das povoações, a água potável, a viação pública, a instrução primária, e compreendem os nobres congressistas que são coisas todas peculiares ao Distrito.” (14)

CARLOS ALVES encontrou apoio no Senador CAMILO DE BRITO, jurista e figura de grande prestígio político. CAMILO reforçou a idéia da autonomia distrital:

“É preciso que os habitantes do Distrito tenham a iniciativa de decretação das taxas, dos melhoramentos e de todas as medidas que forem de seu peculiar interesse. Não basta a liberdade política, é mais necessário que se mantenha o direito de reunião, de associação e de petição.” (15)

Na Constituinte, a criação do Conselho Distrital não foi um problema tranqüilo; mesmo os que defendiam a autonomia municipal nem sempre concordavam em que ela se estendesse até os Distritos. Entre eles, o Deputado INÁCIO MURTA, que fez longo discurso na sessão de 30 de maio de 1891, dias antes, portanto, da promulgação da Constituição Mineira. Dizia ele que a autonomia municipal constituía a pedra angular do regime democrático e que os Municípios brasileiros careciam de liberdade. Textualmente:

“As municipalidades, em nosso País, têm sido uma verdadeira ilusão; elas não têm existido, pois que não têm passado de meras chancelarias transmissoras do poder central.” (16)

Apesar disso, não via INÁCIO MURTA nenhuma utilidade na criação dos conselhos distritais. Afirmou:

“Estou de acordo com muitas das opiniões emitidas por esse nobre congressista (referia-se a Silviano Brandão), especialmente sobre a criação das assembléias municipais e conselhos distritais, que, penso, nenhuma utilidade prática trarão aos Municípios, pelo contrário, serão para eles um verdadeiro trambolho.” (17)

Logo após, na mesma sessão, o Senador CARLOS ALVES voltou à carga, em defesa da autonomia distrital. O certo é que, depois de discussões, emendas, debates, o texto constitucional estabeleceu o seguinte dispositivo:

(14) *Anais, Idem*, pág. 103 — Sessão de 5-5-91.

(15) *Anais*, pág. 91. O Senador CAMILO DE BRITO teve o mais longo mandato do Senado mineiro, a saber, desde a Constituinte de 1891 até 1924, quando faleceu, aos 82 anos. Formou-se pela Faculdade de Direito de São Paulo e foi fundador e lente da Faculdade de Direito de Minas. Grande tribuno, dotado de cultura humanista, foi, sem dúvida, a maior figura do Senado estadual. (Vide nossa monografia *O Senado Mineiro*, Cap. XIII; “Revista da Faculdade de Direito”, *Memória Histórica*, 1958, pág. 140.)

(16) *Anais, Idem* — Sessão de 30-5-91 — pág. 334.

(17) *Anais*, pág. 336.

“Art. 74 — O território do Estado, para sua administração, será dividido em Municípios e Distritos, sem prejuízo de outras divisões que as conveniências públicas aconselharem.” (18)

Mais adiante, no art. 77, a Constituição fala nos Conselhos Distritais:

“O julgamento das contas das Câmaras Municipais e dos Conselhos Distritais será feito por uma assembléia, que lei ordinária regulará, da qual farão parte os vereadores, membros dos Conselhos Distritais e igual número de cidadãos residentes no Município, e que pagarem maior soma de impostos municipais, convocados pelo Presidente da Câmara.”

Desse modo, o constituinte mineiro de 1891 abriu o caminho para a autonomia distrital, consoante o princípio federalista que dominava a mentalidade política da época.

### CAPÍTULO III

#### O Conselho Distrital na lei ordinária

Com 89 artigos, o projeto sobre organização municipal entrou no Senado mineiro em julho de 1891, tendo levado o número 1. A Comissão Mista (Senado e Câmara dos Deputados), encarregada de elaborá-lo, era constituída de Silviano Brandão, Adalberto Ferraz, Xavier da Veiga e Davi Campista. A autonomia do Distrito, com a criação dos conselhos locais, foi o tema principal dos debates. CARLOS ALVES elogiou o projeto; SILVIANO BRANDÃO considerou-o a **carta de alforria** dos Municípios. E afirmou: “Não há Estado nenhum que tenha organização municipal tão livre como a nossa.” (19)

SILVIANO disse que a Constituição criou, implicitamente, os Conselhos Distritais, o que pressupunha a existência dos Distritos.

Levantou-se, contudo, a voz dos Senadores CAMILO DE BRITO e MELLO FRANCO, afirmando que o projeto era inconstitucional, pois estava inovando, em vez de ficar nos limites da Lei Magna do Estado.

Dizia MELLO FRANCO:

“O Distrito, compreendido e criado, como foi pela comissão, é uma criação política, e uma criação política que não pode ser derivada da Constituição, porque não organizou mais esse novo e embrionário poder.” (20)

Para MELLO FRANCO, o projeto de organização municipal era incompatível com a realidade social brasileira, por outorgar excessiva liberdade aos Municípios; por isso mesmo, “inaplicável ao estado atual de nossa civilização, e este é, a meu ver, o seu maior defeito”. (21)

(18) O leitor encontra na DOCUMENTAÇÃO — Anexo 1 — a parte da Constituição Mineira de 1891 que trata da organização municipal.

(19) *Anais do Senado* — Anos de 1891 e 1892 — Imprensa Oficial — 1911 — 2.ª edição, pág. 82.

(20) *Anais, idem*, pág. 94.

(21) *Anais, idem* — Sessão de 17-7-1891.

E acrescentou ele: "A nossa Constituição criou o Município libérrimo, admitindo até o estrangeiro tomar parte em seus negócios." (22)

SILVIANO BRANDÃO disse que os Distritos não iriam legislar, mas simplesmente administrar. E explicou a sua posição:

"Tínhamos dois caminhos a seguir: ou fazer do Distrito uma simples dependência da administração municipal, como foi até aqui, com o que nada se fazia de novo; ou então, dar-lhe uma certa vida, uma certa liberdade de ação, fazendo dele começar a administração do Estado, com o que satisfazia uma justíssima aspiração democrática, levando a descentralização administrativa até onde podia ela razoavelmente chegar. preferimos o segundo caminho." (23)

MELLO FRANCO continuou defendendo a inconstitucionalidade do projeto, porque, segundo ele, a organização distrital não estava estabelecida na Constituição, e, portanto, o legislador ordinário não podia criá-la. Dizia ele:

"Para que fosse o Distrito uma criação puramente administrativa, era preciso que não tivesse poder deliberativo e executivo independentes." (24)

Na discussão, AFONSO PENA afirmou que o Conselho Distrital não contrariava a Constituição, mas não participava do entusiasmo de CARLOS ALVES pela autonomia local. Disse ele:

"O honrado Senador, Sr. Carlos Alves, é otimista, ele pensa que em toda a parte há o mesmo entusiasmo que S. Ex<sup>a</sup> tem pelo governo local. Este é o *desideratum*, mas nós não tratamos de jogar com elementos que desejamos; temos de fazer o serviço, como se diz em linguagem vulgar, com a prata da casa." (25)

AFONSO PENA era favorável à autonomia local e dizia que ela era um lema tanto dos republicanos como dos liberais, não sendo, portanto, uma bandeira exclusiva daqueles. Tomou parte ativa nas discussões que culminaram com a lei de organização municipal. Entretanto, além de CARLOS ALVES, a figura que mais sobressaiu na discussão do projeto, através de emendas, foi a de SILVIANO BRANDÃO. Sintetizou ele a sua posição com a frase: "O lema de minha bandeira tem sido sempre — **autonomia local**". (26)

---

(22) *Idem*, pág. 96. Virgílio Martins de MELLO FRANCO era de Paracatu, onde nasceu em 1839. Foi senador estadual desde 1891 até 1922, quando faleceu. Foi um dos nomes mais expressivos da Primeira República, em Minas; espírito liberal, independente, dotado de grande cultura jurídica. AFONSO ARINOS biografou-o em *Um Estadista da República*.

(23) *Anais*, *idem*, pág. 221 — Sessão de 1-3-91.

(24) *Idem*, pág. 98.

(25) *Idem*, pág. 111. Em 1891, ao lançar o seu Manifesto de candidato, AFONSO PENA já inseria, entre os itens de sua plataforma, a organização municipal: A organização das municipalidades, dando-lhes autonomia de modo a atrair para os negócios locais a atenção dos homens bons do Município... Vide *O Jornal de Minas*, Ouro Preto, de 10-1-1891.

(26) *Anais*, *idem*, pág. 279.

Aprovado no Senado estadual, o projeto foi remetido à Câmara dos Deputados, onde teve tramitação rápida e tranqüila. Nessa Casa, a palavra mais expressiva foi a do Deputado ILDEFONSO ALVIM, que já havia discutido o assunto na Constituinte. ALVIM reconhecia o liberalismo do projeto, mas criticou-o em vários pontos. Para ele, a lei ordinária estava criando tantas disposições para a organização municipal, que, praticamente, a contradizia. Vamos transcrever algumas observações de ALVIM na Câmara dos Deputados:

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

Deveríamos estabelecer apenas em nossa Constituição as teses gerais sob as quais organizar-se-iam os nossos Municípios e deixar essa organização a cada um deles, independente de qualquer lei ordinária reguladora do assunto, por isso que eu receiava qualquer exorbitância por parte do legislador ordinário atentatória da autonomia municipal.

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

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

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

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

Será isto autonomia?!

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

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

Amanhã virá um outro Congresso que pense de modo diferente, e **adeus** organização municipal e distrital.

Como disse, porém, Senhor Presidente, é isto o que noto de inaceitável no projeto: o querer firmar-se, exorbitando-se, essa competência para o Congresso.”<sup>(27)</sup>

---

(27) Anais da Câmara dos Deputados do Estado de Minas Gerais, 1891, pág. 256.

Uma emenda de ILDEFONSO ALVIM foi rejeitada. O que esse parlamentar queria dizer talvez tenha sido mais bem caracterizado pelo Senador MELLO FRANCO, que também combateu a uniformidade de organização municipal. A posição de ambos calcava-se no sistema **histórico** de organização municipal, segundo o qual os Municípios se formam organicamente através da evolução; seria o sistema anglo-germânico. Os Municípios caracterizam-se, então, pela variedade e assimetria. Já no sistema francês, o legislador impõe uma organização uniforme a todos os Municípios. (28)

MELLO FRANCO afirmou:

“Não se pode, nem se deve criar um padrão uniforme para a organização municipal, porque o legislador não cria o Município; este preexiste e antecede à consagração legal que o legislativo lhe quiser dar, e, como dizia Roger Collard, a família e o Município existiram muito antes de os legisladores declararem a sua existência legal”.

E, noutro ponto de seu discurso: “A uniformidade será a morte das municipalidades”. (29)

Voltando ao Senado, o projeto teve a redação final. Foi sancionado e transformado na Lei nº 2, de 14 de setembro de 1891. Minas Gerais contava, assim, com a sua primeira lei de organização municipal republicana.

#### CAPÍTULO IV

##### A autonomia distrital

Minuciosa e casuística, a Lei nº 2, sancionada por JOSÉ CESÁRIO DE FARIA ALVIM, ainda em Ouro Preto, em 1891. Continha 95 artigos, com grande desdobramento de parágrafos e incisos. Nela, predominou a preocupação do governo local, e este, sem dúvida, tinha como centro o Distrito. Por isso é que, dizendo, na ementa, ser uma lei sobre **organização municipal**, começava por afirmar ser o Distrito a **base da organização administrativa do Estado de Minas Gerais**. Na verdade, porém, o Distrito não ficou sendo simplesmente uma divisão territorial, com autonomia administrativa, mas também com autonomia política. A lei era clara, nesse sentido: o Distrito era uma pessoa jurídica, tanto como o Município. Mais claro, ainda, era o disposto no art. 30 da lei: **As funções da Câmara Municipal são deliberativas e exe-**

(28) Assim o publicista FERNANDO ALBI sintetiza o assunto: “O sistema histórico caracteriza-se pela persistência das velhas modalidades orgânicas surgidas de modo espontâneo através dos séculos. Fundamentalmente, dominam no mesmo duas notas distintas: a variedade e a assimetria. Não contém uma fórmula única de governo local, aplicável de modo uniforme a todas as divisões territoriais da mesma natureza, senão distintas classes de organismos de estrutura não coincidente, espalhados de modo irregular por toda a superfície do País, com uma distinção muito pronunciada entre o meio urbano e o meio rural, submetendo um e outro a tratamento distinto.” Sistema legal ou francês: “O Município não repousa aqui sobre uma base social e jurídica de caráter tradicional, mas se amolda a normas apriorísticas ditadas pelo legislador.” *Derecho Municipal Comparado del Mundo Hispánico*, Aguilar, 1955, págs. 21 e seg.

(29) Discurso no Senado mineiro, em 5-5-1891. In *O Estado de Minas Gerais, Ouro Preto*, 27-5-91, nº 158.

**cutivas, e bem assim as do Conselho Distrital.** No art. 34, a lei dizia: "As funções executivas do Conselho Distrital são exercidas pelo presidente do referido conselho, eleito pelo povo com voto cumulativo." Ora, se o Conselho Distrital tinha funções deliberativas, se o Distrito era uma pessoa jurídica, se o Distrito tinha seu próprio orçamento, se os membros do Conselho Distrital eram eleitos pelo povo, parece não haver dúvida de que o Distrito era realmente autônomo na Velha República, em Minas. Nessa lei, havia um dispositivo que lembra os processos da democracia direta, da antiga Roma, quando os cidadãos se reuniam para deliberar sobre os assuntos de interesse da Cidade. A Assembléia Municipal, que se reunia na sede do Município, no dia 31 de janeiro de cada ano, constituía-se não somente dos vereadores e membros dos Conselhos Distritais, como também de cidadãos residentes no Município que pagassem maior soma de impostos municipais, em número igual aos dos vereadores e conselheiros distritais. Uma reminiscência das assembléias dos "homens bons", dos tempos coloniais.

Para que o leitor tenha uma idéia dessa autonomia distrital, nada melhor que a transcrição dos primeiros dispositivos da Lei nº 2:

**Art. 1º** — O Distrito é a base da organização administrativa do Estado de Minas Gerais.

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

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

**Art. 2º** — O Município é a reunião de Distritos, formando outra circunscrição administrativa, com direitos, interesses e obrigações distintas; pode, porém, constar de um só Distrito.

**Parágrafo Único** — A sede do Município é a povoação nele elevada à categoria de vila ou cidade.

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

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

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

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

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

**Art. 4º** — A criação de um Município depende das seguintes condições:

1ª — população não inferior a vinte mil habitantes;

2ª — existência de edifícios públicos para casa da Câmara Municipal e de instrução pública, com a capacidade e condições requeridas para os fins a que são destinados.

**Art. 5º** — Cada Município não pode ter mais de 14 Distritos.

**Art. 6º** — O Município e o Distrito terão receita e despesa distintas.

**Art. 7º** — O patrimônio do Distrito não pode ser incorporado nos bens do Município.

**Art. 8º** — O Distrito e o Município são pessoas jurídicas para todos os efeitos que as leis determinarem.

**Art. 9º** — Em cada Município haverá um Conselho eleito pelo povo, com a denominação de Câmara Municipal.

O conselho administrativo do Distrito também será eleito pelo povo e se denominará Conselho Distrital.”

Como se pode inferir da Lei nº 2, o Município era uma federação de Distritos, gozando estes de autonomia política e administrativa. A lei dispunha que as contas dos Conselhos Distritais seriam discutidas em primeiro lugar na Câmara Municipal. Também o sistema eleitoral estava estabelecido nessa lei. Através de suas comissões, a Câmara podia criar o “Estatuto” do Município, que equivalia, mais ou menos, a uma miniconstituição local. Mais adiante, veremos que alguns Municípios foram bastante ciosos dessa prerrogativa, diríamos **constitucional**, e elaboraram **estatutos** com grande número de artigos, regulando, com pormenores, a vida política e administrativa local.

Entre as atribuições da Câmara Municipal figurava a de criar novos Distritos, suprimir os que julgasse desnecessários e até alterar divisas dos Distritos existentes; foi esse um dos aspectos da organização municipal que acarretaram mais problemas na primeira fase da vida republicana mineira. <sup>(30)</sup>

## CAPÍTULO V

### Atribuições do Conselho

Plenamente configurada a autonomia do Distrito na Lei nº 2, de 14 de setembro de 1891: tinha o seu conselho deliberativo — o Conselho Distrital; contava com o agente executivo distrital, à semelhança do agente executivo municipal; contava com o seu próprio patrimônio; tratava de tudo quanto se relacionasse com o interesse local, dentro do território do Distrito.

Assim sendo, a Lei nº 2 estabeleceu, nos artigos 54, 55 e 56 os dispositivos referentes às atribuições do Conselho Distrital, sob o título de: **Da Administração Distrital**. E, no capítulo I, vinha a ementa — **Governo Econômico do Distrito**.

Tratando-se de assunto capital para a compreensão desta monografia, o leitor precisa conhecer essas atribuições do Conselho, através do texto

---

(30) O leitor encontrará na DOCUMENTAÇÃO — Anexo 2 — os artigos da Lei nº 2 concernentes à Organização Municipal, do art. 10 ao art. 28. Apesar de extensos e minuciosos, é interessante a leitura desses dispositivos, pois neles se vê o sistema eleitoral vigente naquela época.



legal. <sup>(31)</sup> Entretanto, não deixa de ser útil chamar a atenção para certos aspectos da lei, que mostram ter sido, efetivamente, a Velha República Mineira uma república distritalista, de acentuado sabor local.

Um dos aspectos mais interessantes da lei, evidenciando a autonomia distrital, era a faculdade concedida ao Distrito de criar taxas. O orçamento municipal compreendia os orçamentos dos Distritos, mas estes eram elaborados pelos Conselhos Distritais. A renda distrital podia ser aplicada segundo deliberação do Conselho, mas — frisava a lei — **contanto que seja em misteres do interesse do Distrito.**

Para executar as deliberações do Conselho, havia o agente executivo distrital, cuja competência, também, era minuciosamente estabelecida no texto legal.

Como os Municípios, os Distritos podiam elaborar e ter os seus próprios **estatutos**, que eram regimentos para regular as suas reuniões e sessões.

Como o Município passou a ser um mini-Estado, à semelhança dos Estados-Membros da Federação, era comum terem as Câmaras um Regimento minucioso, com dezenas de artigos, ou, às vezes, até uma ou duas centenas de incisos, como se fossem, efetivamente, espécies de constituições em tamanho reduzido.

Pequenos Municípios, verdadeiros lugarejos, elaboravam longos Regimentos ou Estatutos, geralmente publicados no órgão oficial do Estado, o **Minas Gerais**, em jornais locais ou em folhetos. A parte referente aos Conselhos Distritais ficava normalmente inserida no Regimento Municipal.

O Regimento de Santa Quitéria (atual Esmeraldas), de 1902, era longo e minucioso; nele, a parte referente aos *Distritos* era constituída de 20 artigos, do art. 102 ao art. 122. <sup>(32)</sup>

De modo geral, os Regimentos Municipais reproduziam os dispositivos da Lei nº 2, mas podia haver regulamentação de aspectos peculiares da vida local. <sup>(33)</sup>

A autonomia era tão grande que os Estatutos municipais arrogavam-se o direito de legislar sobre Direito Penal. O Estatuto de Oliveira, nesse sentido, dispunha:

**“Art. 3º — As infrações serão punidas com multas pecuniárias até a quantia de cem mil réis, e pena de prisão até o máximo de oito dias.”** <sup>(34)</sup>

(31) O leitor encontra na DOCUMENTAÇÃO — Anexo 3 — os dispositivos da Lei n.º 2 concernentes às atribuições do Conselho Distrital.

(32) O leitor encontrará na DOCUMENTAÇÃO — Anexo 4 — uma parte do Regimento de Santa Quitéria, regulamentando os Distritos e seus Conselhos.

(33) O Estatuto da Câmara Municipal de Oliveira continha 142 artigos e foi publicado na *Gazeta de Minas*, órgão local, de 8-10-1893.

(34) **LEIS E RESOLUÇÕES** da Câmara Municipal de Oliveira — Typografia Leuzinger, Rio, 1898 — Resolução n.º 13, 1898 (Estatuto Municipal). A Constituição Mineira de 1891 dava cobertura a essas punições de caráter penal.

A autonomia distrital era cerceada pela Câmara Municipal, à qual pertenciam também os conselheiros distritais. O Conselho tinha a função de zelar pela boa aplicação das decisões da Câmara, no âmbito do Distrito, assim como prestar contas, anualmente, à Assembléia Municipal. Isso, em teoria, porque, na realidade política da época, havia muito arbítrio e desmando dos administradores locais.

Se a autonomia distrital acirrou, em muitos lugares, as disputas locais, não se pode negar que trouxe benefícios aos lugarejos. Em 1953, o autor desta monografia escreveu uma pequena história de Carmo da Mata e encontrou, por acaso, algumas páginas dos orçamentos do Conselho Distrital que ali existiu. Era aquela cidade, então, em fins do século XIX, praticamente, uma aldeia, e não propriamente um Distrito, no sentido exato da configuração política e jurídica hodierna. Pertencia a Oliveira e teve o seu Conselho Distrital. Vamos transcrever o que encontramos sobre o Conselho Distrital carmense:

“CONSELHO DISTRITAL — O Conselho Distrital, cujas atas não tivemos oportunidade ainda de ver (se é que ainda existem), deve ter sido instalado em 1896, conforme depreendemos dos livros de orçamentos. Teve como Presidente o Sr. Cel. Olinto Ferreira Diniz e Tesoureiro o Sr. José Antônio Ferreira. O primeiro orçamento refere-se ao ano de 1897, sendo que a receita foi de 10 contos e 470 mil e 350 réis e a despesa de 10 contos 680 mil e 830 réis.

O secretário do Conselho era o Sr. Francisco da Silva Rios, que também zelava pela água. O imposto predial desse exercício foi de 204 mil e 600 réis. No orçamento de 99, há uma verba de 454 mil réis gasta com a abertura da Rua Cruzeiro. Entre as despesas referentes a 1898, há as feitas com a estrada de Oliveira, no valor de 60 mil réis.” (35)

Encontramos, nos orçamentos do Conselho Distrital carmense, verbas para consertos nos serviços d'água potável, assim como para a manutenção de chafarizes públicos, pois as penas d'água particulares eram poucas. Ao contrário do que escrevemos, em 1953, o Conselho Distrital carmense foi instalado antes de 1896, pois na *Gazeta de Minas*, de Oliveira, de 1892, já encontramos resultados de eleições de conselheiros, naquela localidade, tendo sido eleitos os cidadãos Baldoíno Bernardes Pacheco, Manoel Antônio da Silva e Ten. João Jacinto Pereira. (36)

## CAPÍTULO VI

### Os problemas da autonomia

A euforia do Estado de Direito deslocou-se para o plano municipal; os regimentos das Câmaras eram verdadeiras constituições.

(35) NETO, Silveira — *Album de Carmo da Mata*, 1953, pág. 16. Quando realizava esta pesquisa sobre Conselho Distrital, o autor envidou esforços para ver se encontrava as atas do Conselho daquela cidade, mas não conseguiu.

(36) *Gazeta de Minas* — Oliveira — 7-2-1892.

O Estatuto da Câmara Municipal de Caxambu continha 246 artigos e foi aprovado em 1902. <sup>(37)</sup>

A Câmara de Santa Quitéria (atual Esmeraldas) aprovou, também em 1902, o seu minucioso Estatuto, com 166 artigos. O mais interessante e surpreendente, nesse Município, foi a aprovação de um Código Penal Municipal, com 127 artigos. Muito mais pretensioso que um Código de Posturas, esse curioso código continha dispositivos até mesmo de detenção, como se o legislativo municipal tivesse competência para legislar sobre o direito substantivo penal. Sendo muito extenso, mas muito expressivo do espírito municipalista da época, vamos mostrar ao leitor alguns de seus curiosos dispositivos. Assim, no capítulo relativo às penas, estabelecia ele:

**“Art. 6º — As infrações serão punidas, multa até 100\$000, prisão simples até 15 dias, ou ambas conforme a gravidade da culpa.**

**Art. 7º — O produto das multas será recolhido ao cofre do Município, de acordo com a lei municipal.**

**Art. 8º — A pena de prisão poderá, a requerimento do infrator, ser comutada na razão de 3\$333 por dia.”** <sup>(38)</sup>

Havia, nesse Código Penal Municipal, até normas que seriam hoje enquadradas no Código de Trânsito, assim como dispunham esses artigos:

**“Art. 107 — Transitar a cavalo por sobre os passeios, multa de 10\$000 e o dobro na reincidência.**

**Art. 108 — Depositar carro ou carroça nas ruas, praças ou becos, em lugar diferente do designado para esse fim pela Câmara, multa de 15\$000 e o dobro na reincidência.”** <sup>(39)</sup>

As dissensões oriundas das lutas dos grupos locais multiplicaram-se. Segundo relata o historiador de Abaeté, a primeira Câmara republicana, ali instalada, entrou em crise com um ano e tanto de funcionamento; vários vereadores renunciaram. <sup>(40)</sup>

Em Passos, houve, também na primeira Câmara republicana, renúncia de vários vereadores. <sup>(41)</sup>

(37) Minas Gerais, de 6-12-1902, n.º 309.

(38) Lei n.º 3, de 14 de abril de 1902, de Santa Quitéria, publicada no Minas Gerais de 10-6-1902, n.º 148. Ementa: Aprova o Código Penal Municipal. Agente executivo municipal, Francisco Xavier Ferreira Palhares.

(39) Santa Quitéria (Esmeraldas) é uma pequena cidade que fica a 40 quilômetros de Belo Horizonte. A freguesia foi criada em 1832. O Município, desmembrado de Sabará, foi criado em 1901 e instalado em 2-1-1902. Na época a que nos referimos, era simplesmente um lugarejo de aspecto inteiramente rural. (*Enciclopédia dos Municípios Brasileiros*, 1959, XXV Vol.)

(40) OLIVEIRA, José Alves de — História de Abaeté — Imprensa Oficial — 1970, pág. 195.

(41) NORONHA, Dr. Washington Álvaro de — História de Passos — 1969 — 2.º Vol., pág. 439.

Habitantes de um Distrito pediam para serem transferidos para outro Município; Conselhos Distritais requeriam emancipação; surgiam problemas de divisas entre Distritos e Municípios.

Os casos relativos a essas pendengas eram numerosos. Os **Anais do Legislativo Mineiro** e a imprensa da época estão repletos de problemas desse teor. Para exemplificar, citemos o dos moradores de São João Evangelista do Peçanha, que pediam a mudança da sede municipal para aquela localidade; no mesmo Município, o Conselho Distrital de Santa Maria de São Félix pedia à Câmara dos Deputados a sua autonomia, argüindo ter condições para a emancipação. <sup>(42)</sup>

Todos os problemas acabavam desembocando no Poder Legislativo; leis e mais leis eram votadas, anulando decisões das Câmaras Municipais. Um desses casos, colhido nos **Anais do Senado**, mostra esse órgão anulando um ato da Câmara Municipal de Santa Luzia, relativo ao Distrito de Pedro Leopoldo. <sup>(43)</sup>

Com alguns anos de experiência, os legisladores mineiros viram terem incorrido num idealismo incompatível com a realidade brasileira. O Senador MELLO FRANCO tivera razão, em 1891, em afirmar que o povo ainda estava imaturo para uma abertura tão grande do federalismo. No plano local, o que havia eram as lutas dos clãs, dos grupos familiares, dos chefetes e dos "coronéis"; essas lutas degeneravam, não raro, em atrocidades. O mais comum, porém, era o empreguismo, a nomeação de delegados e professoras, a perseguição a funcionários públicos, o nepotismo. O governo central estava seguro, porque se apoiava no PRM — o Partido Republicano Mineiro — que funcionava como Partido único, como um rolo compressor. Em cada lugar, o Partido era representado pela facção dominante. O chefe vitorioso apoiava o Palácio da Liberdade, e vice-versa. As eleições eram, quase sempre, fraudulentas, e os políticos sentiam a necessidade de uma mudança.

A autonomia municipal, em Minas, naquela fase republicana, com essa pretensão de legislar até sobre Direito Penal, ensejou episódios curiosos, como o que ocorreu em Poços de Caldas. O historiador MÁRIO MOURÃO narra:

"Na sessão de 4 de maio desse ano (1895), a minoria composta dos vereadores Faria Lobato e Luís Loiola protestava contra o imposto de um conto de réis por cada clube de jogo, dizendo que a Câmara não podia legislar de encontro ao **Código Penal**, e que aquilo era antes um vergonhoso barato e não um imposto." <sup>(44)</sup>

Também em Poços de Caldas, como ocorreu em muitos Municípios, toda a Câmara renunciou, em novembro de 1901. Naquele ano, a situação

(42) Minas Gerais, de 10-8-1901.

(43) **Anais do Senado Mineiro** — Ano de 1902 — Sessão de 19-8-1902. O leitor encontra na DOCUMENTAÇÃO — Anexo 5 — a transcrição desse caso.

(44) MOURÃO, Mário — **Poços de Caldas (Síntese Histórico-Social)** — 2.<sup>a</sup> ed., 1962, pág. 45.

financeira do Município era precaríssima, a ponto de os vereadores reduzirem os honorários do próprio Agente Executivo. (45)

Um dos casos mais sérios e rumorosos de disputas locais foi o que ocorreu nos últimos dias do ano de 1899, em Carangola. Aquele Município da Mata mineira foi palco de verdadeiras cenas de selvageria, tiroteios, fuzilaria, com uma dezena de mortos e muitos feridos. Disso nos dão notícia dois apaixonados panfletos publicados logo após os sangrentos acontecimentos, que tiveram grande repercussão naqueles dias. Num opúsculo, datado de 1900, em que o autor se oculta sob as iniciais de J. A. V., narram-se as terríveis lutas, os tremendos tiroteios entre os partidários do governo e os da oposição. Houve inquérito, inquirição de testemunhas, mostrando que, em Carangola, no crepúsculo do século XIX, as pugnas republicanas assumiram aspectos dramáticos. (46)

O outro panfleto é de autoria do chefe político JOÃO BAPTISTA MARTINS, que ataca a política do Presidente SILVANO BRANDÃO, afirmando ter sido este o responsável pelas lutas que se desenrolaram em Carangola, em 99. Textualmente:

“A maschorca sanguinária de 26 de dezembro, que a muitos se afigura uma colisão improvisada, foi o lance mais insolente de um vasto plano de agressão pacientemente resolvida por amigos do governo para o fim de eliminar adversários leais. . .” (47)

O panfletário diz que houve uma dezena de homicídios praticados por elementos do governo, chamados pelo autor de “assassinos, estupradores, moedeiros falsos”. Foi uma verdadeira guerra em miniatura.

## CAPITULO VII

### Supressão dos Conselhos

Os legisladores mineiros viram que os desmandos da politicagem local atingiam proporções alarmantes, escudados num sistema eleitoral que facilitava a corrupção. Mas, para mudar o sistema, era preciso alterar a Constituição Estadual. E isso foi feito. A Lei nº 5, de 14 de agosto de 1903, entre outros dispositivos, estabeleceu o seguinte:

“Art. 8º — Compete exclusivamente ao Congresso Legislativo do Estado a criação de Distritos administrativos e de paz, bem como a fixação de seus limites, ficando revogada a competência respectiva das municipalidades.

Art. 9º — Das leis, decisões e atos das Câmaras Municipais, contrários à Constituição e às leis, haverá recurso para o Poder Legislativo e para o Poder Judiciário.” (48)

(45) *Idem*, pág. 46.

(46) *Collecção de Diversos Artigos* — Por J. A. V. — Carangola — 1900 — 78 págs. — Arquivo Público Mineiro.

(47) MARTINS, João Baptista — *A Maschorca de Carangola* — Artigos publicados no *Jornal do Povo* — Cataguazes — 1900 — 62 págs. — Arquivo Público Mineiro.

(48) Minas Gerais, de 14-8-1903, n.º 190.

Antes disso, entretanto, já havia entrado na Câmara dos Deputados um projeto do Deputado F. VALLADARES, com apenas quatro artigos, cujo objeto era a supressão dos Conselhos Distritais. O deputado, entre outras considerações, dizia:

“Em meu projeto, Sr. Presidente, traduzindo as aspirações populares e necessidades momentosas, eu condenso os reclamos gerais da opinião pública que tiveram eco na brilhante mensagem do ilustre Presidente do Estado, que lembra ao Poder Legislativo a conveniência de amortecer as lutas políticas nos Municípios, melhorando ao mesmo tempo sua administração.” (49)

Mais adiante, o Deputado VALLADARES afirmava:

“Tudo serenará. Não mais presenciaremos, Sr. Presidente, excessos condenáveis pela posse do poder municipal — excessos que tanta tristeza provocam nas almas bem formadas.” (50)

Não seria este o projeto que iria extinguir os Conselhos Distritais. Os legisladores queriam mais do que isso; de uma só vez, pretendiam, também, alterar as normas do sistema eleitoral. Em 16 de julho de 1903, entra no Senado mineiro um projeto do Senador RIBEIRO DE OLIVEIRA, com apenas 12 artigos, em que o autor propunha a supressão dos Conselhos, mas não se referia ao problema eleitoral. Em sua justificativa, dizia o Senador RIBEIRO DE OLIVEIRA:

“É verdade, Sr. Presidente, que, pelo projeto, ficam suprimidos os Conselhos Distritais; mas, apesar disto, não desaparece completamente a autonomia distrital; porquanto o Distrito continua a eleger o seu vereador especial e este naturalmente velará pelos interesses da circunscrição que o elegeu.” (51)

A essa altura, a opinião dominante era pela mudança do regime municipal, mesmo por parte de muitos que tinham ardorosamente defendido a autonomia do Município nos começos da República. Entre eles, o Senador CAMILLO DE BRITO, que afirmou:

“Há muito tempo se impunha a reforma de alguns artigos da Constituição, feita no período da efervescência das idéias democráticas, período em que o Distrito adquiriu qualidades de pessoa jurídica, dizendo todos, na linguagem da época, que ele era a célula de nossa organização política. Hoje, porém, reconhecemos que o Distrito, tal como se acha, prejudica a vida do Município...” (52)

O projeto do Senador RIBEIRO, que tomou o número 204, sofreu muitas emendas, entre as quais todo um capítulo referente ao alistamento eleitoral. Após rápida tramitação, o projeto converteu-se na Lei nº 373, de 17 de setembro de 1903, sancionada pelo Presidente FRANCISCO SALES.

(49) Anais da Câmara dos Deputados do Estado de Minas Gerais — Ano de 1903, Sessão de 8-7-1903, pág. 86.

(50) *Idem*, *idem*.

(51) Anais do Senado Mineiro — Ano de 1903 — Sessão de 16-8-1903, pág. 49.

(52) Minas Gerais, de 22-8-1903.

A Lei nº 373 estabeleceu:

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

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

Encerrava-se, assim, uma experiência meteórica da Primeira República, em Minas. Com a supressão dos Conselhos Distritais, com as restrições ao regime municipal, esperavam os legisladores resolver os problemas da politicagem local. A supressão dos Conselhos Distritais não resolveu totalmente os problemas; de certo modo, atenuou-os e os transportou para a área do Legislativo Estadual, que se transformou numa espécie de tribunal para resolver os litígios que vinham do âmbito dos Municípios. Seja como for, o certo é que a supressão da autonomia distrital foi o fim melancólico de uma experiência de idealistas, empolgados com o federalismo norte-americano.

## CAPÍTULO VIII

### A Assembléia Municipal

Nos primórdios da vida republicana, a preocupação de tornar efetiva a participação popular na política e na administração local, levou o legislador a estabelecer na lei de organização municipal a Assembléia Municipal. Era constituída dos vereadores **gerais** (eleitos por todo o Município), vereadores **especiais** (eleitos pelos Distritos e componentes dos Conselhos Distritais) e **contribuintes** (os cidadãos que pagavam mais impostos). A principal função da Assembléia Municipal, que se instalava no dia 31 de janeiro de cada ano, era tomar contas da Câmara Municipal e dos Conselhos Distritais. Também de acordo com a lei vigente, os recursos apresentados à Assembléia tinham de subir à apreciação do Congresso Estadual. O Poder Legislativo, antes de dar posse aos eleitos, contava com uma comissão destinada a examinar a lisura das eleições, o que, na prática, costumava provocar sérios atritos na área municipal.

Pesquisando o arquivo da Prefeitura de Sabará, encontramos um pitoresco incidente narrado pelo secretário da primeira Assembléia Municipal, instalada em 30 de maio de 1893, sob a presidência do Sr. JACINTO DIAS e com o comparecimento de 54 membros. Não foram prestadas contas dos Conselhos Distritais, porque estes, até àquela data, não tinham sido organizados. Vale transcrever uma parte da ata, quando se narra a impugnação de um vereador por um elemento das galerias:

“Mandando o Presidente fazer a chamada dos membros presentes convidando-os a votarem em listas de 3 nomes para a referida comissão, (referia-se à comissão de contas), quando foi chamado o vereador Dr. Carlindo dos Santos Pinto, eleito pelo Districto da Lapa, já empossado e em exercício, partiu das galerias um grito estridente de Bento Epaminondas: “Protesto! O Dr. Carlindo não pode tomar assento porque sua eleição é nulla, conforme já

reconheceu a comissão de legislação do Congresso Mineiro". O Presidente da Assembléa ponderou ao interruptor dos trabalhos que, não fazendo elle parte da assembléa, não podia involver-se na discussão e determinou ao secretário que prosseguisse na chamada.

Então o mesmo protestante gritou repetidas vezes: "Não consinto que tome assento o Dr. Carlindo porque não é vereador" — sendo acompanhado n'este rompimento ameaçador por diversos individuos das galerias. Então, em vista do tumulto que levantavam, o Presidente da Assembléa reclamou do delegado de policia, que se achava presente, que usando de sua autoridade mantivesse a ordem perturbada pela manifestação ameaçadora do protestante e das galerias. O mesmo delegado declarou que não podia impedir que falassem, que tomaria parte se "pegassem a unhas". Em vista do que, para evitar conflicto, interrompendo-se a chamada, o presidente officiou ao honrado Dr. Juiz de Direito da Comarca pedindo seu comparecimento afim de que, pela força moral de que dispõe como primeira autoridade da Comarca, e pelo respeito que lhe é devido por sua conducta civil e moral, na ausencia da intervenção da policia para manutenção da ordem, propositalmente perturbada, viesse presenciar as occurrencias e por seus conselhos acalmar a agitação do protestante e seus auxiliares." (53)

Não é necessário prosseguir na transcrição, pois aí o leitor tomaria conhecimento da presença do juiz, de um discurso insultuoso de um dos vereadores à Assembléa e mais confusões. O episódio, em si, evidencia que, efetivamente, os legisladores constituintes de 91 foram muito idealistas ao estabelecer a plena autonomia municipal e distrital. O País não tinha estrutura para essa abertura tão grande. Pelo que pudemos ver nas atas das Assembléas Municipais de Sabará, dos primeiros anos da República, também a escolha dos chamados **contribuintes** sempre dava motivos a disputas e impugnações. Outro ponto digno de registro é que nem sempre os Conselhos Distritais se interessavam pela gestão dos negócios locais. Mas a atividade legislativa, naquela época, era grande: havia as Assembléas Municipais, as reuniões ordinárias e extraordinárias das Câmaras, havia as reuniões dos Conselhos Distritais, um mundo de resoluções, prestações de contas, indicações e requerimentos.

Para os cidadãos, na época, a Assembléa Municipal, que funcionava como uma espécie de Tribunal de Contas, era considerada uma grande conquista democrática, uma alta expressão da vida republicana. (54)

Consideravam os políticos que a Assembléa Municipal era a autêntica participação do povo na fiscalização do emprego do dinheiro público e na solução dos problemas locais. Por isso é que, geralmente, as assembléas

(53) Livro de Atas da Assembléa Municipal de Sabará — Sessão de 30-5-1893. Arquivo da Prefeitura de Sabará.

(54) O leitor encontra na DOCUMENTAÇÃO — Anexo 6 — o noticiário de uma Assembléa Municipal de Campo Belo, onde se vê a instituição tratada até com expressões líricas.



eram numerosas; o historiador de Curvelo informa que a Assembléa Municipal contava ali com quase uma centena de membros. <sup>(55)</sup>

O Município de Juiz de Fora, com 13 Distritos, em 1892, tinha uma Assembléa constituída de 108 membros, assim distribuídos: 15 vereadores gerais, 39 Conselheiros Distritais e 54 maiores contribuintes. <sup>(56)</sup>

As lutas dos clãs locais desvirtuavam os bons propósitos dessa representação. Não havendo justiça eleitoral, os problemas municipais desaguiavam no Poder Legislativo estadual. Em 1893, houve uma tremenda ceieuma em Sabará, porque a Câmara Municipal entendeu de excluir o vereador BENTO EPAMINONDAS, em vista de haver faltado a várias sessões. Na Câmara dos Deputados, o Deputado BERNARDINO DE LIMA tratou do assunto e considerou a exclusão como ilegal. <sup>(57)</sup>

No Senado estadual, o Senador JOSÉ PEDRO DRUMMOND também foi contra a exclusão, dizendo que a Câmara de Sabará “esbulhou um cidadão de um dos seus mais sagrados direitos, qual seja o direito político”. <sup>(58)</sup>

Essas lutas locais, transpostas ao plano do Legislativo Mineiro, compreendem páginas e páginas de discussões veementes e estéreis.

Havia lugares em que, devido à compreensão e espírito público dos líderes, todas as correntes de opinião participavam nos cargos. Um caso digno de registro foi o de Campanha, onde o Senador VALADÃO indicou, para agente executivo e para vereador geral, respectivamente, o Comendador BERNARDO SATURNINO DA VEIGA, “da antiga dissidência *conservadora*, e SATURNINO DE OLIVEIRA, seu adversário de sempre, no Império, e agora, republicano radical”. <sup>(59)</sup>

Em Poços de Caldas, nos primórdios da República, as lutas políticas foram tremendas. Diz o historiador local MÁRIO MOURÃO:

“As primitivas lutas políticas tiveram um cunho de odiosidade fora do comum e, houve uma eleição, em que os grupos adversários, armados de machadinhas Collens e de carabinas estiveram a ponto de uma carnificina, o que não fizeram devido à benéfica intervenção dos coronéis Joaquim José e José Procópio, que vieram de São João da Boa Vista acalmar os ânimos e estabelecer a harmonia entre as facções políticas tão extremadas daquela época.” <sup>(60)</sup>

O mesmo historiador narra que, em 1901, a Assembléa Municipal de Poços recebeu uma reclamação assinada por 53 pessoas, porém em termos

(55) DINIZ, Antônio Gabriel — *Dados para a História de Curvelo* — Editora Comunicação — I Volume, 1975, pág. 196.

(56) OLIVEIRA, Paulino de — *História de Juiz de Fora* — Companhia Dias Cardoso, 1953, pág. 145.

(57) *Anais da Câmara dos Deputados* — Ano de 1893 — Ouro Preto — Sessão de 30 de maio de 1893, pág. 212.

(58) *Anais do Senado Mineiro* — Ano de 1893.

(59) VALADÃO, Alfredo — *Campanha da Princesa* — Leuzinger S.A. — 1940 — Vol. II, págs. 333/4.

(60) MOURÃO, Mário — *Poços de Caldas (Síntese Histórico-Social)* — 2.ª edição, 1952, pág. 48.

tão violentos e injuriosos, que o documento foi enviado ao Legislativo Mineiro. No ano seguinte, nova confusão na Assembléia:

“A Assembléia Municipal de 1902 resolveu não aprovar as contas dos dois antigos Presidentes da Câmara, que foram acusados de extraviar o arquivo e até de subtrair o mobiliário da Câmara.” (61)

Nem tudo eram loas ao sistema de organização municipal estabelecido pela República Mineira. O historiador ARTHUR VIEIRA DE RESENDE E SILVA, de Cataguases, escrevia, em 1910, a propósito da Constituição estadual de 1891:

“Estabelecia, pois, a constituição o regime da mais ampla e ilimitada autonomia, sem ao menos instituir um tribunal ou poder fiscalizador em matéria de contas ou gestão financeira, inventando essa coisa amorfa e inconsciente que se chamou — Assembléia Municipal — estupendo tribunal de contas, constituído pelos próprios gestores dos dinheiros públicos. . .

A lei ordinária, porém, foi ainda mais longe, exorbitando mesmo dos limites constitucionais, quando determinou que o Distrito era a base da organização administrativa do Estado. Era a aplicação mais larga que se conhecia do princípio federativo. . .

A federação dos Distritos formando o Município, a dos Municípios o Estado, e a dos Estados a União Federal.

A Lei nº 2, de 14 de setembro de 1891, tem três defeitos capitais, que são: a autonomia distrital, com Conselhos deliberativos intutelados; a ditadura dos Agentes Executivos Municipais, e a falta de um Tribunal de Contas, incumbido de tomá-las às Câmaras.

O primeiro defeito já foi corrigido, ainda bem, pela Lei nº 373, de 17 de setembro de 1903, mas o segundo e o terceiro persistem.” (62)

Esse depoimento de um historiador e jurista é muito expressivo para mostrar o exagerado federalismo da Primeira República; na verdade, ele escreveu na época em que já haviam sido extintos os Conselhos Distritais, mas ainda persistiam os efeitos negativos da Lei nº 2.

## CAPÍTULO IX

### A vida dos Conselhos

Dentro da sistemática jurídica da divisão dos poderes, pode-se dizer que os Conselhos Distritais exerciam funções que podem enquadrar-se tanto na esfera legislativa como executiva. Se não eram leis propriamente ditas, no sentido material, pois não criavam normas jurídicas, as resoluções dos Conselhos eram leis no sentido formal. Basta que se analisem

(61) *Obra cit.*, pág. 49.

(62) RESENDE E SILVA, Arthur Vieira de — *O Município de Cataguases*, Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1908, pág. 146.

alguns aspectos da Lei nº 2: ao Conselho competia deliberar sobre a administração do Distrito; a ele cabia formular o regulamento do cemitério, mercado e outros serviços do Distrito; competia-lhe criar taxas para interesse de serviços distritais. Não há dúvida de que essas e outras funções tornavam o Conselho Distrital um órgão legiferante, mas ao mesmo tempo de natureza administrativa. Cabia-lhe aplicar a renda do Distrito, criar empregos, prestar contas; para isso, a saber, para a execução dos serviços, havia o agente executivo distrital, que era, também, o presidente do Conselho.

As sessões dos Conselhos seguiam as formalidades normais de todas as assembléias: havia convocações, atas, secretário, presidente. A maioria dessas atas e dos documentos dos Conselhos Distritais desapareceram, daí a dificuldade de pesquisas nesse setor. Tivemos oportunidade de ver nove páginas das atas do Conselho Distrital de Betim, naquela época subordinada à cidade de Sabará. A instalação daquele Conselho deu-se em 1895 e confirma as observações colhidas nas atas das Assembléias Municipais de Sabará, feitas por um vereador, dizendo que os Conselhos Distritais deviam assumir a gestão dos seus negócios, "uma vez que estando os conselhos eleitos, a eles e não à Câmara compete tratar de suas necessidades e melhoramentos". (63)

Essas páginas das atas do Conselho Distrital de Capela Nova de Betim dão-nos uma idéia de como funcionava esse colegiado. Instalado em agosto de 1895, era constituído de Francisco José Teixeira (presidente), Ângelo de Pinho e Patrício José da Rocha. A primeira providência foi a nomeação do secretário, o cidadão Nicolau Martins da Silva, mediante a gratificação de 5\$000 por período de sessões. Em seguida, a nomeação do fiscal do Distrito, encarregado de velar pelo bom andamento das obras no local. Essa posse era feita mediante um termo de juramento. Vale a transcrição desse documento, de acordo com a grafia original:

"Termo de Juramento — Aos doze dias do mês de Agosto de mil oito centos e noventa e cinco, perante o Presidente do Conselho compareço o Cidadão Antonio Delfino de Sousa fiscal do Districto nomeado i aceito pelo Presidente e membros do mesmo Conselho o qual prestou juramento do estilo. Do que para constar o Presidente mandou lavrar o presente termo que vai assignado pelo mesmo presidente i pelo fiscal. Eu Nicolao Martins da Silva Secretario o escrevi — O presid., Francisco José Teixeira — Antonio Delfino de Sousa, O fiscal do Districto."

Na segunda reunião do Conselho, em 12 de agosto do mesmo ano, ficou estipulado o ordenado de setenta e cinco mil réis para o fiscal, até o dia 31 de dezembro. O cidadão Martinho Ângelo do Amaral enviou proposta ao Conselho para ser Coletor Distrital, percebendo a porcentagem de 20% sobre a arrecadação. Houve uma reclamação dirigida ao Conselho a

(63) Atas da Câmara Municipal de Sabará, ano de 1893, sessão de 28-4-1893. Notícia da imprensa local de Oliveira também dizia, em princípios de 1893, que ainda não estavam organizados os Conselhos Distritais do Município. (*Gazeta de Minas*, Oliveira, 12-2-1893).

respeito de uma providência do fiscal: este havia mudado uma estrada no terreno do reclamante e este perguntava se essa medida ofendia ou não ao Público e o Conselho opinou que sim. Eis o relato da reclamação:

“O cidadão Francisco Carlos de Mello reclamou ao Conselho que mandasse o fiscal do Districto tomar conhecimento sobre uma estrada que o mesmo mudou em seu terreno, si ofende ou não ao Público o que foi resolvido que sim, isto é o fiscal enformar a esta Casa minuciosamente sobre o facto.” (64)

Mudanças, fechamentos, aberturas de estradas — enfim, pequenos e miúdos problemas da vida local, questões de vizinhança. Essa reclamação do betinense Francisco Carlos de Mello foi objeto até de uma sessão extraordinária do Conselho, no dia 1º de outubro de 1895, com comissão especial e árbitro para resolver o impasse. Essa estrada, na rua do Serrado, foi objeto de outras sessões, sem que nada se resolvesse a contento. Problemas de servidão, atritos entre vizinhos. Ao que parece, o primeiro fiscal não conseguiu resolver os problemas locais e foi substituído por Higinio Pereira da Silva, em 20 de janeiro de 1896 quando prestou juramento. O caso da estrada rendeu muito e chegou até a justiça comum. Em 20 de março, o Conselho tratava de reparos numa ponte do centro do arraial — problemas de trânsito.

A última ata é de 20 de janeiro de 1900 e documenta a sessão presidida pelo vigário Domingos Cândido da Silveira e teve por fim a prestação de contas relativas ao ano anterior, a fim de que fossem apresentadas à Assembléa Municipal de Sabará.

Seria este um tosco retrato dos antigos Conselhos Distritais de Minas, com as suas pendengas locais e suas questiúnculas de arraial. Numa época de poucas distrações para preenchimento das horas de lazer, as discussões sobre essas miudezas do cotidiano político seriam certamente uma das boas formas de entretenimento dos cidadãos.

## CAPITULO X

### Os orçamentos

Um dos aspectos marcantes da autonomia distrital era o orçamento próprio, isto é, o Distrito tinha as suas verbas e podia efetuar as suas despesas. De acordo com a lei, prestava contas à Assembléa Municipal uma vez por ano. Na prática, nem sempre o sistema funcionou bem; às vezes, os Distritos não recebiam as verbas que, por direito, lhes pertenciam; outras vezes, não prestavam contas das despesas efetuadas. Costumava haver conflitos entre os Conselhos Distritais e as Assembléas Municipais.

(64) Atas do Conselho Distrital de Capela Nova de Betim, ano de 1895. O autor desta monografia consigna a colaboração do historiador GERALDO FONSECA, que encontrou essas nove páginas do antigo Conselho Distrital de Betim, quando pesquisava a história do Município. O autor dedica duas páginas de seu livro ao Conselho Distrital, baseando-se exatamente nessa preciosa fonte a que também nos reportamos. Vide *Origens da Nova Força de Minas — BETIM — Sua História* — 17-11-1975, págs. 113/114.

Houve um caso desse tipo, em Sabará, em 1894, quando o Conselho Distrital da cidade impugnou a prestação de contas da Assembléia Municipal; no ano seguinte, o ex-presidente do Conselho Distrital declarou que não podia apresentar contas, porque a administração da cidade não deu ao Distrito a receita que lhe cabia e o Distrito da cidade estava em débito com os próprios empregados. <sup>(65)</sup>

Nas atas do Conselho Distrital de Capela Nova de Betim, encontramos prestações de contas relativas ao ano de 1895 quando o Distrito recebeu a verba de oitocentos e um mil e setecentos réis; para o ano seguinte, foi prevista a arrecadação de novecentos mil réis. Vale a transcrição de uma parte da ata, nos termos originais:

“Acta da segunda sessão extraordinaria do Conselho Districtal da Capella Nova de Betim. Aos trinta e um dia do mês de Dezembro do Anno de mil oito centos e noventa e cinco presente o Presidente do Conselho e os demais membros abaixo assignados para resolverem sobre o seguinte: primeiro sobre prestações de contas do Presidente do Conselho as quais forão unanimemente approvado, a qual verça sobre a seguinte quantia, recebida da municipalidade oito centos e um mil e sete centos reis renda especial do Districto, dedozido a despeza da arrecadação cincoenta e dois mil reis, que tudo preface a soma de oito centos e cincoenta e treis mil e sete centos reis e as despezas que soma na quantia de dozentos e quinze mil e dozentos reis; que dedozido na quantia a cima dito resto liquido em poder do Presidente çeiscentos e trinta e oito mil e quinhentos reis; que por deliberação do mesmo Conselho ficou autorisado o Presidente do Conselho a impregar esça quantia e as demais que o Conselho obiter em cabrestos de pedras e esgotos nas ruas a começar na rua direita; Em seguida foi apresentado pelo Presidente a proposta do orçamento i despesas do futuro anno de mil oito centos i noventa e seis a qual ficou resolvido pela maneira seguinte: receita em nove centos mil reis e despesas...” <sup>(66)</sup>

Como se vê, os conselheiros distritais costumavam levar a sério as suas funções de fiscalizadores do uso do dinheiro público. Da arrecadação geral do Município, havia uma espécie de rateio das verbas para os Distritos, conforme vimos num relatório de 1897, da Prefeitura de Sabará. No orçamento municipal, constavam as verbas entregues aos Distritos da Cidade, de Capela Nova do Betim, de Santa Quitéria, de Contagem, de Raposos, da Lapa e de Venda Nova. Essas prestações de contas não só eram discutidas, objeto de exames por parte dos conselheiros e vereadores, como também eram publicadas pela imprensa ou em folhetos, para conhecimento geral.

Em 1896, o Município de Sabará compreendia um grande número de Distritos, inclusive o de Belo Horizonte, pois a Capital só iria ser transferida no ano seguinte. Para que o leitor tenha uma idéia da distribuição

(65) Livros de Atas da Câmara de Sabará; Livros de Atas das Assembléias Municipais.

(66) Atas do Conselho Distrital de Betim.

do orçamento municipal pelos Districtos, transcrevemos, a seguir, o quadro publicado pela Câmara Municipal de Sabará, relativo ao ano de 1896:

### RENDAS DOS DISTRICTOS

#### Demonstração da arrecadação e saldos pertencentes aos Districtos

Districtos	Arrecadação por trimestre				Total	Importancias entregues	Saldos
	1.º	2.º	3.º	4.º			
Da cidade	5.015\$106	2.043\$062	1.208\$518	960\$970	9.227\$655	7.593\$	1.634\$656
Da Lapa	71\$818	226\$	58\$950	68\$850	426\$618	10\$	415\$618
De Raposos	286\$282	24\$300	8\$900	86\$212	406\$694	286\$282	110\$412
De Venda Nova	775\$347	269\$580	83\$520	58\$752	1.187\$199	20\$	1.167\$199
Da Contagem	1.162\$211	102\$800	38\$070	90\$432	1.393\$543	1.162\$241	231\$302
Da Pantana	287\$932	20\$	20\$988	15\$701	324\$621	"	324\$621
De Capella Nova	1.394\$475	90\$	34\$765	31\$995	1.491\$235	300\$	1.191\$235
De S. Quiteria	1.209\$110	78\$503	173\$011	107\$361	1.567\$985	1.460\$110	107\$875
<b>Total</b>					16.023\$560	10.831\$633	5.191\$917

Collectoria e Thezouraria da Camara Municipal de Sabará, 10 de Janeiro de 1896.  
O Collector-Thezoureiro — José Antonio Machado Chaves. (67)

Além de ter personalidade jurídica, o Distrito tinha, portanto, orçamento próprio, uma indiscutível característica de sua autonomia.

Na prática, houve muitos problemas concernentes aos orçamentos municipais e distritais. Ora, as Câmaras deixavam de atribuir aos Districtos as verbas a que tinham direito; ora, os Districtos deixavam de prestar contas; acontecia os Districtos pleitearem receitas que não lhes cabiam. Encontramos na imprensa do Serro um Protesto de cidadãos do local denominado Santo Antônio do Rio do Peixe, em 1893, pelo qual os mesmos se recusavam a pagar determinado imposto criado pela Câmara Municipal, alegando ilegalidade do tributo, votado em desacordo com a Lei de Organização Municipal. (68)

Um caso, de repercussão em todo o Estado, ocorreu em Juiz de Fora, conforme relata e documenta o historiador PAULINO DE OLIVEIRA. O Conselho Distrital da Cidade pretendeu a metade do imposto de transmissão de propriedade, que, por lei, estava consignado entre os rendimentos da Câmara Municipal. O Presidente da Câmara Municipal de Juiz de Fora, Dr. FRANCISCO BERNARDINO, na sua argumentação, disse:

“Ninguém pode dispor do que me pertence, sem o meu consentimento e contra a minha vontade. Assim, a Câmara Municipal é soberana na disposição de sua renda, ou seja, imposto decretado

(67) Relatório apresentado à Câmara Municipal de Sabará por Seu Presidente e Agente Executivo — Exercício de 1896 — Typ. d'“O Contemporâneo” — 1897.

(68) O Mensageiro (Catholico-Social) — Número 69 — 9-4-1893 — Serro — Ano II, pág. 4 — Arquivo Público Mineiro.

pelo Estado, que tenha sido alienado para renda municipal; ou imposto da exclusiva decretação da Câmara Municipal, ou fruto de seu patrimônio. Obrigar uma Câmara Municipal a partir sua renda, seja com quem for, importa atentado flagrante, absurdo, impossível jurídico, que desafia todos os meios de reação, que justifica todas as oposições, todas as resistências." (69)

Pelo que se vê, o problema da distribuição de rendas foi um dos aspectos polêmicos das relações entre Câmaras e Conselhos Distritais.

A autonomia municipal, na República, melhorou sensivelmente as finanças das comunas. Numa publicação de Passos, de 1898, um articulista, VICTORINO SAMPAIO, mostra que naquele Município, em 1889, a receita era apenas de 9:300\$000; em 1897, passou para 78:100\$000. A título de ilustração, vamos dar o quadro dessa publicação, onde se faz um cotejo entre os orçamentos de vários Municípios, em 1889 e 1897: (70)

#### ORÇAMENTOS DAS CÂMARAS MUNICIPAIS

Na Monarquia 1889		Na República 1897	
	Renda		Renda
Juiz de Fora .....	60:576\$	Juiz de Fora .....	550:000\$
Uberaba .....	16:400\$	Uberaba .....	161:710\$
Diamantina .....	23:270\$	Diamantina .....	101:054\$
Sabará .....	9:220\$	Sabará .....	54:376\$
Passos .....	9:300\$	Passos .....	78:100\$
Prata .....	2:560\$	Prata .....	139:517\$
Bom Sucesso .....	3:140\$	Bom Sucesso .....	40:600\$
Dores da B. Esperança	5:089\$	Dores da B. Esperança	38:830\$
Frutal .....	5:000\$	Frutal .....	46:623\$
Turvo .....	5:000\$	Turvo .....	56:380\$
Lavras .....	7:922\$	Lavras .....	58:500\$
S. João d'El Rei .....	31:000\$	S. João d'El Rei .....	168:330\$
S. José do Paraíso .....	6:240\$	S. José do Paraíso .....	38:000\$
Varginha .....	1:420\$	Varginha .....	45:100\$
Pitangui .....	3:037\$	Pitangui .....	40:785\$
Cataguases .....	29:254\$	Cataguases (só um tri- mestre) .....	65:880\$
Pomba .....	17:674\$	Pomba .....	133:780\$
Campanha .....	10:775\$	Campanha .....	41:500\$
S. Gonçalo do Sapucaí	8:000\$	S. Gonçalo do Sapucaí	28:500\$
Curvelo .....	5:500\$	Curvelo .....	43:350\$

(69) OLIVEIRA, Paulino de — *História de Juiz de Fora* — 1953, pág. 148.

(70) *Almanach do Município de Passos* — Hilarino Moraes — 1898 — Artigo de Victorino Sampaio, pág. 145 — Arquivo Público Mineiro.

Em Campo Belo, a arrecadação municipal, no novo regime, foi surpreendente, atingindo a soma de 9:000\$773, quando a receita prevista tinha sido de apenas 2:500\$000. O historiador da cidade diz:

“Esse foi um dos bons trabalhos do Cel. Policeno Moreira Maia, Presidente da então Intendência Municipal, o qual se interessou vivamente pelas coisas públicas. Achou naturalmente que se impunha um trabalho em prol das finanças do Município, equiparando as obrigações para com o erário, numa como que reforma dos costumes administrativos.” (71)

## CAPÍTULO XI

### Agentes e Conselheiros

Quando se discutiu, na Constituinte Mineira de 1891, a organização municipal, um dos aspectos que mereceram debates foi a escolha do Executivo, tanto do Município como do Distrito. Para o Senador CARLOS FERREIRA ALVES, o maior defensor da autonomia distrital, o Executivo devia sair de uma eleição popular direta. Outros achavam que o Executivo devia ser escolhido entre os vereadores eleitos. CARLOS ALVES achava que, escolhido diretamente pelo povo, o Executivo teria maior força para realizar as suas funções. Num debate, poucos dias antes da promulgação da Constituição mineira de 91, dizia o Senador ALVES:

“Não deve (o Executivo) sair da própria Câmara, porque, destarte, ele perderá toda sua força. Acho que o Poder Executivo deve ser independente do corpo municipal e deve receber toda a sua força do povo.” (72)

Mais adiante, o Senador ALVES reafirma o mesmo ponto de vista:

“O Executivo deve ser independente da Câmara Municipal.” (73)

Foi o próprio Senador ALVES quem defendeu, também, a participação dos maiores contribuintes nas assembléias municipais; seriam estas, como realmente o foram naquela época, um misto de representação popular e aristocrática. Para ele, era justo que participassem das prestações de contas municipais os que pagavam maior soma de impostos. O senador achava que a verdadeira democracia só podia efetivar-se no plano local; não temia as lutas dos grupos, pois era sua opinião que o povo ia educando-se, pouco a pouco, para a vida democrática. Dizia ele:

“Fizemos uma revolução, transformamos o governo do País para ficarmos naquilo que estávamos?! Não, srs., precisamos ir educando o povo pouco a pouco. Não acredito que esta república sirva para mim; mas, já fico satisfeito prepararmo-la para nossos filhos.

(71) CARVALHO, José Miserani de — *Velharias...* (Notas para a História de Campo Belo) — 1937, pág. 146.

(72) *Anais do Congresso Constituinte de Minas Gerais* — Imprensa Oficial, 1896 — Sessão de 30-5-1891, págs. 334 e seg.

(73) *Idem.*



Só no exercício constante do voto e na administração local é que poderá o povo lutar, e esse princípio ou essa escola prática de educação todos necessitam.” (74)

O legislador constituinte de 91 preparou o caminho para a autonomia distrital, mas alterando alguns pontos dos postulados do Senador ALVES. Assim, no caso do Executivo, saiu para uma solução híbrida, a saber, o mesmo seria escolhido, ao mesmo tempo, que os vereadores e conselheiros distritais, mas como **mandato cumulativo**. Isso significava que um dos representantes, no próprio ato da eleição, já seria escolhido vereador ou conselheiro, e, conjuntamente, a agente municipal ou distrital. A Lei n. 2 dispôs: “As funções executivas do Conselho Distrital são exercidas pelo presidente do referido Conselho, eleito pelo povo com mandato cumulativo.” (Art. 34.)

Havia uma diferença entre o agente executivo municipal e o agente executivo distrital: este tinha de ser, forçosamente, eleito com mandato cumulativo, enquanto aquele também podia ser um cidadão estranho à Câmara e eleito diretamente pelo povo. Um aspecto importante da composição da Câmara Municipal e que mostra o valor das eleições distritais é que tanto os vereadores gerais como os distritais tinham voto igual em todas as deliberações, sendo que os cargos eram gratuitos. Os agentes executivos podiam ser remunerados, mas seus vencimentos tinham de ser votados no último ano de mandato da Câmara, para o triênio seguinte.

Como se pode ver pela legislação da época, o agente executivo distrital era, realmente, um prefeito em miniatura. E, de certo modo, com mais facilidade para agir, pois apenas tinha de consultar mais dois cidadãos, membros, como ele, do Conselho Distrital, geralmente do mesmo grupo dominante. Levando-se em consideração que, nem sempre, os Conselhos Distritais prestavam contas, a contento, às Assembléias Municipais, pode-se aquilatar o quanto havia de discricionário na atuação dos agentes e conselheiros distritais. Entre outros, foi esse um dos motivos da supressão dos Conselhos, em 1903.

A autonomia de que eram investidos os administradores locais levava-os, freqüentemente, a tomar providências em desacordo com a lei. Apesar de o mandato de conselheiro ser gratuito, houve casos de Conselhos Distritais votarem verbas orçamentárias para gratificar os seus conselheiros e agentes executivos. O historiador PAULINO DE OLIVEIRA conta que, em Juiz de Fora, alguns conselheiros, seguindo o exemplo do agente executivo municipal, não quiseram receber subsídios, mas alguns presidentes dos Conselhos Distritais incluíram verbas, em seus orçamentos distritais, para pagamento dos próprios subsídios. O fato foi tolerado até 1896, quando uma Comissão nomeada pela Assembléia Municipal deu parecer contrário ao procedimento do Distrito da Cidade, nos seguintes termos:

“A Comissão entende que deve restringir seu parecer de aprovação do Conselho Distrital da Cidade com a cláusula da Assembléia convidar o Agente Executivo, o Sr. Cap. Francisco Casimiro Cohanier, a restituir ao cofre do Conselho a quantia de 1:800\$000, que por subsídio recebeu durante o ano passado de 1895, e ao pró-

(74) *Idem*.

prio Conselho Distrital para revogar a sua respectiva Resolução, que é abertamente contrária à lei que rege a matéria, sob pena de, não o fazendo eles, dar ao Agente Executivo Municipal, quanto ao primeiro, as providências que no caso couberem perante a justiça ordinária e, junto ao segundo, de encaminhar à Mesa da Assembléia a sua deliberação ao Congresso estadual com os documentos que deverem e puderem instruí-la no sentido de ser cassada a argüida Resolução.” (75)

Nota-se, no citado caso, uma grande falta de entrosamento entre o Conselho Distrital e a Câmara Municipal, agindo em posições inteiramente antagônicas. Esse fato ocorria mais quando se tratava da Câmara Municipal e do Conselho Distrital da Cidade, certamente por serem dois colegiados situados na própria sede dos Municípios.

Sobre a importância dos cargos de agentes, nos primórdios republicanos, vale a transcrição de uma crítica feita pelo historiador de Cataguases, ARTHUR VIEIRA DE RESENDE E SILVA:

“Com a criação do Agente Executivo, anulou-se a Câmara Municipal. Ele é um verdadeiro ditador, onipotente e irresponsável; só não fará o que não puder ou quiser.

Compreende-se, portanto, a excessiva importância que se ligou ao cargo, fartamente remunerado em alguns Municípios, e centro convergente e diretor de todas as forças políticas e econômicas.

As lutas eleitorais travavam-se em torno desse cargo; os vereadores eram figuras secundárias e decorativas, simples peças necessárias à engrenagem administrativa. O governo municipal passou a ser o governo de um homem só, poderoso e irresponsável, sobre quem a Câmara não exercia poder nenhum eficaz — e que cada dia se foi anulando.

Eis aí a causa principal dos grandes esbanjamentos das Municipalidades da Mata e da falência da autonomia municipal.” (76)

Como em dezenas de Municípios, de acordo com a nossa pesquisa, também em Cataguases, logo na primeira legislatura republicana, numa Câmara de 11 vereadores, 7 renunciaram, o que a impossibilitou de funcionar. (77)

O ano de 1892, que seria o da organização municipal, foi um ano sem qualquer realização de interesse coletivo. ARTHUR RESENDE diz, em sua documentada obra sobre Cataguases:

“Esse ano, que era o ano da organização, passou inteiramente estéril... E a luta travada pela Câmara com o seu presidente, deixou patente que o governo era o presidente, e que lhe não restavam a ela recursos contra os seus desmandos.” (78)

(75) OLIVEIRA, Paulino de — História de Juiz de Fora, págs. 147 e segs.

(76) O Município de Cataguases, 1908, págs. 146/7.

(77) RESENDE, Enrique de — Pequena História Sentimental de Cataguases — Editora Itatiaia — 1969, pág. 66.

(78) Obra cit., pág. 149.

## CAPÍTULO XII

### O corifeu do distritalismo

O Senador CARLOS FERREIRA ALVES nasceu a 6 de setembro de 1853, na Vila da Estrela, no Estado do Rio de Janeiro, filho do Coronel MANOEL ALVES e D. ANA ISABEL ALVES. Era neto de FRANCISCO ALVES MACHADO, homem de muito prestígio na região, pelos seus empreendimentos comerciais. CARLOS ALVES matriculou-se, em 1870, na Faculdade de Medicina do Rio, onde colou grau de doutor, em 1875, tendo obtido **plenamente** em todas as disciplinas. Foi interno, por concurso, no Hospital da Marinha, do Rio, e da própria Faculdade de Medicina. A convite de JOAQUIM DUTRA, transferiu-se para São João Nepomuceno, na Zona da Mata, em Minas, no começo de 1876, onde começou a clinicar. Pelo seu trato lano e ameno, pela sua dedicação, granjeou logo grande clientela, tendo sido eleito vereador em 1882. São João Nepomuceno era, então, distrito de Rio Novo, e, naquela data, foi elevado à categoria de município. Eleito vice-presidente da Câmara, desenvolveu intensa atividade em favor da comunidade. Realizou exposições regionais dedicadas à apresentação dos produtos daquela zona, todas coroadas de êxito. Graças a seus esforços, conseguiu a inauguração dos serviços de água potável de São João, em 1885. Nessa altura, era um dos líderes mais prestigiados da região. Também resolveu dotar a cidade de um fórum, cujo prédio ficou em vinte e dois contos, tendo obtido ajudas oficiais e contribuições de particulares.

Com a colaboração de amigos, ALVES fundou um jornal — **O Município** — que circulou durante vários anos. Com a abolição da escravatura e os problemas dela oriundos, CARLOS ALVES compreendeu ser urgente a criação de uma “Associação Beneficente e Protetora do Trabalho Livre”, mas, apesar de seus esforços, essa idéia não pôde ir adiante. Em vista dos serviços prestados à comunidade, ALVES foi escolhido como deputado à Assembléia Provincial, quando sobreveio a república. Eleito senador ao Congresso Mineiro, destacou-se pela defesa da autonomia distrital. <sup>(79)</sup>

CARLOS FERREIRA ALVES faleceu, em Barbacena, a 6 de fevereiro de 1896, quando o Senado Estadual estava em recesso. Mas, em 18 de junho daquele ano, logo no início dos trabalhos legislativos, o Senadinho prestou-lhe homenagem. Em discurso então pronunciado, JOAQUIM DUTRA afirmou:

“Bem moço ainda, Sr. Presidente, nos bancos colegiais, eu o conheci e convivi com ele. Vi-o terminar com distinção seu curso preparatório e matricular-se na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, onde se graduou em 1875, após brilhantíssimo curso, feito ao lado de uma plêiade ilustre de talentos de eleição, tais como Martins da Costa, Nuno de Andrade, Rocha Faria, José Sena, Silvano Brandão e tantos outros (**Muito bem!**). Convidei-o então para vir clinicar em São João Nepomuceno, meu companário, e, aquiescendo ao convite amigo, ali chegou o Dr. Carlos Alves em janeiro de 1876. E em breve tempo, por sua aptidão profissional e eleva-

---

(79) Dados extraídos do jornal *A Ordem*, de 8-2-1890, Ano I, n.º 22, Ouro Preto, transcrevendo artigo do jornal *O Município*, de São João Nepomuceno.

dos dotes morais, conquistou da sociedade são joanense merecida estima e justa popularidade. Médico distintíssimo, Sr. Presidente, foi sempre o amparo dos infelizes desprotegidos da sorte (**apoiados**); — a prática da medicina foi sempre para ele um sacerdócio de apostolado sublime, e nenhum outro mais do que ele, Sr. Presidente, jamais traduziu tão a terreiro o **divinum est opus sedare dolorem**; e nenhum mais do que ele, Sr. Presidente, terá despendido tanta dedicação, tanto devotamento e abnegação na prática deste aforismo." (**Apoiados; muito bem, muito bem.**)

Mais adiante, prossegue o Senador JOAQUIM DUTRA, em seu elogio póstumo:

"Criado aquele município (São João Nepomuceno) em 1882, foi o Dr. Carlos Alves eleito vereador, começando então, Sr. Presidente, a sua proffícua e gloriosa vida pública. Era São João Nepomuceno, naquela época, uma freguesia do Município do Rio Novo, sem vida social, sem comércio; era, Sr. Presidente, quase um cadáver, que só a atividade, a energia, a tenacidade sem desfalecimentos de Carlos Alves, poderia galvanizar, chamando-o à vida.

E de fato o conseguiu, Sr. Presidente, constituindo-se o elemento poderosíssimo do engrandecimento e prosperidade locais. (**Apoiados.**)

A causa daquele município dispensou sempre todos os recursos de seu inamalgável patriotismo, de sua robusta inteligência, de sua atividade infatigável, do seu espírito enérgico e empreendedor não poupando sacrifícios de toda a espécie para bem servi-la, em tudo e por todas as formas que lhe sugeria sua excepcional dedicação por ela. (**Apoiados.**)

Naquele município, Sr. Presidente, tornou-se o centro de toda a iniciativa particular que ele dirigia, que ele norteava como verdadeiro patriarca. (**Muito bem! Muito bem!**)

Era a movimentação, o impulso vivificador de todos os elementos de prosperidade. (**Apoiados.**)

Julgando estreitos os limites de um município para expandir sua magnânima e patriótica atividade, foi candidato, pelo então 10º distrito eleitoral, à antiga Assembléa Provincial e eleito no triênio de 1888 a 1889 e os serviços então prestados à Província de Minas, estão, Sr. Presidente, consignados nos anais daquela época. Filiado ao extinto Partido Conservador, deu sempre aos chefes daquele partido constantes provas da infatigabilidade de sua eficaz cooperação, pelo que foi condecorado com as comendas da Rosa e de Cristo, assinalando esses decretos a relevância dos serviços prestados pelo ilustre agraciado, iniciando e levando a efeito duas exposições regionais, e criando um núcleo colonial que hoje é fator poderosíssimo da prosperidade do Município de São João Nepomuceno. (**Apoiados.**)

Proclamada a República, patriota como era, aderiu ao novo regime, trazendo este o concurso de sua leal e eficaz colaboração, e os **Anais** do Congresso Constituinte, e os **Anais** do Senado aí estão, Sr. Presidente — **aere perennius** — para atestarem a sua inamovível dedicação aos interesses do Estado, a sua lealdade à causa da República. (**Apoiados; muito bem; muito bem!**)

Republicano, tornou-se um espírito apaixonado e exaltado pelas idéias populares e francamente liberais.

A autonomia municipal, consagrada na Lei nº 2, de 14 de setembro de 1891, teve nele um hercúleo paladino.” (**Apoiados.**)<sup>(80)</sup>

Por ocasião de seu falecimento, o Senador XAVIER DA VEIGA, seu amigo e admirador, mandou celebrar missa por sua alma, em Ouro Preto. E endereçou uma carta ao **Minas Gerais**, em que afirmou, em certo ponto:

“A autonomia municipal tem sido e é programa luminoso e patriótico do Senador Carlos Alves. E já vão dez longos anos que ele o defendia, sem desfalecimento e sem tréguas, na imprensa, nos **meetings**, na tribuna parlamentar; e em toda a parte os justos reclamos do povo deram à sua palavra o acento mágico das grandes e nobres convicções.”<sup>(81)</sup>

Os dados colhidos pelo pesquisador a respeito do Senador CARLOS FERREIRA ALVES mostram ter sido ele um dos grandes lutadores pela implantação dos princípios básicos da Primeira República Mineira. Morreu vitorioso. Morreu antes de ver que a instituição que ele tanto defendeu — o Conselho Distrital — iria ter uma existência efêmera, e que a autonomia local, fruto do seu idealismo e da sua boa-fé, também iria ser contestada pela realidade social e política da época.

## DOCUMENTAÇÃO

### ANEXO I

#### OS MUNICÍPIOS NA CONSTITUIÇÃO MINEIRA DE 1891

#### TÍTULO II

##### Dos Municípios

**Art. 74** — O território do Estado, para sua administração, será dividido em Municípios e Distritos, sem prejuízo de outras divisões que as conveniências públicas aconselharem.

(80) Discurso pronunciado no Senado Mineiro, em 18-6-1896 — *Minas Gerais*, de 23 de junho de 1896, n.º 168.

(81) *Minas Gerais*, de 13-2-1896, n.º 43.

**Art. 75** — Uma lei especial regulará a organização dos Municípios, respeitadas as bases seguintes:

**I** — a população de cada Município, que for criado, não será inferior a vinte mil habitantes;

**II** — a administração municipal, inteiramente livre e independente, em tudo quanto respeita ao seu peculiar interesse, será exercida em cada Município por um Conselho eleito pelo povo, com a denominação de Câmara Municipal;

**III** — o número de vereadores de vilas e cidades não será inferior a 7, e nem superior a 15;

**IV** — o orçamento municipal, que será ânno e votado em época prefixada, a polícia local, a divisão distrital, a criação de empregos municipais, a instrução primária e profissional, a desapropriação por necessidade ou utilidade do Município e a alienação de seus bens, nos casos e pela forma determinada em lei, são objeto de livre deliberação das Câmaras Municipais, sem dependência de aprovação de qualquer outro poder, guardadas as restrições feitas nesta Constituição;

**V** — o exercício das funções de membros das Câmaras Municipais durará três anos, podendo os cidadãos eleitos renunciar o mandato em qualquer tempo;

**VI** — o governo do Estado não poderá intervir em negócios peculiares do Município, senão no caso de perturbação da ordem pública;

**VII** — as deliberações, decisões ou quaisquer outros atos das Câmaras Municipais só poderão ser anulados:

1.º — quando forem manifestamente contrários à Constituição e às leis;

2.º — quando atentatórios dos direitos de outros Municípios;

3.º — nos casos do art. 77, parágrafo único.

Submetidos estes atos ao conhecimento do Congresso, deve este, em sua primeira reunião, pronunciar-se anulando-os, ou não. O silêncio importa aprovação;

**VIII** — reunidas as duas Câmaras em Congresso, antes de findar a primeira sessão legislativa, farão a discriminação das rendas municipais das do Estado, e o que for votado fará parte desta Constituição;

**IX** — a publicação, pela imprensa, onde a houver, ou por editais na sede e Distritos, é condição de obrigatoriedade e execução das posturas, orçamentos e tabelas de impostos das municipalidades. Igual publicidade deve preceder a arrematação de obras ou serviços municipais, e só depois poderão ser feitos por administração;

**X** — serão publicados trimestralmente os balancetes e, no princípio de cada ano, o balanço da receita e despesa da Câmara, ficando livre aos municípios obterem do secretário informações e certidões, independente de despacho;

**XI** — as Câmaras Municipais, nos termos da lei, prestarão auxílio umas às outras, e todas ao governo do Estado, podendo associar-se para o estabelecimento de qualquer instituição ou empreendimento de utilidade comum;

**XII** — os Municípios não poderão criar impostos de trânsito pelo seu território sobre produtos de outros Municípios;

**XIII** — as Câmaras Municipais não poderão cominar penas de mais de cem mil réis de multa e quinze dias de prisão, podendo esta ser comutada em multa correspondente;

**XIV** — o Município que for aumentado ou criado com território desmembrado de outro, será responsável por uma quota parte das dívidas ou obrigações, já existentes, do Município prejudicado com o desmembramento. Esta responsabilidade será determinada por árbitros nomeados pelos dois Municípios, os quais terão em vista as rendas arrecadadas no território desmembrado;

**XV** — poderão ser discriminadas as funções deliberativas executivas;

**XVI** — as Câmaras Municipais não poderão conceder privilégios por prazo superior a 25 anos.

**Art. 76** — É da exclusiva competência das municipalidades decretar e arrecadar os impostos sobre imóveis rurais e urbanos e de indústrias e profissões.

**Parágrafo único** — As municipalidades é facultado criar novas fontes de renda, guardadas as disposições desta Constituição.

**Art. 77** — O julgamento das contas das Câmaras Municipais e dos Conselhos Distritais será feito por uma assembléa, que lei ordinária regulará, da qual farão parte os vereadores, membros dos Conselhos Distritais e igual número de cidadãos residentes no Município, e que pagarem maior soma de impostos municipais, convocados pelo Presidente da Câmara.

**Parágrafo único** — A esta assembléa compete conhecer das reclamações sobre leis e decisões das Câmaras Municipais, sendo apresentadas, pelo menos, por cinquenta munícipes contribuintes, encaminhando-as, com efeito suspensivo ou sem ele, conforme entender, ao Congresso do Estado para este resolver nos termos do art. 75, n.º VII.

**Art. 78** — As Câmaras Municipais reverão, de comum acordo, as divisas de seus atuais Municípios, cabendo ao Congresso decidir as questões que forem suscitadas.

**Parágrafo único** — A população mínima, para os atuais Municípios, será de dez mil habitantes.

**Art. 79** — Em seus orçamentos, as Câmaras Municipais consignarão os fundos necessários para amortização e juros dos empréstimos que contraírem.

**Parágrafo único** — Não serão contraídos novos empréstimos, quando o encargo dos existentes consumir a quarta parte da renda municipal.

**Art. 80** — O Congresso ou o Governo, em suas leis ou regulamentos, não poderá onerar as Câmaras Municipais, com despesas de qualquer ordem, sem decretar fundos, ou abrir, desde logo, verba para esse fim.

## ANEXO 2

### A ORGANIZAÇÃO MUNICIPAL NA PRIMEIRA REPÚBLICA MINEIRA

(Alguns dispositivos da Lei n.º 2, de 14 de setembro de 1891 — Extraído da *Coleção das Leis*, 1891, Imprensa Oficial, 1895 — Arquivo Público Mineiro.)

#### Da Administração Municipal

#### CAPÍTULO I

#### Da Organização Municipal e Distrital

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

**Art. 11** — O Conselho Distrital se comporá de 3 a 5 membros, com a denominação de conselheiros distritais.

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

**Parágrafo único** — Estes números poderão ser alterados, conforme a Câmara entender conveniente, mas sempre para o triênio seguinte e respeitadas as condições dos referidos artigos.

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

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

- 1.<sup>a</sup> — a posse dos direitos políticos;
- 2.<sup>a</sup> — saber ler e escrever;
- 3.<sup>a</sup> — a idade de 21 anos completos;
- 4.<sup>a</sup> — ter dois anos de domicílio e residência no Município.

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

**Art. 15** — Não pode ser eleito vereador, nem agente executivo municipal, nem membro do Conselho Distrital, aquele que já tiver sido condenado por crime infamante ou de falência fraudulenta.

**Art. 16** — São incompatíveis com os cargos de vereador, de agente executivo municipal e de membro do Conselho Distrital os seguintes:

- 1.<sup>o</sup> — o de membro da magistratura;
- 2.<sup>o</sup> — os Chefes de Polícia, delegado, subdelegado e seus suplentes, quando em exercício durante o período eleitoral, e até três meses antes da eleição. O cidadão já eleito membro da Câmara ou do Conselho Distrital pode aceitar cargo policial, mas não acumular seu exercício. O de agente executivo municipal é sempre incompatível com qualquer cargo policial do Estado;
- 3.<sup>o</sup> — os de empregados públicos federais, estaduais ou municipais, e bem assim os militares que vencem soldo; não são incompatíveis os empregados aposentados e os militares reformados.

**Art. 17** — Perde o cargo de vereador, de agente executivo municipal ou de membro do Conselho Distrital:

- 1.<sup>o</sup> — o que se mudar do Município;
- 2.<sup>o</sup> — o que perder os direitos de cidadão brasileiro;
- 3.<sup>o</sup> — o que for condenado por crime infamante ou de falência fraudulenta;
- 4.<sup>o</sup> — o que aceitar emprego ou cargo dos designados no artigo antecedente, salva a restrição do número 2 do mesmo artigo;
- 5.<sup>o</sup> — o que deixar de comparecer às sessões durante seis meses seguidos, salvo impedimento de moléstia provada;
- 6.<sup>o</sup> — o que faltar, sem participação, a três reuniões ordinárias consecutivas.

**Parágrafo único** — Desde que o vereador, o agente executivo municipal ou membro do Conselho Distrital for pronunciado em processo de crime inafiançável, será suspenso do cargo até o final do julgamento.

**Art. 18** — Nos casos de vaga, proveniente de morte, renúncia do cargo, ou das que se verificarem em virtude das disposições do artigo antecedente, a Câmara mandará preenchê-la por eleição, no prazo de 60 dias, contados da data em que a mesma se der.



§ 1.º — A eleição se fará em todos os Distritos, se a vaga for de vereador eleito por todo o Município ou se for de agente executivo municipal; se fará somente no respectivo Distrito, se for de vereador distrital ou de membro do respectivo Conselho.

§ 2.º — O cidadão eleito para preencher a vaga só servirá durante o tempo que faltar para terminar o mandato do substituído.

§ 3.º — Quando a vaga se verificar, faltando somente seis meses para a terminação do mandato, não será preenchida por eleição, devendo ocupá-la o respectivo suplente.

**Art. 19** — Não podem servir conjuntamente na mesma Câmara Municipal ou no mesmo Conselho Distrital:

- 1.º — ascendentes e descendentes;
- 2.º — irmãos;
- 3.º — sogro e genro;
- 4.º — cunhados durante o cunhadio;
- 5.º — dois ou mais membros de uma mesma firma comercial competentemente legalizada.

§ 1.º — Verificando-se o impedimento, ficará aquele que tiver obtido maior votação decidindo a sorte no caso de empate, e sendo declarados nulos os votos que tiverem recaído no que sair.

§ 2.º — Verificando-se a vaga, em virtude do parágrafo precedente, a Câmara procederá de acordo com as disposições do artigo antecedente, sendo declarados nulos os votos que recaírem em cidadão que tenha, respectivamente, com algum vereador ou membro do Conselho, qualquer dos impedimentos mencionados neste artigo.

**Art. 20** — O agente executivo municipal não pode servir conjuntamente com a Câmara, desde que entre ele e algum vereador se verifique qualquer dos impedimentos mencionados no artigo antecedente.

§ 1.º — Verificando-se o impedimento, ficará eleito o agente executivo municipal, sendo declarados nulos os votos que tiverem recaído no outro cidadão, procedendo neste caso a Câmara de acordo com o disposto no art. 18.

§ 2.º — Quando a eleição tenha sido feita em virtude de vaga do cargo de agente executivo e a votação recair em cidadão que tenha com algum vereador, já eleito, qualquer dos mencionados impedimentos, ficará o vereador, e serão declarados nulos os votos que recaírem no referido cidadão, devendo neste caso a Câmara proceder de acordo com as disposições do referido art. 18.

**Art. 21** — Nas faltas temporárias ou impedimentos de qualquer vereador, do agente executivo municipal ou de membro do Conselho Distrital, nos de suspensão e nos do § 3.º do art. 18, serão convocados os respectivos suplentes.

§ 1.º — São suplentes dos vereadores:

1.º — Os cidadãos votados em todo o Município, por ordem da votação obtida, devendo o substituto ter pelo menos um terço dos votos obtidos pelo vereador geral que tiver sido menos votado;

2.º — Os cidadãos que tiverem obtido votos para vereadores distritais, também por ordem da votação obtida, contanto que o substituto tenha obtido, pelo menos, um terço da votação do vereador menos votado do respectivo Distrito, e devendo ser convocados os dos Distritos mais vizinhos, por ordem de distância.

§ 2.º — São suplentes dos membros do Conselho Distrital os seus imediatos em votos, por ordem da votação obtida.

§ 3.º — São suplentes do agente executivo municipal o Presidente da Câmara e os substitutos legais deste, e do agente executivo distrital, os membros do Conselho, por ordem da votação obtida, sendo preferido o mais velho, no caso de igualdade de votação.

§ 4.º — Consideram-se faltas temporárias:

1.º — ausência do membro, mediante licença da Câmara ou do Conselho Distrital, conforme pertencer àquela ou a esta corporação;

2.º — ausência, por impedimento, participada por officio, ou devida a moléstia provada;

3.º — ausência, sem participação, a duas reuniões ordinárias consecutivas.

Art. 22 — Tanto os membros da Câmara Municipal, como os do Conselho Distrital, e bem assim o agente executivo municipal, poderão ser reeleitos.

Art. 23 — A eleição de vereadores, de membros dos Conselhos Distritais e bem assim do agente executivo municipal, será feita em todo o Estado, de três em três anos, no dia 7 de setembro, e o seu processo será regulado pela lei eleitoral, sendo porém observadas as seguintes regras:

§ 1.º — Cada eleitor entregará duas cédulas.

A primeira conterà:

1.º — Os nomes dos membros do Conselho Distrital, com designação de um deles que será cumulativamente o presidente do respectivo Conselho e seu agente executivo;

2.º — o nome ou nomes dos cidadãos que, como vereadores, devem ser representantes do Distrito.

A segunda cédula conterà os nomes dos cidadãos que tiverem de ser votados para vereadores em todo o Município, com designação expressa de um deles que será cumulativamente o Presidente da Câmara e o agente executivo municipal; ou conterà os nomes dos cidadãos que tiverem de ser votados para vereadores em todo o Município e mais o nome de um cidadão estranho à Câmara, e que será o agente executivo municipal.

§ 2.º — A Câmara Municipal devem ser remetidas pelas mesas eleitorais dos Distritos, dentro de cinco dias contados do da terminação dos trabalhos, cópias autênticas das atas, devendo ser logo lavrado termo de recebimento pelo secretário da Câmara, sendo designados o dia, hora e modo por que se efetuou a entrega.

§ 3.º — Não haverá senão um escrutínio; e 30 dias depois dele realizado, se procederá à apuração, que será feita pela Câmara Municipal.

§ 4.º — No dia designado, que a Câmara fará anunciar por editais, que serão publicados na imprensa, se houver, reunir-se-á ela em sessão pública, para dar começo ao processo de verificação de poderes dos novos eleitos, e procederá do modo seguinte:

1.º — escolherá por meio de sorte, uma comissão de 3 a 5 membros, a qual incumbirá: examinar todas as atas, apresentando no fim de 4 dias, um parecer sobre a eleição em geral, e sobre cada um dos eleitos;

2.º — nesse trabalho, a comissão é obrigada a ouvir as razões dos interessados, e anexar ao seu parecer os protestos escritos que por eles forem apresentados;

3.º — se no fim de 4 dias não houver a comissão concluído seu trabalho, solicitará da Câmara novo prazo;

4.º — terminado o trabalho da comissão, o Presidente da Câmara publicará por editais e pela imprensa, onde houver e convocará uma reunião da Câmara, a qual só terá lugar 4 dias depois da entrega do trabalho da comissão;

5.º — nessa reunião, que constará das sessões necessárias para concluir-se a apuração, será dada a palavra aos interessados que a pedirem;

6.º — a nulidade da eleição geral do Município ou de qualquer Distrito só poderá ser decretada por maioria de dois terços de votos dos vereadores presentes;

7.º — decretada pela Câmara a nulidade, se esta for de tal modo que reduza a menos de dois terços os votos obtidos, a Câmara, no prazo de 60 dias contados da data da anulação, mandará proceder à nova eleição em todos os Distritos do Município, se a nulidade for geral, em um ou mais Distritos, se a nulidade referir-se a este somente.

Se a nulidade não afetar a eleição de algum Distrito, ficarão eleitos não só os membros do respectivo Conselho Distrital, como os representantes do Distrito na Câmara Municipal, concorrendo o Distrito somente para a eleição dos vereadores, que tiverem de ser eleitos por todo o Município, e bem assim do agente executivo municipal;

8.º — aprovada a eleição de vereadores, do agente executivo municipal e dos membros dos Conselhos Distritais, a Câmara mandará tirar cópias autênticas da ata da apuração geral, as quais servirão de diplomas aos vereadores eleitos por todo o Município e ao agente executivo municipal, e da ata da apuração de cada Distrito, em particular, as quais servirão de diplomas aos representantes do Distrito na Câmara e aos membros do respectivo Conselho Distrital;

9.º — com exceção das questões de nulidade de eleição e das que se referirem ao voto do agente executivo municipal, todas as mais serão decididas por maioria relativa. Se houver empate na votação obtida por dois ou mais candidatos, não só para o cargo de vereador e de agente executivo municipal como de membros do Conselho Distrital, ficará eleito o mais velho: se houver igualdade de votação e de idade, a sorte decidirá.

§ 5.º — A Câmara Municipal não poderá anular uma eleição senão nos seguintes casos:

1.º — quando a mesa tiver sido constituída ilegalmente, provando-se que houve para isso plano concertado;

2.º — quando se tiver feito a eleição em lugar diferente do designado, sem ter havido prévia autorização publicada por editais;

3.º — quando a mesa não tiver seguido o processo prescrito em lei;

4.º — quando a eleição tiver sido feita antes da hora marcada em lei, ou tiver começado depois do meio dia.

Art. 24 — Se a verificação de poderes não estiver concluída até o dia 1.º de janeiro do ano seguinte ao da eleição, a Câmara, cujo exercício deve terminar naquele dia, os Conselhos Distritais e o agente executivo municipal continuarão a funcionar, até que estejam reconhecidos os poderes dos novos eleitos; não podendo, porém, o exercício das referidas funções exceder de seis meses.

Art. 25 — Reconhecidos os poderes dos novos eleitos, a Câmara os convidará a tomarem posse, designando dia e hora, quando a mesma não possa ter lugar no dia 1.º de janeiro.

Art. 26 — No dia designado, reunida a Câmara, cujo mandato expira, e os novos eleitos, tanto vereadores como presidentes dos Conselhos Distritais, e bem assim o agente executivo municipal, será recebida pelo Presidente da Câmara a promessa ou juramento, feita ou prestado pelos novos eleitos, de bem cumprirem os seus deveres.

§ 1.º — Se não estiver presente na ocasião algum vereador ou Presidente de Conselho Distrital, e bem assim o agente executivo municipal, tomará posse depois, fazendo a promessa ou prestando o juramento do estílo.

§ 2.º — A posse dos demais membros dos Conselhos Distritais será dada pelos respectivos presidentes.

**Art. 27** — Empossada a nova Câmara, sob a presidência do vereador mais velho, procederá imediatamente à eleição do presidente e vice-presidente; devendo somente ser eleito este último, na hipótese de ter sido o primeiro eleito pelo povo.

Estas eleições, que só devem recair em membros da Câmara, se renovarão anualmente. Se houver empates, a sorte decidirá.

**Parágrafo único** — São substitutos do presidente, quer tenha sido eleito pelo povo, quer pela Câmara:

1.º — o vice-presidente;

2.º — os vereadores eleitos por todo o Município, na ordem da votação obtida;

3.º — os vereadores de Distritos, na ordem da votação que relativamente tiverem obtido.

**Art. 28** — Perante a Câmara constituída, o presidente da que terminou o mandato apresentará um relatório dos trabalhos do triênio findo, o qual versará sobre os atos mais importantes da administração, especialmente sobre os referentes às finanças municipais, quer em relação à receita, quer à despesa.

## ANEXO 3

### ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO DISTRITAL

(Alguns dispositivos da Lei n.º 2, de 14 de setembro de 1891)

#### Da Administração Distrital

#### CAPÍTULO I

#### Governo Econômico do Distrito

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 13 — Prestar anualmente contas de sua gestão à Assembléia Municipal.

**Art. 55** — Ao agente executivo do Conselho Distrital compete:

§ 1.º — Presidir ao Conselho Distrital.

§ 2.º — Administrar bens adquiridos pelo Distrito.

§ 3.º — Executar e fazer cumprir as deliberações do Conselho Distrital.

§ 4.º — Representar o Conselho Distrital nos contratos que celebrar e em todos os negócios administrativos e judiciais.

§ 5.º — Propor ao Conselho o orçamento de receita e despesa do Distrito e as providências que julgar convenientes ao bem do Distrito.

§ 6.º — Prestar contas semestralmente de sua gestão ao Conselho Distrital.

§ 7.º — Fazer observar os regulamentos do cemitério, mercado e de outros serviços do interesse do Distrito.

§ 8.º — Corresponder-se com quaisquer autoridades sobre assuntos do interesse do Distrito.

§ 9.º — Propor ao Conselho Distrital a nomeação de empregados, podendo suspendê-los por falta de exação no cumprimento de seus deveres, demiti-los e promover-lhes a responsabilidade por abusos e ilegalidades cometidas no exercício de suas funções. Os vencimentos desses empregados devem ser consignados no orçamento do Distrito, mediante proposta sua.

**Art. 56** — Os Conselhos Distritais em seus estatutos regularão as suas reuniões e sessões.

**Parágrafo único** — Para haver sessão é preciso maioria dos membros do Conselho.

## CAPÍTULO II

### Da Fazenda Distrital

**Art. 57** — Os próprios adquiridos pelo Distrito só podem ser vendidos ou aforados em hasta pública e mediante proposta do Conselho, sendo isentos de todos os impostos do Estado. Na hasta pública será observado o disposto no § 9.º do art. 39.

**Art. 58** — A receita do Distrito consiste:

1.º — na metade da renda líquida anual arrecadada no Distrito, como municipal, deduzida a despesa da arrecadação;

2.º — No produto de taxas especiais criadas pelo Conselho Distrital para serviços próprios do Distrito.

**Art. 59** — No orçamento municipal haverá duas tabelas especiais de impostos para cada Distrito: uma contendo todos os impostos municipais que devem ser

arrecadados no Distrito, e outra contendo as taxas especiais criadas pelo Conselho para serviços do Distrito. No mesmo orçamento será consignado o de cada Distrito, por este enviado.

**Art. 60** — A renda que couber ao Distrito, constante do art. 58, será entregue ao agente executivo distrital, sempre que este requisitar, a fim de ter o destino determinado no orçamento.

## ANEXO 4

### O CONSELHO DISTRITAL NO REGIMENTO DE SANTA QUITÉRIA (Esmeraldas)

(Transcrito do Minas Gerais, de 18-5-1902, n.º 125)

#### Dos Distritos

**Art. 102** — O Distrito, parte integrante do Município, é a circunscrição territorial que tem administração própria, autônoma em tudo que diz respeito ao seu peculiar interesse.

**Art. 103** — A criação de um Distrito depende das seguintes condições:

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

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

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

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

**Art. 104** — O patrimônio de cada Distrito será constituído por seus bens já existentes e pelos que venha a adquirir.

**Art. 105** — No caso de criação do novo Distrito ou desmembramento dos atuais, o patrimônio municipal será dividido conforme as regras de direito e por via de arbitragem, como dispõe o final do artigo seguinte.

Os bens destinados exclusivamente ao uso e gozo dos Distritos, como as casas para instrução, as fontes e os logradouros públicos, não farão parte do patrimônio devido.

**Art. 106** — O Distrito que for aumentado ou criado com território desmembrado de outro será responsável por uma quota-parte das dívidas ou obrigações, já existentes, do Distrito prejudicado com o desmembramento.

Esta responsabilidade, bem como o desmembramento de um Distrito para o aumento de outro, serão determinados por quatro árbitros: dois de nomeação da Câmara Municipal e dois de nomeação pelos de cada Distrito, os quais terão em vista as rendas arrecadadas no território desmembrado.

**Parágrafo único** — Quer haja ou não empate, sua deliberação será submetida à consideração da Câmara e sofrerá uma só discussão, devendo a decisão tomada ser lavrada em livro próprio, ficando livre aos prejudicados o recurso aos poderes competentes.

**Art. 107** — Os próprios adquiridos pelo Distrito só podem ser vendidos ou aforados em hasta pública, mediante proposta do Conselho.

**Art. 108** — A receita do Distrito consiste:

1.º — Na metade da renda líquida anual arrecadada no Distrito — como municipal —, deduzidas as despesas da arrecadação.

2.º — No produto de taxas especiais criadas pelo Conselho Distrital para serviços próprios do Distrito.

**Art. 109** — A renda que couber ao Distrito constante do artigo precedente, será entregue ao agente executivo distrital sempre que este a requisitar, a fim de ter o destino no orçamento.

**Art. 110** — O Distrito, por seu Conselho, poderá abrir novas fontes de renda, uma vez que não vá de encontro às leis municipais.

**Art. 111** — O governo econômico ou administrativo de cada Distrito, inteiramente livre e independente em tudo que diz respeito ao seu peculiar interesse, pertence a um Conselho, eleito pelo povo, com a denominação de Conselhos Distritais, exceto, porém, o Distrito da Vila.

§ 1.º — Dos três membros eleitos será presidente do Conselho e agente executivo distrital o cidadão que for especialmente votado para esse fim.

Em caso de empate, decidirá a idade, em primeiro lugar, depois a sorte, se as idades forem iguais.

§ 2.º — São substitutos do presidente do Conselho e agente executivo distrital os demais membros na ordem da votação obtida.

**Art. 112** — A eleição para conselheiros distritais será feita, e as faltas ou vagas destes serão preenchidas, de conformidade com o estabelecido nos arts. 14 a 27 da Lei n.º 2, de 14 de setembro de 1891.

**Art. 113** — O mandato de conselheiro distrital durará 3 anos, podendo ser renunciado ou renovado.

**Art. 114** — Os conselheiros distritais tomarão posse perante o presidente do Conselho e este perante a Câmara Municipal ou presidente da Câmara, podendo fazê-lo por procuração.

**Art. 115** — O Conselho Distrital determinará em seu estatuto os meses e dias de suas reuniões ordinárias e o modo de suas deliberações e votações.

**Parágrafo único** — Para haver sessão é necessária a presença de maioria de seus membros.

**Art. 116** — As funções de Conselho Distrital são deliberativas e executivas, aquelas serão exercidas por seus membros em corporação, estas pelo agente executivo distrital.

**Art. 117** — As deliberações do Conselho Distrital serão nulas quando contrárias ao estatuto municipal, às conveniências do Município, a juízo da Câmara, às deliberações da lei orgânica das municipalidades ou às Constituições Estadual e Federal.

**Art. 118** — Além das atribuições que lhe são outorgadas pela Lei n.º 2, de 14 de setembro de 1891, compete mais ao Conselho:

§ 1.º — Velar pela fiel execução do estatuto e leis municipais, pedindo ao agente executivo e presidente da Câmara as explicações de que carecer.

§ 2.º — Remeter até o dia 4 de setembro de cada ano, ao agente executivo municipal, o projeto de orçamento do Distrito, a fim de ser contemplado no orçamento municipal. Na falta desta remessa fica livre à Câmara confeccionar o orçamento distrital ou deliberar como melhor entender a esse respeito.

§ 3.º — Arrendar ou promover arrecadação da renda municipal e taxas especiais do Distrito, se disto for encarregado pelo agente executivo municipal e de conformidade com as instruções deste.

§ 4.º — Fazer a aferição de pesos e medidas, impondo as multas estabelecidas no Código Penal Municipal.

§ 5.º — Velar pela limpeza e asseio das ruas e praças da povoação, sem prejuízo das atribuições que à Câmara Municipal competem nesse serviço.

§ 6.º — Estabelecer, em seu Distrito, mercados e cemitérios, cujo rendimento se considera patrimônio e renda especial do Distrito, e formular os respectivos regulamentos, que submeterá à aprovação da Câmara.

**Art. 119** — O Conselho Distrital prestará anualmente conta de sua gestão à Assembléa Municipal.

**Art. 120** — Na hipótese de ficar acéfalo qualquer Distrito por não terem aceitado o mandato os membros eleitos para o respectivo Conselho, a Câmara o administrará até que seja eleito e empossado outro Conselho, a quem entregará, na forma da lei, o saldo do resultante da receita que lhe competir, deduzidas as despesas.

**Art. 121** — Se, depois de se proceder à segunda eleição, os novos eleitos ainda não aceitarem os lugares, a Câmara continuará administrar o Distrito como território acéfalo.

**Parágrafo único** — Considera-se o Distrito território acéfalo, para os fins determinados neste artigo, quando, dentro do prazo de seis meses depois de empossada a Câmara, não tiver tomado posse e se instalado o respectivo Conselho Distrital.

**Art. 122** — De conformidade com o art. 5.º da Lei n.º 18, de 28 de novembro de 1891, e para os efeitos do art. 151 da mesma lei, ficam os Distritos deste Município classificados da forma seguinte:

- 1.º — Distrito da Vila S. Quitéria.
- 2.º — Distrito Capela Nova.
- 3.º — Distrito Contagem.
- 4.º — Vargem da Pantana.

## **TÍTULO II**

### **Da Assembléa Municipal**

**Art. 123** — A Assembléa Municipal compete:

- 1.º — tomar conta da Câmara Municipal e dos Conselhos Distritais;
- 2.º — conhecer das reclamações sobre leis e decisões da Câmara Municipal e dos Conselhos Distritais, encaminhando as primeiras, com efeito suspensivo ou sem ele, ao Congresso Mineiro, para este resolver nos termos do art. 75, n.º 7, da Constituição do Estado;
- 3.º — promover a responsabilidade dos vereadores e dos conselheiros distritais, na tomada de contas, abusos ou ilegalidades por eles cometidos no exercício de suas funções, para o que remeterá os documentos ao promotor da justiça da Comarca.

**Art. 124** — A Assembléa Municipal, antes de se instalar, deverá reconhecer os poderes de seus membros, cuja legitimidade for contestada, elegendo, para esse fim, uma comissão que reverá todos os livros da receita municipal, verificando os seus maiores contribuintes.

**Art. 125** — A Assembléa Municipal não poderá deliberar sem que à sessão estejam presentes tantos contribuintes, pelo menos, quantos os membros natos designados no número 1 do art. 61, da Lei n.º 2, estiverem presentes.

**Parágrafo único** — Para completar esse número, o presidente fará a convocação dos contribuintes que se seguirem aos maiores da lista, impondo aos faltosos a multa de 20\$000 por cada dia de sessão que faltarem sem causa participada.

**Art. 126** — A sua composição, o dia de suas sessões, a direção de seus trabalhos e a regulamentação de suas deliberações, são estatuídos nos arts. 61 a 75 da Lei n.º 2, de 14 de setembro de 1891.



## ANEXO 5

### ANULAÇÃO, PELO CONGRESSO ESTADUAL, DE ATO DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA LUZIA

(Anais do Senado Mineiro, Sessão de 19-8-1902)

#### PARECERES

Consta dos papéis apresentados à comissão de Câmaras Municipais, com ofício do agente executivo do Município de Santa Luzia do Rio das Velhas, de 18 de junho do corrente ano, o seguinte:

Em sessão de 10 de julho de 1901, a Câmara Municipal de Santa Luzia do Rio das Velhas criou o Distrito de "Pedro Leopoldo" e, como o agente executivo opusesse o seu *veto* à respectiva resolução, manteve-a em sessão extraordinária de 27 do mesmo mês desprezando as razões do *veto*.

Contra o veto da Câmara Municipal protestaram diversos munícipes residentes nos Distritos de Matozinhos e Capim Branco, alegando, além de sua nulidade por contrário ao disposto no art. 112 da Constituição do Estado, a inexistência dos requisitos indispensáveis para a criação de um Distrito, segundo o art. 3.º da Lei n.º 2, de 14 de setembro de 1891, e a inobservância de disposições da legislação municipal sobre discussão e votação de projetos de alteração da divisão distrital; e pedindo à Assembléa Municipal que o suspendesse, remetendo suas reclamações para o Congresso na forma do art. 62, n.º 2, da citada Lei n.º 2, de 1891.

A Assembléa Municipal em sessão de 1.º de fevereiro do corrente ano, discutidas as reclamações, deliberou que não fossem remetidas para o Congresso; o agente executivo, porém, que presidira a Assembléa, entendendo que não podia deixar de cumprir o citado art. 62, juntou-as ao precitado ofício de 18 de junho.

Moradores do novo Distrito, tendo conhecimento deste fato, apresentaram ao Senado um contraprotesto acompanhado de diversos documentos, no qual alegam:

Que a Câmara Municipal, em sessões de 18 a 21 de dezembro do ano passado, decretou novamente a criação do mesmo Distrito, dando-lhe divisas diferentes das traçadas na lei anterior.

Que o novo Distrito reúne os requisitos, população, logradouro, cemitério, edifícios para sessões do Conselho e para escolas, dos quais depende a sua criação, segundo a Lei n.º 2, de 1891.

A comissão de Câmaras Municipais, tomando conhecimento das reclamações, posto que nada resolvesse sobre elas a Assembléa Municipal, porque o caso está compreendido no parágrafo único do art. 43 da Lei n.º 2, é daqueles em que qualquer cidadão pode recorrer para o Congresso; e considerando:

Que a disposição do art. 112 da Constituição do Estado é extensiva à divisão dos Municípios em Distritos, o que expressamente declarou o art. 6.º da Lei n.º 110, de 24 de julho de 1894;

Que a divisão do Município não pode ser, portanto, alterada senão no fim de cada decênio;

Que o decênio deve ser contado do dia em que cada uma das Câmaras Municipais fizer a divisão, exercendo a atribuição que lhes conferiu o art. 37, § 11, da Lei n.º 2, de 1891;

Que somente para os fins da 1.ª eleição geral de vereadores e membros dos Conselhos Distritais manteve a citada Lei n.º 2, art. 91, § 3.º, os Distritos em que então eram divididos os Municípios;

Que a Câmara Municipal de Santa Luzia do Rio das Velhas só em 15 de setembro de 1892, deliberou sobre a divisão do Município, mantendo na Lei n.º 1 os Distritos da cidade de Lagoa Santa, de Fidalgo, de Matozinhos, do Capim Branco, de Pau Grosso e do Ribeirão de Jaboticatubas;

Que em 10 de julho e 18 de dezembro do ano passado, datas, aquela de criação do novo Distrito, esta da lei em que foram alteradas suas divisas, não era ainda findo o decênio constitucional; e, assim sendo:

Que o ato da Câmara Municipal é contrário ao citado art. 112 da Constituição do Estado, e, portanto, nulo:

É de parecer que se adote o seguinte

#### PROJETO N.º 197

O Congresso do Estado de Minas Gerais decreta:

**Artigo único** — É declarado nulo o ato da Câmara Municipal de Santa Luzia do Rio das Velhas, de criação do Distrito de Pedro Leopoldo, revogadas as disposições em contrário.

Sala das Comissões, 19 de agosto de 1902. — **Levindo Lopes** — **C. Prates**.

A Comissão de Finanças, a que foi presente o Projeto n.º 91, aprovado em 1.ª discussão, é de parecer que seja submetido à 2.ª discussão.

Sala das Comissões, 19 de agosto de 1902. — **Bias Fortes** — **Joaquim Dutra** — **C. Prates**.

#### ANEXO 6

##### NOTÍCIA DE UMA ASSEMBLÉIA MUNICIPAL

(Transcrição do Minas Gerais, de 26-2-1893, n.º 54 — Ouro Preto)

Campo Belo, 31 de janeiro de 1893

##### ASSEMBLÉIA MUNICIPAL

Raiou, finalmente, o dia 31 de janeiro de 1893.

O horizonte despido do negro véu que envolvia a superfície da terra, aparece todo risonho, trajando galas.

Surge o sol, todo imponente com seu esplendor e majestade, e, como que feridas pelas suas ardentes setas, correm espavoridas as carrancudas nuvens, abortando a tempestade que, prestes, ia desabar sobre esta cidade.

Cessam os ribombos aterradores do trovão, e se desfazem, repentinamente, os horrores da tormenta.

Uma rápida transformação se opera na natureza, e a alegria invade os corações de todos, manifestando-se naqueles semblantes, até então, tristes e acabrunhados sob a impressão do pânico terror, de que todos se achavam possuídos.

Os pássaros, entoando a seu modo, o hino de alegria, saúdam o rei dos astros.

Os tenros arbustos dobram a cabeça sob o peso do orvalho matutino, e as belas e variadas flores, salpicadas de douradas e aromáticas gotas, respiram ao verem-se livres da horrível catástrofe, que ameaçava aniquilá-las na sua vertiginosa passagem, e, com seu virginal acanhamento, também saúdam aquele que, com seu poderoso influxo, as vivifica.

Ontem, o terror e a confusão; e hoje, a harmonia e a tranqüillidade.

Ontem, espíritos agitados e ameaçadores; e hoje, pacíficos e prazenteiros; e, como que envergonhados por se deixarem levar pelos impulsos de um furor cego e leviano, procuram todos reparar uma falta que, por uma fraqueza tão natural e comum à humanidade, acabam de, inadvertidamente, cometer sem prévia consideração das funestas conseqüências de um ato tão contrário às regras da prudência e do bom senso.

**Tirada a causa**, cessaram-se os efeitos produzidos no espírito da maior parte dos habitantes desta cidade, para unicamente atenderem os reclamos da pátria, que hoje reúne em seu seio os caros filhos, para, em assembléa municipal, entrar no gozo da plenitude da sua autonomia.

Graças, pois, a essa medida, sábia e prudentemente aconselhada, restabeleceu-se a ordem e a harmonia entre os habitantes da pacífica cidade de Campo Belo.

Reuniu-se no dia 31 de janeiro, no paço da Câmara, a Assembléa dos Contribuintes; e aí, na mais admirável ordem e harmonia, trata-se do bem-estar da pátria, dos direitos do cidadão e da economia dos cofres municipais, para que, mais tarde, possamos alcançar o nosso *desideratum*, isto é, o engrandecimento do nosso Município e o desenvolvimento da instrução, base principal do progresso e garantia do lar doméstico.

A Assembléa Municipal esteve imponente, porque os seus membros, distintos pelo seu caráter inviolável e pelo seu assás conhecido patriotismo, souberam compreender a altura e gravidade da honrosa missão de que foram encarregados: e, banindo dos seus peitos as indisposições políticas, só tiveram em vistas o bem comum.

Oxalá que pudéssemos compreender o quanto é prejudicial aos interesses da pátria, ao comércio e ao nosso engrandecimento, a falta de união, que reina entre nós por darmos ouvidos às intrigas que, como um cancro roedor, só procuram solapar os alicerces da nossa sociedade, para lançá-la no abismo!

Oxalá que pudéssemos ao menos, quando tratássemos do bem público, banir dentre nós o rancor, as perseguições e cerrar os ouvidos à voz do vil e asqueroso intrigante, que se compraz em ver a discórdia reinar entre as famílias e em quebrar os sagrados laços da amizade!

Reunida a Assembléa, foram nomeadas duas comissões, compostas, cada uma, de três membros.

A primeira se compunha dos cidadãos: Manoel Antônio Cardoso, Comendador Francisco Rodrigues d'Oliveira Neves e João Furtado de Souza.

A segunda era composta dos cidadãos: José Caetano de Faria, agente executivo do Conselho Distrital de Candéias; Antônio Gomes dos Santos e Misseno Baptista Cardoso, conselheiro distrital de Cana Verde.

A essas comissões, que deviam examinar e dar o seu parecer sobre as contas da Câmara Municipal, intendência e do Conselho Distrital, fora concedido o prazo de 24 horas.

Munidas dos respectivos documentos do exercício findo, se retiraram para, no dia seguinte, apresentarem o seu parecer sobre a missão de que foram incumbidas.

No dia 1.º de fevereiro reuniu-se de novo a Assembléa Municipal e, pelo membro contribuinte, José Caetano de Faria, foi lido o parecer da comissão, pela qual foram julgadas exatas as contas da Câmara Municipal, reconhecendo haver a favor do cofre municipal a quantia de oitocentos e setenta e três mil réis, que devia entrar de novo para o cofre.

Sendo este parecer submetido à votação, foi unanimemente aprovado.

Em seguida, pediu a palavra o contribuinte João Furtado de Souza, relator da primeira comissão, e declarou que a comissão deixava de dar o seu parecer

sobre as contas do Conselho Distrital, uma vez que não foram submetidos a exame e que, por isso, ficariam sem efeito suspensivo, não podendo entrar em vigor.

Foi apresentada uma reclamação contra o imposto lançado sobre os analfabetos; sendo, porém, esta disposição, ultimamente alterada pela Câmara, ficara sem efeito perante a Assembléa, prevalecendo o imposto na parte alterada por aquela ilustre corporação.

Foi também submetida ao juizo da Assembléa uma outra representação contra o imposto de 50\$000, lançado sobre os vigários deste Município. Posta a votos, declarou-se que fosse submetida ao Congresso mineiro.

Pedi a palavra o cidadão contribuinte, Antônio Gomes dos Santos, e solicitou para que, por um decreto suspensivo, fosse modificada até a próxima primeira reunião da Câmara, à disposição da mesma, mandando cobrar o imposto de 50\$000 anuais, aos que, não sendo farmacêuticos, ou licenciados, venderem drogas medicinais.

Postos à votação estes dois últimos pareceres, foram unanimemente aprovados.

Terminados os trabalhos da Assembléa Municipal, lavrou-se a respectiva ata, segundo prescreve a lei.

O cidadão Policeno Moreira Maia, presidente da Câmara Municipal, chefe executivo municipal e político de Campo Belo, dotado de um caráter firme e resolutivo, republicano à toda prova, não se tem poupado para, com sacrifícios inauditos e com grandes prejuízos nos seus interesses, manter-se com dignidade no melindroso posto que, desde a fundação da República, ocupa, sendo muitas vezes alvo das setas envenenadas da maledicência e intrigas urdidas pelos espíritos daqueles que pretendem, malevolamente, conspirar o governo atual e o povo contra a sua honradez e probidade.

Mas tudo tem sido baldado, porque a couraça da justiça repele essas setas que, em vez de penetrar naquele peito, onde pulsa um coração nobre, generoso e patriótico, caem inertes a seus pés, ou voltam a ferir aqueles que encerram em seus peitos um coração corrompido pela inveja, ambição e pelo orgulho!

Côncio da retidão da sua consciência, e, confiado no bom senso e caráter probo e justiciero dos distintos membros da Assembléa Municipal, não trepidara em apresentar ante essa ilustre corporação todos os seus feitos desde que, no regime do governo provisório, tomara sobre si a responsabilidade da árdua e melindrosíssima tarefa que, até hoje, pesa sobre seus ombros.

Esse cidadão, que tanto tem-se sacrificado pelo bem-estar da sua cara pátria, deve hoje se ufanar ante os seus concidadãos que, na sua consciência, devem reconhecer a sua magnanimidade e desinteresse quando trata da causa comum.

Já que reconhecemos o esmero e retidão do nosso chefe político, não devemos desampará-lo, mas, pelo contrário, é nosso dever prestar-lhe o devido apoio, mormente, quando o vimos lançar mão de recursos pecuniários com prejuizo dos seus interesses, para garantir o nosso bem-estar, o progresso da pátria e o desenvolvimento da instrução.

Cidadãos campo-belenses, se dirigindo-me a vós, vos falo com tanta franqueza, é porque em meu peito também pulsa um coração campo-belense, patriótico e leal.

Conjuro-vos para que, unindo as nossas forças, seja declarada uma guerra de extermínio às intrigas políticas e familiares, e aos vis semeadores da discórdia entre nós voltaremos desde já as costas com desprezo, e assim veremos reinar entre nós a paz, a harmonia, e o Campo Belo, nossa querida pátria, prosseguirá altaneiro na senda do progresso.

Campo Belo, 3 de fevereiro de 1893.

# Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

"REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA"

	Cr\$
— n.º 1 (março/1964) .....	10,00
— n.º 2 (junho/1964) .....	esgotada
— n.º 3 (setembro/1964) .....	"
— n.º 4 (dezembro/1964) .....	"
— n.º 5 (março/1965) .....	"
— n.º 6 (junho/1965) .....	"
— n.º 7 (setembro/1965) .....	"
— n.º 8 (dezembro/1965) .....	"
— n.º 9 (março/1966) .....	"
— n.º 10 (junho/1966) (reimpressão) .....	30,00
— n.º 11 (setembro/1966) .....	esgotada
— n.º 12 (outubro a dezembro/1966) (reimpressão) .....	25,00
— n.ºs 13/14 (janeiro a junho/1967) (reimpressão) .....	15,00
— n.ºs 15/16 (julho a dezembro/1967) .....	esgotada
— n.º 17 (janeiro a março/1968) (reimpressão) .....	20,00
— n.º 18 (abril a junho/1968) (reimpressão) .....	30,00
— n.º 19 (julho a setembro/1968) .....	10,00
— n.º 20 (outubro a dezembro/1968) .....	10,00
— n.º 21 (janeiro a março/1969) .....	10,00
— n.º 22 (abril a junho/1969) .....	esgotada
— n.º 23 (julho a setembro/1969) .....	10,00
— n.º 24 (outubro a dezembro/1969) (reimpressão) .....	esgotada
— n.º 25 (janeiro a março/1970) .....	esgotada

	Cr\$
– nº 26 (abril a junho/1970) (reimpressão) .....	20,00
– nº 27 (julho a setembro/1970) .....	esgotada
– nº 28 (outubro a dezembro/1970) .....	esgotada
– nº 29 (janeiro a março/1971) .....	esgotada
– nº 30 (abril a junho/1971) .....	15,00
– nº 31 (julho a setembro/1971) .....	15,00
– nº 32 (outubro a dezembro/1971) .....	15,00
– nº 33 (janeiro a março/1972) .....	15,00
– nº 34 (abril a junho/1972) .....	15,00
– nº 35 (julho a setembro/1972) .....	15,00
– nº 36 (outubro a dezembro/1972) .....	15,00
– nº 37 (janeiro a março/1973) .....	20,00
– nº 38 (abril a junho/1973) .....	25,00
– nº 39 (julho a setembro/1973) .....	25,00
– nº 40 (outubro a dezembro/1973) .....	20,00
– nº 41 (janeiro a março/1974) .....	15,00
– nº 42 (abril a junho/1974) .....	25,00
– nº 43 (julho a setembro/1974) .....	35,00
– nº 44 (outubro a dezembro/1974) .....	20,00
– nº 45 (janeiro a março/1975) .....	30,00
– nº 46 (abril a junho/1975) .....	30,00
– nº 47 (julho a setembro/1975) .....	30,00
– nº 48 (outubro a dezembro/1975) .....	30,00
– nº 49 (janeiro a março/1976) .....	30,00
– nº 50 (abril a junho/1976) .....	30,00
– nº 51 (julho a setembro/1976) .....	30,00
– nº 52 (outubro a dezembro/1976) .....	30,00
– nº 53 (janeiro a março/1977) .....	30,00
– nº 54 (abril a junho/1977) .....	30,00
– nº 55 (julho a setembro/1977) .....	30,00
– nº 56 (outubro a dezembro/1977) .....	30,00
– nº 57 (janeiro a março/1978) .....	30,00

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA –  
NÚMEROS 1 a 50” – enviaremos gratuitamente a quem  
nos solicitar.

“JORNALISMO” – LEGISLAÇÃO (1963) ..... esgotada

“DIREITO ELEITORAL”

– Ementário (legislação, projetos, jurisprudência) (1963) esgotada

“REFORMA AGRÁRIA”

– Projetos em tramitação no Senado Federal, projetos de  
Emenda à Constituição, mensagens presidenciais, legisla-  
ção (1963)

– Projetos em tramitação na Câmara dos Deputados (1963)

– Debates parlamentares – Senado Federal (1963) ..... esgotada

“DIREITO DE GREVE” (Edição de 1964)

- Histórico do Direito de Greve no Brasil
- Constituinte de 1946
- Legislação e projetos então em tramitação no Congresso Nacional
- Origem da Lei nº 4.330, de 1º-6-64
- Jurisprudência dos Tribunais
- Pareceres da Consultoria-Geral da República ..... esgotada

“VENDAS E CONSIGNAÇÕES” (Edição de 1965)

- Histórico da Lei nº 4.299, de 23-12-63 (esta obra é atualizada em artigos publicados na *Revista de Informação Legislativa* n.ºs 15/16, pág. 217, e nº 30, pág. 239) .... esgotada

“LEGISLAÇÃO DO GOVERNO REVOLUCIONÁRIO”

- Decretos-Leis n.ºs 1 a 318 (Governo Castello Branco) – legislação correlata – 4 volumes ..... esgotada
- Atos Institucionais – Atos Complementares – Decretos-Leis e legislação citada ou revogada – Índices cronológico e por assunto – Governo do Presidente Costa e Silva – dos Ministros Militares respondendo pela Presidência e do Presidente *Emílio G. Médici*:
  - 1º volume, contendo 268 páginas
    - Atos Institucionais n.ºs 1 a 4
    - Atos Complementares n.ºs 1 a 37
    - Decretos-Leis n.ºs 319 a 347 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto ..... esgotada
  - 2º volume, contendo 314 páginas
    - Ato Institucional nº 5
    - Atos Complementares n.ºs 38 a 40
    - Decretos-Leis n.ºs 348 a 409 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto ..... esgotada
  - 3º volume, contendo 304 páginas
    - Atos Institucionais n.ºs 6 e 7
    - Atos Complementares n.ºs 41 a 50
    - Decretos-Leis n.ºs 410 a 480 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto ..... esgotada

– 4º volume, contendo 490 páginas Atos Institucionais n.ºs 8 e 9 Ato Complementar n.º 51 Decretos-Leis n.ºs 481 a 563 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	esgotada
– 5º volume, contendo 336 páginas Ato Institucional n.º 10 Atos Complementares n.ºs 52 a 56 Decretos-leis n.ºs 564 a 664 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	15,00
– 6º volume, contendo 488 páginas Ato Institucional n.º 11 Atos Complementares n.ºs 57 a 62 Decretos-Leis n.ºs 665 a 804 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00
– 7º volume, contendo 290 páginas Emenda Constitucional n.º 1 Atos Institucionais n.ºs 12 a 17 Atos Complementares n.ºs 63 a 77 Decretos-Leis n.ºs 805 a 851 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	15,00
– 8º volume, contendo 318 páginas Decretos-Leis n.ºs 852 a 941 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	15,00
– 9º volume, contendo 364 páginas Decretos-Leis n.ºs 942 a 1.000 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00
– 10º volume, contendo 386 páginas Decreto-Lei n.º 1.001, de 21-10-1969 Código Penal Militar, com índices remissivo e por assunto .....	30,00
– 11º volume, contendo 503 páginas Decretos-Leis n.ºs 1.002 e 1.003 Código de Processo Penal Militar e Lei de Organi- zação Judiciária Militar, com índices remissivo e por assunto .....	35,00
– 12º volume, contendo 309 páginas Decretos-Leis n.ºs 1.004 a 1.068 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00



	Cr\$
– 13º volume, contendo 406 páginas	
Atos Complementares n.ºs 78 a 94	
Decretos-Leis n.ºs 1.069 a 1.153 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	30,00
– 14º volume, contendo 487 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.154 a 1.187 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	30,00
– 15º volume, contendo 247 páginas	
Atos Complementares n.ºs 95 a 97	
Decretos-Leis n.ºs 1.188 a 1.271 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	20,00
– 16º volume, contendo 424 páginas	
Atos Complementares n.ºs 98 e 99	
Decretos-Leis n.ºs 1.272 a 1.322 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto. Obs.: este volume contém um índice geral das duas coleções, a partir do Decreto-Lei nº 1/65 .....	40,00
 “ANAIIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967” (Projeto) (Edição de 1966)	
– Quadro Comparativo: Projeto de Constituição remetido ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, Constitui- ção de 1946 e suas alterações (Emendas Constitucionais e Atos Institucionais), comparados em todos os artigos e itens .....	esgotada
 “ANAIIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967”	
– 1º volume – Antecedentes da Constituição através do no- ticiário da imprensa	
– 2º volume – Primeira fase de tramitação do projeto de Constituição no Congresso Nacional – Discussão e Vota- ção do Projeto	
– 3º volume – Discursos pronunciados em sessões do Sena- do Federal e da Câmara dos Deputados	
– 4º volume (2 tomos) – Segunda fase de tramitação do Projeto de Constituição no Congresso Nacional	
– 5º volume – Comissão Mista	
– 6º volume (2 tomos) – Emendas oferecidas ao Projeto de Constituição	
– 7º volume – Quadro Comparativo da Constituição de 1967 – Projeto originário do Poder Executivo – Emendas aprovadas (artigo por artigo) .....	120,00

**"REFORMA AGRÁRIA" (3 tomos) (Edição de 1969)**

Legislação brasileira de reforma agrária, política agrícola e desenvolvimento regional, contendo:

- textos integrais dos diplomas legais, a partir da Lei nº 4.214/63 (Estatuto do Trabalhador Rural)
- alterações, regulamentações e remissões da legislação transcrita
- ementário da legislação correlata
- histórico das leis (tramitação no Congresso Nacional)
- marginais (pareceres, regimentos, portarias etc.)

A obra contém um índice cronológico da legislação e índice por assunto de toda a matéria, com a citação de artigos, parágrafos, itens e alíneas .....

45,00

**"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"**

– **QUADRO COMPARATIVO (2ª edição) .....** esgotada

Contém, comparadas em todos os artigos:

Emendas Constitucionais nº 1, de 17-10-69; nº 2, de 9-5-72; nº 3, de 15-6-72; nº 4, de 23-4-75; nº 5, de 28-6-75; nº 6, de 4-6-76; nº 7, de 13-4-77; e nº 8, de 14-4-77.

Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 (e as alterações introduzidas pelos Atos Institucionais n.ºs 5 a 17 e Ato Complementar nº 40/69, ratificado pelo art. 3º do Ato Institucional número 6/69).

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 (com as Emendas Constitucionais e Atos Institucionais que a alteraram).

Em notas, além de outras observações são destacadas as alterações aprovadas pelo Congresso Nacional, através de emendas ao Projeto de Constituição remetido ao Congresso pelo Presidente Humberto de Alencar Castello Branco, em dezembro de 1966.

**"O CONGRESSO NACIONAL E O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL" (Edição de 1970)**

- Histórico da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970 .....

15,00

**"A IMPRENSA E O DIREITO" (leis, projetos – profissão de jornalista; legislação de imprensa) (Edição de 1971) .....** esgotada

**"DIRETRIZES E BASES PARA O ENSINO DE 1º e 2º GRAUS" (Edição de 1971)**

- Histórico da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 (2 tomos) .....

45,00

- “PARTIDOS POLÍTICOS” (2 tomos) (Edição de 1971)
- Histórico da Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965 – “Lei Orgânica dos Partidos Políticos” ..... esgotada
- “LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E COMPLEMENTAR”  
(Edição de 1972)  
contendo:
- Emendas Constitucionais – Atos Institucionais – Atos Complementares – Leis Complementares.
  - Legislação citada – *sinopse* (com suplementos: I, de 1973; II, de 1974; III, de 1975; IV, de 1976; e V, de 1977) ..... esgotada
- “PARTIDOS POLÍTICOS” (2 tomos) (Edição de 1974)
- Histórico da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 – “Lei Orgânica dos Partidos Políticos”, e Lei nº 5.697, de 27 de agosto de 1971 – “Dá nova redação aos artigos que menciona da Lei nº 5.682, de 21-7-71 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos” ..... 70,00
- “LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA” (2ª edição, revista e atualizada – 1974)
- Textos legais, instruções do TSE, quadro comparativo (Leis n.ºs 5.682/71 e 4.740/65, com suas alterações) .. esgotada
  - Suplemento de outubro de 1976 ..... esgotada
- “CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL” (Edição de 1974) – Histórico (3 volumes)
- 1ª *volume* (3 tomos)
    - Histórico da Lei nº 5.869, de 11-1-73, que “institui o Código de Processo Civil” (Projeto do Executivo, Mensagem, Exposição de Motivos, tramitação completa na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, discursos)
  - 2ª *volume* (2 tomos)
    - Quadro Comparativo (Lei nº 5.869/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.869/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)
    - Quadro Comparativo (Lei nº 5.925/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.925/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)
  - 3ª *volume*
    - Histórico da Lei nº 5.925, de 1º-10-73, que “retifica dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil”

	Cr\$
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Histórico da Lei nº 6.014, de 27-12-73, que "adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona"</li> <li>- Histórico da Lei nº 6.071, de 3-7-74, que "adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona"</li> </ul>	
Preço da coleção .....	180,00
 "CÓDIGO PENAL" (Edição de 1974)	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Histórico da Lei nº 6.016, de 31-12-73, que "altera dispositivos do Decreto-Lei nº 1.004, de 21-10-69, que instituiu o Código Penal" .....</li> </ul>	45,00
 "CÓDIGO PENAL" (Edição de 1974)	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Quadro Comparativo (Novo Código Penal - Código Penal de 1940)</li> <li>- Notas (texto original do Decreto-Lei nº 1.004/69 e alterações introduzidas pela Lei nº 6.016/73; alterações do Código Penal de 1940; legislação correlata)</li> <li>- Exposições de Motivos (da Lei nº 6.016/73; do Decreto-Lei nº 1.004/69; do Decreto-Lei nº 2.848/40) .....</li> </ul>	esgotada
 "PREVIDÊNCIA SOCIAL" (Edição de 1974)	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Lei Orgânica da Previdência Social atualizada</li> <li>- Notas - Remissões - Comparações - Regulamentações</li> <li>- Jurisprudência Administrativa</li> <li>- Ementário de legislação .....</li> </ul>	20,00
 "PREVIDÊNCIA SOCIAL" (Edição de 1974)	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Histórico da Lei nº 5.890, de 8-6-73, que "altera a legislação de Previdência Social, e dá outras providências" (2 tomos) .....</li> </ul>	70,00
 "CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO" (Edição de 1974)	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Texto atualizado da CLT</li> <li>- Comparação com o texto original e alterações</li> <li>- Legislação correlata</li> <li>- Notas .....</li> </ul>	esgotada
 "REFORMA ADMINISTRATIVA" (2ª edição - 1976)	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Decreto-Lei nº 200/67 e suas alterações</li> <li>- Legislação: alteradora, citada e correlata</li> <li>- Legislação de Pessoal .....</li> </ul>	40,00

"PROCESSO LEGISLATIVO" (2ª edição – 1976)

- Aspectos Fundamentais
- Emenda Constitucional nº 1
- Regimento do Congresso Nacional
- Regimento do Senado Federal
- Regimento da Câmara dos Deputados ..... 15,00

"DIREITO FINANCEIRO" (2ª edição – 1976)

- Lei nº 4.320, de 17-3-64
- Diretrizes de Interpretação
- Regulamentação
- Plano de Contas Único dos Órgãos da Administração Direta – Portaria nº 61/73, da Inspeção-Geral de Finanças do Ministério da Fazenda (com as alterações introduzidas pelas Portarias n.ºs 294/73 e 82/75) ..... esgotada

"CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL" – Quadro Comparativo Anotado

(2 volumes)

– 1ª volume

- Quadro Comparativo do novo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73 com a redação dada pela Lei nº 5.925/73) com dispositivos da legislação anterior (Código de Processo Civil de 1939 e suas alterações)

– 2ª volume – Notas (de n.ºs 1 a 835) contendo:

- legislação correlata;
- jurisprudência;
- doutrina;
- emendas aprovadas pelo Congresso Nacional;
- Exposição de Motivos e palestra do Prof. Alfredo Buzaid;
- legislação estrangeira; e
- remissões.

Notas (de n.ºs 1-A a 95-A) documentam a redação original de dispositivos do Código, Lei nº 5.869, de 1973, alterados pela Lei nº 5.925/73 ..... esgotada

"CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS"

- Contendo os textos atualizados da Constituição Federal e de todas as Constituições estaduais (2 tomos) 2ª edição (julho de 1977) ..... 150,00

<b>"LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS" (edição 1976)</b>	
– Textos atualizados em vigor das Leis Orgânicas Municipais dos Estados da Federação Brasileira. Índice e notas (2 tomos) .....	esgotada
<b>"REPRESENTAÇÕES POR INCONSTITUCIONALIDADE – Dispositivos de Constituições Estaduais"</b>	
– Acórdãos do STF (íntegras) em Representações por inconstitucionalidade de dispositivos de Constituições estaduais. Resoluções do Senado Federal, suspendendo a execução de dispositivos julgados inconstitucionais pelo STF (2 tomos) .....	150,00
<b>"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"</b>	
(3ª edição – 1978) (formato bolso)	
– Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 2, de 9-5-72; 3, de 15-6-72; 4, de 23-4-75; 5, de 28-6-75; 6, de 4-6-76; 7, de 13-4-77; 8, de 14-4-77; 9, de 28-6-77 e 10, de 14-11-77 .....	esgotada
<b>"O PODER LEGISLATIVO E A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS"</b>	
– Obra comemorativa do sesquicentenário da Lei de 11 de agosto de 1827 que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda .....	70,00
<b>"SOCIEDADES ANÔNIMAS E MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS" .....</b>	
	80,00
– Quadros comparativos anotados	
– 1ª parte: Lei nº 6.404, de 15-12-76 Decreto-Lei nº 2.627, de 26-9-40	
– 2ª parte: Lei nº 6.385, de 7-12-76 Lei nº 4.728, de 14-7-65	
<b>"CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL" (atualizado) (edição 1978)</b>	50,00
<b>PUBLICAÇÃO DA SECRETARIA-GERAL DA MESA</b>	
<b>"REGIMENTO INTERNO" (edição 1976)</b>	
– Resolução nº 93, de 1970, com alterações decorrentes das Resoluções n.ºs 21, de 1971; 66, de 1972; 31 e 62, de 1973; 21, de 1974; 15, 59 e 89, de 1975; e 47, de 1976 ..	15,00

## REEMBOLSO POSTAL

Peça o **Catálogo de Publicações** da Subsecretaria de Edições Técnicas. Escolha as publicações de seu interesse, preencha o cartão-resposta-comercial e remeta-o pelo Correio. Não é preciso selar.

Seu pedido será atendido pelo reembolso postal.

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70.160