

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO 1985

ANO 22 • NÚMERO 87

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 22 n. 87 — julho/setembro 1985

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

Fundadores:

Senador AURO MOURA ANDRADE

Presidente do Senado Federal

(1961—1967)

Dr. ISAAC BROWN

Secretário-Geral da Presidência

do Senado Federal

(1946—1967)

Direção:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Chefe de Redação:

PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO

Chefe de Diagramação e Revisão:

SANTYNO MENDES DOS SANTOS

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. 22	n. 87	jul./set. 1985
-----------------	----------	-------	-------	----------------

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

Preço deste exemplar: Cr\$ 12.000

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964- 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

COLABORAÇÃO

	Pág.
Organização constitucional do federalismo — <i>Raul Machado Horta</i>	5
Federalismo e descentralização — <i>Inocêncio Mártires Coelho</i>	23
Poder Executivo — <i>Josaphat Marinho</i>	31
Os "direitos sociais" trabalhistas na área constitucional. No passado, no presente e no futuro — <i>José Martins Catharino</i>	41
Sugestões para uma Constituinte autêntica — <i>Paulino Jacques</i>	59
Sugestões para a Constituinte — <i>Fernando Whitaker da Cunha</i>	67
Variações em torno da reforma constitucional — <i>Paulo de Figueiredo</i> ..	77
Constituição e Constituinte — <i>Mirtô Fraga</i>	113
Teoria Geral do Poder Constituinte. As Constituições do Brasil e a Constituição da 6ª República — <i>Pinto Ferreira</i>	139
Poder Constituinte: natureza e perspectivas — <i>Carlos Valder do Nascimento</i>	153
A origem liberal-conservadora do constitucionalismo brasileiro — <i>Antônio Carlos Wolkmer</i>	167
Introdução à teoria da interpretação constitucional — <i>Fran Figueiredo</i> ..	175
Filosofia política — <i>Machado Paupério</i>	201
Notas sobre a atuação dos grupos sociais no cenário político — <i>Sílvio Dobrowolski</i>	239
O Estado, seu surgimento e existência — a teoria pura do direito: algumas observações — <i>Edson de Arruda Câmara</i>	249
O Ministério Público e a representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual — <i>João Paulo Alexandre de Barros</i>	269
Da inconstitucionalidade do art. 175 do Regimento Interno do STF — <i>Paulo Napoleão N. B. Nogueira da Silva</i>	319
A Súmula 90 — o TST e a Constituição — <i>Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena</i> ..	355
Aspectos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o sistema de recursos no direito processual civil — <i>Edson Rocha Bonfim</i>	375

INFORMÁTICA JURÍDICA

Da natureza jurídica do "software" — <i>Arnoldo Wald</i>	405
--	-----

PUBLICAÇÕES

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	429
---	-----

Organização constitucional do federalismo

RAUL MACHADO HORTA

Catedrático de Direito Constitucional
da Faculdade de Direito da Univer-
sidade Federal de Minas Gerais

SUMARIO

1. Pressupostos da organização constitucional do federalismo
2. Repartição de competências
3. Modernização da repartição de competências
4. Federalismo de equilíbrio, descentralização legislativa e autonomia do Estado-Membro
5. Outras questões do federalismo constitucional
6. Federalismo, desenvolvimento regional e Regiões Metropolitanas
7. Reedificação da República Federal

1. O conhecimento das formas de Estado conduz ao Estado federal, que é uma das manifestações na área dessa tipologia política. O Estado unitário e a Confederação constituem as outras figuras estatais que vão configurar juntamente com o Estado federal a estrutura espacial do Estado. A Confederação é atualmente uma referência histórica, pois já encerrou sua trajetória no domínio da organização de Estado, após as experiências relevantes da Confederação germânica, da Confederação suíça e da Confederação norte-americana. O Estado unitário acha-se subme-

tido a um processo de renovação estrutural que decorre da ampliação do grau de descentralização, para alcançar as formas mais avançadas do regionalismo. O Estado unitário com descentralização regional, como ele se encontra organizado na Constituição da República italiana de 1947, e na recente Constituição da Espanha monárquica de 1978, representa o ensaio de nova forma estatal — o Estado regional —, tipo intermediário que se localiza nas fronteiras do Estado unitário e do Estado federal.

A análise do Estado federal revela, desde logo, as singularidades e a complexidade de sua estrutura. O Estado federal é criação jurídico-política e pressupõe na sua origem a existência da Constituição federal, para instituí-lo. Há uma relação de causalidade entre Constituição federal e Estado federal. Sempre que se cuidar de nova Constituição federal, como acontece no processo histórico que estamos atravessando, tema relevante deste momento é o que envolve a própria concepção do Estado federal, que a nova Constituição deverá estabelecer. Visando ao conhecimento dessa complexa realidade estatal, afastamos de nossas cogitações o oferecimento de soluções, pois não é este o nosso propósito. Diria que as soluções advirão do conhecimento, dando precedência ao requisito gnoseológico, para que se possa, em etapa ulterior, extrair ou propor soluções em função do conhecimento.

A contemplação normativa do Estado federal, para visualizar os mecanismos, as técnicas e as regras de sua anatomia na Constituição, revela imediatamente a complexidade de sua construção jurídico-política. A organização do Estado federal é tarefa de laboriosa engenharia constitucional. É que o Estado federal requer duplo ordenamento, desencadeando as normas e as regras próprias a cada um. Refiro-me ao ordenamento da Federação ou da União e aos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros. O ordenamento da Federação ou da União é o ordenamento central e suas decisões ou normas de administração, legislação ou jurisdição vão dispor de incidência nacional, atingindo o território e a população do Estado federal no seu conjunto. Os ordenamentos dos Estados-Membros, com suas regras e decisões administrativas, legislativas e judiciais, são ordenamentos parciais e intra-estatais. Os ordenamentos jurídico-políticos dos Estados são plurais, correspondendo ao número de Estados que compuserem o Estado federal. O ordenamento da Federação ou da União, vale dizer, do Governo federal, é unitário. Assegurar a coexistência entre esses múltiplos ordenamentos, o da Federação, que é central, e os Estados-Membros que são parciais, é a função da Constituição federal, ao mesmo tempo, como adverte Kelsen, a Constituição da Federação ou União e a Constituição dos Estados-Membros (HANS KELSEN. *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*. Edizioni di Comunità, 1952, Milano, p. 322). O convívio harmonioso entre o ordenamento fe-

deral e os ordenamentos estaduais, entre a União e os Estados-Membros, perdura ainda como grande desafio à criatividade técnica do constituinte federal, quando já percorridos quase duzentos anos da implantação constitucional dessa forma de Estado, a partir de sua recepção inominada na Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787. A técnica de coexistência nem sempre consegue sobrepujar o que GARCIA PELAYO qualificou da “unidade dialética de duas tendências contraditórias: a tendência à unidade e a tendência à diversidade” pela permanência no Estado federal desses dois momentos contraditórios — a coesão e o particularismo —, os quais dependem de uma série de fatores extraconstitucionais de índole natural, econômica, social (MANUEL GARCIA PELAYO. *Derecho Constitucional Comparado*. Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 8ª ed., 1967, p. 218). A preferência do constituinte federal por determinada concepção de Estado federal e a atuação desses fatores extraconstitucionais irão conduzir, de forma convergente ou não, ao tipo real de organização federal em determinado momento histórico. Se a concepção do constituinte inclinar-se pelo fortalecimento do poder federal, teremos o *federalismo centrípeto*, que GEORGES SCELLE chamou de federalismo por agregação ou associação (*Précis de Droit des Gens*, 1º volume, Recueil Sirey, Paris, 1932, p. 182); se, ao contrário, a concepção fixar-se na preservação do poder estadual, emergirá o *federalismo centrífugo* ou por *segregação*, consoante a terminologia do internacionalista francês (obra citada, p. 189). Pode ainda o constituinte federal modelar sua concepção federal pelo equilíbrio entre as forças contraditórias da unidade e da diversidade, do localismo e do centralismo, concebendo o federalismo de cooperação, o federalismo de equilíbrio entre a União soberana e os Estados-Membros autônomos. A ênfase na supremacia da União fará predominar as relações de subordinação dentro do Estado federal, enquanto a tônica no equilíbrio conduzirá a um razoável campo para o desenvolvimento das relações de cooperação, sem prejuízo do primado da União federal nas questões de suas competências de Estado soberano.

2. A construção normativa do Estado federal pressupõe a adoção de determinados princípios, técnicas e de instrumentos operacionais que podemos condensar na seguinte relação, recolhendo os subsídios da contribuição doutrinária e da organização constitucional dominante do federalismo: 1) A decisão constituinte criadora do Estado federal e de suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados-Membros. 2) A repartição de competências entre a Federação e os Estados-Membros. 3) O poder de auto-organização constitucional dos Estados-Membros, atribuindo-lhes autonomia constitucional. 4) A intervenção federal, instrumento para restabelecer o equilíbrio federativo, em casos constitucionalmente

definidos. 5) A Câmara dos Estados, como órgão do Poder Legislativo federal, para permitir a participação do Estado-Membro na formação da legislação federal. 6) A titularidade dos Estados-Membros, através de suas Assembléias Legislativas, em número qualificado, para propor emenda à Constituição federal. 7) A criação de novo Estado ou modificação territorial de Estado existente dependendo da aquiescência da população do Estado afetado. 8) A existência no Poder Judiciário federal de um Supremo Tribunal ou Corte Suprema, para interpretar e proteger a Constituição federal, e dirimir litígios ou conflitos entre a União, os Estados, outras pessoas jurídicas de direito interno, e as questões relativas à aplicação ou vigência da lei federal. A reunião desses requisitos não se realiza homogeneamente nas formas reais de Estados federais. Há os casos em que a lista é integralmente atendida. Há casos de atendimento parcial, com ênfase em determinados requisitos e diluição de outros. Por outro lado, a configuração desses requisitos não é uniforme, pois isso decorre da diversidade na organização federal, dando origem a modelos múltiplos de federalismo: federalismo norte-americano, federalismo alemão, federalismo brasileiro, federalismo canadense, federalismo mexicano, federalismo argentino, federalismo soviético. Não obstante a permanência de determinados requisitos, como a repartição de competência, a autonomia constitucional do Estado-Membro, a intervenção federal, a Câmara dos Estados, recebem eles definições individualizadoras e contrastantes nos diversos modelos reais de federalismo. Em alguns casos, a autonomia constitucional do Estado-Membro praticamente deixa de existir, quando a Constituição federal se encarrega de preordenar o Estado-Membro em seu texto, tornando a Constituição federal um documento híbrido, federal e estadual. Em outros modelos, por reflexo do fenômeno de centralização, a intervenção federal se dilata numa série indefinida de casos, tornando teórica e nominal a autonomia do Estado-Membro. Nesse conjunto de técnicas e de instrumentos de organização constitucional do Estado federal, merece a repartição de competências uma referência mais ampla e analítica. A decisão a respeito da repartição de competências condiciona a fisionomia do Estado federal, para determinar os graus de centralização e de descentralização do poder federal. A repartição atende a um princípio corporativo territorial, de modo que determinadas matérias passarão a ter incidência em todo o território federal, enquanto outras ficarão distribuídas aos ordenamentos parciais dos Estados-Membros. A Constituição federal como responsável pela repartição de competências, que demarca os domínios da Federação e dos Estados-Membros, imprimirá ao modelo federal que ela concebeu ou a tendência centralizadora, que advirá da amplitude dos poderes da União, ou a tendência descentralizadora, que decorrerá da atribuição de maiores competências aos Estados-Membros. Por isso, a

repartição de competências é encarada como a “chave da estrutura do poder federal” (KARL LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, p. 356), “o elemento essencial da construção federal” (CLAUDE-SOPHIE DOUIN. *Le Fédéralisme Autrichien*. Paris, LGDJ, 1977, p. 17. GARCIA PELAYO. Ob. cit., p. 234), a “grande questão do federalismo” (JEAN FRANÇOIS AUBERT. *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*. Volume I, Éditions Ides et Calendes, Neuchâtel, Suisse, 1967, p. 229), “o problema típico do Estado federal” (PABLO LUCAS VERDÚ. *Curso de Derecho Político*. Volume II, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, p. 355). As formulações constitucionais da repartição de competências podem ser reduzidas a dois modelos principais: o modelo clássico, que tem sua fonte na Constituição norte-americana de 1787, traduzindo aspirações do final do século XVIII, e o modelo que qualifico de moderno, concebido no século atual, a partir do constitucionalismo do após-guerra 1914/1918.

O modelo clássico de repartição de competências conferiu à União os poderes enumerados e reservou aos Estados-Membros os poderes não enumerados. A Constituição norte-americana enumerou na competência da União os grandes poderes de tributar, contrair empréstimos, regular o comércio internacional e interestadual, cunhar moeda e fixar o seu valor, estabelecer determinadas penas e o serviço postal, criar tribunais, definir determinados crimes, declarar a guerra, organizar e manter a força armada (Constituição federal, art. I — Seção 8). O sentido premonitório do constituinte de Filadélfia resguardou o desenvolvimento dos poderes enumerados quando reconheceu expressamente ao Congresso a competência “para elaborar todas as leis necessárias e adequadas ao exercício dos poderes especificados e dos demais poderes conferidos por esta Constituição ao Governo dos Estados Unidos ou aos seus departamentos ou funcionários” — (to make all law which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof) —, a famosa cláusula dos poderes implícitos, que a Corte Suprema norte-americana converteu no fundamento de dilatadora construção constitucional na via judicial. Sendo documento de organização dos poderes federais, a Constituição norte-americana não cogitou, em seu brevíssimo texto originário, de definir os poderes dos Estados-Membros, pois ela pressupunha a preexistente organização dos Estados. A revelação dos poderes estaduais adveio da Emenda X, de 1789, que formulou a concepção dos poderes residuais e não enumerados: “Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem proibidos por ela aos Estados, são reservados, respectivamente, aos Estados, ou ao povo” (The powers not delegated to the United States by the Cons-

titution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people). A técnica da Constituição norte-americana, atribuindo à Federação os poderes enumerados e aos Estados os poderes reservados, tornou-se modelo para as Constituições de outros Estados federais, que passaram a adotar a fórmula norte-americana de repartição de competências. Daí sua repetição na Constituição argentina de 1853 (arts. 64 e 101), nas Constituições federais do Brasil de 1891 (arts. 34 e 65 — 2º), de 1934 (arts. 5º e 7º — IV), 1946 (arts. 5º e 18, § 1º) e de 1967 (arts. 8º e 13, § 1º), na Constituição do México de 1917 (arts. 73 e 124), da Venezuela de 1961 (art. 17 — 7º), na Constituição da Suíça de 1874 (art. 3º). A repartição clássica alcançou modelos constitucionais federais distanciados do figurino ocidental. Não é substancialmente diversa a repartição de competências que se localizou nas Constituições da União Soviética de 1936 (arts. 14 e 15) e de 1977 (arts. 73 e 76), pois são enumerados, inicialmente, os poderes da União, para depois reconhecer-se às Repúblicas Federadas — Estados-Membros, em nossa linguagem — o poder estatal não incluído na lista dos poderes da União. É de igual teor a repartição de competências da Lei Constitucional da Tchecoslováquia, de 1968, que enumera as matérias de competência do Governo federal (República Socialista da Tchecoslováquia) e entrega às Repúblicas Checa e Eslovaca, as duas nações que se uniram pelo pacto federal, as matérias residuais, ou não incluídas explicitamente na competência da República Socialista da Tchecoslováquia (Lei Constitucional, arts. 7º e 9º).

3. A técnica da repartição de competências adotada originariamente pela Constituição norte-americana — poderes enumerados à União e poderes reservados aos Estados — presumia que no seu desdobramento saíssem os Estados-Membros beneficiários. Em clássico estudo dedicado ao funcionamento do Governo norte-americano, ALEXIS DE TOCQUEVILLE dizia que o Governo dos Estados é a regra, o direito comum, o Governo federal é a exceção (ALEXIS DE TOCQUEVILLE. *De la Démocratie en Amérique*. Librairie de Médicis, Paris, 1951, v. I, p. 169). A previsão otimista não se concretizou. A evolução do Estado federal caminhou em direção contrária. A União federal, a Federação, ampliou os poderes enumerados e esse processo de dilatação e de concentração dos poderes federais acabou reduzindo cada vez mais a área dos poderes reservados aos Estados. O federalismo norte-americano não escapou a esse perverso processo de dilatação dos poderes federais e correspondente retraimento dos poderes estaduais. Publicista norte-americano, o Professor BERNARD SCHWARTZ, apontando a intervenção do Governo federal em assuntos anteriormente da alçada dos Governos locais, chega a exteriorizar o vaticínio “de que os Estados acabarão como simples relíquias de outrora florescente sistema federativo”

(BERNARD SCHWARTZ. *American Constitutional Law*. Cambridge University Press, 1955, p. 5). Nos Estados Unidos, a ampliação dos poderes da União encontra na interpretação judicial da Constituição, a notável atividade reconstituente da Corte Suprema, a explicação geralmente aceita para o processo dilatador da competência federal. Nos demais Estados federais, a mudança constitucional mais freqüente, seja por adoção de nova Constituição federal ou aprovação de emendas ao texto originário, o alargamento dos poderes federais passou a decorrer das mudanças operadas na posição do Estado diante da economia, da sociedade e do desenvolvimento nacional. A passagem do Estado liberal do século XIX ao Estado intervencionista ou dirigista do século atual envolveu a fixação no centro do poder nacional, na União, de crescente e novas atribuições, para realizar os objetivos mais ambiciosos do Estado intervencionista e dirigista. Paralelamente ao processo da atribuição à União das novas competências de política econômica, financeira e social, deu-se, também, a federalização de competências estaduais, especialmente para atender aos objetivos de unificação do direito substantivo e do direito adjetivo. No Brasil, a partir da Constituição de 1934, os Estados perderam substancial competência legislativa em favor da União e passaram a suportar técnicas de homogeneização colocadas a serviço do primado da Federação. GARCIA PELAYO listou as seguintes causas imediatas, para explicar racionalmente o processo de dilatação dos poderes federais: 1) A guerra e as depressões, impondo regulamentação unitária, com sacrifício da autonomia estadual. 2) O intervencionismo estatal, que conduz por sua vez a ampliação dos órgãos e dos serviços governamentais decorrentes da atividade empresarial do Estado. 3) A crescente complexidade da estrutura econômica, tornando de interesse federal-nacional matérias anteriormente de caráter regional ou estadual (GARCIA PELAYO. *Ob. cit.*, p. 245).

KARL LOEWENSTEIN, sob o ângulo da avaliação do cientista político, vê na institucionalização da supremacia federal a ação de fatores peculiares ao regime presidencial, aplicando-se sua análise aos casos de federalismo presidencial, como o do nosso País. Dentro dessa visão, destaca o Presidente da República, que se transformou na mais poderosa coluna do poder político. A perda de representatividade estadual do Senado, que se tornou órgão da vontade dos partidos políticos nacionais. A industrialização e o crescimento urbano diluindo as manifestações do localismo conservador. A dependência crescente dos Estados pela carência de recursos próprios e a necessidade de suprir essa deficiência na fonte das subvenções federais. A atividade nacional dos partidos políticos e dos sindicatos, com a perda da temática local em seus programas e aspirações. Essa acumulação de tendências centralizadoras, segundo LOEWENSTEIN, tornou-se responsável pelo desencadeamento do pro-

cesso de erosão do federalismo norte-americano (KARL LOEWENSTEIN. Ob. cit., p. 364).

Tendo o federalismo nacional e estrangeiro chegado ao ponto de saturação, cabe preconizar solução que possa reverter a tendência que fatalmente conduzirá ao "federalismo unitário", que é a negação do próprio Estado federal. É claro que a terapêutica não se reduz à repartição de competências. Há outros instrumentos constitucionais que também reclamam adequações. A importância da repartição de competências reside no fato de que ela é a coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado federal. A organização federal provém da repartição de competências, pois a repartição vai desencadear as regras de configuração da União e dos Estados, indicando a área de atuação constitucional de cada um. Algumas soluções constitucionais de repartição de competências vêm procurando romper o esquema clássico que surgiu no final do século XVIII, e se tornou responsável pela erosão do Federalismo. A primeira tentativa nesse rumo localiza-se na Constituição da Áustria de 1920. A Constituição da Alemanha de 11 de agosto de 1919, que precedeu à da Áustria, não chegou propriamente a conceber uma repartição de competências entre os dois ordenamentos constitutivos do Estado federal. A Constituição de Weimar limitou-se a consagrar a competência da União ou do Reich nas listas da competência exclusiva (art. 6º), do direito de legislar (art. 7º), do estabelecimento de regras uniformes e de regras normativas (arts. 9º e 10). Se a União (Reich) não fizesse uso de seu direito de legislar, os Estados adquiririam o direito de legislar em determinados casos da competência legislativa da União. Essa eventualidade legislativa dos Estados não alcançava o nível discriminatório, que é inerente à repartição de competência. Ultrapassando o unilateralismo legislativo da Constituição de Weimar, a Constituição da Áustria distribuiu a repartição de competências da seguinte forma: A Federação recebeu a competência de legislação e de execução sobre matérias predefinidas na Constituição (arts. 10 até 17). Em disposição seguinte, a Federação ficou com a legislação e os Estados (Länder) com a execução de determinadas matérias (art. 11.1 até 4). Finalmente, reservou-se à Federação a legislação de princípios (Gesetzgebung) e aos Estados (Länder) a legislação de aplicação e de execução de numerosas matérias, inclusive direito do trabalho relativo a empregados do setor agrícola e reforma agrária (bodenreform) (art. 12.1 até 8). A repartição da Constituição da Áustria de 1920 rompeu com o exclusivismo da matéria federal e estabeleceu sistema de comunicação entre legislação da União e execução dos Estados, que atingiu grau mais avançado na previsão da legislação de princípio da União e na legislação de aplicação e de execução dos Estados, sobre matérias comuns à União/Federação e

aos Estados. Não obstante a inovadora repartição de competências, que mantém a regra clássica dos poderes reservados dos Estados (art. 15), a Constituição federal da Áustria não se libertou da tradição monárquica centralizadora, que é visível nas regras que autorizam a dissolução da Assembléia Legislativa do Estado (Landtag) pelo Presidente da Federação (art. 10) e determinam que as leis votadas pelas Assembléias Legislativas sejam submetidas ao Governo federal, antes de sua publicação, para efeitos de veto motivado ao texto de lei estadual (art. 98).

Concebeu a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Grundgesetz Für Die Bundesrepublik Deutschland), de 1949, a forma mais evoluída de repartição de competências do moderno Estado federal. Ao contrário de sua famosa antecessora, a Constituição de Weimar de 1919, da qual se disse ter aplainado o caminho para a transformação do Estado federal (Bundesstaat) em Estado unitário (CHARLES EISENMANN. *Bonn et Weimar — Deux Constitutions de l'Allemagne — Notes et Études Documentaires* nº 1.337 — 1950), a Lei Fundamental se caracteriza pelo estilo federalista que imprimiu às instituições do Estado alemão. É significativa a precedência conferida à regra dos poderes dos *Länder* ou Estados-Membros, que abre o capítulo constitucional da repartição de competências: “Os *Länders* têm o direito de legislar na medida em que os poderes legislativos não são conferidos à Federação pela presente Lei Fundamental” (art. 7º). A repartição de competências do novo federalismo alemão compreende dois segmentos fundamentais: o da legislação exclusiva da Federação e o da legislação concorrente ou comum, uma competência mista, a ser explorada pela Federação e pelos Estados, conforme regras estabelecidas na Lei Fundamental. A legislação concorrente é a mais numerosa, abrangendo 23 (vinte e três) casos, enquanto a legislação exclusiva da Federação é limitada a onze competências, nas quais se destacam os intransferíveis poderes soberanos da União, tais como: relações internacionais, nacionalidade, crédito, moeda, câmbio, pesos e medidas, serviço postal, telecomunicações, imigração, emigração, extradição (Lei Fundamental, art. 72-1 até 11). Na extensa lista da legislação concorrente, a ser exercida pela União e pelos Estados, basta mencionar, para se avaliar sua importância quantitativa e qualitativa, as competências relativas a direito civil, direito penal, regime penitenciário, estado civil, direito de associação e de reunião, previdência social, direito econômico (minas, indústria, energia, artesanato, profissões industriais e comerciais, bancos, bolsas, seguros privados), produção e utilização de energia nuclear para fins pacíficos, direito do trabalho, organização social das empresas, seguros sociais, inclusive seguro-desemprego, regulamentação da pesquisa científica, transformação do solo, dos recursos naturais e dos meios de produção em

propriedade coletiva ou em outras formas de economia coletiva, repressão dos abusos de poder econômica, desenvolvimento da produção agrícola e florestal, medidas para assegurar o abastecimento, importação e exportação de produtos agrícolas, pesca no alto mar e pesca costeira, trânsito rodoviário (Lei Fundamental, art. 15-1 até 23). Nesse amplo domínio, o exercício da legislação federal visa preencher a necessidade de legislação unitária, dentro de critérios constitucionais (Lei Fundamental, art. 72. 1.2.3). Para intérprete da Lei Fundamental, a legislação comum consagra a prioridade dos Estados, e o normal é que sobre as matérias dessa competência legislem os Estados, tornando-se excepcional a legislação da Federação (CHARLES EISENMANN. *Bonn et Weimar — Deux Constitutions de l'Allemagne*). O favorecimento da competência legislativa dos Estados também se exterioriza na técnica constitucional que confere à Federação a competência de expedir a legislação de regras gerais — *rahmenvorschriften* —, em determinados assuntos (Lei Fundamental, art. 73. 1.2.3.4.5), de modo a assegurar aos Estados a legislação complementar. A Lei Fundamental da Alemanha contém o modelo constitucional do federalismo de equilíbrio, que se completa, ainda, na distribuição da competência tributária entre a Federação e os Estados (Lei Fundamental, arts. 105/108), na previsão das subvenções financeiras aos Estados (art. 107.(2) e na colaboração federal para realização de planos estaduais de interesse comum (Lei Fundamental, art. 91, a).

4. É nesse federalismo de equilíbrio que deverá inspirar-se o constituinte federal brasileiro, para que possa levar a bom termo a restauração do federalismo brasileiro, de forma que o indispensável exercício dos poderes federais não venha inibir o florescimento dos poderes estaduais. A República Federal brasileira, desde a sua origem na Constituição de 1891, proclama a indissolubilidade do vínculo federativo, que congrega a União e os Estados-Membros. Essa indissolubilidade não se compadece com a dissolução do sentimento federativo, que se realiza na diuturna negação dos fundamentos federais da Constituição, responsável pela indiferença do povo em relação ao destino da forma federal de Estado.

A reformulação da repartição de competências reclama uma descentralização da competência legislativa, que se concentrou exageradamente na União federal. Tecnicamente, essa descentralização se realizaria no sentido de ampliar as matérias da legislação comum à União e aos Estados-Membros, deferindo-se à União a legislação de normas gerais e aos Estados a legislação comple-

mentar, no campo das normas gerais. O deslocamento de matérias da competência exclusiva da União para o da legislação comum, a ser objeto de dupla atividade legislativa, a da União no domínio da legislação de normas gerais e a do Estado na complementação da legislação federal, representaria um reforço quantitativo e qualitativo da competência estadual para legislar. Cada Estado-Membro afeiçoaria às necessidades de seu ordenamento a legislação federal de normas gerais, desde que essa legislação não se torne exaustiva e integral. É da natureza da legislação de normas gerais a não-exaustividade de seus preceitos, de forma a permitir o seu preenchimento na via da legislação complementar estadual. A ampliação do campo da legislação comum é particularmente adequada ao federalismo de dimensão continental, como o brasileiro, no qual as unidades federadas não se apresentam homogêneas e, ao contrário, exibem flagrantes disparidades de estrutura econômica, social, financeira e administrativa. A reformulação da repartição de competências poderá, a juízo do constituinte, alcançar formas mais avançadas, como a da transferência de matérias da competência da União para incluí-las na competência autônoma dos Estados. Essa transferência pressupõe requisitos complexos, dificilmente atendidos pelos Estados-Membros, no seu conjunto. Daí a nossa preferência pela técnica de ampliação do campo da legislação comum, que se distribuiria entre a legislação federal de normas gerais e a legislação estadual de complementação dessas normas.

Sob o ângulo do constitucionalismo federal brasileiro, a Constituição republicana de 1891 não se afastou da ortodoxa concepção dos poderes enumerados da União (art. 34. 1 até 35) e dos poderes facultados ou reservados aos Estados (art. 65 — 2º), sem qualquer flexibilidade na partilha das competências. A República nascente, que preservou a autonomia do Estado, não requeria a cautela de uma sub-repartição de competências, pois, na vigência do texto de 1891, os Estados fruíram de apreciáveis poderes de auto-organização e de legislação, limitados no seu exercício pelos inominados "princípios constitucionais da União" (Constituição federal, art. 63). A revisão da técnica clássica da repartição de competências vai despontar na Constituição federal de 1934, quando se registrou o adensamento da competência da União, com a perda de substância legislativa dos Estados. O mecanismo compensatório da legislação estadual supletiva ou complementar é criação originária da Constituição federal de 1934, que inseriu essa legislação na competência privativa dos Estados (art. 7º, III). Com efeito, o texto

de 1934, para compensar os novos poderes da União, deslocou matérias da competência privativa da União para o domínio comum da legislação federal e da legislação estadual supletiva ou complementar, que descaracterizou a privatividade originária, admitindo a dupla atividade legislativa, federal e estadual, sobre as mesmas matérias. Em decorrência desse deslocamento, que promoveu uma sub-repartição dentro da competência da União, a legislação estadual supletiva ou complementar ingressou no campo das seguintes matérias: diretrizes da educação nacional, normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo, normas gerais sobre o trabalho, a produção e o consumo, registros públicos, desapropriações, juntas comerciais e respectivos processos; requisições civis e militares, radiocomunicação, emigração, imigração e caixas econômicas, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração (Constituição federal de 1934, art. 3º — XIX — c — i, *in fine*, parágrafo 3º). Fixou-se, em linha de princípio, que as leis estaduais, nos casos de sua competência supletiva ou complementar, atendendo às peculiaridades locais, poderiam suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta última. A brevíssima duração da Constituição de 1934 — no tempo constitucional ela teve a duração das rosas de Malherbe —, não permitiu o exercício dessa nova competência atribuída aos Estados, para que se pudesse avaliar os resultados do mecanismo compensatório. A Carta de 1937, que se afastou da forma federal, para adotar a do Estado unitário descentralizado, não obstante a referência nominal ao Estado federal (art. 3º), adaptou ao seu estilo centralizador e autoritário a possível atribuição de matéria de legislação suplementar aos Estados. Duas disposições registraram essa possibilidade, as quais permaneceram, todavia, no domínio das normas ineficazes da *Constituição semântica*. Na primeira, admitiu-se que a lei federal poderia delegar aos Estados a faculdade de legislar nas matérias de competência exclusiva da União, para regular a matéria ou suprir as lacunas da legislação federal, quando se tratasse de questão do interesse predominante de um ou de alguns Estados. A inspiração centralizadora e autoritária impunha que a vigência da lei estadual dependeria de aprovação do Governo federal (Constituição de 1937, art. 17). No segundo caso, reconhecia aos Estados a competência de legislar, independentemente de autorização, havendo lei federal no caso objeto da legislação estadual, para suprir as deficiências da lei federal e atender às

peculiaridades locais, ou, inexistindo lei federal, a lei estadual disporia livremente até que a lei federal viesse a regular a matéria. Num caso e noutro — legislação estadual precedida de lei federal, quando serviria para suprir as deficiências desta última e adaptá-la às peculiaridades locais, ou lei estadual primária enquanto a lei federal não viesse a dispor sobre o assunto —, o campo da legislação estadual poderia incursionar nos temas de riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração, radiocomunicação, regime de eletricidade, conciliação extrajudicial dos litígios, crédito agrícola, processo judicial ou extrajudicial, dentre as matérias destacadas no artigo 18, letras *a, b, c, d, e, f, g*, da Carta de 1937. A precariedade da legislação estadual, seja na via da delegação aos Estados por lei federal ou das matérias previamente discriminadas, ficava evidenciada na sua derrogação por incompatibilidade com superveniente lei federal ou regulamento federal (*Carta de 1937*, art. 18, parágrafo único). A técnica de 1937, como se vê, estava a serviço da concepção centralizadora do Estado e autoritária do poder, sem acolher a solução autônoma da legislação estadual complementar ou supletiva que a Constituição de 1934 revelou originariamente. A Constituição federal de 1946 retomou a inserção da legislação estadual ou complementar no plano das matérias de competência da União, que, pela sua inclusão naquela área, passaram a ser objeto de dupla atividade legislativa no campo de competência comum à União e aos Estados. A discreta redação do artigo 6º, que dilui na simples remissão a extensão da matéria abrangida, revela a timidez do constituinte brasileiro na formulação da legislação federal fundamental ou de normas gerais e da legislação estadual supletiva ou complementar. Comparando o texto de 1946 com o de 1934, verifica-se, ao lado da insistência em matérias comuns, a inclusão de assuntos novos e a inovadora terminologia da legislação de normas gerais e de diretrizes e bases, de modo a particularizar a natureza da legislação federal na área da competência comum da repartição de competências. *Passam a constituir temas* dessa competência comum a legislação sobre normas gerais de direito financeiro, seguro e previdência social, defesa e proteção da saúde e de regime penitenciário; produção e consumo; diretrizes e bases da educação nacional; organização, instrução, justiça e garantias das polícias militares, requisições civis e militares em tempo de guerra; tráfego estadual; riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, florestas, caça e pesca; emigração e imigração; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. A Constituição federal de 1967 manteve a legislação esta-

dual supletiva em assuntos da competência originária da União, que a Constituição deslocou para a competência legislativa comum da União e do Estado (art. 8º, § 2º). Inovou quando condicionou o aparecimento da lei estadual à prévia existência de lei federal sobre o mesmo assunto, que deve ser respeitada (art. 8º, § 2º). O texto originário de 1967, que acrescentou a legislação sobre registros públicos, juntas comerciais e tabellionatos e normas gerais sobre desportos, reduziu, entretanto, o volume da legislação supletiva, excluindo matérias que foram contempladas na Constituição de 1946, como requisições civis e militares em tempo de guerra, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, florestas, caça e pesca, emigração e imigração, incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. É certo que a Emenda Constitucional nº 7, de 1977, incluiu no domínio da competência comum a legislação sobre normas gerais de orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública, taxa judiciária, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, de registros públicos e notariais.

O desenvolvimento da técnica da legislação comum, que torna a matéria de legislação da União também objeto de legislação estadual, reclama aperfeiçoamento formal e ampliação de conteúdo. No primeiro caso, para, superando a tirpidez com que a cláusula vem sendo tratada na Constituição federal, prever a competência comum, de forma destacada, para abranger a legislação federal e a legislação estadual incluída nesse território. É necessário eliminar a ambigüidade da terminologia utilizada em nossos textos constitucionais, para designar a legislação da União no título genérico das *normas gerais* e a do Estado na de *legislação suplementar*. A legislação da União no campo da competência comum seria sempre legislação de *normas gerais*, para cada um dos assuntos incluídos nessa competência, suprimindo a indeterminação atual, quando alguns assuntos são precedidos da qualificação de *normas gerais* e outros não recebem tal qualificação. No segundo caso, impõe-se o alargamento das matérias da competência comum, ampliando a lista dessa competência, para maior descentralização legislativa dentro do Estado federal. Temas de direito federal poderão ser convertidos em normas gerais de direito federal e sucessiva legislação estadual supletiva, descodificando, quando for o caso, esses temas do direito federal inseridos no campo das normas gerais, conceitualmente dotadas de caráter não exaustivo. Temas de legislação federal ainda contemplados na competência monopolística e exclusiva da União, como desapropriação, requisições

civis e militares, jazidas, minas e outros recursos minerais, metalurgia, florestas, caça e pesca, águas, energia, condições para exercício das profissões liberais e técnico-científicas, igualmente comportam sua distribuição entre a legislação federal de normas gerais e a legislação estadual supletiva. Atribuições não legislativas da União, na área da administração federal, também se afiguram suscetíveis de exercício com o concurso dos Estados diretamente interessados, como o estabelecimento dos planos regionais de desenvolvimento. A descentralização de competências da União, para beneficiar os Estados, se completaria na melhor configuração da autonomia dos Estados, cujos poderes de organização constitucional e de legislação praticamente desapareceram na pretória limitação imposta pela Constituição federal, através da múltipla previsão de *princípios constitucionais*, *princípios estabelecidos*, normas de reprodução obrigatória e regras proibitórias de natureza diversa. Essas limitações, que são necessárias para assegurar a coexistência entre o ordenamento da União ou Federação e os ordenamentos dos Estados-Membros, ficariam exclusivamente discriminadas no campo dos princípios constitucionais da União, de natureza exaustiva, dispensando a múltipla referência da Constituição vigente, que encerrou a autonomia do Estado no círculo intransponível da centralização unitária e antifederativa. O quase centenário constitucionalismo federal brasileiro já elaborou sedimentada e amadurecida concepção dos princípios constitucionais da Federação, que os Estados devem respeitar, recolhida nas experiências da revisão constitucional de 1926 e da prática constitucional de 1934 e 1946. A adequada enumeração desses princípios constitucionais anulará exorbitâncias do constituinte, do legislador e do administrador estadual, de modo a preservar a supremacia da Constituição federal. Supremacia que dispõe de eficaz proteção no instrumento drástico da intervenção federal e no controle normativo da constitucionalidade confiado ao Poder Judiciário, de modo geral, e, no caso dos princípios constitucionais, à jurisdição concentrada do Supremo Tribunal, no exercício de sua função de Corte Constitucional.

5. A repartição de competências não esgota a complexa organização federal, como já assinalamos. É a questão fundamental, pois a decisão adotada na forma de distribuir competências à União, aos Estados e, derivadamente, aos Municípios, condicionará o funcionamento do Estado federal envolvendo a preferência do constituinte por um desses tipos reais de federalismo: federalismo centrípeto, federalismo centrífugo, federalismo cooperativo, federa-

lismo de equilíbrio. Escolhida a repartição de competências que ordenará o comportamento da Federação e dos Estados, a organização concreta do Estado federal deflagra outras decisões que vão implementar o federalismo constitucional. A nova Constituição federal brasileira, que provirá do constituinte escolhido pelo povo para exercer a magna tarefa de reedificar os fundamentos constitucionais da República federal, certamente incorporará decisões reformuladoras nas áreas constitucionais da intervenção federal nos Estados, da autonomia dos Estados e Municípios, da repartição tributária entre os diversos níveis de Governo, das regiões metropolitanas e do desenvolvimento regional, numa referência exemplificativa. A intervenção federal nos Estados deve retomar a finalidade desse instituto da patologia federativa, circunscrita a casos anômalos, como técnica de aplicação excepcional, incompatível com a longa lista de casos que faria da exceção interventiva uma regra geral. A autonomia dos Estados deve ser enriquecida com novas competências, para que nelas os Estados encontrem matérias propícias ao exercício real de seus poderes de auto-organização constitucional e de legislação nos assuntos de seu interesse. A repartição tributária dos impostos de competência da União, dos Estados e dos Municípios, tema crítico e polêmico na organização federal, sem desconhecer as imperiosas necessidades da União, está a impor uma retificação na excessiva concentração de recursos tributários na União, seja pela modificação da nomenclatura tributária, reagrupando impostos existentes (IPI e ICM) em único imposto novo, o imposto sobre o valor agregado (IVA); eventual deslocação de imposto federal para outra órbita; ampliação da base de cálculo de imposto estadual pela inclusão nela de imposto federal; aumento dos percentuais do Fundo de Participação, nele incluindo as Regiões Metropolitanas. Quanto à repartição da receita tributária federal em benefício, principalmente, dos Estados e dos Municípios, a evolução dessa técnica do federalismo financeiro vem revelando razoável desenvolvimento, e as potencialidades crescentes da receita federal autorizam a ampliação dos níveis atuais. O orçamento federal da União, para o exercício de 1985, prevê uma receita tributária da ordem de Cr\$ 59.389.261.200.000 (cinquenta e nove trilhões, trezentos e oitenta e nove bilhões, duzentos e sessenta e um milhões e duzentos mil cruzeiros) e uma transferência aos Estados, Distrito Federal e Municípios da ordem de Cr\$ 19.393.229.120.000 (dezenove trilhões, trezentos e noventa e três bilhões, duzentos e vinte e nove milhões, cento e vinte mil cruzeiros) (Lei federal nº 7.276, de 10 de dezembro de 1984). O aprimoramento do mecanismo de compensação financeira, os en-

cargos decorrentes da volumosa despesa do orçamento federal, os objetivos do desenvolvimento nacional e regional impõem, por sua vez, o redimensionamento das responsabilidades empresariais da União federal. Com efeito, as gigantescas proporções assumidas pelo Estado empresário, congregando atualmente quatrocentos e sessenta empresas estatais, com o quadro de 1.349.840 empregados (*O Estado de S. Paulo*, de 24 de março de 1985, fls. 51), orçamento global da ordem de 330 TRILHÕES de cruzeiros, no exercício de 1985, sobrecarregam de forma insuportável os orçamentos fiscal e monetário da União, reduzindo o volume de recursos que poderiam ser destinados aos investimentos governamentais federais, estaduais e municipais.

6. O federalismo brasileiro, a partir da Constituição federal de 1946, passou a dispensar tratamento sistemático ao desenvolvimento regional, mediante a criação e a sustentação com recursos federais de órgãos incumbidos de corrigir as disparidades regionais. A implementação legislativa de regras da Constituição estruturou os múltiplos instrumentos federais de desenvolvimento regional: SUVALE, CODEVASF, SUDAM, SUDENE, SUDESUL, SUDECO. A criação ulterior das Regiões Metropolitanas veio ampliar os objetivos do desenvolvimento regional, para incluir nele o desenvolvimento das áreas urbanas dos grandes centros, onde vivem as populações das "megalópolis" brasileiras, ou que caminham nesse rumo. O federalismo brasileiro está impregnado pelo regionalismo, a exemplo do que vem ocorrendo no Estado unitário descentralizado em Regiões cujos modelos mais avançados são atualmente a Itália e a Espanha. A rejeição do Projeto de Lei Constitucional que De Gaulle submeteu ao *referendum* do povo francês, em 1969, frustrou a inclusão da França entre as matrizes contemporâneas do Estado Unitário Regional. Os antecedentes de nossa experiência de desenvolvimento regional indicam que o próximo constituinte federal, ao lado de aperfeiçoamentos na política de desenvolvimento regional, certamente retirará as Regiões Metropolitanas do limbo constitucional em que se encontram, para dar-lhes localização, funções e estrutura mais adequadas. O destino natural da Região Metropolitana é sua transformação em coletividade territorial, dentro do Estado-Membro, com o nível de Governo regional. Passariam os Estados a contar com outra unidade de Governo, diversificando a organização intra-estatal, que ultrapassaria o Município, para incluir na estrutura administrativa e política do Estado-Membro a Região Metropolitana, sede do Governo regional desse nível.

7. O destino reservou à geração atual a missão histórica de reedificar a República federal, removendo os escombros que caíram sobre ela, danificando as instituições federativas. É responsabilidade que se equipara à dos Fundadores da República, que lançaram os fundamentos constitucionais da República federal, na qual vivemos, periodicamente desfigurada pelos colapsos paralisantes que a acometeram, assim nas vigências da Carta Constitucional de 1937 e da Emenda Constitucional nº 1, outorgada em 1969, que são textos representativos de federalismo puramente nominal e semântico, em permanente dissídio com as exigências da organização federal. Esperamos que a reconstrução da República federal restaure na sua plenitude os poderes dos Estados, sem prejuízo da missão nacional da Federação, para, sob a égide inovadora do federalismo de equilíbrio, preservar a integridade da Nação, a indissolubilidade do vínculo federativo, o desenvolvimento da União e dos Estados e associar o Estado federal à realização dos objetivos do Governo democrático.

BIBLIOGRAFIA

- AUBERT, Jean François. *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*. Neuchâtel — Suisse, Éditions Ides et Calendes, 1967.
- DOUIN, Claude-Sophie. *Le Fédéralisme Autrichien*. Paris, LGDJ, 1977.
- EISENMANN, Charles. *Bonn et Weimar — Deux Constitutions de l'Allemagne*. Notes et Études Documentaires nº 1.337, 1950.
- KELSEN, Hans. *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*. Milano, Edizione di Comunità, 1952.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1970.
- PELAYO, García. *Derecho Constitucional Comparado*. 8ª ed., Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 1967.
- SCELLE, Georges. *Précis de Droit des Gens*. Paris, Recueil Sirey, 1ª v., 1932.
- SCHWARTZ, Bernard. *American Constitutional Law*. Cambridge University Press, 1955.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la Démocratie en Amérique*. Paris, Librairie de Médicis, 1951.
- VERDÜ, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*. Madrid, Editorial Tecnos, 1974.
- O ESTADO DE S. PAULO, de 24 de março de 1985, p. 51.

Federalismo e descentralização

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO
Doutor em Direito. Professor Titular
da Universidade de Brasília

O tema **Federalismo e descentralização**, porque formalmente inserido ou compreendido no objetivo maior deste Seminário, que é o de formular propostas para a Constituinte, impõe e legitima algumas considerações prévias sobre a própria **questão constituinte**, situada, nos dias atuais, no centro de todas as preocupações nacionais.

Nesse contexto, diríamos que a expressão **constituinte**, isolada ou articulada com as palavras **Poder e Assembléia**, à força de tanto ser repetida acriticamente, transformou-se em lugar comum, não havendo neste País quem não se considere autorizado ou habilitado a expor suas opiniões sobre o problema, pouco se importando com a inconsistência ou a incoerência do que afirma ou propõe.

Palavra mágica ou simples modismo, o termo **constituinte** acabou se banalizando e, com isso, perdendo grande parte do significado que efetivamente possui, nos planos institucional e político.

Vista como panacéia ou remédio para todos os nossos males, a Constituinte corre o risco de se converter na maior frustração nacional, deixando atrás de si um perigoso rastro de decepções e desencantos, talvez até de desespero, tantas são as esperanças nela depositadas.

Por isso, consideramos da maior importância iniciativas como a da realização deste Seminário, na medida em que permitirão racionalizar os debates em torno da momentosa questão, tirando-lhe o caráter emocional e situando-a no plano da crua realidade nacional dos nossos dias, que todos queremos alterar para melhor, mas que não poderemos modificar com passes de mágica ou com o emprego de fórmulas milagrosas.

Palestra proferida em 26-3-85, no Seminário "Propostas para a Constituinte", promovido pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

Assegurado, pela livre escolha dos diversos expositores, o indispensável pluralismo ideológico dos debates, o Seminário cumprirá a sua finalidade maior, que é a de oferecer propostas normativas necessariamente **diferentes** para os principais problemas a serem discutidos no seio da Constituinte, que esperamos seja **livre e soberana**, vale dizer, sem restrições outras que não aquelas ditadas exclusivamente pela necessidade de torná-la livre e soberana **mesmo**.

Com essa postura, e admitindo estarmos efetivamente no limiar de uma Nova República, ou da construção de uma nova ordem jurídica, econômica, política e social, permitimo-nos indagar sobre que fundamentos será assentado esse novo edifício institucional, para não repetirmos os mesmos erros de um passado relativamente recente — referimo-nos à Constituinte de 1946 —, quando, por falta de realismo ou de elementar conhecimento de nossa realidade, construímos um modelo constitucional tão frágil que não suportou os primeiros abalos mais sérios, precipitando o País na pior crise de sua vida republicana, crise da qual só agora, decorridos 20 anos, começamos timidamente a emergir, entre atônitos e amedrontados.

As horas nervosas que, há poucos dias, antecederam a posse legítima do Vice-Presidente na Chefia da Nação — horas dramaticamente vividas por todos os brasileiros —, dão a exata medida dessa perplexidade, a nos desafiar para a edificação de uma estrutura constitucional sólida e transparente, que não mais permita aos alquimistas políticos de todos os matizes tentarem manipular o texto fundamental a serviço de interesses pessoais ou de grupos, ou para ajustá-lo a idiosincrasias ou explosões temperamentais, que sobressaltam a Nação e inquietam o seu povo.

Então, urge pôr os pés no chão e auscultar a sociedade, para que a futura Constituição não venha a ser mais um pacto de elites, juridicamente bem feito, mas socialmente inviável, e sim uma **oferta** ou **proposta** amplamente aceita pela comunidade — tal como preconizava HERMANN HELLER (*Teoria do Estado*, São Paulo, Mestre Jou, 1968, pp. 295 e ss.) —, porque essa é a condição fundamental para que a **normatividade** da Carta contenha e mantenha a indispensável energia **normalizadora**.

Para tanto, convém termos presentes aqueles **fatores reais de poder**, a que se referia o clássico FERNANDO LASSALLE, aqueles elementos fáticos que, em qualquer sociedade constituem a força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas, fazendo com que elas sejam o que efetivamente são e não possam ser o que efetivamente não são (*Que es una Constitución?* Buenos Aires, Siglo Veinte, 1957, pp. 14/15).

Caso contrário, isto é, se virarmos as costas para a nossa realidade, a Constituição que promulgarmos será simples **folha de papel**, a ser

rasgada no primeiro choque com a Constituição **real**, porque somente esta é social e politicamente verdadeira e, assim, válida e eficaz para reger todas as crises da sociedade civil brasileira.

Nessa perspectiva, com as ressalvas que se impõem, sobretudo pelo unilateralismo da abordagem, vale ter presente o que poderíamos denominar uma **abordagem radical** da questão constituinte, feita pelo sociólogo FLORESTAN FERNANDES, em artigo publicado na **Folha de São Paulo**, edição de 28-3-85, sob o título "A luta popular pela Constituição", do qual transcrevemos os seguintes trechos, que bem demonstram o que alguns esperam da futura Assembléia Nacional Constituinte:

"... a Constituição é um meio pelo qual os pobres e espoliados exteriorizam, consolidam e exercem a sua condição humana. Por isso, ela é decisiva para eles. A sociedade que os reduz a objeto e os embrutece não pode impedir que eles se transformem, e, ao transformar-se, a impregnem de sua força emancipadora.

.....

Nesse plano é que se esclarece o que representa a luta popular pela Constituição da perspectiva dos proletários e dos oprimidos. Não se trata de transferir para dentro as "melhores Constituições do mundo"; nem de impor ao Brasil o ônus de possuir a Constituição mais adiantada e completa de nossa era. Mas de estabelecer uma carta constitucional para um país prolongada e profundamente destituído de uma sociedade civil civilizada (primeiro, por causa da escravidão; em seguida, por causa das sequelas da escravidão, da dominação externa, do subdesenvolvimento e do tradicionalismo mandonista e elitista). O impulso de associar a elaboração dos princípios dessa carta fundamental às condições concretas de existência e reprodução da família pobre, do trabalho operário, do movimento sindical, da violentação do trabalhador agrícola, do menor, do indígena, do negro e da mulher, às carências e frustrações que tornam a miséria um universal e a insegurança uma norma, aparece como o nódulo de uma revolução democrática irreversível e permanente. Se ele vingar, o futuro imediato será diverso do presente e o passado perderá o fulcro político de sua repetição incessante."

Aceita essa premissa, com as reservas, insista-se, quanto ao unilateralismo da abordagem, que antagoniza, como **bons** e **maus**, respectivamente, proletários e capitalistas, fica afastada, de logo, porque irreal e até certo ponto pernicioso, a idéia, largamente difundida e aceita, da ilimitação do poder constituinte dito originário, porque essa limitação existe de fato, no plano da realidade social e política,

como seguramente exposto nas lições de VANOSI (**Teoria Constitucional**. Buenos Aires, Depalma, vol. I, 1975, p. 116).

Analísada, sob essa perspectiva, a realidade brasileira dos dias atuais, não se precisará assumir postura marxista para reconhecer e afirmar que os trabalhos da Constituinte estarão ou deverão estar necessariamente condicionados por essa mesma realidade, pois do contrário a Carta que vier a ser promulgada terá vida efêmera, questionada e contestada por todos quantos vejam nela a expressão de interesses outros que não aqueles respaldados pela sociedade globalmente considerada.

Então, a esta altura, cabe perquirir, em relação ao tema **Federalismo e descentralização**, qual a nossa realidade social subjacente; quais os fatores reais de poder que, neste momento da vida nacional, poderão condicionar a decisão política a ser tomada no seio da Constituinte, quando esta se debruçar sobre o problema das relações entre o Poder Central e os poderes locais; que forças prevalecerão ou deverão prevalecer quando se for definir o modelo normativo que doravante irá reger as relações entre a União, os Estados e os Municípios, decorridos mais de 90 anos de uma experiência federativa centralizadora e compressiva das autonomias locais; enfim, identificar quem poderá efetivamente dar nascimento à primeira República Federativa no Brasil, sepultando o Estado unitário, que PAULO BONAVIDES afirma ter nascido a 15 de novembro de 1889 sobre as ruínas da monarquia, e que, mesmo desprovido de legitimidade formal, tem tido eficácia na Constituição real do País (**Política e Constituição. Os caminhos da Democracia**. Rio, Forense, 1985, pp. 86 e 88).

Nessa encruzilhada, a Constituinte se defrontará, necessariamente, com dois modelos ou variantes do federalismo — o federalismo clássico, ou das **autonomias**, e o federalismo moderno, ou de **participação** (BONAVIDES, *op. cit.* p. 103).

Descartada a opção pelo modelo clássico, que não nos serve, principalmente em razão das grandes disparidades ainda existentes entre os diferentes Estados e regiões do País — disparidades que se agravariam se os Estados pequenos perdessem a assistência da União em nome de uma falsa autonomia, puramente formal e suicida —, abre-se para nós a via exclusiva do federalismo de participação, via que haveremos de percorrer com prudência e cautela, porque é a mais facilmente exposta a deturpações, sobretudo nos países subdesenvolvidos ou em processo de desenvolvimento, onde, disfarçada em federalismo de cooperação, tem sufocado as unidades-membros, reduzindo-as à condição de entes desprovidos de vontade própria, inteiramente dependentes do Poder Central, que a todos preside e por todos decide.

Nesse quadro, há de se optar pelo modelo participativo de inspiração democrática, o único que assegura aos cidadãos e aos grupos minoritários o direito de se fazerem ouvir e de concorrerem, com a sua vontade, para o equacionamento e a solução dos problemas que lhes dizem respeito, nas diferentes órbitas de atuação política.

A propósito, cabe repetir as palavras do mesmo BONAVIDES, hoje um dos maiores paladinos do que ele chama a obra de **refederalização** do sistema político brasileiro:

“Não resta dúvida de que a época tem sido de concentração de poderes e ações intervencionistas da parte do Estado, por decorrência inelutável de pressões sociais que deixam às vezes arquejante o organismo democrático das sociedades abertas. O problema de instituições estáveis se torna mais grave nos sistemas de governo dos países em desenvolvimento, onde a vinculação do poder com a ordem jurídica não se apóia em elementos da tradição e da cultura política da sociedade, a qual basicamente não existe. E quando tais países se organizam sob a forma federativa, o único caminho para evitar o “Leviatã” unitário das burocracias tecnocráticas passa necessariamente pelo meridiano de um federalismo cooperativo, de inspiração democrática. Esse federalismo não é fechado, tanto que reconhece também por legítimo que, nas uniões federativas, certas matérias como política exterior e defesa, pesquisa básica de grande porte, economia, finanças, planejamento e proteção do meio ambiente, com a defesa do patrimônio ecológico, tenham suas regras e decisões básicas referidas à órbita de competência do Poder Central.

Rejeitando, por conseguinte, o “federalismo cooperativo” autoritário, deve a república federativa deixar de ser quanto antes uma fachada de palavras no pórtico da Constituição para se converter em realidade jurídica e política de uma forma de Estado mais humana e mais democrática. É essa a promessa que vislumbramos no “federalismo cooperativo” de teor democrático, assentado nos três princípios cardeais de toda Constituição federal legítima: o princípio da subsidiariedade, o princípio da solidariedade e o princípio da pluralidade” (op. cit., pp. 106/107).

Em que pese à nossa adesão, em linhas gerais, às teses do ilustre publicista, cumpre questionar a validade de se definirem a priori matérias que estariam bem ou mal entregues à competência reguladora da União, dos Estados ou dos Municípios.

Senão vejamos. No trecho transcrito, o festejado jurista e político informa que se reconhece como legítimo, no federalismo coope-

rativo de inspiração democrática, que a economia e as finanças tenham suas regras e decisões básicas referidas à órbita de competência do Poder Central.

Pois bem, no caso brasileiro, o controle da economia e das finanças, pela União, acabou reduzindo as demais entidades políticas à humilhante condição de verdadeiros mendigos, que a todo instante se vêem obrigados a bater às portas do Tesouro Nacional, em busca de recursos para a satisfação das necessidades mais elementares de suas populações.

Por isso, como veremos adiante, entendemos que não se deve definir, aprioristicamente, sequer um esboço de partilha daquilo que será entregue à competência dos Estados e Municípios ou do que remanescerá aos cuidados da União, porque o importante é estabelecer **mecanismos de permanente oxigenação federativa**, capazes de prevenir e corrigir incidentes de percurso, toda a vez que, na prática, o modelo se mostrar inadequado à consecução dos objetivos que inspiraram a sua adoção.

Melhor será, enfim, **discutir tudo**, ampla e democraticamente, até porque o País de hoje, pela extensão e gravidade dos seus problemas, é inteiramente diverso do País de ontem e, por isso, pouco ou nada tem que aprender com o passado, salvo, é claro, quanto à consciência, que parece ser de todos nós, de que o tipo federativo concentracionista e centralizador, que experimentamos desde o alvorecer da República, sobre ser antidemocrático pela sua própria natureza, não se revelou capaz sequer de atenuar os nossos grandes desequilíbrios regionais e repartir, equanimemente, os dividendos da riqueza nacional.

Definido, na e pela Constituinte — não em colóquios de iniciados — um novo modelo federativo, aberto e flexível, que se possa continuamente aperfeiçoar, as vontades locais concorrerão permanentemente para a formação da vontade nacional, o que é da essência do federalismo, fundindo-se e confundindo-se com essa vontade, para pôr fim ao longo período em que a federação brasileira existiu apenas no texto das Constituições republicanas e o unitarismo foi, de fato, a nossa única experiência como Nação independente.

Mas, a esta altura, cabe indagar: como atingirmos esse elevado e indispensável grau de integração federativa? Como assegurar que, na Constituinte, esse ideal, que é de todos nós, ideal que hoje representa verdadeira aspiração nacional, virá a se converter em realidade, incorporando-se à Constituição da chamada Nova República?

A nosso ver, uma só resposta se impõe: — garantir por todos os meios a **legitimidade** do processo de convocação e de funcionamento

da Assembléa Nacional Constituinte, livrando-o dos casuismos, das fraudes, dos engodos, das mistificações, da demagogia e de todas as demais formas de corrupção eleitoral e política, que têm comprometido, entre nós, a lisura dos pleitos e a moralidade no exercício dos mandatos eletivos, impedindo-nos de selar um grande pacto nacional e de velar pelo seu cumprimento.

Nessa perspectiva, em que a legitimidade do processo surge como condição indispensável para a eficácia das soluções políticas que brotarão do seio da Constituinte, impõe-se salientar o papel de singular importância que estará reservado aos meios de comunicação de massa — sobretudo ao rádio e à televisão —, cujo controle, todos reconhecem, se transformou, em nossos dias, numa das peças fundamentais para a conquista, o exercício e a manutenção do poder político.

Sabendo-se, como se sabe, que esses veículos de comunicação podem ser colocados a serviço de interesses pessoais ou de grupos, quase sempre de oligarquias econômicas, que os controlam com os recursos destinados à publicidade e à propaganda, urge fazer preceder a convocação da Assembléa Nacional Constituinte de medidas capazes de democratizar, efetivamente, o acesso a tais meios de comunicação, para que todos os segmentos sociais possam utilizá-los na divulgação de suas idéias, tornando, assim, limpo o jogo político, para que limpo seja também o seu resultado.

Se não forem asseguradas tais condições, o processo político se desenvolverá como um jogo de cartas marcadas, e a Assembléa Constituinte não será nem nacional, nem muito menos livre, soberana e representativa — como todos queremos, ou devemos querer que o seja —, tendo como consequência que o pacto dela resultante carecerá de legitimidade, estando fadado à contestação e à rejeição pelos grupos sociais acaso marginalizados na sua elaboração.

Se, ao contrário, todos os fatores reais de poder existentes em nossa sociedade se fizerem ouvir e participarem da nomogênese constitucional, os grupos a que correspondem e os líderes que os representam estarão comprometidos com o novo pacto social, não podendo impugná-lo, pelo menos aprioristicamente, porque foram ouvidos e puderam livremente influir em sua formulação.

Neste passo, cumpre alertar para o risco de virem a ser totalmente alijados do processo constituinte aqueles que, até recentemente, detinham grande parcela do poder político, porque eles continuam tendo existência real e, até por instinto de conservação, tudo farão para recuperar espaços, expor idéias e defender interesses.

Se esses grupos não forem reconhecidos em sua real expressão — grande ontem, reduzida hoje, imprevisível amanhã —, o regime que se instaurar entre nós nascerá maculado em seus propósitos democrá-

ticos e, assim, carecerá de legitimidade, pelo menos para os que forem marginalizados, liberando-os para a rejeição e o combate.

Por isso, convém ter presente a lúcida advertência de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., quando, lembrando ensinamentos de NIKLAS LUHMANN, nos diz que, num regime democrático, as opiniões não devem de forma alguma ser descartadas a priori, e que a representatividade se torna autêntica não pelo consenso concreto, mas pela **garantia institucionalizadora da manifestação do dissenso (Democracia e Participação**. Editora da UnB, 1979, p. 86 — os grifos são nossos).

Assegurada, assim, a **participação** que gera a **legitimidade** e garante a **eficácia das opções normativas** (MIGUEL REALE), tudo o mais passa a ser secundário, porque os representantes legitimamente escolhidos para a Constituinte saberão, mais do que ninguém, encontrar as fórmulas adequadas à estruturação de um novo pacto federativo, de um novo modelo de Estado federal, que traduza fielmente as nossas aspirações autonomistas e participativas, livre dos juridicísmos com os quais, ao longo dos anos, vimos produzindo leis e promulgando Constituições que pouco ou quase nada têm a ver com a nossa realidade.

Nesta passagem cabe alertar os grupos sociais identificados com as mudanças mais profundas, para um fato singularmente grave e merecedor da maior atenção: — a Comissão pré-Constituinte, cuja composição já foi anunciada pelos porta-vozes da Nova República, se não contar com a participação efetiva de todos os segmentos representativos da sociedade civil, será um instrumento espúrio, destinado a nos impor uma Constituição pré-moldada, verdadeira camisa-de-força que, folgada embora, aprisionará em suas malhas as reivindicações sociais mais avançadas, fazendo com que a nova Carta Política não sirva para propiciar ou promover aquelas transformações mais ousadas, que todos desejamos, tanto na ordem jurídica, quanto na ordem política, na ordem econômica e na ordem social. Do contrário, terão razão aqueles que, como MARILENA CHAUÍ, temem se repita a tradição do leopardo: “mudar para que tudo fique como está” (*Revista do TC do Município do Rio de Janeiro*, a. III, n.5, dezembro/1984, pp. 71/73).

Não se trata, convém deixar claro, de fazer dessa Comissão uma Assembléia Constituinte em miniatura, mas de evitar que ela venha a se converter numa entidade esotérica, à qual terão acesso apenas uns poucos iluminados, em sua maioria juristas, literatos e políticos profissionais, cuja sensibilidade, por mais aguçada que seja, não conseguirá jamais captar, na frequência devida, os inquietantes sinais de sofrimento e desespero que, a todo instante e há muito tempo, vêm sendo emitidos pelas camadas sociais menos favorecidas. A não ser que os seus integrantes venham a se transformar naquela pequena fração de uma classe que, no Manifesto do Partido Comunista, em dado momento da História, renega as suas origens e a sua condição social, para aderir a outra, revolucionária e emergente. . .

Poder Executivo

JOSAPHAT MARINHO

Professor da Universidade de Brasília

SUMARIO

Poder de delineamento difícil
Suspeição, serenidade e permanência
Tipo de governo: forma de opção
Planos de governo
Responsabilidade do Governo e da Administração
Poder Executivo e delegação legislativa
Poder Executivo e leis inconstitucionais
Poder Executivo e a sociedade

Poder de delineamento difícil

Entre os pontos essenciais de uma nova Constituição para o Brasil, avulta o delineamento do Poder Executivo. Traçar-lhe o perfil, fixar sua competência básica, em limites compatíveis com a reservada aos outros poderes e respeitando o mecanismo da Federação — que parece de manutenção tranqüila — e a esfera dos direitos e garantias de toda natureza, do indivíduo, do cidadão e das pessoas jurídicas, é tarefa que exige técnica e visão larga dos fins do Estado, numa sociedade intensamente diferenciada. Agravam as dificuldades naturais de estrutura do poder político o crescimento das funções do Estado moderno e as deformações

introduzidas na engrenagem do regime republicano e do governo presidencial entre nós, desde a Constituição de 1891.

A multiplicação das tarefas do organismo político e administrativo é fenômeno universal e de influência comum na caracterização do Poder Executivo contemporâneo. É e deve ser, portanto, uma constante no pensamento do legislador e, de modo especial, do constituinte. Se torna complexa e perigosa a ação legiferante, nem por isso o fato pode ser ignorado ou subestimado, sem grave falha no travamento da construção constitucional.

Já os vícios de nossa evolução política precisam de lembrança para a correção necessária. Enumerá-los seria reescrever parte da história republicana. Estudando apenas o período compreendido até 1899, AMARO CAVALCANTI observou que "os documentos dos erros, abusos ou crimes, cometidos na *direção política* do País têm sido tais e tamanhos, na curta história da República Federativa do Brasil, que bastaria uma só classe deles para constituir objeto e matéria para mais de um livro" (1). É próprio, porém, recordar alguns dos procedimentos e práticas que marcaram a desfiguração do regime, senão para bani-los, porque não há pureza institucional absoluta, ao menos no propósito de reduzi-los, por meio de novos instrumentos e regras, que emanam da cultura e da experiência.

DEODORO e FLORIANO desprezaram o sistema de freios e contrapesos: o primeiro dissolveu o Congresso Nacional; o segundo, assumindo a presidência da República, como Vice-Presidente, em virtude da renúncia do titular antes do decurso de um biênio do mandato, conseguiu autorização legislativa para completar o quadriênio, embora o art. 42 da Constituição ordenasse a realização de eleição. Ao longo do regime de 1891, a medida de intervenção nos Estados, como forma de estrangulamento político de chefes e grupos, anulava a autonomia federativa, e a decretação forçada do estado de sítio suspendia direitos e garantias. Instaurado o ciclo de Vargas, em 1930, institucionalizou-se a ditadura até 1945, com a breve tentativa democrática de 1934 a 1937. Se o período constitucional e político-administrativo de 1946 a 1963, apesar das turbulências verificadas, representou um aperfeiçoamento das ins-

(1) AMARO CAVALCANTI. *Regime Federativo e a República Brasileira*. Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 326.

tituições, inclusive pelo respeito ao espírito de legalidade e por eleições regulares, a vitória do movimento militar de 1964 significou um colapso e um retrocesso. Implantou-se a pior espécie de ditadura: a que busca ocultar-se no simulacro de legalidade escrita e de representação política. Justo em torno dessa fase, o Professor AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO assinalou que “os textos aparentemente operativos das leis institucionais, inclusive os da própria Constituição, têm valor simbólico, mas não eficácia política”. E advertiu, para evitar malores equívocos na história:

“Este aspecto da vida política brasileira é que ilude muitas vezes os escritores estrangeiros, que escrevem baseados em textos de leis ou Constituições, mas desprevenidos que o funcionamento dos mesmos depende, muitas vezes, de processos ou imposições políticas não escritos”(2).

Nesse quadro, intensificaram-se abusos e deformações. Acentuou-se o poder pessoal do Presidente da República. Ampliou-se a centralização, em detrimento da organização federativa e do trato adequado dos problemas regionais com suas singularidades. Reduziu-se a autoridade do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Restringiu-se a perspectiva dos direitos e garantias. Impediu-se revisão constitucional conveniente, apesar do esforço e da clareza de RUI BARBOSA na primeira fase da República. A Reforma de 1926, realizada quando no México e na Europa princípios constitucionais inovadores se desenvolviam, processou-se no governo férreo de Artur Bernardes, e não cuidou devidamente de questões sociais e econômicas. Após 1930, se se alargou a legislação protetora do trabalho e do trabalhador, foi em caráter paternalista, e dominou a instabilidade ou a hipocrisia constitucional, com precariedade das garantias estabelecidas, até os dias presentes.

É certo, portanto, como ponderou FERNANDO DE AZEVEDO, que, se a criação do regime republicano “foi uma vitória” da classe média insurgida contra a escravidão, a monarquia e a aristocracia, e ajudada, nessa luta, pelos desertores da nobreza rural, o poder político, antigamente real ou aristocrata, não se tornou popular senão teoricamente, continuando associados, na realidade

(2) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, *Algumas Instituições Políticas no Brasil e nos Estados Unidos*. Forense, 1975, pp. 175-176.

de, o velho poderio econômico e o novo poder político”(3). O desenvolvimento do “capitalismo industrial” e os instantes de afirmação real da vontade popular, inclusive em eleições presidenciais, como em 1955 e em 1960, não mudaram o panorama descrito. O capitalismo industrial, superpondo-se ou aliando-se ao de tipo predominantemente comercial, não tinha e não tem, como este não manifestara, o anseio de fortalecimento das forças populares. Os momentos de efetiva revelação dessas forças não tiveram condições de continuidade, e, em consequência, não puderam assegurar o aprimoramento dos institutos políticos.

Depois de tantos desvios, encontrar o leito da normalidade democrática e nele situar, com a possível firmeza, o Poder Executivo, pressupõe trabalho conjugado de juristas e de membros de toda a sociedade. O conhecimento especializado de uns há de ser iluminado pela observação inteligente ou atormentada de muitos. Os princípios não de ser erguidos sobre a base da realidade social, combinando-se o racional e o histórico, em proveito de instituições firmes dúcteis, aptas a atuação impersonalizada. Se o governante imprime as características de sua individualidade ao exercício do poder, não deve confundir-lo com suas paixões e idiossincrasias, sacrificando o interesse público por sentimentos particulares.

Suspeição, serenidade e permanência

Nesse caminho, parece que o primeiro passo é vencer, sem descuido, a atitude de suspeita em relação ao Poder Executivo. Os excessos de sua atuação e o seu interesse em reivindicar atribuições despertam receio crescente para configurar-lhe o perfil constitucional. Essa postura de suspeição, comum em parte relevante dos legisladores e dos juristas e políticos, provoca, por motivos diversos, a reação dos correligionários do Governo. A discussão do problema tem assumido, assim, caráter de radicalização, quase sempre prejudicial à serena conceituação, que o instrumento constitucional exige. Na Assembléia Constituinte de 1946, NESTOR DUARTE retratou, fielmente, esse estado de espírito generalizado, salientando que “o Poder Executivo é o mais grave problema político do Brasil, por isso as nossas Constituições, sobretudo as republicanas,

(3) FERNANDO DE AZEVEDO. *A Cultura Brasileira*. Comp. Edit. Nacional, 1944, p. 96.

são obra de desconfiança, mas, também, de atração irresistível pelo poder pessoal do Presidente da República" (4).

A Constituição, porém, não deve ser repositório de divergências ocasionais, nem consagrar normas inspiradas, apenas, em erros apurados. Se a experiência, indicando retidão e desacerto, ensina a aperfeiçoar as instituições, ou a substituí-las, cumpre considerar, também, a evolução criadora de novas aspirações, estranhas aos fatos conhecidos. Na combinação do pragmático e do substancialmente cultural consiste a perspicácia do legislador constituinte, se o anima o intuito de obra duradoura. Elaborando princípios dotados, ao mesmo tempo, de força de idéia e de flexibilidade, assegura-lhe eficácia prolongada, em paralelo com as transformações da vida. A energia dos mandamentos constitucionais não é avessa ao estilo sóbrio e aberto a inovações.

Tipo de governo: forma de opção

Visto com tal dimensão o esforço de construção constitucional, a tarefa imediata do legislador, no ângulo examinado, é definir a natureza do Poder Executivo.

Nesse domínio, cabe ver, objetivamente, que não há forma de governo perfeita. Há regimes com superioridade de mecanismos sobre outros. Se as vantagens de um sistema facilitam a eficiência das instituições criadas, na verdade a cultura, a capacidade e a visão dos homens, disciplinados por leis impessoais e vigorosas, é que asseguram o êxito do governo e da administração e a realização do bem-estar coletivo. As fórmulas puramente assentadas na teoria valem como exercício de raciocínio: não alicerçam soluções úteis e de efeitos reprodutivos.

Por isso, é previsível que serão mantidas a República e a Federação, afigura-se também que o debate se travará, fortemente, na opção entre o regime presidencial e o regime parlamentar, com atenuações num e noutro caso, dada a expansão dos sistemas mistos de governo.

Sem dúvida, a forma parlamentar de governo tem virtudes superiores à presidencial, sobretudo porque impessoaliza a função

(4) NESTOR DUARTE. Discurso. *Anais da Assembléia Constituinte*. Vol. XII, 1948, pp. 250-256.

de comando, dificultando o domínio oligárquico e ensejando mudança no poder com naturalidade incomparável. Mas o regime parlamentar, por ser de governo colegiado e à base, fundamentalmente, da representação política eleita, exige, mais do que o presidencial, Partidos permanentes, não pelo registro legal, antes por ação contínua. A solidez de funcionamento das agremiações, com programas diferenciados, nos textos e na prática, é garantia da execução de planos de trabalho, já que os não pode ter, nem propor, amplamente, o Chefe de Estado. E mesmo quando detentor de certa parcela de poderes, como na França, o Chefe de Estado depende quase sempre, para fazê-los efetivos, do apoio parlamentar direto, que é de Partidos. Em realidade, o extenso e recente período de ditadura agravou a situação de instabilidade e de heterogênea composição dos Partidos nacionais, destituídos das condições de ação programática firme e coerente. O problema, no seu cerne, não é da índole de dirigentes, mas de contingência histórica. A reconquista recente de maior oportunidade de participação no governo e na administração é que deverá levar à renovação necessária.

De qualquer sorte, a preferência entre as formas de governo, para ser eficaz, há de conciliar a inspiração doutrinária com as razões de conveniência pública. Préponderantemente, há de influir na escolha a expectativa ampla de funcionamento seguro e adequado do regime. A discussão pública, racional e ordenada, há de fornecer, afinal, os subsídios decisivos para a adoção de um dos tipos de governo. A opção é política, portanto mediante comparação, e não dogmática. Logo, nenhum sistema deverá ser consagrado segundo modelo teórico rígido, antes tendo em conta as peculiaridades do país. Essencial é que se institua um tipo de governo estruturado em condições de evitar o abuso do poder pessoal, a formação de grupos dominadores, e de promover, dentro do Estado de direito, as mudanças que a opinião geral pede, e com inegável procedência. Para conseguir tais fins, o governo há de basear-se em determinados princípios e crenças. "Não há poder sem sistema de valores que o identifique, o autentique e o reproduza", como adverte ALAIN CLAISSE⁽⁵⁾. Quando o poder não obede-

(5) ALAIN CLAISSE. L'Idéologie: Discours du Pouvoir, in *Mélanges Offerts à Georges Burdeau — Le Pouvoir*. Lib. Gen. de Droit et de Jurisp., 1977, p. 63.

ce a valores e deles não extrai resultados em consonância com a sociedade e a benefício dela, converte-se em simples mando, que é forma de dirigir comunidades primitivas, e não povos civilizados.

Planos de governo

Hoje, os valores traduzem-se em planos de governo, como instrumentos definidores de prioridades e limitativos ou disciplinantes de vontades e preferências individuais. A amplitude de competência do governante, no Estado hodierno, não se confunde com arbítrio, nem com decisões circunstanciais: equivale a larga autoridade contida na lei, para servir o povo, de cuja soberania há de originar-se o poder exercido, emanado do voto universal e direto.

Uma nova Constituição para o Brasil dará relevo, necessariamente, ao regime de planos, como processo de racionalizar a administração e dar-lhe continuidade, na execução de objetivos constantes de programas, elaborados e cumpridos com a participação e a vigilância do Poder Legislativo e de outros órgãos da sociedade. O abandono quase generalizado dos planos até aqui preparados aconselha a adoção de normas claras e enérgicas, impeditivas de repetição do procedimento irregular. É imperioso, também, prever a adaptação dos planos nacionais às singularidades das regiões, para que providências e normas demasiado genéricas ou rígidas não se tornem impróprias, ou inaplicáveis. A paisagem diversificada da Federação brasileira é inconciliável com a imposição de uniformidade absoluta. Sem prejudicar as iniciativas do governo de alcance criador, a Constituição pode estabelecer pressupostos de ação que as submetam a diretrizes compatíveis com as diferenciações geográficas, econômicas e culturais do País. Para os que temerem a amplitude das normas, a respeito de planos, da Constituição de Portugal (arts. 91 a 95), a concisão do regime espanhol é incentivo à inovação. A Constituição de 1978, da Espanha, prescreve que “o Estado, mediante lei, poderá planificar a atividade econômica geral para atender às necessidades coletivas, e equilibrar e harmonizar o desenvolvimento regional e setorial e estimular o crescimento da renda e da riqueza e sua mais justa distribuição” (art. 131, 1.). E prevê a colaboração, no preparo plano, das “Comunidades Autônomas, dos sindicatos e de outras

organizações profissionais, empresariais e econômicas”, para o que se instituirá um Conselho, criado por lei (art. 131, 2.).

Responsabilidade do Governo e da Administração

Além de ordenar, convenientemente, a atividade do Poder Executivo, a adoção de planos propicia ao Parlamento e aos demais órgãos de fiscalização e controle o conhecimento de fatos e elementos que favorecem a pesquisa e a definição da responsabilidade do governo. Num país em que o instituto da responsabilidade política e administrativa tem valia nominal, e não expressão histórica, cumpre criar regras e mecanismos que lhe dêem vitalidade. Os planos de governo, fixando regras de procedimento, traçando programas e estabelecendo hierarquia na promoção do desenvolvimento, oferecem subsídios importantes à avaliação dos erros e da correção do poder administrativo.

Este aspecto é de excepcional relevância no processo de criação de novas instituições. “O princípio de responsabilidade — como salienta PIERRE AVRIL — é o fecho da abóboda do edifício constitucional democrático, que inspira a organização ao nível dos Poderes Públicos, como comanda o comportamento dos cidadãos”⁽⁶⁾. No particular, há que cuidar, mesmo, de novos instrumentos de controle, como previstos em Constituições mais recentes, em correspondência ao crescimento das faculdades do Estado. Se, porventura, os modelos estrangeiros não forem adequados, não há de faltar criatividade ao legislador brasileiro para delinear o órgão próprio que possa ampliar, com firmeza, constância, e flexibilidade necessária, as tarefas de fiscalização e controle, obstando ou reduzindo os abusos administrativos que ainda não puderam ser evitados pelos mecanismos tradicionais.

Mas o regime de planos, regulando também a ação da máquina administrativa, concorrerá ainda para estimular o espírito de isenção no serviço, entre os agentes do Estado. Embora CHARLES DEBBASCH advirta que, “nas sociedades liberais, a neutralidade política inexistente ou não é sempre admitida”, e que “se assiste, sob formas diversas, a manifestações de politização da função pública,

(6) PIERRE AVRIL. Pouvoir et Responsabilité, in *Mélanges* cit. p. 9, ref. p. 23.

em correlação ao desenvolvimento do poder sindical em seu seio" (7), convém defender a tese moralizadora. Respeitando, imparcialmente, no exercício de suas atribuições, os interesses do Estado e os direitos dos cidadãos, o agente da Administração prestigia-se, gerando maior acatamento a sua posição, e eleva a dignidade da função pública. Esta atitude não denota alienação de prerrogativas e deveres do cidadão, que subsistem para livre prática, no meio estranho ao serviço. Daí a propriedade de norma como a do art. 286, n. 2, da Constituição de Portugal: "Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar com justiça e imparcialidade no exercício de suas funções." É inquestionável o valor educativo desse preceito, sobretudo para os povos, como o português e o brasileiro, que experimentaram longos anos de poder autoritário.

Poder Executivo e delegação legislativa

É oportuno notar, igualmente, que a participação do Poder Executivo na tarefa legislativa não deve importar em anulação de funções próprias e tradicionais das Casas parlamentares. É exato que o aumento dos encargos do Estado, no plano administrativo, impõe extensa delegação legislativa ao Executivo. Não deve ser, contudo, absorvente. Repetimos, a esse respeito, em sinal de coerência, o que sustentamos, em 1984, na Faculdade de Direito de Recife:

"Dada a inevitável e em parte procedente penetração do Poder Executivo no campo normativo amplo, requer-se da inteligência a fixação de ponto de equilíbrio, que atenda às necessidades crescentes da Administração, conciliando-as com a representativa e a competência histórica do Poder Legislativo. Não há razão em admitir, em favor do Executivo, a delegação legislativa e o privilégio de editar decreto-lei, e imodificável. Ou se extingue este privilégio, ou se prescreve que o decreto-lei pode ser alterado, ou ainda, como na Constituição italiana (art. 77), que rejeitado não produz nenhum efeito. Conveniente e bastante, em verdade, é a delegação, se perfeitamente enumeradas,

(7) CHARLES DEBBASCH. *Administration et Pouvoir Politique sur un Couple Uni*, in *Mélanges cit.*, p. 149, ref. p. 153.

no instrumento de autorização, as condições e os limites da concessão" (8).

Poder Executivo e leis inconstitucionais

Por derradeiro, parece-nos que a nova Constituição, para varrer a dúvida corrente, deve dispor, expressamente, sobre a posição do Poder Executivo em face de leis suspeitadas de inconstitucionalidade. Já estudamos o assunto, e sustentamos, em resumo, que, se a Constituição prevê a ação declaratória de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, sob forma de representação, atribuindo o respectivo julgamento, como havia de ser, ao Supremo Tribunal Federal, e a este ainda conferiu a apreciação do pedido de medida cautelar (art. 119, I, *l e p*) —, não cabe ao Executivo recusar-se ao cumprimento da norma, alegando o vício maior. Admitir essa posição é negar a eficácia do procedimento constitucional e legitimar usurpação de competência privativa da Corte Suprema. A Constituição a ser feita importa coibir o abuso.

Poder Executivo e a sociedade

Em meio aos procedimentos mencionados e a outros que devem ser previstos, sobreleva que a Constituição em perspectiva inspire o Poder Executivo a agir em harmonia e comunicação com a sociedade. Esta ponderação de PIERRE AVRIL é edificante: "o governo dos homens repousa sobre um diálogo e uma interação de pessoas responsáveis, os titulares das funções políticas, e também os cidadãos" (9). A complexidade dos problemas administrativos, econômicos, financeiros, sociais, culturais e do desenvolvimento tecnológico não permitem isolamento entre o Estado, o indivíduo e a sociedade. Toda ação essencial que não resultar de coordenação de inteligências e de esforços entre o Poder Público e a sociedade organizada poderá frustrar-se, ou não alcançar seus objetivos plenos.

No Brasil, na transição em curso, a hora é de construir os alicerces desse diálogo, numa Constituição feita para seres livres.

(8) JOSAPHAT MARINHO. Técnica Constitucional e nova Constituição, in *Rev. de Inf. Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 81, 1984, pp. 141-152.

(9) PIERRE AVRIL. Estudos e Obras cit., p. 20.

Os "direitos sociais" trabalhistas na área constitucional.

No passado, no presente e no futuro

JOSÉ MARTINS CATHARINO

Professor Titular de Direito do Trabalho da Universidade Católica de Salvador. Professor Catedrático de Direito do Trabalho da Universidade Federal da Bahia

1 — Retrospecto

1.1 — Geral

"Foi na fase dos antecedentes propiciatórios e da gestação do direito do trabalho (nº 1.1.1, b) que tiveram início os seus contatos com o direito constitucional, após substituídos por **relações** e, finalmente, por **vinculações inseparáveis**."

Os que viriam a ser chamados **direitos sociais** (constitucionais) tiveram seu embrião na "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", francesa, de 1793, influenciada pela obra de ROUSSEAU, por sua concepção de "Contrato Social", hoje rejuvenescida sob a denominação de "Pacto Social". Realmente, é o que deixa transparecer o art. 21 daquela:

"Os socorros públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência dos cidadãos infelizes, seja proporcionando-lhes trabalho, seja assegurando os meios de subsistir aos que se encontram em estado de não poder trabalhar."

Antes já se iniciara a era constitucional das **liberdades e direitos individuais**.

Do ano de 1776 são o "Edito de Turgot", no tempo de Luís XVI da França, e a Declaração de Direitos, de 12 de junho, emitida em

Escrito especialmente para esta Revista.

Williamsburgh, antes da independência norte-americana e logo após a Declaração de Virgínia.

Implantada a Revolução francesa, a Assembléa Constituinte, por iniciativa de Lafayette, aprova, em 28-8-1789, uma Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que iria ser o preâmbulo da Constituição de 3-14 de setembro de 1791. O próprio Lafayette proclamou que o texto da sua iniciativa era oriundo do **Bill of Rights de Virgínia**.

Essas liberdades e direitos individuais, da era do individualismo proprietarista, tiveram fundamentos jusnaturalistas e racionalistas. Sua consagração constitucional concorreria fundamentalmente para a ascensão da burguesia, do capitalismo e para a Primeira Revolução Industrial, e, por consequência, da chamada Questão Social, a qual, por sua vez, viria causar o reconhecimento dos "direitos sociais".

Além do "Edito de Turgot", também franceses o "Decreto d'Allarde" e a "Lei Chapelier", respectivamente de 2-17 de março e 14-17 de junho de 1791, são exemplos marcantes da era da liberdade meramente formal da pessoa-trabalhadora.

A constitucionalização dos direitos sociais ganhou algum alento com a Constituição francesa de 1848, principalmente com o seu art. 2º, nº 13. Entretanto, é no atual século que eles realmente são implantados, tornam-se extensos e intensos, não mais ficando abaixo dos textos constitucionais.

Dessa constitucionalização ou verticalização dos "direitos sociais" — dos quais os trabalhistas são espécie — são pioneiras: a Constituição de Querétaro (México), a de Weimar (Alemanha) e a soviética. Respectivamente, de 1917, 11-8-1919 e 1918.

Das três, a mais importante é a de Weimar, a primeira após o Tratado de Versalhes, que criou a OIT — Organização Internacional do Trabalho (Parte XIII — Trabalho, Seção I, arts. 387 a 426 e Anexo; Seção II — Princípios Gerais, com o marcante art. 427, contendo "métodos e princípios... de importância especial e urgente", sem exaustão, todos eles trabalhistas).

Inegavelmente, o apontado art. 427 assentou um marco na trajetória de um direito internacional do trabalho, tendente a uniformização substancial.

Com a "universalização" da "Questão Social" também se "universalizou" a consagração constitucional dos "direitos sociais", sem falar na "Declaração Universal de Direitos do Homem", aprovada pela Assembléa Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948, e em muitas internacionais e regionais.

Nesse contexto histórico, de verticalização constitucional, dois documentos ideológicos tiveram — e ainda têm — notável influência: o Manifesto Comunista, de 1848, e a Carta Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, de Leão XIII, e seguintes.

Saliente-se que a **Questão Social** e os **direitos sociais** integram um todo social específico, e que os segundos refletem humanismo jurídico, pois visam proteger a pessoa humana, principalmente a que está trabalhando e a que trabalhou. Foram eles conquistados a duras penas, com oposição do capitalismo proprietarista e explorador, em processo histórico dialético.

Lato sensu, todos os direitos reconhecidos são sociais. “Sociais”, políticos e econômicos. Tudo indica serem irreversíveis esses **direitos sociais**, alguns de difícil convivência com “individuais” que lhes antecederam. O que é da essência do direito, cuja finalidade é tentar efetuar a coexistência pacífica pela conciliação da liberdade de cada um com a segurança de todos.

Pode-se dizer que esses direitos “individuais” e “sociais” nasceram de um jusnaturalismo histórico laico, sendo os segundos, amiúde, conflitantes com os econômicos, puros e em sentido estrito, pois o egoísmo e o interesse individual constituem “virtude econômica”, mas não humana, no sentido mais elevado e amplo da expressão.

1.2 — **Brasil**

A Constituição do Império, de 25-3-1824, no Tít. VII, contendo “garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”, sob nítida influência francesa, aboliu “as corporações de ofícios, seus juizes, escrivães e mestres” e garantiu os socorros públicos” (art. 179, n.ºs 25 e 30). Essa abolição foi, no mínimo, um exagero.

A 1ª Constituição da República, de 24-2-1891, no Tít. IV — Dos Cidadãos Brasileiros, Seção II — Declaração de Direitos, assegurou a licitude de associação e reunião, “sem armas”, e “o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual” (art. 72, §§ 8º e 24). Com a Emenda de 1926, passou a competir privativamente ao Congresso Nacional legislar sobre o trabalho (art. 34, n.º 28).

Com a Segunda República, vitoriosa a Revolução de 1930, surge a Constituição de 16-7-1934, a primeira a consagrar um Tít., o IV, à **Ordem Econômica e Social**, cujo art. 115 merece reprodução:

“A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

Corolário desse condicionamento da economia à justiça, o seu art. 121, contendo uma mera enumeração de direitos trabalhistas. É o que resulta do seu **caput** e do seu § 1º:

“A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país. A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador.”

Portanto, triunfo do neoliberalismo com matiz “social”.

Se, do ponto de vista meramente cronológico, a consagração de “direitos sociais” veio atrasada décadas, do ângulo da realidade nacional não se pode o mesmo afirmar, principalmente quanto ao elenco do art. 121. Na década de 30 foi quando o Brasil iniciou seu ingresso na era da Primeira Revolução Industrial.

No hiato republicano, de 1937 a 1946, durante o mal chamado “Estado Novo”, a Carta então baixada, em 10-11-1937, sintomaticamente, sob o título **Da Ordem Econômica**, iniciado no característico art. 135, previu um elenco de direitos trabalhistas (art. 137) e a Justiça do Trabalho (art. 139), mas atrelou o sindicato ao Estado autoritário (art. 138) e proibiu radicalmente a greve e o **lock-out** (art. 139, última parte).

A disparidade entre os preceitos apontados resultou do regime autoritário-fascista imposto à Nação, do cunho estatal paternalista e do fato de que “os direitos sociais” são produtos da evolução e não desta, dessa ou daquela ideologia políticas. Resultam da própria realidade social e da necessidade da manutenção da ordem.

A Constituição da 3ª República, de 18-9-1946, além de ter incorporado a Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário (arts. 94, 122 e 123); de ter criado o Ministério Público do Trabalho (art. 125); no Tit. IV — “Da Declaração de Direitos”, Cap. II, e regulado os “Direitos e Garantias Individuais” (arts. 141 a 144), abriu o Tit. seguinte — **Da Ordem Econômica e Social** (arts. 145 a 162; principalmente, o 157, com elenco de preceitos trabalhistas, “além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores”, substancialmente igual ao art. 121, § 1º, da Constituição de 1934).

Como a Constituição de 1946 nasceu em clima de euforia democrática, que se seguiu ao período ditatorial instituído em 1937, de cunho paternalista, e porque suas fontes inspiradoras foram substancialmente as mesmas da Constituição de 1934, são oportunas algumas observações comparativas. Ainda mais porque a abertura do processo jurídico democrático, iniciada com o banimento dos AIs., viria a

alargar-se com a soberba campanha das “diretas já”, desaguar e concentrar-se na pessoa do Presidente Tancredo Neves, feito seu símbolo pelo calor popular.

— **Quanto à organização sindical.** A Constituição de 34 assegurava “completa autonomia dos sindicatos” e “a pluralidade sindical” (art. 120). No particular, a Constituição de 46 repetiu a declaração hipócrita da Carta de 37 (art. 138, princípio), de ser “livre a associação profissional ou sindical”, mas deferiu ao legislador ordinário regular “a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo poder público” (art. 159, combinado com o 157, XIII).

Em verdade, quase nada mudou, de 1937 até hoje, porquanto o Congresso, passada a euforia democrática que se seguiu à longa noite de 1937-46, voltou ao seu leito normal, conservador. A legislação ordinária, baixada quando vigente a Carta de 37, continuou fundamentalmente intacta. Com maiores razões, após o novo período de autoritarismo iniciado em 1º-4-64.

— **Quanto à greve.** Proibida pela C-37 — sobre ela silenciou a C-34; a C-46, rompendo radicalmente com o texto da primeira, consagrou “o direito de greve, cujo exercício a lei regulará” (art. 158). Também no particular, o Parlamento mostrou-se conservador, até retrogressivo, não o regulando, até junho de 1964, logo após o golpe vitorioso em abril. A Lei nº 4.330, de 1º-6-1964, foi naturalmente sancionada pelo então todo-poderoso Presidente, precisamente por ser antigreve. Quando o Governo desejou, após a C-67, reforçar seu negativismo, baixou o Decreto-Lei nº 1.632, de 4-8-72.

— **Quanto ao imposto sindical.** Omissa a C-34, a de 46 aproximou-se, sem chegar à identificação, à de 37. Esta (art. 138, no fim) atribuíra ao “sindicato regularmente reconhecido pelo Estado”, além da “representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído”, o direito de impor contribuições — se apenas aos seus associados ou a todos os pertencentes à categoria, assim como em relação aos efeitos do “contrato coletivo do trabalho”, foi questão criada pelo texto do citado art. 138. Certo é que o art. 159, fim, da C-46, limitou-se a conferir à “associação profissional ou sindical o exercício de funções delegadas pelo Poder Público”. Ora, como a CLT, dentre elas, previa a de cobrar o imposto sindical, após denominado “contribuição” (Lei nº 6.386, de 9-12-1976), entendeu-se, apesar de sua inconstitucionalidade, que o mesmo sobrevivera.

— **No que tange à convenção coletiva do trabalho.** O inciso XIII do art. 156 da C-46 repetiu literalmente a letra j do § 1º do art. 121 da C-34, porém mais: ratificou a representação legal sindical na sua celebração (art. 159; ver o art. 138 da C-37).

— Quanto aos direitos individuais trabalhistas mínimos. Do confronto entre o art. 121, da C-34, e o art. 156, da C-46, verifica-se avanço. Eis os principais: ampliação do conceito de salário mínimo, com a adição “e de sua família”; “salário do trabalho noturno superior ao do diurno”; “repouso semanal remunerado” e em feriados; **estabilidade, na empresa ou na exploração rural; “participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar”.**

Quanto aos dois mais importantes avanços, sublinhados, o destino foi diferente.

— **O direito à estabilidade** — o maior trabalhista, impeditivo da despedida — já estava na CLT, mas viria a ser eliminado pela C-64, consagrando a Lei do FGTS. Contudo, surpreendentemente, foi estendido aos empregados agrários, pela Lei nº 5.889, de 8-6-1973, não sujeitos ao regime do FGTS, até hoje, embora previsto (art. 20). Assim afirmamos porque a CLT (art. 7º, b) não estendera esse direito “aos trabalhadores rurais”, e o correspondente Estatuto (Lei nº 4.214, de 2-3-1963) não o consagrara, em última análise, porque o parágrafo do seu art. 97 deferira ao “empregador rural” a opção de “manter a dispensa do trabalhador rural estável ao qual se reconheceu a inexistência de falta grave...” — Por tudo isso, pode ser dito: a Lei nº 5.889, vigente a C-67, regulou o que estava no art. 165, XII, o qual havia sido considerado dependente de lei ordinária. E o fez de maneira ampla, sem se ater à expressão restritiva “na exploração rural”.

Relativamente ao **direito à participação nos lucros**, seu destino foi parecido ao da greve, quanto à sua efetividade, mas com esta diferença: ao regular o segundo, o legislador ordinário quase o eliminou por inteiro, enquanto o primeiro permaneceu jacente, dormindo no papel constitucional.

— **Processo coletivo. Poder conciliador e normativo da Justiça do Trabalho**

O art. 122 da C-34 criou a Justiça do Trabalho, de natureza administrativa, posto que não integrando o Poder Judiciário. “Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social.” Competência, portanto, em relação à matéria legislada, o que nunca deveria ter sido afetado ou subtraído.

O art. 139 da C-37 manteve, substancialmente, o correspondente anterior. Na sua vigência, a legislação ordinária, sob influência da italiana corporativa e — é inegável — pelo pensamento de OLIVEIRA VIANA, manteve a regra sobre competência antes elogiada (ver a CLT, art. 643) e estabeleceu o **poder normativo** da Justiça do Trabalho

(idem, arts. 766, 856 a 875), mantido pelas duas Constituições que se seguiram.

Sua manutenção, apesar da disparidade dos regimes constitucionais de 37 e 46 — o de 67 é semelhante àquele, resultou da própria realidade brasileira, subjacente e sobreposta a determinada ideologia política, à semelhança do que ocorreu com o monossindicalismo, inconfundível com o sindicalismo obrigatório, como definitivamente demonstrado por EVARISTO DE MORAES FILHO.

2 — Na ainda vigente carta de 1967, emendada e remendada

Teoricamente, deveríamos comparar os textos das duas Cartas autoritárias de 1937 e 1967, mas, considerado o que legislativamente ocorreu de abril de 1964 até dezembro de 1979, tal comparação não se justificaria. Os 30 anos que separam as duas e, principalmente, o fato de somente em 1-1-79, pela EC nº 11/78, terem sido “revogados” *ex nunc* “os Atos Institucionais e Complementares”, afastam a propriedade de comparação entre os textos dessas duas Cartas, embora politicamente afins.

De abril de 1964 até 24-1-1967 sofremos as conseqüências de uma ordem positiva sobreposta à estatuída pela C-46, e, de 24-1-1967 a dezembro de 1979, sobreposta à da C-67. Ordem positiva imposta pelo arbítrio, dita *institucional*, paralela e acima da constitucional, baseada em AIs. Tanto que, nos dois períodos, não poderia ter ocorrido questão sobre a *constitucionalidade* de ato legislativo, do Executivo ou do Poder específico, e sim de *institucionalidade*. Se qualquer deles era ou não *institucional*, contrário a AI.

Por tudo isso — difícil até de estrangeiro imaginar — a finalidade deste trabalho, especialmente elaborado para esta Revista, justifica comparação entre a Constituição de 1946 e a Carta ainda vigente.

Ambas mantiveram a tradição iniciada com a C-34, contendo um Título dedicado à *Ordem Econômica e Social*, aberto, respectivamente, com os arts. 145 e 160, com semelhanças entre si.

O primeiro, da C-46, determinava: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da *justiça social*, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano” (*caput*, com um só parágrafo). O segundo, da Carta atual, é menos peremptório e favorável aos “direitos sociais”, sendo este o seu *caput*:

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

Por sua vez, o parágrafo do art. 145 da C-46 não tem correspondente na vigente: “A todos é assegurado trabalho que possibilite

existência digna. O trabalho é **obrigação social**" (art. 59 do Decreto-Lei nº 3.888, de 3-10-1941. Lei das Contravenções Penais: "Vadiagem — Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação lícita...")

A diferença entre os dois dispositivos adelgaça-se pelos incisos do art. 160, contendo os princípios básicos para realização conjunta do "desenvolvimento nacional" (ali, como sinônimo de desenvolvimento econômico) e da **justiça social**, ou seja, de desenvolvimento social, que é humano, ou não é tal.

Realmente, desses princípios deduz-se a **finalidade** de organizar, em um todo nacional, a "ordem econômica" e a "justiça social" (CF-46). Entretanto, não imperativamente — "**deve ser organizada**", e sim programaticamente, pela adoção dos princípios — meios enumerados. Uns **econômicos**, outros **sociais**, considerados articuláveis entre si. Alguns, mistos.

A "liberdade de iniciativa" (leia-se: para impulsionar empresa privada, a "livre empresa", que ainda está longe de ser empresa livre, democrática) e a "repressão ao abuso do poder econômico" etc. são mais econômicos. A "valorização do trabalho como condição da dignidade humana", a "função social da propriedade" e a "expansão das oportunidades de emprego" são mais "sociais". Misto ou sintético, de caráter teleológico e axiológico, o princípio da "harmonia e solidariedade entre as categorias sociais da produção", como a denominação bem revela.

De qualquer maneira, se os dois textos tivessem sido eficazes ou eficientes, a poluição do meio social pelos fatores capitalistas não estaria tão alta e extensa...

Quanto aos direitos trabalhistas, ou sociais específicos (segundo o Prof. A. F. CESARINO JÚNIOR), eis o que nos ocorre, na mesma ordem adotada quando da comparação entre a C-34 e a C-46.

— **Organização sindical.** O art. 166 da atual Carta — o seu caput — é idêntico ao 159, anterior. Entretanto, nos dois parágrafos do primeiro, duas modificações consideráveis:

1ª — Eliminou-se o poder delegado ao sindicato de "impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais", como estava no art. 513, letra e, da CLT, segundo a C-37 (a de 46 nada continha sobre isso; apenas admitiu "o exercício de funções delegadas pelo Poder Público" — art. 159), que restou inconstitucional. Sim, pois o texto em vigor inclui, tão-somente, "entre as funções delegadas, a de arrecadar, na forma da lei, contribuições (ver o art. 217 do Código Tributário Na-

cional, inciso I, devido ao Decreto-Lei nº 27, de 14-11-1966) para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles ("associações profissionais ou sindicais") representadas. "Mudança essa que, a nosso ver, reforça tratar-se de imposto com destinação específica.

2ª — Tornou-se "obrigatório o voto nas eleições sindicais", como o voto popular.

— Quanto à greve. Formalmente, a divergência é flagrante.

O art. 165, XXI, da Carta em vigor, assegura o direito de greve, mas "salvo o disposto no art. 162", que o proíbe "nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei". Tal acentuada redução é encontrada, mais ou menos, na legislação comparada. No nosso direito, nunca houve permissão de greve em serviço público em sentido estrito. A permissão parcial, segundo a distinção entre **atividade essencial** e **atividade secundária**, foi introduzida pelo Decreto-Lei nº 9.070, de 15-3-1946, ainda vigente a C-37. Desprezada pela Lei nº 4.330/64, que até permite greve em serviço estatal industrial, se "o pessoal não receber remuneração fixada por lei ou estiver amparado pela legislação do trabalho" (art. 4º). Baixada a C-67, a restrição voltou mais exacerbada, radical mesmo, pelo Decreto-Lei nº 1.632/78.

— A respeito da convenção coletiva de trabalho, nenhuma alteração (C-46, arts. 157, XIII, e 159; C-67, arts. 165, XIV, e 166, caput; ver, especialmente, o art. 614 da CLT).

— Quanto ao imposto sindical: o § 1º do atual art. 166, ao contrário do 159 da C-46, é expresso: "Entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições..."

— Quanto aos direitos individuais trabalhistas mínimos. Desdobrou-se o inciso anterior sobre salário mínimo: um sobre salário mínimo, individual e familiar, outro, criando o "salário-família" para os "dependentes" do trabalhador.

A proibição de desigualdade de salário foi estendida a por "critério de admissão". Eliminou-se a idade e nacionalidade, como causas de desigualdade, acrescentando-se cor. Proibição essa que é versão trabalhista da garantia individual da igualdade perante a lei, também assegurada no inciso XVII do art. 165, e no parágrafo único do art. 3º da CLT.

Notável novidade, até agora no papel: a integração na vida e no desenvolvimento da empresa, "com participação nos lucros", normalmente, e também "na gestão, segundo for estabelecido em lei". A nosso ver, "excepcionalmente" significa não na gestão de toda e qualquer empresa, da míni ou micro até a gigantesca, mas, apenas, da média para cima, em função do número dos seus empregados.

— Quanto à estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia. No particular, a diferença é extrema, ao ponto máximo da contraditoriedade.

Vírgula à parte, apesar da má redação do dispositivo, geradora de polêmica interpretativa, temos que a estabilidade deixou de ser garantia constitucional. “Estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido”, é instabilidade, ou, como se quiser, “estabilidade imprópria”, porquanto o empregado estável não pode ser despedido. Pode, sim, ser desligado da empresa por resolução judicial, mediante sentença constitutiva negativa.

Por outro lado, a alternativa “ou fundo de garantia equivalente” diz respeito à indenização, e não à estabilidade, o que causou a polêmica histórica sobre a equivalência, eliminada, na Justiça do Trabalho, pela Súmula nº 98 do TST.

— Além da idade mínima para ser empregado, reduzida de 14 para 12 (art. 165, X), sob o argumento de evitar-se o “hiato nocivo” — entre o fim da escolaridade e o início de trabalho remunerado, menção para o seguro-desemprego, previsto no inciso XVI, mas que, apesar da recessão e do alto nível de desemprego, continua no limbo constitucional. Embora previsto e prometido na Exposição de Motivos do Projeto que foi convertido na Lei do FGTS, o que denuncia saberem seus autores que iria provocar excessiva rotatividade da força-trabalho.

— Outra inovação constitucional é a referente aos empregados estatais, servidores não estatutários,

As Constituições e Cartas anteriores foram omissas, e a legislação ordinária tinha as duas excludentes do art. 7º, letras c e d, da CLT; a Lei nº 1.890, de 13-6-1953, cujos artigos 2º e 14 foram declarados inconstitucionais, além de outros, decretos-leis e decretos esparsos.

Generalizou-se a contratação por pessoa jurídica de direito público de empregados celetistas, ou seja, sujeitos à CLT e à legislação do trabalho em geral. Até hoje não veio a “lei especial” prevista no art. 106 da C-67, para disciplinar “o regime jurídico dos servidores admitidos em serviço de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada”.

Quanto aos empregados de “empresa pública” e de “sociedades de economia mista”, o § 2º do art. 170 determina seja aplicada a legislação trabalhista geral, como se fossem “empresas privadas”.

Em se tratando da “União, entidade autárquica ou empresa pública federal”, as causas trabalhistas que as atingirem, como “autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Militar”, estão cometidas à Justiça Federal (art. 125, I). Absurda subtração da competência da Justiça do Trabalho (art. 142), unanimemente repudiada.

— Processo coletivo. Poder conciliador e normativo da Justiça do Trabalho

Como vimos anteriormente, nem a C-34 nem a de 37 consagraram o poder normativo da JT. Viria a fazê-lo a C-46, no art. 123, *caput*, primeira parte, e, em particular, o seu § 2º: “A lei especificará os casos em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer **normas e condições de trabalho**”. Tirante a substituição de “casos” por “hipóteses”, a C-67 repetiu a disposição transcrita (art. 142, § 1º), *mas não mais gerou a controvérsia causada pela C-46, que ficou na história do direito nacional.*

Durante o período de abril de 1964 até bem pouco tempo, o poder normativo da JT sofreu profunda redução, tendo chegado a quase nenhum. Razão principal disso: a política econômica desumanizante que predominou no período, plena ou mitigadamente arrochante, com a finalidade de fortalecer o capitalismo, e fundada no falso pressuposto que uma política de salários altos é fator inflacionário, até o principal. Em outras palavras, que a “justiça social” é obstáculo ao desenvolvimento econômico.

Política essa contrária ao art. 160 da própria C-67, mas impossível de ser considerada inconstitucional, precisamente porque, resultante de “Atos Institucionais” e sua seqüela, não seria sequer possível falar-se em inistitucionalidade (ver o art. 623 da CLT, devido ao Decreto-Lei nº 229, de 28-2-67, baixado sob a invocação do art. 9º do “AI” nº 4, de 7-12-67, e à sombra do inchado conceito de soberania nacional, como tantos outros que se seguiram, mesmo depois da CF-67 — ver os seus arts. 46, V, e 55, I).

3 — No direito constitucional a constituir-se

— **Direitos sociais**, entre aspas, pois todos são tais, em sentido muito amplo, como social é o direito. **Trabalhista**, ou seja, coordenados e conviventes com os chamados individuais, conferidos aos cidadãos. **Sociais**, em sentido estrito, dos trabalhadores, necessariamente *pe-soas humanas. Sociais, não apenas por serem humanos, mas também por serem quantitativamente relevantes na sociedade. Sociais, com conteúdo econômico, já que o trabalho, inseparável da sua humana fonte, é o primeiro e principal fator de produção.*

Direitos sociais esses não extensivos à pessoa jurídica, à qual, desvirtuadamente, vêm sendo conferidos certos “direitos individuais”, como, p. ex., o de impetrar mandado de segurança.

Em termos de direito positivo, todos eles, **individuais e sociais**, atribuídos ou permitidos pelo Estado, mas — o que é fundamental na ordem democrática — contra ele exercitáveis.

Direitos sociais que atestam evolutiva socialização imperativa da ordem, o dito **progresso social**, entendido como manifestação evoluída de humanismo jurídico. Humanismo e socialização não inseparáveis. Humanismo social, pleonasma, ou, pelo menos, redundante, possível de ser coordenado com o desenvolvimento econômico, na dependência do aperfeiçoamento democrático.

Característica dos **direitos sociais trabalhistas** é a sua **universalidade** ou **cosmopolitismo**. Em qualquer espaço nacional, em determinado tempo histórico, sendo iguais suas causas, eles se apresentam de maneira mais ou menos **uniforme**, seja qual for o regime político e a estrutura econômica. **Universalidade** essa contemporânea de uma ordem econômica global que está sendo gerada. A contemporaneidade entre a ação expansiva das empresas apátridas, que entram em choque com as soberanias nacionais, e o novo alento dos direitos do homem, "cidadão do mundo", não resultam coincidência, havendo entre eles nexo de causalidade. A lei "a toda ação corresponde uma reação" é também histórica. Qualquer Constituição moderna, quanto aos **direitos sociais**, tem que se abastecer na "Declaração Universal de Direitos do Homem", aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, justamente por causa da sua **universalidade**.

Quanto aos **trabalhistas**, em particular, haverá de abastecer-se nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho, convertidas ou não em fonte de direito interno. A OIT tem sido, e é, fator importante de **uniformização** do direito do trabalho, apesar do peso das peculiaridades nacionais.

CLÓVIS BEVILAQUA, em imorredoura lição, estabeleceu critérios para aferir se a ordem jurídica evoluiu. Esta se aperfeiçoa quando novos direitos são reconhecidos e quando os que já o foram ganham maior efetividade.

Outra idéia-matriz que deve nortear nossa nova Constituição é a de que o texto constitucional não deve esgotar o elenco dos **direitos sociais**, o que, aliás, já é tradicional (ver o art. 165, **caput**, da Carta ainda vigente). Em palavras corriqueiras: a Constituição deve assegurar um **mínimo de direitos**, ou **direitos mínimos**, e não um **máximo**, ou **direitos máximos**. Sem que isso seja estabelecido, qualquer Constituição sofre envelhecimento precoce. No Brasil — com sua acentuada e acelerada mobilidade social —, a curto prazo.

O processo de expansão e aperfeiçoamento dos direitos constitucionais trabalhistas, como o processo em geral, **exclui, necessariamente, involução preclusa**. No máximo, sofre estagnação.

"Os **direitos sociais** são historicamente adquiridos e invioláveis. O mesmo não pode ser dito dos "direitos individuais" puramente econômicos, atribuídos através de sociedades comerciais ou mercantes.

Menos, ainda, os estendidos a elas próprias, donas de empresas autoritárias — “Bastilhas” do mundo contemporâneo.

Parodiando SAINT-HILAIRE: ou o direito mata a empresa autoritária ou esta mata o Estado de direito, porque ela própria pode assumir o poder estatal. Salvo, é claro, para os tecnólogos jurídicos, humanamente neutros, sem preocupação com a liberdade nem com a igualdade, e sim com fórmulas e meios para legitimar a força.

No Brasil, a população ativa atinge apenas um terço, mais ou menos, da total, ou seja, os trabalhadores é que sustentam os outros dois terços. Bastaria isso, com sobra, para justificar o aumento e a elevação do grau de efetividade dos direitos trabalhistas. E é bom que se diga: não apenas por empatia e solidariedade humana — muito menos por filantropia ou paternalismo, mas também para o fortalecimento de uma economia verdadeiramente democrática, da qual é contrária a eufemística “democratização do capital” das sociedades anônimas “abertas”. Simples forma de captar e cooptar capital em massa, de modo que cada vez mais se fechem a “sete chaves”, com duplicatas em poder de uns poucos. . .

Toda Constituição deve consagrar o que um povo, na sua heterogeneidade individual, de classe e de grupos, espera seja reconhecido e efetivado. De baixo para cima, da base majoritária até a estrutura do Estado, respeitando-se, na medida do possível, o que a minoria pretende — possível maioria futura.

— Tomando-se por base o texto atual, da Carta de 1967, do ponto de vista sistemático, oferecemos umas primeiras sugestões.

No Título **Da Ordem Econômica e Social**, as normas sobre direito de greve e direito sindical deverão ser incluídas entre as **trabalhistas**, que são **individuais** — do cidadão-trabalhador e **coletivas ou associativas**.

O Título deve ser aberto com um artigo, correspondente ao atual 160, mas com outro conteúdo.

Nele deverão ser insertas as seguintes regras fundamentais, após esta declaração-causa: “A ordem nacional, social, política e econômica, tem por fundamento a pessoa humana e por finalidade a melhoria de suas condições de vida. Para tanto, ficam estabelecidas as seguintes normas instrumentais: I — o desenvolvimento econômico deve ser realizado para o progresso social, coordenada e simultaneamente; II — a liberdade de iniciativa econômica deve coexistir com a valorização do trabalho humano, consagrando-se a função social da propriedade e da empresa; III — a inseparabilidade do capital e do trabalho na produção deve ser refletida na lei; IV — qualquer abuso do poder econômico deve ser rigorosamente reprimido, seja qual for seu autor, espécie e grau.”

Artigo correspondente ao atual 165 teria este caput: "Esta Constituição assegura a todos os trabalhadores os direitos e garantias que menciona, além de outros que visem a melhoria de sua condição social", seguindo-se estes incisos:

I — salário mínimo, para satisfação de suas necessidades e de seus dependentes;

II — subsídio familiar, por dependente;

III — proibição de diferença de remuneração e de critério de admissão, por causa de sexo, raça, convicção política, crença religiosa, estado civil e trabalho;

IV — salário por trabalho noturno superior ao diurno;

V — remuneração de descanso e repouso, semanal, em feriados e anuais;

VI — remuneração à gestante e parturiente, sem prejuízo do emprego;

VII — jornada de trabalho normal máxima de oito horas, com descanso intermediário, salvo estritas exceções;

VIII — estabilidade no emprego;

IX — indenização por perda do emprego, às expensas do empregador, garantida por depósito bancário;

X — integração na empresa, com participação na gestão e nos lucros, exceto na pequena empresa;

XI — proibição de mulheres e menores de dezoito anos trabalharem em condições insalubres ou perigosas, e à noite, vedado qualquer trabalho a menores de quatorze anos;

XII — fixação de percentagem de empregados brasileiros em qualquer empresa, inclusive na sua direção;

XIII — segurança e higiene no trabalho;

XIV — previdência social, inclusive seguro contra infortúnio do trabalho, em todas as situações de perda ou redução de capacidade de trabalho e ganho, definitivas ou temporárias; de desemprego e de situação maternal;

— redução de custos para melhor aproveitamento de férias, e em unidades de recuperação e convalescença;

XV — aposentadoria integral para a mulher, aos trinta anos de trabalho; para o professor, após trinta, e para a professora, após vinte e cinco de efetivo exercício docente.

Parágrafo único. Os direitos e garantias mencionados neste artigo, bem como os que forem criados, serão assegurados de acordo com a igualdade perante a lei, vedado

tratamento desigual a empregados, em função da pessoa empregadora, desde que haja relação contratual de emprego.”

— Em dispositivo separado, o **direito de greve**, ontologicamente coletivo, assim: “A participação ativa e passiva em greve é lícita, salvo excesso previsto na lei penal.

“Parágrafo único — Poderá o legislador ordinário diversificar a regulamentação da greve, em função do interesse social.”

— Em outros, a **negociação coletiva, a organização sindical e os direitos correspondentes**.

“Art. — A negociação coletiva é obrigatória.

Parágrafo único — É automático o efeito normativo da convenção e do acordo sindical coletivo.

“Art. — É assegurada a liberdade sindical, do trabalhador e da entidade sindical, salvo atenuações impostas por decisão judicial.

§ 1º — A entidade sindical tem representação da categoria em processo coletivo, nos termos da lei.

§ 2º — É obrigatório o voto em entidade sindical.

§ 3º — Dentro do prazo máximo de... anos, ficará extinta toda e qualquer contribuição sindical contra ou sem a vontade do trabalhador, individual ou coletivamente manifestada, conforme dispuser a lei.”

— Onde couber, **este artigo essencial**:

“Os novos direitos sociais trabalhistas previstos nesta Constituição serão regulados por lei, dentro de... meses.

Parágrafo único — Vencido o prazo, máximo e improrrogável, tornar-se-ão exigíveis mediante contrato, regulamento de empresa, convenção ou acordo sindical normativo, ou, fracassada a regulação voluntária, pela Justiça do Trabalho em processo normativo especial.”

Desde os já distantes anos acadêmicos não aceitamos que uma “Lei Magna”, ou “Carta Magna”, assegure direitos e garantias, segundo deliberação de Assembléia Constituinte, e que os mesmos possam quedar-se ou jazer no papel pela vontade tácita do Poder Legislativo ordinário, como indesejáveis. Isso, juridicamente, é autêntica e grave subversão da ordem democrática, acobertada pela alegada natureza programática de certas disposições constitucionais, embora de direito positivo. Pseudonatureza essa que determina a divisão dos dispositivos constitucionais em auto-aplicáveis e dependentes de regulamentação...

Situação nociva semelhante ocorre no patamar imediatamente inferior. Leis votadas pelo Parlamento, dependentes de regulamentação pelo Executivo, a maioria das vezes em prazo prefixado, não vigoram se este não quiser. Estranho, absoluto e subversivo veto, que, na realidade, demonstra ter o Governo poder superior ao do Parlamento, mesmo em matéria legislativa.

Trata-se de dar solução a um fenômeno negativo generalizado, em todas as nações com Constituições analíticas e retóricas — o que já chamamos de “romantismo constitucional”.

Chegamos à fórmula sugerida, para evitar a superiorização do inferior, não apenas por observação da nossa realidade, mas também inspirados em noções jurídicas fundamentais.

A lei não esgota o direito, nem necessariamente o legitima. Mais que isso, a inflação legislativa — anormalidade sócio-jurídica — e a inércia de textos constitucionais provocam deslegalização e desjuridicização da ordem, e, por conseqüência, sua ilegitimidade. Assim como a inflação provoca erosão e corrosão do valor real da moeda, a legislativa corrói e erode o valor da norma jurídica, que perde positividade e prestígio.

Somente os cegos, ou os que “vêem mas não enxergam”, propositadamente ou não, continuam achando deva ser rígida e geralmente aplicável a regra: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3º, da nossa chamada “Lei de Introdução ao Código Civil”). Apesar da realidade e do erro ou ignorância ser causa de anulação do ato jurídico.

“Menos pior” é não estabelecer norma alguma, do que implantá-la, permissiva ou proibitiva, sabendo-se, de antemão, que poderá não vigorar ou que realmente não vigorará. Ou seja, contrafazer-se norma jurídica. Falsificá-la, sem qualquer utilidade. ALBERT EINS-TEIN, sábio e imune a preconceitos de tecnólogo do direito, que considera o formalismo elemento ontológico normativo, deixou-nos esta lição, que colocamos no frontispício de uma obra nossa:

“Para o prestígio de um Estado e para o de uma lei, nada há mais perigoso do que promulgá-la e não estar em condições de impor seu cumprimento.”

Além do grave problema do descumprimento das leis vigentes, ironicamente denunciado por CAPISTRANO DE ABREU e MONTEIRO LOBATO, devemos eliminar outro, mais grave ainda, o resultante da elaboração de normas constitucionais natimortas.

Está chegando a hora de não repetirmos o grave erro cometido em 1946 (p. ex., com o direito de greve e com a participação nos lucros) e em 1967 (com esta e com a participação na gestão). Esses institutos foram inseridos nos respectivos textos constitucionais e

neles ficaram jazentes, belos-adormecidos, sem lavra pelo legislador ordinário.

Esse fenômeno, tão nocivo à majestade de qualquer Constituição ou Carta (outorgada), explica-se pelo generalizado descumprimento da lei no Brasil.

No momento em que um texto constitucional legítimo é elaborado, o nosso Parlamento, constituído por esmagadora maioria conservadora, que se bate pelo *statu quo ante*, é capaz de aprovar normas socialmente reformadoras. Por várias causas, dentre elas: surto emotivo epidêmico de “democracia social”; pressão popular; fortalecimento eleitoral; pragmatismo e má fé: “nada irá adiantar”.

Na situação sociológica em que se encontra o povo brasileiro, ainda inacabado, com segmentos ainda em estado de “massa”, é imprescindível que os nossos futuros constituintes atuem com empatia, sensibilidade, crença no futuro do Brasil — para o qual estarão legislando, convictos e coerentes com o que todos dizem e poucos seguem: “o homem está em primeiro lugar”.

Esses vazios na composição do nosso povo, ocupados por resíduos de “massa” tutelável, exigem a postura preconizada, de modo que a Constituição seja realmente nova e tenha espontânea e tácita aprovação da esmagadora maioria da gente brasileira. Que não venha a ser mera fotografia de uma realidade já superada, mas uma alavanca para tirá-la do seu estado de inércia, contrário, principalmente, à igualdade jurídica e à evolução.

Que os novos constituintes, ao exercerem o mais alto poder que o povo lhes conferir, não venham a incorrer, outra vez, no erro de aprovarem mais uma “Lei Menor”, aparente e demagogicamente maior, porque inoperante.

— Também não basta que as normas constitucionais de direito material do trabalho vigorem. É imprescindível, ainda, que a nova Constituição altere profundamente a Justiça do Trabalho e alargue a sua competência.

Em primeiro lugar, faz-se necessário, na parte dedicada ao Poder Judiciário, a inserção de um dispositivo semelhante ao que a Emenda Constitucional nº 24 acresceu ao atual art. 176, sobre educação. Que por ele seja fixado um percentual mínimo de receita resultante de impostos, ou da geral, para o Poder Judiciário. Ainda que, para fixação desse percentual, seja levado na devida conta que o Poder Judiciário também produz receita.

Quanto à organização da Justiça do Trabalho, impõem-se as seguintes medidas: 1ª — que seja criado outro órgão (o atual art. 141, § 3º, isso prevê, por lei ordinária); não judicante, de conciliação, exclusivamente, pelo menos tantos quantos forem os Tribunais Regionais do Trabalho, ou, com economia, Comissão Paritária de Concilia-

ção, em cada empresa; 2ª — que seja extinto o vocalato, exceto na primeira instância, considerando-se: a) que a paridade realmente não tem significação judicial, mas que os vogais vêm se constituindo, até agora, pessoal de apoio; b) a considerável diminuição de despesas; c) que, após a criação do cargo de assessor, são raros os juizes leigos que estão exercendo função judicante — um absurdo: juizes com poderes pessoais transferíveis, o que, infelizmente, também vem ocorrendo com togados, até com Presidentes de TRTs, que não julgam o cabimento ou não de recurso de revista; d) que a disputa eleitoral e para nomeação de “juizes classistas” assumiu proporções vergonhosas e criou um tipo privilegiado, graças, inclusive, à “Lei Ari Campista.”

Solução intermediária está proposta por Antônio Alvares da Silva: “ao vogal seria retirada a função judicante, ficando apenas com a função administrativa na gestão para o encaminhamento e realização de acordos” (**Processo do Trabalho Comparado, Processo do Trabalho Alemão — Reforma do Processo do Trabalho Brasileiro**, FD-UFMG, pp. 116-7). Aceita essa solução, haveria órgãos conciliadores, tantos quantos forem as Juntas de Julgamento (ver 1ª, acima).

Respeitante à competência, medidas prementes e fundamentais: 1ª — que seja fixada para conciliar e julgar qualquer dissídio baseado no direito material de trabalho, heterônomo e autônomo, isto é, em razão da matéria, quer se trate ou não de relação de emprego; 2ª — sejam quais forem as pessoas envolvidas, eliminando-se, assim, qualquer competência trabalhista da Justiça Federal, com a qual ninguém está de acordo, exceto quem a inventou, arbitrariamente.

O poder normativo da Justiça do Trabalho deverá ser mantido, mas não como está (art. 142, § 1º).

Trata-se de atribuição constitucional — e não de delegação — ao Poder Judiciário de função atípica, isto é, inerente a outro Poder, o que não é raro, em todas as Constituições republicanas anteriores.

Por isso mesmo, não se justifica a permissão dada ao legislador ordinário para especificar “as hipóteses em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão fixar normas e condições de trabalho”. Cabe, sim, ao legislador constituinte fazê-lo, de acordo com a equidade, para ampliar e tornar mais eficientes os “direitos sociais” trabalhistas mínimos garantidos pela Constituição. e em harmonia com o artigo de abertura do Título sobre a Ordem Econômica e Social: **ditar normas para a melhoria das condições de vida dos trabalhadores.**

Para evitar qualquer alegação de divergência constitucional interna, sugere-se que, no Capítulo “Dos Direitos e Garantias Individuais”, nos parágrafos que correspondem aos atuais 1º a 4º, do art. 153, seja a palavra lei substituída por **norma**, exceto nesta locução, do atual § 1º do art. 153: “Será punido pela lei o preconceito racial”, o que já é previsto na “Lei Afonso Arinos”.

Sugestões para uma Constituinte autêntica

PAULINO JACQUES

Prof. Emérito da Universidade do
Estado do Rio de Janeiro — UERJ

Entendo por Constituição autêntica aquela que consagra em seu texto todas as necessidades, os interesses e as aspirações do povo. Se assim não for, tratar-se-á de edifício constitucional suscetível de aluição, soterrando todo o povo.

Eis por que apresento aos futuros constituintes brasileiros as sugestões que seguem.

I — FEDERAÇÃO PLENA

- a) Maior autonomia plena aos Estados-Membros.
- b) Melhor distribuição tributária.
- c) Governadores eleitos diretamente pelo eleitorado.

II — LEGISLATIVO REFORÇADO

- a) Competência ampliada (audiência prévia do Senado para nomeação dos Ministros de Estado).
- b) Eleição direta para os membros do Legislativo nos âmbitos federal, estadual e municipal.

- c) Restauração plena das imunidades parlamentares, inclusive no âmbito estadual e municipal.
- d) Remuneração condigna dos membros do Congresso Nacional, Assembléias Legislativas estaduais e Câmaras Municipais — suprimidas todas as mordomias.

III — EXECUTIVO FISCALIZADO

- a) Eleições indiretas para Presidente da República, Governadores e Prefeitos.
- b) Audiência prévia do Senado Federal para a nomeação de altos servidores públicos, como também da Assembléia Legislativa nos Estados e Câmara de Vereadores nos Municípios.
- c) Ampliação dos casos de *impeachment* nos âmbitos federal, estadual e municipal.

IV — JUDICIÁRIO DESBUROCRATIZADO

- a) Seleção mais rigorosa no ingresso da Magistratura.
- b) Processo oral na primeira instância judiciária (Juízos e Tribunais, comum, trabalhistas e militares).
- c) Multiplicação dos juizes de causas de pequeno valor.
- d) Remuneração condigna dos magistrados para suprimir as mordomias.
- e) Remuneração condigna de todos os serventuários da Justiça para suprimir as custas processuais.

V — ELEIÇÃO DIRETA E ELEIÇÃO INDIRETA

- a) Ambas são democráticas porque quem elege originariamente é o povo.
- b) Em todos os governos parlamentares, o que vale dizer, em mais de três quartos dos países do mundo atual, o Legislativo é eleito diretamente, mas o Executivo, indiretamente.

- c) Mesmo em alguns países de governo presidencial como os Estados Unidos da América e, atualmente, a Argentina, a eleição do Executivo é indireta, porque realizada em dois graus, eleitores e delegados eleitores.
- d) No Brasil, impõe-se a eleição indireta para o Executivo considerando que o nosso eleitorado é de padrão baixo (às vezes movido por interesse material ou financeiro ou até por simpatia pessoal).
- e) Daí por que não pode ser admitido o voto ao analfabeto, cuja escolha estará eivada dos vícios referidos na alínea anterior.
- f) Democracia não é demagogia, o que vale dizer, não é desordem nem baderna.

VI — RENDAS E LUCROS REDUZIDOS

- a) Participação do patronato (industriais, comerciantes, banqueiros, usineiros e fazendeiros) na base de dois terços do valor em todos os tributos (impostos, taxas e outras contribuições fiscais), cabendo um terço aos trabalhadores em geral (professores, escritores, jornalistas, servidores públicos e empregados na indústria, comércio, bancos, usinas e fazendas).
- b) Supressão dos incentivos fiscais no imposto de renda do patronato e isenção do mesmo imposto para os trabalhadores em geral.
- c) Fiscalização estatal efetiva da escrituração contábil do patronato.
- d) Limitação das rendas e lucros do patronato, para evitar enriquecimento abusivo e ampliar e aprofundar a assistência social aos trabalhadores em geral.
- e) Nacionalizar todas as empresas que prestem serviço público de qualquer natureza, afastando a intromissão das empresas multinacionais.

VII — JOGO DE AZAR E CASSINOS LEGALIZADOS

- a) Legalizar o "jogo do bicho" para prevenir a prevaricação de alguns policiais, destinando parte da respectiva contribuição fiscal à saúde e à educação das crianças.
- b) Legalização dos cassinos para dar emprego a artistas em geral (cantores, bailarinas e apresentadores) e evitar a proliferação de cassinos que funcionam em determinados apartamentos com prejuízo do fisco — taxando convenientemente seus exploradores e os próprios frequentadores, cuja idade não poderá ser inferior a 18 anos.
- c) Destinação da renda fiscal arrecadada à proteção da família, da maternidade e da infância.

VIII — FAMÍLIA PROTEGIDA

- a) Limitação da prole de acordo com a capacidade econômico-financeira do casal, para prevenir filhos desamparados.
- b) Ampla e profunda assistência à maternidade e à infância, especialmente às famílias menos favorecidas.
- c) Regulamentação dos processos preventivos da gestação, com assistência médico-hospitalar gratuita a famílias menos favorecidas.
- d) Legalização do aborto nos casos indicados, como possível morte da mãe, estupro ou escândalo público.
- e) Esterilização da mulher ou do homem quando puderem gerar filhos monstruosos física ou psiquicamente.

IX — PROSTITUIÇÃO FISCALIZADA

- a) Submeter as prostitutas a regime rigoroso de saúde com expedição da respectiva carteira de saúde.
- b) Esterilização obrigatória para evitar proliferação de menores abandonados, futuros marginais.
- c) Vinculação das prostitutas à Previdência Social como contribuintes autônomas.

X — PARTIDOS POLÍTICOS DISCIPLINADOS

- a) Como *universitas idearum*, e não *universitas personarum*, os Partidos Políticos devem ser organizados convenientemente, a fim de que sirvam à comunidade.
- b) Aos seus componentes, que representam fisicamente os Partidos, impõe-se fidelidade às idéias, aos estatutos e aos respectivos programas, sob pena de traição.
- c) Os infiéis devem ser expulsos dos Partidos e, se estiverem no exercício do mandato político, ter declarada sua perda mediante processo regular.

XI — IMPRENSA LIVRE, MAS RESPONSÁVEL

- a) A Imprensa (escrita, falada ou televisionada) — que constitui o quarto Poder do Estado no conceito de EDMOND BURKE, deve ser livre, insuscetível de qualquer censura.
- b) Deve noticiar, informar, esclarecer, preferencialmente, os fatos ou acontecimentos construtivos, úteis à comunidade.
- c) Deve abster-se de noticiar fatos ou acontecimentos destrutivos, como crimes ominosos (assaltos, seqüestros, estupros — todos com morte), para evitar sua repetição, em geral, consequência de sugestões involuntárias.
- d) Ao contrário, impõe-se à Imprensa revelar os verdadeiros valores sociais, abrindo suas páginas, microfones ou vídeos àqueles que, com méritos reais, nas ciências, letras ou artes estejam bem servindo à comunidade.

XII — PREVIDÊNCIA SOCIAL DEMOCRATIZADA

- a) Contribuição do patronato (industriais, banqueiros, fazendeiros e outros) igual a dois terços do coeficiente fixado em lei para dita contribuição, cabendo o terço restante aos empregados.
- b) Participação dos patrões e dos empregados na administração da Previdência Social, através de indicação dos respectivos sindicatos, nos âmbitos federal, estadual e municipal.

- c) Autonomia administrativa e financeira das entidades de Previdência Social, fiscalizadas permanentemente por Conselhos Fiscais e, anualmente, pelos competentes Tribunais de Contas.
- d) Colegiados compostos de três membros, sendo um nomeado pelo Governo e dois indicados pelos sindicatos de patrões e de empregados, nos âmbitos federal, estadual e municipal.

XIII — SINDICATO LIVRE, PORÉM FISCALIZADO

- a) Autonomia administrativa e financeira dos sindicatos de patrões e de empregados nos âmbitos federal, estadual e municipal, sob fiscalização própria e também estatal.
- b) Eleições diretas das respectivas diretorias de Conselhos Fiscais, sob supervisão estatal.

XIV — REFORMA AGRÁRIA AMPLA E PROFUNDA

- a) Distribuição de pequenas áreas de terras rurais ou mesmo urbanas, a quem delas necessitar para sobrevivência própria e de sua família.
- b) Distribuição de sementes e instrumentos de trabalhos para plantio e colheita, sob orientação técnica estatal.
- c) Assistência médico-hospitalar e educacional aos ocupantes das terras distribuídas e a seus familiares.
- d) Expropriação de terras abandonadas e não cultivadas, nas zonas rurais, e mesmo nas cidades a fim de serem distribuídas a quem delas necessitar.
- e) Respeito às terras pertencentes aos índios, fornecendo-lhes todos os meios adequados ao seu cultivo e valorização.

XV — SEGURANÇA NACIONAL REFORÇADA

- a) O Estado existe, antes e acima de tudo, para garantir a segurança da Nação.
- b) As forças armadas, tendo por missão precípua “a defesa da Pátria e a garantia dos Poderes constituídos, da lei e

da ordem”, mantêm a segurança da Nação, como órgãos integrantes do Estado.

- c) Ao Governo, conseqüentemente, cabe fornecer todos os meios necessários à manutenção da segurança nacional.
- d) Entre esses meios avulta o controle dos Municípios fronteireros aos Estados vizinhos, nomeando-lhes os respectivos Prefeitos, delegados imediatos de sua confiança.
- e) Pelas mesmas razões, a nomeação dos Prefeitos das estâncias hidrominerais que, como fontes de energia, integram a segurança nacional.
- f) Também os Prefeitos de quaisquer outros Municípios onde haja meios ou instrumentos à disposição das forças armadas.
- g) Iguamente nomeados os Governadores ou Prefeitos do Distrito Federal e das Capitais dos Estados-Membros, a fim de prevenir possíveis agitações políticas com perturbações da ordem e da segurança, em decorrência das eleições populares dessas autoridades.

XVI — EMIGRAÇÃO INTERESTADUAL CONTROLADA

- a) O êxodo das populações nordestinas, fugindo das secas ou das inundações, que as martirizam, deve ser controlado.
- b) Realmente, essas populações abandonadas pelos Governos dirigem-se para os grandes centros do Sul do País, onde, em geral, não ocorrem essas catástrofes.
- c) Daí as grandes aglomerações de emigrantes nacionais, que nem sempre conseguem trabalho, assistência médica e educação adequados, permanecendo dispersos, em regiões diversas, como verdadeiros párias sem qualquer orientação governamental.
- d) É óbvio que tamanhas calamidades não aconteceriam, se o Governo levasse os recursos econômicos-sociais necessários para essas regiões, amparando, convenientemente, os seus habitantes.

- e) Também, essas calamidades periódicas, causadas pela própria natureza regional, talvez pudessem ser amenizadas, senão suprimidas, através do desvio do curso de alguns rios, que levariam água para zonas secas e não inundariam as circunvizinhas.
- f) Certamente, não faltariam recursos financeiros e técnicos para tão patriótico empreendimento — com a redução adequada das rendas e lucros — e com a utilização dos braços dos criminosos recuperáveis, convenientemente reeducados para tais atividades.

XVII — PENA DE MORTE E COLÔNIAS CORRECIONAIS

- a) Como venho demonstrando em estudos publicados em revistas especializadas, inclusive nesta respeitável *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal —, a pena de morte para os criminosos irrecuperáveis é perfeitamente legítima, de acordo com o direito, a moral e a religião.
- b) Para os criminosos recuperáveis impõe-se a transferência dos presídios nas cidades, onde só consomem e nada de útil produzem, para colônias correccionais também chamadas penitenciárias agrícolas e pastoris, onde trabalhariam para si mesmos, suas famílias e para a comunidade em geral.
- c) Nos presídios das cidades permaneceriam apenas os criminosos que aguardassem julgamento, que são os verdadeiros detentos, prevenindo-se rebeliões, fugas e outras desordens que constantemente ameaçam a comunidade pacífica e ordeira.

BIBLIOGRAFIA

- JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 2.^a ed., Rio, Forense.
- *A Constituição Explicada*. 5.^a ed., Rio, Forense.
- *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. 4.^a ed., Rio, Forense.
- *Do Conceito do Direito (Essência e Existência)*. 2.^a ed., Rio, Forense.

Sugestões para a Constituinte

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA
Professor Titular da UERJ

1. *Proibições de alistamento eleitoral*
2. *Direitos políticos e condenação criminal*
3. *O Ombudsman*
4. *A democracia — Dever*
5. *Autonomia política do Poder Judiciário e composição do Supremo Tribunal Federal*
6. *Constituição e meio ambiente*

Proibição de alistamento merece considerações particulares, não nos impressionando a restrição de HENRIQUE COELHO sobre a capacidade eleitoral dos menores, propondo que um representante exerça, por eles, o direito de sufrágio (a inalistabilidade dos analfabetos foi contornada de forma tímida pela Emenda Constitucional nº 25, como abaixo se dirá melhor): o das praças de pré, sendo certo que os inalistáveis são inelegíveis, de acordo com o art. 150 da Constituição, que especifica os casos de inelegibilidade absoluta e relativa, consoante a classificação de NIZARD, ou seja, *verbi gratia*, dos inalistáveis ou dos que não tenham domicílio eleitoral.

A lei militar do Império alemão (art. 119) proibia o voto dos membros efetivos das forças armadas, como o faz a Constituição do Peru (art. 67), permitido pela Constituição soviética (*participam das eleições, como os outros cidadãos, dilucida V. КОТОК*).

A Constituição de 1824 não excluía as praças de pré. Foi a Lei de 1846, de duvidosa constitucionalidade, que as privou dos direitos políticos. A República abriu exceção aos alunos das escolas militares de ensino superior, como dissemos em outro estudo, *por influência positivista, como preito "aos moços que foram o braço fortíssimo" da proclamação do novo regime, como consta dos Anais da Constituinte.*

Diz-se que a disciplina militar sofreria com o alistamento das praças de pré, mas cremos que é preciso estimular o soldado-cidadão, politi-

zado bastante para levar a sua contribuição cívica à Nação, sem qualquer coação de superiores hierárquicos. Nem o Exército é Partido Político, ou grupo de pressão, nem os quartéis são lugares para manobras políticas. Defendemos, pois, para as praças de pré (soldados e cabos) o direito de votar, como produto de um amadurecimento conscienciológico e político, apesar de reconhecermos a complexidade da questão. DOMINGOS VELASCO estranhava que as mulheres desses militares pudessem votar e eles não.

Relatório da UNESCO define o alfabetizado como a pessoa que sabe ler com compreensão e escrever uma narrativa simples e curta sobre a vida cotidiana, o que evita a fraude da memorização do nome e de palavras e de sua reprodução mecânica, como sucede, muitas vezes, entre nós. O saber ler e redigir, com entendimento, é o que caracteriza o alfabetizado, mas esse desconhecimento, em tese, não é razão para que se negue o voto ao analfabeto, pois, hodiernamente, os dados informativos podem ser ministrados pelo rádio, pela televisão, pelo cinema, por exposições e conferências, sendo inverídico afirmar-se que um indivíduo, só por ser analfabeto, não tem senso, discernimento, personalidade e patriotismo. "La política no es cuestión de saber, sino de querer" (OSORIO Y GALLARDO).

OLIVEIRA VIANA pondera muito bem que "o analfabeto tem muito pouco a ver com a capacidade política de um povo".

CARLOS MAGNO, sabe-se, ilustrou-se, já como imperador, e Duguesclin, que não sabia ler, chegou a Condestável de França.

"Na Idade Média", informa IVAN LINS, no livro que a ela dedicou, "se fazia perfeitamente a diferença entre a instrução e os dotes intrínsecos de retidão, critério, sagacidade, e mesmo coerência, qualidades independentes de qualquer instrução, resultando o seu cultivo muito mais da vida prática que de qualquer aprendizado teórico".

Em 1822, permitiu-se, expressamente, o voto dos analfabetos e embora a Constituição monárquica silenciasse a respeito (art. 179, parágrafo XIV: "todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos e militares sem outra diferença que não seja a dos seus talentos e virtudes"), a sua omissão, na verdade, significa autorização, descabendo razão àqueles que julgavam na consagração do censo uma condenação implícita dos analfabetos, que poderiam, aliás, ter capacidade econômica, mas é verdade que, no segundo grau de votação, de acordo com o sistema então usado, os eleitores eram alfabetizados. Na primeira constituinte republicana, os positivistas lutaram pelo voto do analfabeto, congruente com sua doutrina.

Foi a República, em nome do liberalismo, que impediu seu alistamento, embora a Lei nº 35/1892 resguardasse o direito dos que vinham do alistamento imperial.

Os ex-inalistáveis de que tratamos, além de contribuírem para a vida econômica do Estado, participavam indiretamente da vida política, pois eram computados como habitantes, para a fixação do número de deputados, servindo para uma coisa e não servindo para a outra.

Há no Brasil, com efeito, dissociação entre poder e sociedade, tendo JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES acentuado que “nenhuma minoria se mostrou, em toda a América Latina, tão irresponsável como a nossa em oferecer ao povo a oportunidade ampla e nacional de aprender por meios educativos” e J. J. FONSECA PASSOS denunciado o descumprimento, por parte do Estado, de preceito constitucional.

A lógica do regime mandava que o voto fosse estendido ao analfabeto, asseverava VITOR NUNES LEAL. Assim pensa KARL DEUTSCH.

Pró — totalmente ou com restrições — (SPENCER, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, JOÃO ARRUDA, J. A. CARNEIRO MALA, SEABRA FAGUNDES, HOMERO PINHO, M. G. FERREIRA FILHO, ATALIBA NOGUEIRA, GOMES NETO, JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, DÁCIO ARRUDA CAMPOS, CÉSAR COUTINHO DE OLIVEIRA) e contra (STUART MILL, JOÃO BARBALHO, RUI BARBOSA, ASSIS BRASIL, GONZÁLEZ CALDERÓN, CARLOS MAXIMILIANO, SAMPAIO DÓRIA, EDGAR COSTA, LEVI CARNEIRO, IVANI AMORIM ARAUJO, ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA, MACHADO PAUPÉRIO, ROSAH RUSSOMANO, ISMAEL GONZÁLEZ, THOMAZ LEONARDOS, FERNANDO CARLOS FERNANDES), podem ser arrolados dezenas de autores interessados por essa apaixonante questão.

Sempre defendemos o voto do analfabeto (e, em decorrência, a diminuição da maioria eleitoral do alfabetizado para 16 anos, a exemplo da maioria penal de alguns países), inicialmente, em eleições municipais, para as quais está ele melhor preparado. Em muitos países, entretanto, não há qualquer restrição (Itália, Índia, Guatemala, Bulgária, México, Venezuela, Canadá, URSS, com exceção dos débeis e dos sem direitos, e Inglaterra — nessa só não votam delinquentes, débeis mentais, pares do Reino e eclesiásticos — entre eles, bem como algumas unidades federativas dos Estados Unidos). O Equador (art. 33 da Constituição) consagra o voto obrigatório para os que sabem ler e escrever e facultativo para os que não sabem. A rigor, o analfabeto só não vota no Chile (a Constituição de 1980, art. 13, teoricamente, alterou esse critério), no Peru e nas Filipinas.

Há quatro sistemas que permitem o voto dele: o da ajuda, que permite o auxílio de pessoas, por ele escolhidas (Alemanha e URSS), o de cores (México), o de emblemas, imagens ou símbolos (Nigéria) e o da combinação de sistemas (Índia), que preferimos. É verdade que a Emenda nº 25, dando nova redação ao art. 147, § 3º, da CF, exchiu, entre nós, os analfabetos da proibição de alistamento, mas, considerando-os ilegíveis, equiparou-os aos inalistáveis, o que é inadmissível, reconhecendo-lhes direitos políticos pela metade.

Não preconizamos a aceleração do jogo evolutivo sócio-político, mas sim que não se lhe anteponham barreiras a serviço de uma superada perspectiva e de um individualismo já desprestigiado, mesmo porque os instrumentos perduráveis estarão acima das contingências históricas e a realidade democrática acabará impondo-se à legislação eleitoral e à força das circunstâncias.

A Constituição federal (art. 149, § 2º, c) declara que a perda ou a suspensão dos direitos políticos dar-se-á por decisão judicial, por motivo de condenação criminal, enquanto durarem seus efeitos e, apesar de, numa interpretação liberal, ter-se entendido que o *sursis* e o livramento condicional não suspendem os direitos políticos pelo fato de não existir a lei complementar mencionada no § 3º do art. 149, que deverá dispor sobre a especificação dos direitos políticos, o gozo, o exercício, a perda ou suspensão de todos ou de qualquer deles e os casos e as condições de sua requalificação, a nova Constituição deverá permitir o voto dos condenados criminalmente, por infrações a que não se comine, de qualquer forma, pena de reclusão, pela escassa periculosidade que apresentam.

O art. 45 da Constituição federal registra:

“A lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da Administração Indireta.”

O diploma a que se refere o texto, obviamente ordinário, foi promulgado em 19 de dezembro de 1984 (Lei nº 7.295) que instituiu, em seu art. 3º, duas Comissões Permanentes, uma na Câmara e outra no Senado, ambas denominadas “Comissão de Fiscalização e Controle”.

Com isso perdeu-se, na esteira da Constituição boliviana (art. 83, 2º), a oportunidade de criar, entre nós, a figura do *Ombudsman*, originária da Constituição sueca de 1809 (arts. 96-100 do “Instrument of Government”), mas cujas raízes se encontram no reinado de Carlos XII, apresentando afinidades com os comissários do Legislativo, na experiência revolucionária francesa.

O *Ombudsman* é, por essência, um mandatário do Poder Legislativo, destinado a fiscalizar a administração que, em geral, é uma atividade do Poder Executivo, o qual seria suspeito para investigar os próprios atos, tendo o ilustre DIVERGER criticado o sistema francês, exatamente por esse motivo.

O Comissário Parlamentar, ou corregedor da Administração, sem quebra do princípio da separação dos poderes, deveria fiscalizar, sem distinção, o funcionamento das funções do Estado e o seu fiscal seria, precipuamente, o Congresso.

Sua principal tarefa, aplicável, *mutatis mutandis*, às empresas privadas e até aos conventos, como se tem verificado, é, segundo BERNARD FRANK, receber “complaints from aggrieved persons and thus has as its basic purpose the protection of the human rights of the Citizen”.

Os sistemas, nos diversos países, variam, mas deveríamos ter, no plano federal, de três a quatro *Ombudsman*, um exclusivo das Forças Armadas, e um em cada unidade federativa, todos com ampla liberdade de ação democrática e, não tolhidos, como na Inglaterra e na França, em que suas petições só podem ser encaminhadas por um parlamentar (no Brasil nunca tivemos o *Ombudsman*; o Ouvidor era simples magistrado judicial, que os donatários trouxeram, ou órgão julgador de 2ª instância, nas Relações). A alegação de que o Comissário Parlamentar só pode ser instituído em Estados de grande equilíbrio institucional não procede porque ele contribuirá para a evolução desse equilíbrio.

A nova Constituição deve estar aparelhada para garantir a estabilidade das instituições, não devendo ser, como a de 1946, um mero desabafo, embora grandioso, contra o sombrio período que a precedeu. Por essa razão, deve ser um produto da nossa realidade sócio-político-econômica, fruto de nossa problemática histórica e das soluções que ela impõe, acabando com o perigoso antagonismo do *país real* e do *país legal*, atenuando a bipolaridade de um direito público costumeiro e de um direito público escrito e extinguindo a constituição nominal, sem embasamento fático.

Preparar o constituinte e a classe política é tão importante quanto preparar a Assembléia Constituinte para que os mesmos erros do passado não sejam repetidos. A nova Constituição deve ser o resultado de um orgânico, responsável, cívico e lúcido pacto social, em que a democracia-dever tenha tanto ou maior relevo quanto a democracia-direito, coisa de que ainda não nos conscientizamos. Deveríamos adotar o ensinamento de duas importantes Constituições: a do Japão (art. 12) e a da Iugoslávia (art. 153). Diz a primeira: "A liberdade e os direitos garantidos ao povo por esta Constituição serão mantidos pelo esforço constante do povo, o qual se absterá de qualquer abuso dessas liberdades e direitos e sempre se responsabilizará pela utilização dos mesmos em prol do bem público". Reza a segunda: "As liberdades e os direitos do homem e do cidadão determinados pela presente Constituição são exercidos na solidariedade dos homens, cada um assumindo seus deveres e suas responsabilidades para com todos e todos para com cada um".

Esses dois excelentes Códigos políticos, incorporando o povo, de forma visceral, na vida pública, fá-lo responsável pela própria liberdade, na qual está contida toda a ciência política, segundo ESTRADA, e pelos próprios direitos, despertando-lhe um sentido comunitário, indispensável à vida democrática, incompatível com quaisquer individualismos. A substância de um Estado democrático deve ser uma nação efetivamente democrática.

THEO STAMMEN deixa claro que "a liberdade deve ser, principalmente, a decisiva participação do cidadão, nas diversas dimensões da vida política" e é esse engajamento que o faz zelar por suas inalienáveis prerrogativas, mesmo porque, como escreveu, magistralmente, JOHN

P. CURRAN (1790), a condição da liberdade "é a eterna vigilância", e uma contínua educação, na expressão de ALBERDI, em sua *Bases*.

Observou MONTESQUIEU: "il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice".

O pensamento acima do autor de *De l'Esprit des Loix* tem um alcance maior do que geralmente lhe atribuem, mesmo levando-se em consideração seu princípio de que "le pouvoir arrête le pouvoir", que se reflete no sistema de "checks and balances" e na tese de que os poderes são independentes e harmônicos (Constituição federal, art. 6º).

A Constituição brasileira, em seu art. 144, registra que os Estados organizarão a sua Justiça, observados os arts. 113 e 117, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional e os dispositivos que arrola.

São as Constituições estaduais que estabelecem competir ao Tribunal de Justiça indicar ao Governador os nomes dos Juizes para nomeação, promoção, remoção e disponibilidade (exceto com relação a essas duas últimas hipóteses, quando houver motivo de interesse público, circunstância em que a competência será da própria Corte) e daqueles para comporem o quinto dos Tribunais, como advogados ou membros do Ministério Público.

A Lei Orgânica da Magistratura, ao tratar da magistratura de carreira dos Estados, diz que ao provimento inicial e à promoção por merecimento precederá a remoção e que essa se fará mediante escolha do Poder Executivo (art. 81, § 1º).

Vai daí que, sem ferir o supra-referido art. 6º da Constituição, as Cartas dos Estados podem conceder maior autonomia política ao Poder Judiciário para tratar de assuntos que lhe são específicos, podendo-se mesmo questionar a constitucionalidade do acima citado art. 81, § 1º, da LOMN, em face dos poderes residuais, consagrados no art. 13, § 1º, da CF, pelo qual aos Estados são conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por ela.

A independência do Poder Judiciário, a que alude MONTESQUIEU, envolve mesmo a da sua dinâmica interior, *ratione muneris*, pela natureza de suas atribuições.

Não há democracia sem uma Justiça forte, auto-suficiente financeira e politicamente, respeitada e prestigiada.

Como escreveu o ilustre GONZÁLEZ CALDERÓN (*No Hay Justicia Sin Libertad*, p. 124), "no puede subsistir un Poder Judicial al dado de la dictadura. Debe haber tan solo un poder per-judicial, sumiso y obediente sin reparo alguno al régimen imperante".

Não há dúvida de que o concurso público ainda é o melhor critério de seleção de valores para a magistratura.

Rejeitamos os da eleição, do sorteio e da simples nomeação, embora na União Soviética (art. 79 da Lei de Organização Judiciária), ora pelo povo, ora pelos *soviets*, em unidades federativas dos Estados Unidos, pelo voto popular ou pelo Legislativo, na Hungria (art. 39 da Constituição) e na Suíça, segundo CHERBULEZ, magistrados sejam eleitos como os havia na Comuna de Paris.

Afirmou CARRARA que justiça e política não são irmãs.

Nos Estados Unidos, principalmente, a eleição de Juizes tem tido comprometedoras conseqüências, chegando a afetar a imparcialidade de muitos deles.

Como informa, por exemplo, MACK BARHAM, em trabalho sobre *La Cour Suprême de Lousiana*, todos os ministros desse Tribunal são membros do Partido Democrata. Observou bem GARGIULO: "Il magistrato eletto scorgerebbe nella parte degli elettori amici o nemici e quella di esse che non fu su elletore non avrebbe in lui alcuna fiducia."

Teoricamente, seria desejável que o povo, como o faz com o Legislativo e o Executivo, elegeisse, também, os membros do Judiciário.

Todavia, em nenhum lugar do mundo, ao que parece, atingiu ele um grau de politização e de discernimento, que lhe permitisse participar, da forma apontada, na estruturação do poder, que deve exercer a jurisdição, através do culto do direito e da aplicação da lei.

Os sistemas de sorteio e de mera nomeação, sem maiores exigências, só podem atuar em superior estágio de cultura e de civismo, que evitem o ingresso de ineptos na função judicante.

Advogamos que, após o concurso de provas e títulos, ao Judiciário deveria caber a nomeação, a promoção, a remoção e a aposentadoria de seus membros como, *grosso modo*, na Guatemala (art. 251 da Constituição), em Portugal (art. 223, 2 da Constituição, onde, como na Argentina, na Romênia, no Panamá — art. 192 da Constituição — e na Hungria, são obrigatórios os assentos da alta Corte), no Equador (art. 86 da Constituição), na Nicarágua e na Costa Rica.

É curioso notar que, na Bolívia (art. 127 da Constituição), é a Corte Suprema quem designa certos Juizes, expedindo, o seu Presidente, os títulos respectivos e, no Afeganistão, a Corte Suprema é competente para tudo o que se referir às transferências, promoções e aposentadorias dos magistrados, convindo lembrar que todos esses países são Estados unitários, dúvidas não havendo de que os Estados federais oferecem, sob esse aspecto, maiores dificuldades.

Embora estejamos nos atendo, no caso brasileiro, mais à esfera estadual, dada a teoria dos poderes remanescentes, como já se explicou, seria desejável, também, que, no plano federal, o Supremo Tribunal, *que deveria ter um mínimo de cinco Juizes de carreira*, pudesse, igualmente, nomear

e aposentar seus próprios membros, fazendo o mesmo com seus Ministros e com os Juizes que lhe são subordinados, pela competência funcional, o Tribunal Federal de Recursos, o Superior Tribunal Militar, o Tribunal Superior do Trabalho e, *mutatis mutandis*, o Tribunal Superior Eleitoral, em razão das peculiaridades da Justiça que tutela.

A autonomia financeira do Poder Judiciário deve implicar, corajosamente, numa autonomia política dele, que liberte a magistratura de vitan-das injunções, da pressão de interesses subalternos e dê aos Juizes a segu-rança necessária para o desempenho de sua árdua e nobilitante função de, como ressaltou ANDRÉ MALHAUX, transformar o direito em Justiça, sintonizando a rigidez da lei com a insondável complexidade da vida.

Quando MONTESQUIEU observou que "as leis devem ser de tal maneira adequadas ao povo para o qual são feitas, que é um verdadeiro acaso que as de uma nação possam convir a outra", estabeleceu um princípio de ecologia político-jurídica que recolhera dos antigos e que, posteriormente, seria objeto de análise de sociólogos e teóricos do Estado. Vale dizer que uma Constituição deve ser, ao mesmo tempo, a consequência e a protetora do ambiente social que, por outro lado, reflete os influxos do meio físico e étnico, cuja importância sobre os modos de produção, o próprio MARX reconheceu.

Por essas razões, as leis devem cuidar da proteção das causas últi-mas que as motivam.

Poucas Constituições, como a da República Federal da Alemanha, têm dispositivos tão inequívocos, a respeito da questão que ora tratamos.

Diz essa importante Lei Fundamental (art. 75) que a Federação tem o direito de determinar normas gerais (o que não exclui, por conseguinte, a competência dos Estados), em matéria de caça, de proteção da nature-za e de estética da paisagem.

A Constituição suíça (art. 24) dá à Confederação o poder de fisca-lizar "la police des endiguements et des forêts", concorrendo para a cor-reção do represamento das correntes, assim como para a rearborização das regiões onde elas nascem, decretando medidas necessárias para assegurar a conservação dessas obras e das florestas existentes.

A Carta Magna da Bolívia (art. 170) deixa claro que "el Estado regulará el régimen de explotación de los recursos naturales renovables precautelando su conservación e incremento", fazendo com que toda pes-soa tenha o dever fundamental de resguardar e proteger os bens e inte-resses da coletividade (arts. 8, h, e 137).

O Código Político Brasileiro (art. 8º, XVII, h e i), sem atentar, como seria de desejar, para o tema, diz que à União compete legislar, também, sobre jazidas, minas e outros recursos minerais; metalurgia; florestas, caça e pesca e águas, advertindo, no art. 180, parágrafo único, que ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais

de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.

O Código Penal (arts. 270/271) trata, ainda, de envenenamento de água potável ou de corrupção ou poluição desse líquido, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para o consumo ou nociva à saúde.

O Código Florestal (Lei nº 4.771/65) e a Proteção à Fauna (Lei nº 5.197/67) protegem genericamente a natureza, mas é preciso que todos tomemos consciência de nossa indisfarçável responsabilidade nesse assunto, dispondo-nos a lutar contra os ecocídios que ocorrem, mormente por agrotóxicos, os quais não só destroem a fauna e a flora, como causam gravíssimos danos à população. A escritora MARTA ANTIERO, autora do marcante romance *A Rede*, de aguda análise psicológica, foi absurda vítima deles.

A Constituição terá que encarar com maior amplitude e rigor a proteção do meio ambiente e despertar no povo, impregnado pela democracia-dever, a necessidade de zelar por ele, tutelando os chamados interesses difusos, problema que tem chamado a atenção de juristas como, por exemplo, BARBOSA MOREIRA e ADA GRINOVER, entre nós, e MAURO CAPPELETTI, na Itália.

Tais interesses, sobre os quais ainda não há muito nada se falava, decorrem dos direitos humanos, fundamentam-se na problemática social e envolvem uma extensa gama de fatos, entre eles a poluição, produto da sociedade industrial, que pode ameaçar a vida coletiva. Não são totalmente privados, nem integralmente públicos e se denominam difusos, "porque não têm um proprietário, um titular", no opinar de CAPPELETTI ("Tutela dos Interesses Difusos", in *Ajuris*, nº 33), que reclama, para eles, uma legislação protetora, substancialmente nova.

Deve-se pleitear a criação de um organismo administrativo especialmente preocupado com as agressões ao ambiente e, assim como, na Escandinávia, existe o *Ombudsman* dos consumidores, colegiado eclético, pode-se cogitar num *Ombudsman* do meio ambiente, composto de juristas, botânicos, zoólogos, geólogos e antropólogos, sem prejuízo da existência de associações voltadas a esse assunto e que poderão atuar na defesa de seus objetivos, em qualquer esfera.

CAPPELETTI lembra que, na Dinamarca, existe a Associação para a conservação da natureza, oficialmente reconhecida, legalmente autorizada, para agir em Juízo, em nome dos interessados na proteção do meio ambiente, em legítima "ação coletiva".

No Brasil, a defesa dos interesses difusos pode ser feita pela ação popular (art. 153, § 31 da Constituição federal), raramente utilizada pelo cidadão (a pessoa jurídica não a pode usar), por absoluta falta de esclarecimento, ignorando mesmo que, por agir *pro populo*, não paga honorários advocatícios, se vencido. Tal ação, regulada, ainda, pelas Leis nºs 4.717/65 e 6.515/77 e que, apesar de suas raízes romanas, eclodiu como

uma conquista do pensamento liberal (leis belga, de 1836, e francesa, de 1837), pode ser proposta para anular atos lesivos ao patrimônio (tem significado amplo, abrangendo não só bens materiais como culturais) público.

O autor popular é movido, teoricamente, por acendrado patriotismo, em sua cruzada pelos interesses difusos. Se, efetivamente, o ato da auto-ridade "alveja uma coletividade, mas não se concentra concretamente numa só pessoa ou grupo de pessoas, caso é de ação popular e não de mandado de segurança", como nota OTHON SIMOU (*As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos*, 2ª ed., p. 428).

A Associação dos Magistrados Brasileiros elaborou, em iniciativa que é de ser louvada, um projeto de lei instituindo a ação penal popular, permitindo que qualquer cidadão represente aos órgãos competentes do Ministério Público solicitando providências, no sentido de apuração de responsabilidade criminal de quem tenha praticado ilícito penal, em detrimento, direto ou indireto, entre outras coisas, do patrimônio do Estado.

Na justificativa se enfatiza que a nova ação "valerá, quando mais não seja, como advertência e manifestação de repulsa por parte da dignidade humana rebelada ante o desrespeito votado à coisa pública".

A proteção ao meio ambiente não é, pois, unicamente, tarefa do Estado que para ela deve se aparelhar, como se constata por estas notas, mas de qualquer pessoa, impulsionada pelo civismo, capaz de proclamar os inalienáveis interesses de todos diante da autoridade.

Com razão salientou GOETHE, esse admirável "gênio paterno", na feliz expressão de KARL WEISSMANN, que "só merece a liberdade e a vida quem a conquista dia a dia".

Conclusões

1) Em uma nova Constituição, ou através de emenda à presente, deve ser admitido o alistamento eleitoral de praças de pré. Os analfabetos, inicialmente, deveriam votar em eleições municipais, concorrendo a cargos nesses pleitos e a maioria eleitoral pode ser estabelecida em 16 (dezeses) anos.

2) Deve ser admitido, de forma expressa, o voto dos condenados criminalmente, por infrações não sujeitas à pena de reclusão.

3) O cargo de *Ombudsman* precisa ser criado e a democracia-dever impõe-se.

4) A autonomia política do Poder Judiciário é necessária, e o Supremo Tribunal Federal deve ter um número mínimo de Juizes de carreira.

5) A Constituição deve voltar-se decisivamente para a problemática do meio ambiente.

Variações em torno da reforma constitucional

PAULO DE FIGUEIREDO

Ex-Consultor-Geral, Ex-Secretário-Geral da Presidência e Ex-Diretor da Assessoria Legislativa do Senado Federal — Ex-Professor da Faculdade de Direito do Estado de Goiás e da Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro — Ex-Assessor Parlamentar da Presidência da República — Ex-Presidente do Conselho Administrativo do Estado de Goiás — Ex-Promotor Público e Ex-Advogado do Estado em Goiás — Membro da Academia de Letras e Artes do Piauí

SUMARIO

I — *Preliminares*: Como será a Assembléa Nacional Constituinte? Os liberalões saíram dos túmulos — Perigo de retorno à Velha República anterior a 1930 — Expectativa de uma plutocracia. II — *Regime Unitário*: O sistema federativo é uma farsa e uma ameaça à integridade nacional — Estados grandes e pequenos, privilegiados e esquecidos — O Estado é um só e ele só — Centralização do poder, um imperativo nacional — Redivisão política — Volta das Províncias — Conselhos provinciais — Estatização da Magistratura e do Ministério Público. III — *Divisão de Poderes*. Conselho de Estado: O poder tripartido de MONTESQUIEU é um conceito caduco — O poder é uno e indivisível — Legislativo, Executivo e Judiciário são meros órgãos do Poder Nacional — Conselho de Estado, uma instituição necessária. IV — *Partidos Políticos*: Partidos ideológicos e Partidos pragmáticos — Pluripartidarismo, uma característica democrática — Partidos são ideologias em ação — Busca-se o Poder através do Partido, para realizar o ideal desse Partido — Ninguém vota por votar — Ética política e fidelidade partidária — Não podemos voltar à Velha República que a Revolução de

Outubro extinguiu em 1930 — Cinco Partidos seriam o suficiente. V — *Eleição Direta e Eleição Indireta*: Eleição direta, um tabu sem consistência — A tradição, no Brasil, é de eleição indireta — Os "coronéis", os "tubarões", os "pelegos", os "cabos eleitorais" e os "bicheiros" — Democracia é plutocracia — Onde estão, nas Casas Legislativas, os representantes do povo? — Eleição por representantes de todos os segmentos da sociedade — A eleição indireta predomina nas nações mais adiantadas. VI — *Inelegibilidades. Voto do Militar e Voto do Analfabeto*: Aceitar o voto do analfabeto é incentivar a ignorância e o "caciquismo" — As vanguardas, em todos os tempos e lugares, são constituídas pelas elites — Por que o militar não pode votar? — O militar é um eleitor qualificado — A política brasileira deve ser privativa de brasileiros natos — Brasileiros servindo em empresas estrangeiras não devem ser eleitores nem elegíveis — Com o voto do analfabeto a democracia está de luto. VII — *Funcionalismo Público*: Ser servidor do Estado é exercer uma alta dignidade — Todos os servidores, de todos os Poderes, são servidores da União — O DASP precisa voltar a ser DASP — Valorização e moralização dos serviços públicos. VIII — *O Problema Educacional*: O ensino deve estar sob a orientação, a supervisão e o controle do Estado — Estabelecimento educacional não é estabelecimento comercial — O lema "pague e passe" é a regra nas escolas particulares — Integração da Universidade no Estado. IX — *Segurança Nacional*: As maiores Potências possuem os órgãos de segurança mais sofisticados — A democracia tem de ser forte — A sociedade não pode ficar à mercê das manobras dos agitadores e dos imperialistas — Necessidade do SNI — Atualização do Conselho de Segurança Nacional. X — *Ordem Econômica e Social* — Desenvolvimento econômico e social — Justiça social — Nem Estado abstêmio, nem Estado totalitário — Princípios a obedecer — O Estado tem de estar presente onde a sua presença se fizer necessária — Participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão das empresas — Planejamento familiar — Fixação do agricultor em seu habitat — O deficiente fiscal — O problema da greve — Greve não é direito, é sintoma de doença social — A ordem social e a Justiça do Trabalho. XI — *Pena de Morte*: Necessidade da pena capital — Crimes de alta tração — Crimes de lesa-pátria — Crimes contra menores. XII — *Prerrogativas Parlamentares*: O Parlamento tem que se impor como um exemplo — Práticas que estão comprometendo a imagem da instituição parlamentar — Imunidade não é sinónimo de impunidade — Dilatação da competência política e encurtamento da competência administrativa do Parlamento — A democracia exige um Parlamento digno, forte e respeitado.

I — Preliminares

Não nos enfileiramos entre os que acreditam que a Assembléia Nacional Constituinte, a instalar-se no País em 1987, nos vá dar uma Constituição capaz de traduzir as necessidades do Brasil e de expressar os reais anseios da nacionalidade.

Pois a verdade é que, como que saídos dos túmulos, liberalões de todos os portes passaram a dominar os altos postos da Adminis-

tração, no plano nacional e no plano estadual, e também as Casas Legislativas, e por aí andam numa pregação incansável, vazia e suspeita, sem ressonância nas camadas realmente pensantes da população, mas capaz de impressionar a massa ignara, sempre pronta a ovacionar nas praças públicas os oradores de pulmões fortes e palavras retumbantes, quase sempre ocas e na maioria das vezes comprometidas com organizações alheias às verdadeiras necessidades do Brasil ou, até mesmo, algumas delas, interessadas em que nos mantenhamos nesse atraso cultural, tão propício aos “conchavos” dos reacionários e dos imperialistas.

Pelo que se tem dito e pelo que se tem feito, pela carência de líderes políticos autênticos, pela incultura geral, pela pobreza, pela descrença de tantos, pelo ceticismo de muitos, pela impossibilidade de outros, por pressões internas e externas, pela covardia de alguns, observa-se que a tendência nos grupos dominantes e capazes de influir na formação do nosso futuro regime político é a de retorno puro e simples à velha democracia liberal, sistema caduco, caldo de cultura de um capitalismo desumano, selvagem, que, sem prejuízo pelo que fez de bom para a humanidade, é, hoje, um mal, pois responsável pelas guerras, pelos sofrimentos, pelas injustiças e pela miséria em que se debate o mundo.

Pelos pronunciamentos de certos presidentes de Partidos; pela atomização destes; pela sem-cerimônia das multinacionais; pelo cinismo de uma imprensa “teleguiada”; pelo avanço às nossas riquezas básicas; pelo combate às empresas estatais que zelam pelo nosso patrimônio; pela aceitação passiva de imposições alienígenas em assuntos de nossa economia interna; pelas estúpidas críticas às Forças Armadas, um dos últimos redutos de nossa dignidade cívica, e que não podem ser responsabilizadas pela conduta de alguns militares (como o Parlamento não pode ser responsabilizado pela conduta perniciosa de alguns parlamentares, nem a Justiça pela conduta condenável de alguns juizes); por certas iniciativas já tomadas pelo governo, sob pressão dos “Partidos” e dos “Estados”: fim da fidelidade partidária, permissão de coigações partidárias, pluralização ilimitada de “Partidos”, voto do analfabeto, política de governadores, seleção de autoridades públicas, inclusive Ministros de Estado, não em função de sua competência e de sua probidade, porém pela sua naturalidade; a abertura de riquezas estratégicas a empresas estrangeiras, por tudo isso estamos como que “descendo a ladeira”, retornando àquela Velha República em boa hora destruída pela Revolução de 30, e, desse modo, tudo faz crer que teremos uma Assembléa Constituinte composta, senão exclusivamente, pelo menos predominantemente, por plutocratas — senhores da terra, grandes industriais, “tubarões” do alto comércio, banqueiros, donos de empresas de seguros, dirigentes de insti-

tuições financeiras, governadores que terão a máquina estadual à sua feição, e, até mesmo, "testas de ferro" de multinacionais.

Não deverão estar presentes na Constituinte (como não estão, no atual Parlamento), *representantes legítimos de todos os segmentos da sociedade*, o que só seria possível se, em vez de eleição direta, se fizesse a escolha dos parlamentares pelos órgãos representativos das diversas categorias profissionais. Teríamos, então, bancadas de industriais e de industriários, de senhores da terra e de camponeses, de banqueiros e bancários, de operários, de esportistas, de profissionais liberais (médicos, advogados, economistas, sociólogos, administradores, jornalistas, professores etc.), de representantes da Igreja Católica e de outras igrejas, de estudantes, de funcionários públicos, de militares, de índios, de associações femininas, enfim, de delegados autênticos de todas as camadas sociais.

Certamente não haverá, nas eleições diretas para a Constituinte, voto *consciente e livre*, a não ser de uma parte, apenas, da sociedade (profissionais liberais, estudantes, professores, escritores, cientistas, industriais, comerciantes e fazendeiros etc.). Os grandes eleitores, os *donos* dos votos, os que vão, efetivamente, eleger os constituintes (como os senadores, os Deputados, os Governadores e os Prefeitos e Vereadores) continuarão sendo os latifundiários, os grandes empresários, os grandes comerciantes, os banqueiros do "bicho", os pelegos, os Governadores (à custa do empreguismo desenfreado e de concessões generosas aos homens de negócio).

Com o sistema eleitoral vigente, dentro do contexto capitalista, sob a influência da filosofia liberal-democrata, votando o analfabeto, campeando a miséria nos campos e nas cidades, prevalecerá, sem dúvida, o poder econômico, e, repitamos, a Assembléia Constituinte será uma Casa de plutocratas, e, se alguma exceção houver, talvez surja, como constituinte, um grande craque de futebol, um galã de televisão, uma famosa cantora popular ou um pelego de prestígio.

Por isso mesmo, estamos convidados de que, em posição contrária aos liberais-democratas, aos comunistas e aos fascistas, iremos "pregar no deserto".

Nenhum brasileiro, no entanto, deve ficar alheio ao que se passa, e, dentro dessa compreensão, e sempre acreditando, com o Conselheiro Acácio, que a esperança é a última coisa que morre, apresentamos as nossas sugestões à reforma da Constituição.

Certos ou errados, estamos, pelo menos, movidos por princípios filosóficos, éticos e políticos que reputamos válidos e pelos quais acreditamos deva ser informado o modelo político brasileiro.

Nossas sugestões transbordam do pensamento liberal, do pensamento marxista e do pensamento fascista. Partem de um *humanismo cristão*, mas estão, também, enraizadas numa compreensão muito *brasileira* de nossos problemas.

Calar — cremos — seria covardia, quando achamos que as medidas que propomos poderiam servir de lastro à construção de um edifício político humano e nacional capaz de dar grandeza e segurança à nossa gente e à nossa Pátria.

II — *Regime unitário, imperativo da integridade nacional*

Somos dos que condenam o regime federativo.

É, a nossa, uma voz quase isolada. Todavia, estamos convictos de que o sistema federativo é pernicioso à nossa integridade, à nossa união e até à nossa soberania, devendo ser trocado pelo sistema unitário.

O regime atual é falso. Desde que aqui implantado, com a República, jamais funcionou a contento. Nem mesmo se fez valer em sua postura ideológica. Porque nunca correspondeu à nossa realidade. Fruto de imitação, foi, sempre, uma coisa artificial. Simples delírio de intelectuais alienados, forjados numa cultura alienígena, ignorantes de nossas coisas e de nossa gente.

Transformadas em *Estados*, as antigas Províncias, antes disciplinadas, assistidas e orientadas por um Poder nacional único, capazes de tratá-las *igualmente*, ganharam uma *autonomia* que a maioria não poderia ter, pelo que continuaram na dependência do governo central, mas, já então, sofrendo as conseqüências das desigualdades econômicas e sociais entre elas existentes, refletidas na situação política de cada uma — umas fortes, outras medianas, outras fracas.

São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, melhor aquinhoados pela natureza, mais populosos e mais adiantados, passaram à condição de “Estados” privilegiados da República, enquanto os demais, uns menos e outros mais, ficaram marginalizados.

E não foi só. Em nosso mapa, na posição de “Estados”, figuravam e ainda figuram o Amazonas, o Pará, de dimensões continentais, ao lado de Sergipe e Alagoas, de proporções quase municipais.

Além disso, por caprichos da natureza e de uma política (?) toda dominada pelos governadores e pelos caudilhos dos Estados privilegiados, o Brasil se foi diferenciando em zonas geoeconômicas-sociais distintas, díspares, quase antagônicas.

Assim, os "Estados" *autônomos*, que não admitiam a ingerência do Poder Central em seus negócios internos, socorriam-se e socorrem-se desse Poder, e a ele apelavam e apelam, todas as vezes que se sentiam ou se sentem em dificuldades. A *autonomia* só é invocada quando os governos estaduais querem agir segundo seus interesses particularistas, não raro em choque com os interesses gerais da Nação: para, por exemplo, organizarem forças policiais próprias; para criarem impostos interestaduais ilegais; para contraírem empréstimos externos (ao fim garantidos e muitas vezes pagos pela União); para manejarem livremente suas máquinas burocráticas (com servidores de Assembléias, Tribunais de Contas e Câmaras Municipais ganhando salários maiores do que os do Presidente da República); para terem uma Justiça estadual sujeita aos seus caprichos; para transacionarem livremente com empresas multinacionais; para a prática do mais deslavado nepotismo etc.

Com uma organização política viciada, decorrente da inadequação do sistema federativo e dos princípios liberais ao nosso País, o domínio de alguns Estados, em detrimento dos demais, gerou uma situação de inquietude e desespero, dela resultando um contraste cada vez maior entre as "Unidades Federadas", donde a revolta e os movimentos separatistas de todos conhecidos.

E não foi só: a Justiça, estadualizada, foi muitas vezes degradada, o mesmo sucedendo com o Ministério Público, juizes e promotores sendo postos a serviço dos oligarcas, ou, então, sofrendo as conseqüências de uma conduta ativa e independente.

Desenvolvendo-se uns Estados em ritmo acelerado, outros a passo de tartaruga, disso redundou, também, o êxodo de enormes massas de migrantes, dos últimos para os primeiros, tornando-se, uns, superpovoados, outros quase desertos, com todos os males daí decorrentes.

Piores ficaram as coisas com a criação de *Estados* que (como outros, preexistentes) não poderiam sê-lo, como, entre outros, o Acre e Rondônia. Para quê? Para eleger Senadores e Deputados, para ter Assembléia estaduais, para ter Representações junto ao Governo federal, tudo isso implicando gastos às vezes astronômicos que esses "Estados" não podem suportar, donde os apelos incessantes para que a União (como no regime unitário) resolva os seus problemas de base — água, esgoto, saúde, saneamento, educação, estradas, aeroportos etc.

Outro ponto a ressaltar: se, amanhã, dentro da atual morfologia política federalista, os "Estados" se tornassem iguais em progresso e em poder, não menos grave seria a situação, pois, então, Estados como o do Amazonas e do Pará (até há pouco também Mato Grosso), com suas imensas áreas geográficas, inverteriam

os pratos da balança política, levando para o Norte os privilégios e trazendo para o Sul os ressentimentos atuais do Norte e do Nordeste.

Dessa maneira, visando a possibilitar um Brasil homogêneo, solidário e igualitário, urge retornarmos ao regime unitário, voltando os atuais "Estados" à condição de Províncias, integradas num regime político nacional centralizado, sob um comando único.

A centralização política é um imperativo de segurança, de unidade, de independência nacional, o que não impede, nem exclui, uma ampla descentralização administrativa, antes a pressupõe, a reclama e a favorece.

Unidade política e descentralização administrativa não se repelem, antes se completam.

O regime unitário, para ser eficaz, exigiria, contudo, outras medidas complementares, entre elas:

a) a redivisão política do País;

b) a unificação da Magistratura e do Ministério Público, que passariam a ser nacionais;

c) a unificação das forças policiais; e

d) a estatização dos serviços básicos: comunicações, estradas, ensino, saúde, defesa do meio ambiente, energia, navegação etc.

A redivisão política responderia às solicitações de nossa geolítica e teria como critério básico o estabelecimento de Províncias com áreas mais ou menos iguais, podendo servir de padrão a de São Paulo.

As diretrizes do Poder Central (Nacional), na condução do Estado Unitário, relativamente às Províncias, teriam como lema: de cada Província segundo a sua capacidade; a cada Província conforme as suas necessidades.

As Províncias seriam dirigidas por um Presidente, nomeado pelo Presidente da República, previamente ouvido o Conselho de Estado e aprovada a escolha pelo Senado da República, e gozaria de plena autonomia administrativa.

A criação de Municípios obedeceria à mesma orientação seguida na criação das Províncias.

Comporiam o Governo provincial, ao lado do Presidente: uma Assembléia e um Conselho.

A Assembléia seria composta de Deputados (mínimo de 15 e máximo de 30), eleitos diretamente pelo povo, em escrutínio direto e secreto.

O Conselho Provincial seria integrado por:

- a) um representante da Federação das Indústrias;
- b) um representante da Federação do Comércio;
- c) um representante da Federação dos Agricultores;
- d) um representante da Seção regional da Ordem dos Advogados;
- e) um representante da Imprensa;
- f) um representante das profissões liberais;
- g) um representante do professorado provincial;
- h) um representante dos trabalhadores na indústria;
- i) um representante dos trabalhadores no comércio;
- j) um representante dos trabalhadores rurais;
- k) um representante da Magistratura;
- l) um representante do Ministério Público;
- m) um representante do funcionalismo público;
- n) um representante da Igreja Católica;
- o) um representante das outras Igrejas;
- p) um representante da Força Policial.

Esse Conselho seria como que um Órgão de assessoramento do Executivo e do Legislativo e seria ouvido obrigatoriamente sobre todas as medidas legislativas e administrativas a serem tomadas. Assim, o Conselho possibilitaria uma participação efetiva dos diversos segmentos da sociedade na gestão dos negócios públicos.

A unificação e nacionalização da Justiça seriam uma consequência necessária do sistema político unitário.

É inconcebível que os magistrados, exercendo, qualitativamente, as mesmas funções e tendo as mesmas responsabilidades, em todo o País, sejam remunerados diferentemente e usufruam de direitos, vantagens e garantias desiguais.

A justiça tem de ser nacional, forte e poderosa, livre das pressões dos oligarcas e "caciques" regionais.

Pertencendo a um órgão único — o Judiciário —, recrutados do mesmo modo, sujeitos ao mesmo regime, gozando das mesmas prerrogativas e percebendo vencimentos idênticos, os magistrados seriam postos em sua devida dignidade.

O que pode distinguir um juiz de uma cidade pequena do juiz de uma cidade grande é, somente, a *quantidade* do serviço. Essa diferença não justifica um salário maior para o da cidade, mas, apenas, um maior número de juizes nas cidades grandes. E recorde-se, de passagem, que, no interior, embora com menos trabalho, o juiz, em determinadas zonas, está sujeito a riscos muito maiores.

O que se diz do magistrado aplica-se, *mutatis mutandis*, aos membros do Ministério Público, que precisa, do mesmo modo, ser nacionalizado. Quem conhece o interior do Brasil bem sabe que, em certos lugares, ainda hoje, o Promotor Público é um verdadeiro herói, pois, sem as prerrogativas do juiz, enfrenta tremendas dificuldades no desempenho de suas tarefas, sofrendo toda sorte de pressões, ameaças e perseguições — econômicas, políticas, sociais e até físicas.

As Forças Policiais não podem, também, continuar como Milícias estaduais. O que, na Velha República — anterior a 1930 — verificou-se no Brasil é algo de inacreditável: alguns "Estados" possuíam tal poderio militar que constituíam um sério perigo para a segurança nacional. A Polícia paulista era um verdadeiro exército. Também a de Minas Gerais e a do Rio Grande do Sul.

Afora isso, é preciso não menosprezar o que se vem observando ultimamente no seio dos corpos policiais de diversos Estados: a prática da corrupção, os atos de banditismo, a violência, os crimes. A instituição de uma Polícia Nacional única, como Força Auxiliar do Exército, corrigiria esse deplorável estado de coisas e atenderia melhor aos reclamos da sociedade.

Relembremos que numerosos serviços, nos Estados, já são da responsabilidade da União: no campo da saúde o combate à febre amarela, ao mal de Chagas, à malária, à lepra; no que toca ao ensino, a criação e manutenção de universidades federais; relativamente às comunicações, o serviço de correios e telégrafos e de telex, as ferrovias, a navegação costeira e tantos outros; no setor econômico, a construção de açudes, os financiamentos à lavoura, os incentivos às indústrias, à irrigação, e outros mais, como a reforma agrária, a exploração de minérios, petróleo etc. Pelo volume de recursos que tais serviços exigem, fora do alcance dos Estados, a União chamou-os a si, tanto mais que alguns — ensino, correio, telecomunicações, energia hidráulica e nuclear, combustível, informática etc., estão estreitamente vinculados aos interesses maiores da defesa, do desenvolvimento, da segurança e da própria soberania nacional.

Estamos, assim, que, por essas e outras relevantes razões, a República Federativa do Brasil deve transformar-se em República Unitária do Brasil.

III — *Divisão de Poderes. Conselho de Estado*

Poder é Poder. Ou é ou não é. O Poder, no Estado, é o Poder da Nação, que o Estado representa, pois é no Estado, com ele e através dele que a Nação se movimenta, se firma e se afirma como um ser político pessoal e independente. A Nação só se torna perfeita e acabada quando se organiza em Estado. Só com ele ela se pessoaliza. Só com ele se posiciona, no concerto internacional, como um ente soberano. O Poder é, pois, um só, uno e indivisível, e não há, portanto, como falar em Poderes do Estado — assim considerados o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O Poder tripartido, de MONTESQUIEU, que os liberais insistem em consagrar como uma conquista irreversível da democracia, é uma ilusão e fala de uma teoria obsoleta, já desmentida pelos fatos.

No Estado autêntico não se admite senão um Poder, o Poder Nacional.

Quando se fala em Poderes, fala-se, implicitamente, em órgãos soberanos. Isso pressupõe rivalidade, competição, confronto. Poderes *harmônicos*, diz-se, e até aí vai tudo bem; mas fala-se, também, em Poderes *interdependentes*, e, já aqui, nega-se a natureza do Poder, que, sendo Poder, há de ser *independente*. Quem pode, pode. Se não pode o máximo, deixa de ser poder. Se depende de outro, deixa de ser independente. Nega-se. É inadmissível isso, num Estado autêntico.

Na prática, em verdade, a tripartição dos Poderes, da concepção montesquiiana, jamais funcionou. Pois sempre prevalece um Poder, na maioria das vezes o Executivo. Assim tem sido desde o começo dos tempos históricos, inclusive com a liberal-democracia, que, por sinal, quando da Revolução francesa, ensejou uma das mais sangrentas ditaduras — a da Assembléia Popular...

Lutas entre esses "Poderes" houve e há, e o resultado dessas lutas são impasses, às vezes só resolvidos por soluções de força: golpe, ditaduras, revoluções.

O problema seria facilmente contornável se todos se convencessem de que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são meros órgãos de um só Poder, o Poder Nacional — o Estado, a que servem, porque os três integram o Governo da Nação, esta projetada no Estado.

Evidentemente, mais do que em qualquer outra área, impõe-se, na área político-administrativa, uma racional divisão de trabalho. Mas divisão de trabalho não implica divisão de Poderes, e, sim, distribuição de competências. Como no organismo humano, em que cada órgão tem uma função específica, mas funcionam todos interligadamente e para um mesmo fim; também no Estado o Legisla-

tivo, o Executivo e o Judiciário têm tarefas diferenciadas, em campos diversos de operação, porém vinculadas a um propósito nacional comum.

O Legislativo, o Executivo e o Judiciário deveriam, portanto, ser situados não como Poderes do Estado, mas como órgãos do Estado, órgãos máximos de Governo, autônomos e interdependentes, com competências bem definidas pela Constituição, os três se completando, agindo harmonicamente, com vistas ao bem-estar geral do povo.

Além desses, cremos que outro órgão de Estado, de igual gabarito, deve ser instituído: um Conselho de Estado, com funções de assessoramento junto ao Executivo e ao Legislativo. Seria um órgão integrado por figuras altamente capacitadas, moral e culturalmente, com larga experiência dos negócios públicos.

Esse Conselho, a ser presidido por um ex-Presidente da República, teria Membros efetivos, Membros natos e Assistentes, assim:

Membros natos:

- a) os ex-Presidentes da República que tivessem exercido o cargo pelo prazo mínimo de um ano;
- b) o Presidente do Congresso Nacional;
- c) o Presidente do Supremo Tribunal Federal;
- d) o Presidente da Confederação Nacional da Indústria;
- e) o Presidente da Confederação Nacional da Agricultura;
- f) o Presidente da Confederação Nacional do Comércio;
- g) o Presidente da Confederação dos Trabalhadores na Indústria;
- h) o Presidente da Confederação dos Trabalhadores Rurais;
- i) o Presidente da Confederação dos Empregados no Comércio;
- j) o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- k) o Presidente da Associação Brasileira de Imprensa;
- l) o Presidente da Confederação Nacional dos Bispos.

Membros Assistentes:

- a) os ministros de Estado;
- b) o Presidente da Câmara dos Deputados;
- c) os Líderes de Partidos com representação no Congresso Nacional;

- d) o Chefe do Serviço Nacional de Informações;
- e) o Procurador-Geral da República;
- f) o Consultor-Geral da República;
- g) um Representante do Magistério, eleito pelos Reitores das Universidades oficiais e reconhecidas.

Membros Efetivos:

Seis cidadãos, maiores de 35 anos, brasileiros natos, de indiscutível idoneidade moral e intelectual, nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, escolhidos entre pessoas não ocupantes de nenhum emprego ou função pública ou mandato eletivo e que de nenhum modo participem, direta ou indiretamente, de empresas multinacionais ou em que o capital estrangeiro seja majoritário, podendo, porém, ser nomeados cidadãos que já tenham exercido cargo, emprego ou função pública. O tempo de duração do mandato desses Membros é igual ao do Presidente da República, podendo os Membros Efetivos ser reconduzidos ao cargo, com aprovação do Senado. Esses Membros Efetivos teriam direito a um vencimento igual ao dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; os Membros Natos e os Membros Assistentes nada perceberiam. Os Membros Efetivos que fossem servidores aposentados, reformados ou, de qualquer modo, na inatividade, optariam entre o vencimento a que fariam jus e os proventos de inativo.

A esse Conselho seriam assinadas funções de relevo, como a de opinar, necessariamente, nos projetos atinentes à política internacional, inclusive empréstimos externos; sobre a sistematização da política econômica; sobre a criação de Províncias, a declaração de guerra e qualquer matéria que se relacionasse com a segurança e a soberania nacional; sobre cassação de mandatos eletivos; sobre aposentadoria ou demissão de magistrados, por proposta do Conselho de Segurança Nacional; sobre suspensão ou perda de direitos políticos; autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País; opinar sobre qualquer outra matéria, desde que solicitado pelo Presidente da República, o Senado, a Câmara dos Deputados e o Supremo Tribunal Federal.

IV — *Partidos Políticos. Partidos ideológicos e Partidos pragmáticos*

Partido único, só em regime totalitário, fascista e comunista. E o regime desejado por todos é a democracia, único onde a pessoa humana encontra uma ambiência favorável ao seu pleno florescimento.

Pois uma das características da democracia é o pluripartidarismo, eis que os homens sentem e pensam de modo diferente e só

através de Partidos diferentes terão oportunidade de ver seus ideais políticos realizados.

No Executivo e nas Casas Legislativas o povo está presente, na pessoa do Presidente da República, dos Governadores e dos Prefeitos, bem como nos Senadores, nos Deputados, nos Vereadores, por ele eleitos, direta ou indiretamente.

Ora, conforme a maioria do povo sinta e pense dessa ou daquela maneira, será vitorioso esse ou aquele Partido, e os candidatos eleitos pelo Partido vencedor é que, na Presidência da República, nos Governos estaduais, no Congresso, nas Assembléias, nas Prefeituras e nas Câmaras Municipais, traçarão as diretrizes governamentais e por elas conduzirão o País.

Donde os governos de *esquerda*, do *centro* e da *direita*.

Claro, por conseguinte, que o Partido deve ser ideológico. Pois um Partido político é uma ideologia em ação. Quando optamos pelo Partido Democrata, pelo Partido Fascista ou pelo Partido Comunista é porque esses Partidos se propõem, através do Poder, realizar aqueles postulados de sua doutrina, ou seja, a sua ideologia, que nós, seus seguidores, reputamos a mais acertada para a solução dos problemas políticos, sociais e econômicos do País.

Ninguém, conscientemente, *vota por votar*. A gente vota porque quer alguma coisa. Vota para que essa coisa seja possível. Daí nos filiamos a esse ou àquele Partido. Ao Partido cuja ideologia seja a nossa, ou a que mais se aproxima da nossa.

Sendo ideológico o Partido, impõe-se a fidelidade partidária.

Não é de aceitar-se que um parlamentar, eleito, por exemplo, por um Partido da esquerda, uma vez no exercício do mandato, se passe para um Partido da direita, ou vice-versa.

Não é concebível que parlamentares eleitos por um Partido cristão passem a defender, no Parlamento, teses marxistas.

É lógico que qualquer pessoa tem o direito de mudar de idéia, evoluindo ou involuindo. São numerosos os casos de líderes fascistas que viraram comunistas e de líderes comunistas que se tornaram fascistas. Ninguém pode ser proibido de mudar de idéia, mas, ao fazê-lo, se se tratar de um parlamentar eleito por um Partido cuja ideologia repudiou, deve devolver o mandato ao Partido, pois o seu eleitor, ao elegê-lo, fê-lo na presunção de que ele, no Parlamento, defenderia a ideologia do Partido pelo qual se elegeu.

O mesmo se aplicaria em relação ao Presidente da República, Governadores e Prefeitos.

Defendendo a pluralidade de Partidos, cabe advertir que não podemos regredir àquela triste situação da República Velha, quando o pluripartidarismo foi entendido e praticado de maneira anárquica, passando a existir dezenas de "Partidos" que nunca foram mais do que meros aglomerados de grupos e pessoas organizados para defesa de interesses individuais ou familiares.

O individualismo, como filosofia que informou o regime democrático, produziu, no caso dos Partidos Políticos, não a pluralidade de agremiações, em função de princípios ideológicos, mas a sua pulverização.

Até Partidos estaduais havia, e, mesmo, municipais. Uma bagunça!

Não havia diferença nenhuma entre qualquer dos "Partidos" (exceção do comunista e do fascista), que eram, na prática, Partidos do dr. fulano, do "coronel" beltrano, do comendador sicrano...

Para sermos realistas, não há necessidade de mais que cinco Partidos: um da direita, um do centro, um da esquerda, um da meia-direita e um da meia-esquerda. Nesses cinco Partidos se acomodariam perfeitamente todas as ideologias políticas.

Outra coisa necessária: dar independência econômica e financeira aos Partidos e neutralizar os efeitos do poder econômico nas eleições, assunto que trataremos em outra sugestão.

Os Partidos devem ser institucionalizados, transformados em pessoas de direito público interno, inseridos em nossa estrutura constitucional. Como começou a ser feito na atual Constituição.

De qualquer maneira, cumpre salientar, de logo, que só devem participar dos cargos de direção dos Partidos brasileiros natos e que não podem ocupar esses postos elementos, mesmo brasileiros natos, ligados a Partidos e governos estrangeiros ou que pertençam a empresas multinacionais ou em que o capital brasileiro não seja majoritário.

V — Eleição direta e eleição indireta

Fizeram da eleição direta, no Brasil, nas últimas campanhas políticas, um verdadeiro *tabu*. Ela passou a ser, de uma hora para outra, a panacéia que iria curar todos os nossos males, embora o novo governo que se instalou no País tenha surgido da escolha do mesmo Colégio Eleitoral que elegeu os Presidentes no regime de 64, o que, aliás, não impediu que os novos detentores do Poder proclamassem, eufóricos, a substituição da *ditadura* pela *democracia*...

O certo é que a tradição, no Brasil, é a eleição indireta, pois os períodos em que ela existiu foram maiores do que os em que houve eleição direta.

Registre-se, por outro lado, que, nesses períodos de eleição diretas, estas, em verdade, não passaram de uma farsa.

Era o povo que escolhia? Não. Na roça, eram os *coronéis*. Cada *coronel* era dono de tantos votos (seus empregados, seus familiares, seus agregados, seus compadres, seus afilhados, seus capangas, seus devedores etc.). Toda essa gente, com seus amigos e seus dependentes, ficava, dias de eleição, no "curral eleitoral", e, na hora de votar, lá ia, devidamente escoltado por pessoa de confiança do *coronel*, depositar nas urnas o voto que o *coronel* lhe entregara. Aliás, não era de esperar melhor postura cívica e melhor compreensão política de um "eleitorado" composto de peões, cortadores de capim, tiradores de leite, capadores de porcos, lenhadores, cozinheiras, lavadeiras, plantadores de feijão e milho, cortadores de cana, limpadores de coqueiras, moleques de recado, quase todos "dependurados" na bolsa do *coronel* e mal sabendo assinar seus nomes...

E nas cidades? Pouca diferença. No meio dos trabalhadores predominavam os "pelegos". E, junto à massa do eleitorado, máxime nas zonas rural e suburbana, dominavam os "donos" de zonas, cada qual dispendo de x votos, que negociavam com os candidatos, em troca de cargos, favores, negócios, privilégios. Eram e são os "banqueiros" de "bicho", os donos de empresas, os "tubarões" do comércio, os agiotas, os distribuidores de empregos, os proprietários de bancos e instituições financeiras.

A bem da verdade, reconheça-se que o operariado urbano está se tornando mais politizado e independente. Mas, uma grande parcela desse proletariado, se se libertou, realmente, dos "caciques", foi arregimentado e dominado pelos comunistas, *posando* de intelectuais e votando em quem mandarem os "teleguiados" do Komin-tern...

Voto livre e consciente, mesmo, no interior e nas cidades, só, ou quase só, o dos profissionais liberais, dos professores, dos estudantes, de grande parte dos elementos da classe média e — é claro — dos senhores do comércio, da indústria, da agricultura e da pecuária.

O resultado disso é que a nossa *democracia* jamais passou de uma *plutocracia*. A prova está em que as grandes conquistas sociais, econômicas e políticas do povo só aconteceram quando não existia essa plutocracia, ou seja, durante o Estado Novo e o Regime de 64, pois foi durante a vigência dos mesmos que se deu à mulher o direito de voto, que se editou uma excelente legislação trabalhista, que se instituiu a Justiça do Trabalho, que se criou o Ministério

do Trabalho, que o petróleo jorrou de nossos poços, que o álcool combustível teve a sua vez, que se instalaram universidades federais em quase todos os Estados, que se editou o Estatuto da Terra, que se fez Volta Redonda, Itaipu, Tucuruí etc.

Lancemos, ainda hoje, uma vista pelo Congresso Nacional e as Assembléias Estaduais e vejamos a sua composição. Predominam, nas Casas Legislativas, os representantes das grandes empresas industriais, dos grandes fazendeiros, dos grandes consórcios financeiros, do alto comércio, dos banqueiros etc.

O respeito ao *indivíduo* (dogma sagrado do liberalismo) levou os homens a obscurecerem a realidade. O *indivíduo* intocável, deveria escolher livremente os seus candidatos. Mas esses indivíduos, que formam, nas cidades e nos campos, as grandes massas eleitorais, não são em verdade livres, porque escravos da ignorância, da miséria, de doenças, nada mais significando, politicamente, que simples peças de um "rebanho" manejável pelos intermediários do voto.

Doa em quem doer, que nos chamem de fascista ou de comunista, pouco importa: entre a eleição direta e a indireta, no Brasil, optamos pela indireta, que, se bem regulada e disciplinada, seria muito mais autêntica e muito mais democrática, na medida em que ensinaria a presença, nas Casas Legislativas — logo no governo —, de todos os segmentos da sociedade.

Os fazendeiros, os empresários, os banqueiros, os comerciantes e os pecuaristas também são elementos positivos na sociedade, são brasileiros livres e conscientes, devem participar do governo. Mas não apenas eles. Também os profissionais liberais, os cientistas, os professores, os estudantes, os trabalhadores do campo e das cidades, os empregados no comércio e na indústria, os militares, os religiosos, os esportistas, os funcionários públicos, todos devem ter voz ativa, nas Assembléias, através de delegados das respectivas categorias profissionais. O trabalho social é feito diversificadamente por homens profissionalmente diferenciados. Acima das classes, porém, para o homem, igual a si mesmo, exerça que profissão exercer. Mas a participação dos homens na política, isto é, na escolha de seus representantes ao Parlamento, há de ser feita em função de suas atividades, de seus conhecimentos profissionais, de seu trabalho específico. O governo precisa saber, de quem de direito, o que se passa em todas as áreas de atividade. Cada homem, em cada categoria profissional, tem uma contribuição a dar, para a tarefa comum, para o desenvolvimento global da sociedade, para o bem comum. Para alcançar esse objetivo, o melhor caminho seria a adoção das eleições indiretas, feitas através das diversas categorias profissionais. Teríamos, então, uma espécie de Câmara corporativa? Sim; e daí? Pelo menos, os segmentos da sociedade,

sem exceção, teriam oportunidade de participar do estudo e do encaminhamento dos problemas nacionais, que interessam a todos os brasileiros e repercutem em todas as atividades, não podendo, portanto, ser equacionados em função dos interesses de alguns grupos privilegiados.

Anote-se, a propósito, que, mesmo em outros termos e de outra forma, a eleição indireta é adotada em numerosos países ditos desenvolvidos, inclusive nas duas maiores potências do momento, os Estados Unidos e União Soviética.

VI — *Inelegibilidades. Voto do militar e voto do analfabeto. Os brasileiros das multinacionais. A democracia está de luto*

Incluídos no contexto do problema *eleição* estão o voto do analfabeto, o voto do militar e a questão das inelegibilidades.

Já se deu ao analfabeto o direito de votar. E a democracia ficou de luto.

Dizer-se que é preciso dar ao analfabeto o direito de votar só porque ele paga impostos é argumento simplório e demagógico, sem consistência, e revela, em quem assim pensa, um enorme desprezo pelo voto e pela democracia. A contrapartida do pagamento do imposto o analfabeto (como qualquer outro cidadão) a tem nos diversos serviços públicos e de utilidade pública de que usufrui, nos hospitais, nas escolas, na água, nos esgotos, nas estradas, nos jardins, nos correios, na polícia...

Mas em todos os países, e em todas as classes sociais, a vanguarda é, inevitavelmente, constituída pelas elites, e as elites — seja entre os políticos, entre os professores, entre os estudantes, entre os empresários, entre os esportistas, entre os religiosos ou entre os operários, são formadas pelos mais capazes, os mais inteligentes e instruídos, os mais hábeis, os que melhor conhecem as necessidades de sua categoria profissional, os que têm visão mais ampla e mais clara dos problemas da sociedade.

Ora, o analfabeto, por ser analfabeto, é um incapaz para a atividade política, eminentemente cultural. Como atribuir-lhe o direito de escolher Vereadores, Prefeitos, Deputados, Presidentes da República?

Incluir o analfabeto entre os eleitores é cometer um crime contra a democracia, pois é estimular ainda mais a ignorância, favorecendo o "voto de cabresto" e incentivando, conseqüentemente, a conquista do poder pelos plutocratas. O reconhecimento desse direito de voto ao analfabeto foi um ato infeliz do Governo (Executivo e Legislativo) e deixou a democracia arrasada...

Num país de milhões de analfabetos e outro tanto de semi-analfabetos, o que se tem a fazer é promover a instrução, por todos os modos possíveis, inclusive proibindo-os de votar e de serem votados, o que pode até valer como um estímulo ao estudo.

Por outro lado, se é um crime atribuir ao analfabeto a faculdade de votar, ao não se lhe dar, correlatamente, o direito de ser eleito, comete-se uma agravante, pois se age discriminatoriamente e se fere o princípio de que a cada dever corresponde um direito, e vice-versa.

Se ao analfabeto é reconhecido o necessário descortino para saber, inclusive, quem está à altura de ser Presidente da República, como não se lhe reconhecer capacidade para discutir qualquer problema, nas diversas Câmaras Legislativas e nos órgãos executivos?

Tão absurdo quanto legalizar o voto do analfabeto é proibir o militar de votar.

Por que essa proibição?

Certamente o militar não deve, enquanto na ativa, participar de atividade partidária. Entretanto, nada deve obstar a que ele, seja em eleição direta ou indireta, escolha seus candidatos aos postos eletivos.

O militar, alfabetizado, além disso, recebe, nos quartéis, uma educação moral e cívica que lhe dá senso patriótico na apreciação dos fatos. É, pode-se dizer, um eleitor qualificado. Nos cursos que faz, nas palavras que ouve, nas "ordens do dia", só aprende a amar a sua Pátria e a bem servir à sociedade. Por que, pois, impedi-lo de votar? Em eleição indireta, sobretudo, como propugnamos, ele estaria apto a escolher os representantes das classes armadas ao Parlamento; e, em eleição direta, o seu voto, secreto, seria, em princípio, um voto consciente.

No que tange às inelegibilidades, teremos, agora, de enfocar uma questão do maior relevo, difícil, polêmica, mas que precisamos enfrentar de peito aberto: queremos nos referir à atuação, no perigoso campo político, de brasileiros que estejam a serviço de empresas estrangeiras.

Nesse terreno — cremos — devemos ser radicais. Para resguardar até mesmo de nossa segurança e de nossa soberania, temos que alijar esses elementos das atividades políticas nacionais, não permitindo que eles participem, nem direta nem indiretamente, de Partidos e de eleições, enquanto comprometidos com tais organizações.

Só excepcional e esporadicamente são coincidentes os interesses das multinacionais e os do Brasil, de resto, em essência, quase sempre colidentes.

Dessarte, não há como admitir-se que um brasileiro, servindo — direta ou indiretamente — numa empresa multinacional, possa eleger-se para qualquer cargo, nas Assembléias ou no Executivo, eis que será, sempre, um elemento suspeito. E não deve, igualmente, enquanto vinculado à empresa, ter o direito de votar, pois trata-se de alguém comprometido com interesses estrangeiros que nem sempre afinam com os nossos.

Dentro dessa orientação, não é de aceitar-se, também, que estrangeiros naturalizados brasileiros possam eleger ou ser eleitos. Sabemos, todos, que, para certos indivíduos, a idéia de pátria é um “conceito burguês”, “superado”, e, portanto, esses indivíduos, apátridas, não hesitariam em adotar qualquer nacionalidade, se isso os ajudasse a alcançar seus objetivos políticos.

VII — *Funcionalismo Público*

Ser servidor do Estado, já proclamava NIETZCHE, é ter uma altíssima dignidade e exercer uma função de que poucos são capazes.

Em tese deve ser assim. Pois servir ao Estado seria servir superiormente à Nação.

Na prática, todavia, o que vemos, no Brasil, tanto no Executivo quanto no Judiciário e no Legislativo, são atos e fatos que estão desvalorizando completamente a classe dos funcionários públicos, que, ademais, em geral, em vez de estarem servindo ao Estado, estão, apenas, se servindo do Estado. . .

Em todas as áreas da Administração Pública, direta ou indireta, dos três “Poderes”, e tanto no plano federal como no estadual e no municipal, o que presenciamos é um nepotismo vergonhoso, é o desrespeito à Constituição, é o desprezo pelo Estatuto dos Servidores Públicos, é a mediocridade dos serviços, é o arrivismo, a vagabundagem, a incompetência.

Por isso, a máquina burocrática, cada vez mais gigantesca, é cada vez mais inoperante.

A desfaçatez com que, em vários setores dos três “Poderes”, os responsáveis pela coisa pública têm agido, constitui uma vergonha nacional e nos leva a dar razão aos que julgam que o Brasil não é mesmo um país sério. . .

O problema é, antes de tudo, moral, e não será fácil colocar o Estado dentro de um sistema de valores em que o ético seja o condicionante de todas as atividades.

De qualquer modo, dentro da relatividade das coisas, urge, entre nós, antes do mais, compreender-se que os servidores do Executivo, do Legislativo e do Judiciário são todos, sejam celetistas

ou estatutários, civis ou militares, doutores ou contínuos, servidores da União, devendo estar sujeitos aos mesmos deveres e ter os mesmos direitos, mas, acima de tudo, que se conscientizem de que servir ao Estado é exercer uma alta e digna missão.

Para começar, nenhum cidadão deveria ingressar no serviço público, como funcionário (estatutário) ou como empregado (celetista), senão mediante concurso público. A Constituição estabelece essa exigência, no que toca ao funcionário. E o que temos visto, nos últimos tempos? Em alguns Tribunais, no Parlamento, em diversas Câmaras Legislativas e em alguns Ministérios, *contrata-se* um servidor, sob o regime da CLT, e, logo depois, *transforma-se* o seu emprego em cargo público, e, desse modo, o privilegiado passa a ser funcionário público do quadro permanente, sem fazer concurso, bastando ser filho, esposa, sobrinho, afilhado ou amigo de um Ministro, de um Juiz, de um Parlamentar...

Dessa maneira, enquanto as repartições públicas se abarrotam de "filhinhos de papai", muitos semi-analfabetos, outros que só comparecem à repartição fim de mês, para receber vencimentos, outros que nem vão ao trabalho, ficando à disposição de seus chefes, milhares de rapazes e moças ficam aguardando concurso para conseguir um lugar ao sol...

Pior é o nepotismo desenfreado: em certos órgãos dos três "Poderes" existem, admitidas assim, famílias inteiras, constituindo o que já qualificamos de verdadeiras "constelações familiares", nem sempre compostas de estrelas de primeira grandeza...

Urge, assim, que o DASP volte a ser o DASP, aquele órgão que, de início, era tão odiado pelos aproveitadores e vadios, mas tão respeitado pelos brasileiros patriotas e zelosos da coisa pública, dando-se-lhe competência exclusiva para cuidar da seleção de pessoal, através de concurso, para todos os órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário.

Assim, o Parlamento, os Tribunais, a Presidência da República e os Ministérios, quando necessitarem reorganizar os seus quadros de pessoal, criando cargos e funções, poderão fazê-lo, conforme seus reclamos administrativos específicos, mas, quando chegar a hora de preencher os cargos, vagas ou triados, isso deverá ser feito por concurso, realizado, fiscalizado e apurado pelo DASP, que, ao final, indicará à repartição interessada a relação dos aprovados, cujo aproveitamento terá que obedecer, em cada órgão, à ordem de classificação.

Outro problema que está se tornando grave é o que se relaciona com os vencimentos dos servidores.

Na espécie, impõe-se, em princípio, o respeito à paridade. E, também, à hierarquia de cargos e funções.

Para serviços iguais, iguais vencimentos e iguais vantagens. Mas que se valorizem os cargos, pela complexidade de suas atribuições, pagando-se mais a quem mais se exigir, em capacidade, trabalho e responsabilidade.

O "achatamento" salarial tem que ser evitado. Há que haver um *mínimo* e um *teto*. No entanto, obedecidos esses limites, é preciso reconhecer e respeitar as hierarquias.

De outra parte, no que toca a serviços, há uma enorme diferença entre os do Legislativo, do Judiciário e do Executivo, e isso há de ser, igualmente, considerado, para efeito de vencimentos e vantagens.

No Legislativo, por exemplo, há servidores que trabalham de manhã, à tarde, à noite, até domingos e feriados, na repartição, em casa, na casa dos Parlamentares. Poucos, porém, sabem disso, e só falam nos funcionários (que também há, e muitos, no Legislativo) que pouco trabalham, ou não trabalham nada.

Sobre o assunto, vale invocar certos fatos, públicos e notórios, ultimamente publicados pela imprensa, envolvendo Assessores da Assembléa de Alagoas e servidores da Câmara Municipal de São Paulo, com vencimentos de 47 e 36 milhões de cruzeiros, muito acima dos do Presidente da República, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Ministros de Estado, dos Governadores, dos Senadores e Deputados.

Por outro lado, fala-se na contratação, pela Caixa Econômica, de quarenta mil empregados. E em quase todos os Estados os Governadores, em face da proibição legal de admitir servidores nesse pré-período eleitoral, estão se aproveitando dos últimos momentos para lavar milhares de nomeações.

Enquanto isso, funcionários qualificados, como, por exemplo, alguns diplomatas — Secretários, Conselheiros etc. — percebem um salário menor, às vezes, que o de modestos servidores do Judiciário, do Legislativo, de Ministérios e de empresas estatais e para-estatais.

Tudo isso precisa ser corrigido.

No que tange às aposentadorias, convém modificar o critério para a aposentadoria compulsória. É um erro aposentar-se um servidor público, só porque atingiu os setenta anos de idade. Essa compulsoriedade deve acabar. Porque há funcionários, com setenta e mais anos de idade, em pleno vigor intelectual e físico, que trabalham com entusiasmo e se situam, na repartição, como elementos da maior valia, ao lado de outros, alguns bastante jovens ainda, incapazes, relapsos e até nocivos.

Não se alegue, portanto, a necessidade de “renovação de quadros”, pois essa renovação, não raro, não renova nada, a não ser os ocupantes de cargos e funções, com prejuízo para o serviço.

O ideal, na hipótese, será tornar a aposentadoria sempre voluntária (salvo em caso de invalidez permanente), dando-se, porém, ao Órgão Público, onde o servidor trabalhe, a faculdade de, chegando o servidor aos setenta anos, aposentá-lo ou não, caso ele não requerer a aposentadoria e a repartição considerar aconselhável a sua passagem para a inatividade, e isso porque, se muitos funcionários, depois dos setenta anos, ainda podem continuar prestando bons serviços, também há, entre eles, os que, maus servidores, desejam permanecer no cargo por simples capricho, vaidade ou outros interesses menos nobres.

Finalmente, a manter-se a estrutura federativa da República, é de impor-se o respeito à Constituição federal, proibindo-se, de fato, que qualquer servidor estadual possa ganhar mais do que o federal da mesma categoria, e isso tanto na esfera executiva como na legislativa e na judiciária.

Outro assunto da maior importância, relacionado com os aposentados, diz respeito à acumulação de cargos. É justo, muitas vezes necessário, aproveitar-se o servidor aposentado num cargo em comissão ou num cargo técnico. Há centenas de aposentados assim em atividade. Civis e militares. E, na realidade, são numerosos os cargos e funções que esses aposentados ocupam, não por necessidade de serviço, nem por sua competência excepcional, mas por força de “arranjos”, parentescos, amizades, politicagem. Seja como for, o mais certo seria não proibir a acumulação, mas que essa acumulação ficasse restrita a cargos e funções, não a rendimentos, cabendo, na espécie, ao servidor aposentado e ocupando um cargo ou uma função qualquer, optar entre os seus proventos de inativo e os seus vencimentos ou salários em atividade.

VIII — O problema educacional. O Estado e a universidade

A educação — nela incluído o ensino — deve estar não apenas *sob a proteção*, mas, principalmente, *sob a orientação*, a *supervisão* e o *controle do Estado*. Ou melhor: a educação deve ser entendida como uma função do Estado, compreendido este (insistamos neste ponto) como um instrumento de construção nacional do povo, isto é, como a própria Nação em movimento.

Se o Estado é uma pessoa, viva, dinâmica, motivada e teleológica, o ensino há de ser o processo pelo qual ele se aperfeiçoa sempre, e, com ele e por ele, se aperfeiçoem os homens que, integrados, formam a Nação que ele representa.

Assim sendo, a integração Estado—universidade é hoje, uma condição do desenvolvimento global da Nação, de sua segurança, de sua grandeza, até mesmo de sua soberania.

O nosso ensino, em geral, e especialmente o particular, é pobre, em todos os graus. É verdade que alguns estabelecimentos privados, mesmo alguns de ensino superior, oferecem pomposas instalações e uma instrução razoável. Contudo, em tese, as escolas particulares não passam de empresas comerciais. O lema, nelas, é — *pague e passe*. Donde a fornada de “doutores” ignorantes que saem anualmente dessas organizações e cujo despreparo se reflete negativamente na sociedade: engenheiros construindo prédios e pontes que desabam sem mais nem quê; pacientes morrendo por diagnóstico ou tratamento médico errado; advogados assinando petições que ninguém entende e os juizes indeferem por ineptas; professores se “engasgando” por perguntas elementares de alunos e assim por diante.

E não é só: em algumas escolas orienta-se o aluno para uma cultura alienada e, não raro, em rumos comprometedores de uma boa formação cívica de nossa juventude.

Nos dias correntes as escolas, em geral, e as universidades, em particular, têm de ser postas a serviço da Nação, e, para tanto, urge uma remodelação radical, corajosa e urgente, na estrutura do ensino. Em primeiro lugar, há de se compreender que a função da escola superior não é somente preparar um indivíduo para o exercício de uma profissão, e, sim, de formar um homem para o exercício de seus deveres de cidadão. A profissão valerá apenas como um processo de diferenciação de trabalho, mas o estudo, a formação universitária, esta visará à integração da pessoa no contexto político nacional como um ser solidário na execução de uma tarefa comum em busca do bem geral de todos.

Dessa maneira, o ensino, em todos os graus, deve ser ministrado pelo Poder Público. Só o Estado deve definir as diretrizes educacionais, pois só ele representa a Nação. Não se pode deixar a formação cultural das crianças e dos jovens a critério de colégios e faculdades que, na maioria estabelecimentos comerciais, são, além disso, muitos deles, “cavalos de Tróia” de instituições estrangeiras interessadas na catequização de nossa juventude segundo os parâmetros de seus propósitos colonialistas.

Educar é função do Estado, e, para exercê-la, ele há de servir-se sobretudo da universidade, pelo que esta, afinal, deve situar-se como um órgão dele, Estado.

As universidades, faculdades e ginásios deveriam, todos, ser encampados pelo Estado, que, inclusive, poderia aproveitar, tam-

bém, aqueles diretores e professores que, excepcionalmente, se revelassem à altura de suas cátedras.

Ensino oficial e gratuito. Sério e moralizado. Todo brasileiro contribuiria com uma taxa especial para a manutenção das instituições educacionais. Nelas ficariam os estudantes que desejassem realmente estudar. Nenhum aluno poderia repetir o ano mais de uma vez, sob pena de ser jubilado e ter que ir cuidar de outra vida, como acontecia no Colégio Pedro II antigamente. No mais, teríamos — o Estado chamando a si a exclusividade da educação do jovem — a oportunidade de possuímos algumas universidades autênticas, coisa que, na realidade, não temos atualmente, pois universidade não é um simples conglomerado de escolas superiores, com vistas à formação profissional do indivíduo, e, sim, um centro de estudos onde, através da integração das ciências, e à base de uma formação filosófica séria, os jovens saiam de lá não apenas aptos a exercer conscientemente uma profissão como, acima de tudo, preparados para conduzir os negócios do Estado de modo seguro e visando à grandeza, ao bem-estar e à independência da Nação.

IX — *Segurança nacional*

As duas maiores potências mundiais — Estados Unidos e União Soviética — são justamente aquelas que possuem os mais completos e sofisticados Serviços de Informação, isto é, órgãos de segurança nacional, os quais agem rigorosamente, tanto no plano interno quanto no externo, sempre atentos a quaisquer movimentos ou atitudes, de indivíduos ou de grupos, e até de governos, que possam afetar a sua soberania.

E os Estados Unidos se têm na conta da nação mais democrática do mundo; e a União Soviética se proclama o único Estado onde existe a verdadeira democracia...

Ora, não é por serem tão democratas que os norte-americanos são tão malquistos pelos quatro cantos do planeta, sofrendo perseguições, atentados, seqüestros; nem é por se proclamarem representantes da verdadeira democracia que os soviéticos são tão vigiados em toda parte e tão antipatizados pelos povos de outros países da Cortina de Ferro...

A evocação desses exemplos serve apenas para deixar bem claro que democracia não é incompatível com segurança, verdade que precisa ser lembrada e reafirmada no Brasil de hoje, quando liberais desavisados e demagogos impenitentes insistem em advogar a extinção do Serviço Nacional de Informações, a pretexto de que se trata de um simples "entulho totalitário"...

Ao contrário do que apregoam esses políticos (ou politiqueros?) defasados, ingênuos e desinformados, precisamos de um Conselho de Segurança Nacional e de um Serviço Nacional de Informações, este àquele subordinado e nele integrado, com agentes secretos, atentos, probos, competentes e patriotas, que estejam vigilantes, aqui e lá fora, para tudo quanto possa interessar à nossa segurança, ao nosso desenvolvimento independente, à nossa ordem social e política, ao bem-estar de nosso povo, à nossa soberania.

O Conselho de Segurança Nacional deve não apenas ser mantido, mas até ampliado e fortalecido, transformando-se em um órgão de assessoramento direto não só do Presidente da República como do Congresso e da Justiça, passando a integrá-lo, ainda, o Presidente do Senado, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e um representante do Conselho de Estado (caso este órgão, como sugerimos, vier a ser criado).

Competiria ao Conselho de Segurança Nacional:

I — submeter ao Presidente da República os objetivos nacionais permanentes e as bases para a política de segurança nacional;

II — estudar, no âmbito interno e externo, os assuntos que interessam à segurança nacional, propondo ao Presidente da República as medidas que julgasse aconselháveis;

III — indicar as áreas imprescindíveis à segurança nacional e os Municípios a serem considerados de interesse para essa segurança;

IV — dar, em relação às áreas indispensáveis à segurança nacional, assentimento para:

a) concessão de terras, abertura de estradas, instalação de missões religiosas e de escolas, serviços de transporte, rádio e televisão, vedada a concessão a pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras ou a empresas em que o capital estrangeiro fosse majoritário;

b) pesquisas científicas;

c) exploração de minérios, vedada a concessão a estrangeiros pessoas físicas ou jurídicas;

d) estabelecimento de indústrias que interessem à segurança nacional;

e) conceder e cassar licença para funcionamento de órgãos ou representação de entidades sindicais estrangeiras, bem como autorizar a filiação das nacionais a essas entidades;

f) concessão de canais radiofônicos e de televisões e registro de jornais;

g) acompanhar as atividades de missões estrangeiras de cunho religioso, político ou científico, que, temporária ou permanentemente, pretendessem operar no Brasil, propondo ao Presidente da República, quando assim julgasse conveniente, a sua retirada do País;

h) conceder autorização para levantamentos aerofotogramétricos em território nacional, vedada essa atividade a pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras.

X — *Ordem econômica e social*

A ordem econômica e social há de ser instituída com vistas, realmente, ao desenvolvimento do País e à implantação efetiva da justiça social, em função de uma política inspirada numa filosofia *humanista*, porém condicionada aos reclamos específicos do *homem brasileiro* — do homem que vive num meio, tem uma raça, uma história — como fazem os outros países em relação aos seus nacionais.

O *humano* e o *nacional* não se repelem, antes se ajustam e se completam, pois os povos só cumprem seu destino histórico atendendo à universalidade de sua natureza humana e à tipicidade de suas condições nacionais de existência.

Dentro dessa visão humanista e nacionalista, a ordem social e econômica deverá obedecer aos seguintes princípios:

I — liberdade de iniciativa, tendo por limite a liberdade do próximo e o bem comum;

II — valorização do trabalho, não distinguindo entre o trabalho manual e o intelectual, do nacional e do estrangeiro, do homem e da mulher;

III — função social da propriedade;

IV — harmonia e solidariedade entre as categorias profissionais, pondo-se o interesse da pessoa humana acima dos interesses das classes;

V — disciplinação das atividades sócio-econômicas, de modo a neutralizar e reprimir os abusos do poder econômico, caracterizado pelo monopólio de mercados, a eliminação de concorrência, a organização de trustes, o aumento arbitrário de lucros, a exploração do assalariado;

VI — planificação da economia, de maneira a harmonizar e integrar as atividades produtoras das diferentes regiões do País;

VII — expansão das oportunidades de emprego;

VIII — estatização e nacionalização das riquezas básicas, assim consideradas as que se relacionem com a segurança, o desenvolvimento e a independência do País;

IX — efetivação de uma ampla organização agrária, com vistas à integração do trabalhador rural na sociedade como um valor positivo;

X — intervenção do Estado em toda e qualquer atividade, onde, quando e sempre que essa intervenção seja necessária ao resguardo da ordem, da justiça e dos interesses nacionais.

Dentro desse espírito humanista e nacionalista cabe proceder a uma severa disciplinação não só da política imigratória como, também, da política migratória. Temos de seleccionar as correntes alienígenas que desejem fixar-se no Brasil, a fim de que os elementos que venham para cá se transformem em forças produtivas auxiliares e não concorrentes dos trabalhadores nacionais. De outro lado, não se pode continuar permitindo que os campos e as cidades se despovoem cada dia mais, e, cada dia mais, as cidades se transformem em megalópoles onde imperem a miséria, a violência, a insegurança e os crimes, pelo que deveria ficar estabelecido:

a) que os estrangeiros desejosos de vir para o Brasil fossem trabalhar nos campos, ressalvado o caso dos cientistas ou técnicos de alta especialização contratados eventualmente pelas universidades ou pelas empresas, estatais ou privadas, no sentido do aperfeiçoamento de nossas indústrias;

b) que esses estrangeiros que viessem para se fixar possuísem um capital financeiro mínimo, não participassem de atividades político-partidárias e fossem submetidos a rigoroso exame de saúde;

c) que nenhum cidadão, brasileiro ou estrangeiro, poderá transferir-se, em caráter definitivo, do interior para os grandes centros urbanos, salvo se com um emprego público ou privado previamente garantido no centro para onde desejar transferir-se;

d) a instituição de um modelo agrário em que se dê efetiva proteção aos camponeses, de modo a assegurar-lhes salário adequado às suas necessidades, instrução técnica, assistência médica e previdenciária, justiça, escolas para seus filhos, crédito, lazer, moradia, financiamento para a sua produção etc.;

e) o recrutamento das populações ociosas dos grandes centros urbanos, as quais, com o caráter de "exército de trabalhadores", como há tempos projetou o Secretário-Geral do IBGE, Cristóvão Leite de Castro, serão aproveitadas na ocupação dos espaços vazios do território nacional e nas zonas carentes de mão-de-obra, propi-

ciando-se-lhes o acesso à terra, instrumental de trabalho, orientação técnica etc.;

f) um racional planejamento familiar, com o objetivo de fazer com que toda a família se constitua, efetivamente, uma célula viva da sociedade nacional. O camponês tem de afirmar-se como uma pessoa e não como um número nas estatísticas demográficas; e

g) proibição de venda de terras a pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras, às quais só deverá ser permitido o usufruto dessas terras, por prazo certo e previamente fixado.

O território pátrio não deve ser objeto de venda. Aliená-lo é correr o risco de perdê-lo. O capitalismo imperialista, pelos seus agentes, está em condições de adquirir a quantidade de terras que deseje, enchê-las com os nacionais de seus países e amanhã, através das artimanhas de que é pródigo, como, por exemplo, plebiscitos, à moda do das Malvinas, proclamar, sobre essas terras, a soberania dos países a que pertençam seus proprietários. Dessa maneira, insistamos, ao estrangeiro deve ser concedido somente o uso, nunca o domínio da terra.

No que diz respeito ao controvertido problema da *intervencionismo*, não temos a menor dúvida: o poder intervencionista do Estado deve ser proclamado e reconhecido como uma *conditio sine qua non* de nosso desenvolvimento econômico, de nosso equilíbrio social, de nossa segurança, da ordem, da própria soberania nacional.

Nos dias que correm não há mais, nem poderia haver, nenhum "Estado abstêmio", do tipo liberal-democrata clássico, onde a economia gire em torno do *laissez-faire*. Os Estados Unidos, por exemplo, que tanto defendem o princípio da livre concorrência nas relações com os demais países (ele é o mais rico e o mais desenvolvido), são, no plano interno, no que toca à defesa dos interesses de seus nacionais, extremamente intervencionistas. O Brasil, inclusive, tem sido uma vítima constante dessa política protecionista dos seus "amigos" do Norte, com as sucessivas taxações do nosso calçado, do nosso aço, da nossa soja, da nossa laranja.

E não só o Brasil; ainda agora, noticiam os jornais estadunidenses que o Departamento de Estado da grande democracia do setentrião, com o propósito de assegurar emprego aos norte-americanos, está cogitando de uma lei que proíba estrangeiros de trabalhar em navios mercantes daquele país.

Por tudo isso — e por muito mais, ainda — deixemos que fiquem falando para si próprios os nossos liberais, os sinceros e os ingênuos, e também os espertalhões, tantos são, entre eles, os que, no Executivo, no Legislativo e na imprensa, no rádio e na televisão, se revelam a serviço de potências estrangeiras e de empre-

sas multinacionais, e justifiquemos a presença do Estado sempre, onde e quando ela se fizer necessária à defesa dos interesses da Nação.

Recordemos, apenas, de passagem, que, no Brasil, não fora o Estado, não teríamos petróleo, nem a grande siderurgia, nem as usinas hidrelétricas de Itaipu e Tucuruí, nem Angra I e II, nem Vale do Rio Doce, nem fábrica de aviões e de tanques militares, nem álcool—motor. É burrice e sem-vergonhice, portanto, combater a intervenção do Estado e pregar a "privatização" das empresas estatais (os grupos alienígenas vivem de olho na PETROBRAS, na Vale do Rio Doce e em outras coisas.) Ademais, depois dos escândalos da Delfin, da Coroa Brastel, da Capemi, do Sulbrasileiro etc., não é de se confiar muito nas empresas privadas...

Ao Estado deve também a Carta Magna facultar, dentro dessa competência intervencionista no domínio econômico, o monopólio e a nacionalização de qualquer indústria ou atividade, seja por motivo de segurança nacional, seja para organizar setor que não possa ser satisfatoriamente desenvolvido no regime de competição e livre iniciativa, seja para resguardar os interesses do País ou de empresas brasileiras. E, nesse terreno, insistamos em que a Informática, pela sua importância no mundo moderno, tem de continuar fora do alcance das garras das multinacionais.

Do mesmo modo, não de ficar longe da cobiça estrangeira os minerais estratégicos, assim definidos pelo Conselho de Segurança Nacional.

Quanto à concessão de terras a estrangeiros, nunca é demais repetir: território não é coisa que se venda. O Estado é território, mais povo, mais governo. Alienar terra é alienar soberania. Ao estrangeiro, indivíduo ou empresa, pode ser concedido o *uso*, jamais a *propriedade* da terra.

Os serviços de televisão, energia hidráulica, correios, telégrafos, telex, transportes aéreos, marítimos e terrestres, mineração, indústria pesada e outros, devem ser, ou monopolizados pelo Estado, ou, quando muito, concedidos, mediante severas condições, a brasileiros natos. A propósito, relativamente à televisão, temos assistido a uma série de programas que destoam completamente de nosso espírito e de nossa formação cristã, valendo como verdadeiros insultos ao nosso caráter.

Quanto à energia nuclear, maior ainda deve ser o controle estatal, dado que o futuro de qualquer país está a ela intimamente ligado. O mesmo se pode dizer quanto aos combustíveis: petróleo e álcool-motor (de cana, de madeira, de mamona, de babaçu). Nenhuma concessão o Estado deve fazer nesse setor, e até mesmo

as organizações particulares que operam em tais atividades devem estar sujeitas a um controle severo e permanente.

Respeitantemente à ordem social — tão vinculada à econômica — a Constituição há de garantir aos trabalhadores, das cidades e dos campos, além de outros, os seguintes direitos:

1 — salário mínimo, capaz de satisfazer às suas necessidades e às de sua família;

2 — salário família por dependentes;

3 — proibição de diferença de salário e de critério de admissão por motivo de sexo, cor, estado civil, credo religioso ou nacionalidade;

4 — salário do trabalho noturno superior ao do trabalho diurno;

5 — adicional de insalubridade e de periculosidade em trabalhos realizados em ambientes impróprios à saúde ou em que haja risco de vida;

6 — integração do trabalhador nas empresas, mediante participação nos lucros e na gestão das mesmas;

7 — licença remunerada e garantia do emprego à trabalhadora gestante;

8 — duração diária de trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos em lei, assegurado o pagamento de horas extras;

9 — férias anuais remuneradas;

10 — repouso semanal remunerado;

11 — seguro contra desemprego;

12 — seguro contra acidentes;

13 — higiene e segurança do trabalho;

14 — proibição de trabalho, em indústrias insalubres, a mulheres e menores de dezoito anos, de trabalho noturno a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de doze anos;

15 — fixação do percentual de empregados brasileiros natos (dois terços) nos serviços públicos dados em concessão a empresas privadas, proibida a diferença de salário, para o mesmo trabalho, entre nacionais e estrangeiros;

16 — estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido sem justa causa, ou fundo de garantia equivalente;

17 — construção de creches, nas empresas com mais de quinhentos empregados, para os filhos das operárias;

18 — reconhecimento das convenções coletivas de trabalho;

19 — assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;

20 — instalação, nas fábricas, de aparelhos que evitem a poluição ambiente;

21 — fechamento de fábricas, oficinas ou qualquer estabelecimento que envenene ou destrua o meio natural;

22 — previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado;

23 — colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, com a contribuição equitativa de empregadores e empregados;

24 — instalação de escolas de ensino técnico gratuito para aperfeiçoamento do trabalhador, a serem criadas pela União e pelas empresas, com a participação dos Estados e dos Municípios onde elas forem instaladas;

25 — aposentadoria voluntária para a mulher, aos trinta anos, e, para o homem, aos trinta e cinco anos de efetivo trabalho;

26 — preferência, para admissão nas empresas, aos filhos de seus empregados;

27 — reconhecimento da soberania da Justiça do Trabalho na disciplinação das relações entre empregadores e empregados, a ela cabendo a decisão final sobre questões de salários, direitos e vantagens, na forma da lei.

Outra providência a ser tomada, no campo do direito social, diz respeito à socialização do deficiente físico. A ele devem ser proporcionadas: educação especial, assistência, reabilitação e reintegração na vida econômica, social e política. Da mesma forma, deve ser dada ao deficiente físico preferência na admissão para certo tipo de atividades, compatível com suas condições. Em qualquer caso, o salário do deficiente físico há de ser igual ao do trabalhador normal, em emprego da mesma categoria.

A greve é outra questão seríssima e que requer um tratamento corajoso. Encaramo-la de maneira completamente diversa da da maioria dos que versam o assunto. Geralmente conceituam-na como um direito; preferimos defini-la como uma doença, ou melhor, como um *sintoma* de uma doença social. O que não impede, em determinados casos e em certas circunstâncias, que ela possa constituir um direito.

A greve só acontece quando há um rompimento na relação de trabalho entre empregado e empregador, seja no tocante a salário, a horários de serviço, a condições de trabalho, a gratificações, vantagens, segurança etc. Falamos da greve normal, porque existe a

chamada *greve política*, que transborda dos direitos sociais, inscreve-se noutro contexto e merece outro tratamento.

Ora, se a greve, no setor trabalhista, é uma fratura no relacionamento jurídico entre patrões e empregados, logo se vê que, num país onde existe uma Justiça do Trabalho, ela é, em tese, inadmissível.

Quem regula os direitos e os deveres recíprocos de empregadores e empregados, no Brasil, é a Consolidação das Leis do Trabalho, aliás um excelente Código de Direito Social. E o órgão que interpreta e aplica esse Código é a Justiça do Trabalho. Assim, qualquer caso que surja, individual ou coletivo, envolvendo interesses do empregado e do empregador, relativo a salários, férias, prêmios, licenças, horas extras, gratificações, aumentos etc. é a Justiça do Trabalho que deve solucionar em última instância, e a essa decisão não de submeter-se os litigantes.

Dessa maneira, só seria concebível falar-se em "direito de greve" na hipótese de a parte vencida não acatar a decisão da Justiça especializada. Ai, sim, a parte vitoriosa teria o direito de fazer greve, para forçar a parte vencida a acatar o veredito do tribunal. Fora daí a greve deveria ser severamente punida e tratada como crime contra a ordem social.

Quanto às denominadas "greves políticas" são intoleráveis e deveriam estar capituladas no Código Penal como atos passíveis de severa repressão. Assim as greves de professores, estudantes, datilógrafos, contínuos, porteiros e faxineiros de uma Universidade, para forçar o governo a nomear um reitor de sua preferência. Assim a greve de médicos, fisioterapeutas, enfermeiros, massagistas, atendentes, telefonistas, mensageiros e motoristas de um hospital, para que o governo demita um diretor que não seja de sua predileção. Assim — como já aconteceu no Brasil — a ameaça de greve de operários numa indústria qualquer, para que o Supremo Tribunal Federal decida em favor de uma pessoa de sua simpatia, em questão que não tenha nada a ver com a indústria nem com os trabalhadores. Assim, a "greve de solidariedade" de trabalhadores de uma categoria, para favorecer reivindicações de colegas de outras categorias. Assim, a greve de funcionários públicos, proibida pela Constituição e inacreditavelmente tolerada por autoridades que tanto falam em respeito à Carta Magna. E outras mais.

A propósito, cumpre acentuar que, nas chamadas "democracias populares", onde se diz que "os trabalhadores governam", jamais acontecem greves.

Seja como for, estamos que, no dia em que se der realmente ao trabalhador do campo e da cidade uma justa participação nos

lucros das empresas, e uma participação, também, na sua gestão as greves — ainda que legalmente admitidas — não mais ocorrerão.

O certo é que o lucro de uma empresa comercial, industrial ou rural tem origem no emprego de um capital, mas é fruto do trabalho conjunto de empregadores e empregados, sendo injusto, portanto, que somente os primeiros dele usufruam. O capital, parado, nada representa. É o trabalho que o dinamiza, o multiplica. Que produz o lucro. E o trabalho é feito em conjunto, solidariamente, pelo empregador, que planeja e dirige, e o empregado, que executa. Se os empregados tiverem uma parte razoável nesse lucro, tudo indica que se tornariam mais assíduos, mais zelosos, mais produtivos, pois quanto maiores fossem os lucros das empresas, maiores seriam os seus rendimentos e nenhum deles — salvo por motivo político — teria interesse em, através de greves, prejudicar-se a si próprio e a sua família.

A presença do empregado no corpo direcional da empresa pode, outrossim, ser útil ao empregador. Empregados há que, pela sua larga experiência, senso prático, conhecimento de negócios e vivência no serviço, podem, mediante conselhos, sugestões ou meras informações, contribuir para melhorar o rendimento das organizações em que trabalham.

XI — *Pena de morte*

Uma simples mirada na sociedade moderna, a brasileira incluída, convence-nos da necessidade, imperiosa e inadiável, da adoção, em nossa legislação penal, da pena de morte.

A situação chega a ser escabrosa. São indivíduos que vendem segredos do Estado a Potências rivais; altas autoridades do Estado a enriquecerem à custa do dinheiro do povo; seqüestro e assassinato de turistas; assaltos a bancos; estupro e assassinio de mulheres em geral, e de menores, em particular; crianças de até cinco anos são vítimas de bandidos; um delegado mata um subalterno que o acorda para o cumprimento de uma obrigação; a polícia se torna cúmplice de estelionatários e contrabandistas. E assim por diante. Como os "estouros" de instituições financeiras e de Bancos que são verdadeiras armadilhas para apanhar o povo incauto, mas — aí o mais grave — cujos responsáveis continuam soltos, alguns até protegidos e usufruindo das roubalheiras que cometeram, enquanto as vítimas não sabem para quem apelar.

A insensibilidade e o cinismo dos grandes larápios do povo chegam a tal ponto que eles ainda se julgam no direito de pedir ao governo que recupere as suas "arapucas", às custas dos dinheiros públicos, e alguns conseguem essa benesse, por intermediação de

“líderes” (?) políticos desprovidos de civismo, de senso de responsabilidade, de respeito à coisa pública.

Enquanto isso — é oportuno lembrar — na China e na União Soviética alguns antigos chefes do Partido Comunista, e até Ministros de Estado, com largos serviços prestados ao país e ao povo, são fuzilados em praça pública, por se haver provado que se locupletaram com o dinheiro do povo. Também na Inglaterra um Lord da Câmara Alta renuncia, por se haver mostrado indigno do cargo. E, nos Estados Unidos, um Presidente é forçado a deixar a Presidência, pressionado pela opinião pública, no caso de Watergate

Por tudo isso, e mais o que se observa por aí, julgamos ser necessário adotar a pena de morte:

- a) em tempo de guerra, nos casos previstos em lei;
- b) nos casos de traição à Pátria;
- c) nos casos de enriquecimento ilícito, à custa dos dinheiros públicos;
- d) nos casos de homicídio e estupro praticados contra menores de dezesseis anos;
- e) nos crimes praticados com excesso de crueldade, na forma da lei.

XII — *Prerrogativas parlamentares*

De quando em vez surgem certos escândalos nas Casas Legislativas, tanto no plano federal quanto no estadual e até mesmo no municipal, com graves ônus para a instituição parlamentar, que, assim, vai tendo a sua imagem comprometida no conceito geral.

Os casos recentes, acontecidos na Assembléia de Alagoas (com Diretores e Assessores percebendo Cr\$ 47.000.000 por mês), da Câmara Municipal de São Paulo (onde funcionários chegam a ganhar Cr\$ 28.000.000 mensalmente) e da Prefeitura de Fortaleza (onde o Prefeito-tampão, Presidente da Câmara Municipal, e que ficou no cargo apenas nove horas, assinou, nesse curto espaço de tempo, quatrocentas e trinta nomeações) devem ser profundamente meditados, pois, somados aos famosos “trens de alegria”, que andaram trafegando pelos trilhos de quase todas as Assembléias e até mesmo no Senado e na Câmara dos Deputados, estão servindo para favorecer a causa dos que negam validade ao Poder Legislativo.

Tais ocorrências, que implicam ofensa à Constituição federal, ao Estatuto dos Funcionários Públicos, aos Regulamentos das Casas Legislativas, e, sobretudo, à ética administrativa, ao mesmo tempo que exigem pronto corretivo, indicam que, na feitura da nova

Constituição, o constituinte deverá agir com muito critério ao fixar as prerrogativas dos parlamentares.

Frise-se, a bem da verdade, que o nepotismo, o desrespeito à Constituição e às leis, o desprezo pelo Estatuto dos Funcionários e pelos Regimentos e Regulamentos, não são "privilégio" dos Legislativos, pois têm acontecido, igualmente, cada vez com maior frequência, nas áreas do Poder Executivo e, mesmo, do Poder Judiciário, tudo isso nos falando de uma *decadência moral que compromete seriamente os nossos foros de povo civilizado.*

Seja como for, dentro da atual estrutura política do País, o Poder Legislativo, colocado como órgão fiscalizador do Executivo, há de, para isso, possuir a necessária autoridade moral e não pode, por isso mesmo, justificar seus abusos e suas mazelas com os abusos e as mazelas verificados nos setores executivo e judiciário. O Legislativo tem que dar o exemplo.

Conquanto, na prática, o nosso Parlamento, no regime demoliberal capitalista ainda vigente, não represente, como devesse, os diversos segmentos da sociedade, mas quase que só a plutocracia (as grandes indústrias, o alto comércio, as grandes instituições financeiras, as grandes organizações agropecuárias etc.) teoricamente representa o povo, e, pelo menos em respeito a essa ficção jurídica, deve pôr-se num posicionamento cívico que o imponha ao respeito da Nação.

Segundo o nosso entendimento político, expresso em diversos estudos e nas presentes sugestões, os "Poderes" do Estado, no modelo político por nós projetado, passariam a ser simples "órgãos" do Estado, e, por outro lado, em vez de eleições diretas, o Parlamento seria constituído por bancadas compostas de representantes das diferentes categorias profissionais, o que lhe daria maior autenticidade, podendo ele então representar, realmente, todos os segmentos da sociedade, e, com isso, certos fatos, hoje comuns e desmoralizantes para a instituição, talvez pudessem ser evitados.

Todavia, tudo faz crer que o sistema capitalista demoliberal continuará, com seus dogmas, seus artifícios, seus vícios, seu federalismo e sua divisão de "Poderes", e, assim sendo, temos que buscar remédio para tais males dentro desse quadro mesmo.

Até hoje, em verdade, não se descobriu melhor regime político que o democrático, e é aceito, sem discussão, que democracia é inseparável do Parlamento, que deve ser, em última instância, o porta-voz da sociedade. A propósito, como advertiu um cientista político, para se ter uma idéia do valor do Parlamento, basta imaginar-se um país sem ele. . .

Por outro lado, sabe-se que, para perfeito desempenho de sua missão, o parlamentar precisa de amplas garantias, entre elas total liberdade de crítica.

Hoje, porém, o Parlamento, mesmo nos regimes demoliberais, tem menos funções legislativas e mais atuação política, e, desse modo, há que estruturá-lo de maneira que bem possa desincumbir-se de suas tarefas. Por exemplo: não se deve subtrair ao exame do Parlamento nenhum documento, nenhum tratado, nenhum acordo, nenhuma informação, desde que ele considere necessário esse exame.

Outrossim, deve o Parlamento ter o direito de convocar qualquer pessoa, autoridade pública ou não, do setor político ou do setor privado, para depor perante uma comissão de inquérito, sempre que isso for exigido pelos superiores interesses da Pátria.

No plano internacional, deve-se dar ao Congresso uma participação maior e mais efetiva na fiscalização dos negócios realizados pelas nossas Embaixadas. O ideal, mesmo, seria que o Senado tivesse um Senador-Corregedor, incumbido de, à maneira de um *Ombudsman*, visitar, periodicamente, nossas Embaixadas e nossos Consulados, para avaliar a conduta política dos nossos representantes no Exterior. Como decorrência lógica e necessária do direito que tem de apreciar e aceitar, ou rejeitar, os nomes propostos pelo Executivo para Embaixadores, o Senado deveria ter, correlatamente, o direito de propor ao Presidente da República a transferência e até mesmo demissão desses Embaixadores, caso o Senador-Corregedor viesse a propor à Casa essa medida, dando-se ao Senado o poder de demitir o Embaixador, por dois terços dos votos dos seus membros, se o Presidente da República não atendesse à recomendação do Senado num prazo determinado.

Poderia, igualmente, ser reconhecido ao Congresso (Senado e Câmara reunidos) o direito de propor o afastamento de qualquer Ministro de Estado, com direito, também, de demiti-los, se não o fizesse o Presidente da República, pelo voto de dois terços dos parlamentares.

Contudo, que não se confundam *prerrogativas* parlamentares com *privilégios* de ordem pessoal, nem *imunidade* com *impunidade*, pelo que não é de admitir-se contínuem a acontecer, no Parlamento, nas Assembléias estaduais e nas Câmaras municipais aqueles fatos degradantes, como os aqui apontados.

O Parlamento tem que ser forte e respeitado, mas, para isso, tem que fazer-se respeitar, inclusive alijando, de seus quadros, aqueles parlamentares que não souberem portar-se à altura de sua missão.

(julho, 1985.)

Constituição e Constituinte

MIRTÔ FRAGA

Mestre em Direito Público; Assessora Parlamentar do Senado Federal; ex-Professora de Direito Constitucional, de Teoria Geral do Estado, de Ciência Política e de Direito Internacional Público em Minas Gerais; ex-Professora de Direito Internacional Público na Universidade de Brasília; ex-Assessora Jurídica do Ministro da Justiça

SUMÁRIO

- I — Breve resumo de nossa história constitucional
- II — Conceito de Constituição
- III — Noção de soberania
- IV — Nova Constituição. Ato revolucionário. Poder constituinte
- V — Assembleia Nacional Constituinte
- VI — Convocação da Constituinte
- VII — Funcionamento da Constituinte
- VIII — Conteúdo da futura Constituição

Conferência pronunciada, em 7 de junho de 1985, em Divinópolis, a convite da 48ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Minas Gerais.

O momento histórico que vivemos nos incita à reflexão e ao estudo, à tomada de consciência, à definição de nossas necessidades e dos meios de satisfazê-las. A procura de soluções que nos dêem garantias e meios para aperfeiçoar nosso ordenamento jurídico e assegurar a ambicionada estabilidade de nossas instituições não é tarefa exclusiva dos juristas e dos políticos. A discussão sobre a espécie de sociedade em que iremos viver, sobre as bases em que se assentarão as normas que regerão a nossa vida, sobre os fundamentos das disposições que irão disciplinar a própria estrutura da sociedade política, sobre a existência de direitos inalienáveis e sobre a forma de garanti-los não deve restringir-se ao plenário dos Poderes Legislativos, ou aos laboratórios dos cientistas políticos, às salas de estudo dos juristas, ou ao arbítrio do Poder Executivo. Toda a sociedade deve participar do debate, porque estão em jogo os destinos de todos nós.

Vivemos um momento histórico sem precedentes. A crise econômica, com uma dívida externa assustadora e uma inflação de mais de 200% ao ano, somada à crise social, reflexo da ineficiência da Administração e, sobretudo, de um regime que, praticamente, aboliu a participação popular, determinou a crise generalizada que atravessamos e, mais que isso, determinou a destruição de nossas instituições políticas, a desmoralização da autoridade, a perda dos valores morais. Durante vinte e um anos, o povo permaneceu como mero espectador — salvo em raríssimas ocasiões — desinteressando-se, por completo, da coisa pública.

Mas, chegamos a um ponto tal que não era mais possível qualquer tolerância. O povo, titular do poder, foi para as ruas bradar por eleições diretas. E, inconscientemente, num reduzidíssimo espaço de tempo, mobilizou-se para reaver o poder que não detinha, embora dele titular. Com efeito, a face do Brasil mudou radicalmente em menos de um ano: do início da campanha pelas diretas até à eleição de Tancredo Neves no Colégio Eleitoral, com o conseqüente fim do regime militar. A insatisfação frente às constantes transformações encontrou na crise generalizada o ponto de exaustão, determinando, por conseqüência, uma **situação constituinte**, como diria Severo Gomes.

Esse momento constituinte propicia a elaboração de nova Lei Fundamental, de nova Constituição. Mas, para que a futura Constituição seja verdadeiramente legítima, deve refletir os anseios e aspirações populares. Por isso, a necessidade de debates, de estudos. É importante, ainda, relembrar situações anteriores, para que os erros do passado se convertam em lições para o futuro. Iniciemos, pois, o nosso trabalho de hoje, fazendo um ligeiro resumo da nossa história constitucional.

I — Breve resumo de nossa história constitucional

Em nossa história constitucional, não foram raras as crises. Ao contrário, tivemos uma sucessão de golpes de Estado, fenômeno comum às sociedades políticas latino-americanas. Pode-se dizer que nascemos de um golpe de Estado, pois a Independência, ardentemente desejada, foi declarada por quem tinha, pelas leis vigentes, o dever de manter o *status* da colônia, já Reino Unido. Na verdade, muitos fatores circunstanciais tiveram um efeito multiplicador sobre os antigos e crescentes sentimentos nativistas que aqui medravam, como assinala MACIEIRA, no artigo **Constituição de 1824 — fato na História do Brasil**, publicado no nº 50 da *Revista de Informação Legislativa*. Com a presença de um príncipe da Casa Real portuguesa no Rio de Janeiro, abria-se a oportunidade histórica — diz o citado autor — para que nos tornássemos uma Nação politicamente independente. Se havia, no meio intelectual brasileiro, tendências para outra forma de Governo, a sensibilidade política e o sentimento patriótico dos nossos homens falaram mais alto e souberam, com extrema habilidade, captar a oportunidade que se lhes abria: a presença do Príncipe constituía um elemento aglutinador, permitindo, pela solução monárquica, que conquistássemos a independência sem perder a unidade.

De fato, o pensamento predominante no Brasil, ao fim do século XVII, era republicano, como se percebe, claramente, na Inconfidência Mineira e no movimento de 1794, no Rio de Janeiro, movimento que Afonso Arinos chama de Inconfidência Carioca. Na primeira, o modelo era a Constituição norte-americana, da Convenção de Filadélfia, de 1787; no segundo, a francesa de 1793. Mas, sufocados os dois movimentos, a transferência da Corte lusitana, em 1808, alterou os dados da questão e abriu a perspectiva para a tão sonhada conquista da Independência, afinal proclamada quatorze anos depois.

Instalada em 3 de maio de 1823, a Assembléa Constituinte foi dissolvida por ato do Imperador em 12 de novembro do mesmo ano. O projeto de Constituição, elaborado pelo Conselho de Estado sob a presidência do próprio Imperador, é enviado às Câmaras Municipais que o aprovam, com raras restrições. Foi vitoriosa a tese do juramento imediato, uma vez que a convocação de nova Constituinte implicaria demora na organização constitucional. Em 25 de março de 1824, na Catedral, em cerimônia de grande pompa, o Imperador jurou a Constituição.

Apesar de outorgada, a Constituição de 1824 é considerada por todos, ou quase todos os autores, um documento liberal, moderado, prudente. Diz AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, no seu **Curso de Direito Constitucional Brasileiro** (vol. II, p. 88), que “ela foi um

grande Código político, dos maiores produzidos pela ciência e experiência políticas do século XIX” e que, “vencendo óbices e dificuldades sem conta, propiciou a consolidação da Independência e da unidade nacionais, e tornou possível, durante 65 anos, o desenvolvimento geralmente pacífico do Império brasileiro, oásis de ordem, equilíbrio e relativa civilização, em comparação com o drama circundante da anarquia sul-americana”.

Apesar do oásis a que se refere AFONSO ARINOS, tivemos, durante o Império, diversas crises, rebeliões, guerras, inclusive uma externa. Diversos fatores contribuíram para que se acelerassem as reformas pleiteadas por todos. O manifesto republicano de 1870 foi uma amostra das idéias então reinantes. Desde o fim da Guerra do Paraguai, crescera o prestígio do Exército. A questão militar teve início com a rebeldia de alguns coronéis (Madureira e Cunha Matos) e cresceu em franco desrespeito ao poder constituído, para culminar com a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, pelo Marechal Deodoro da Fonseca, herói da Guerra do Paraguai.

Convocada pelo Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, a Assembléia Constituinte instalou-se solenemente em 15 de novembro, para discutir o Projeto de Constituição que o Governo Provisório mandara preparar e que sofreu pouquíssimas alterações. Promulgada pela Assembléia Constituinte, a 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição republicana sofreu, apenas, uma emenda, a reforma de 1926, nos seus quase 39 anos de vigência, tal qual a Constituição Imperial alterada, apenas, com o Ato Adicional de 1834.

Como se vê, a ordem constitucional brasileira foi estável ao tempo da Monarquia e na primeira República, com a Constituição de 1891.

Todavia, a partir de 1930, a ordem constitucional brasileira tornou-se instável, como o demonstram as sucessivas Constituições: Carta Provisória de 1930, Constituições de 1934, 1937, 1946. Getúlio Vargas esteve no poder por quinze anos consecutivos. Em conferência proferida na Universidade de Brasília, em 1977, CLAUDIO PACHECO, emérito constitucionalista, resumiu, assim, o período que se seguiu ao Golpe de Estado de 1930:

“Pouco antes da implantação desse Governo, lavrou a grande crise que irrompeu nos Estados Unidos, espalhou ondas de devastação pelo mundo inteiro e perdurou longamente corroendo as bases da riqueza das nações. Aqui no Brasil, obrigou a uma década de penúrias. Os recursos escasseavam. Os nossos produtos de exportação não geravam

renda suficiente para as nossas necessidades de pagamentos no exterior. Veio depois, nessa carência tremenda de recursos, uma seca catastrófica no Nordeste e a Revolução de São Paulo, que obrigou o Governo a despesas desmedidas, com natural efeito de enormes "deficits" financeiros. Ademais, o continuísmo pessoal do próprio ditador criou deturpações de toda ordem. Ele mal se conformou com a constitucionalização de 1934. Depois dessa constitucionalização, praticamente suspendendo-a, conseguiu armar-se com poderes excepcionais, logo instaurando uma ação de desalmada repressão e, com isso, abrindo caminho para abolir essa Constituição de 1934 e promulgar, pela via de uma outorga pessoal, comparável à da Monarquia, a Constituição de 1937. Mal a outorgou, aboliu-a também, pois não a cumpriu nem a executou. O que ele realmente instaurou, daí por diante, foi o regime de poder individualizado, sem pauta eficaz de limitação. Com isso, quando chegou a hora de elaborar a Constituição de 1946, a área de nossas instituições era uma terra devastada e desértica, em que foi preciso criar tudo de novo. A Constituição de 1946 foi assim um reinício, que teve logo a fortuna de um primeiro Presidente da República realmente disposto a fazê-la cumprir, e de quem se dizia que, para melhor cumpri-la, sempre tinha o prospecto nas mãos. Através dela, o regime presidencial recomeçou a sua rota de expansão. Por sua vez, a Federação finalmente flutuou, emergiu, já com algum retrocesso, para uma breve fase de realização. Mas o fantasma do retrocesso político continuava pairando sobre o Brasil. O Sr. Getúlio Vargas elegeu-se de novo Presidente da República e a certa altura, dava a impressão de que não queria substituto, de que queria continuar de novo e foi deposto. Matou-se o Sr. Getúlio Vargas, mas o getulismo voltou em 1961, com o Governo do Sr. João Goulart, que foi preciso depor de novo, com nova interferência, digamos, sanitária, do poder militar em 1964 (in **O Pensamento Constitucional Brasileiro**, Câmara dos Deputados, 1978, pp. 158/159).

Vitoriosa, a Revolução de 31 de março de 1964 procurou reformular a vida política do País, num processo inicial que resultou em diversas emendas à Constituição de 1946; isto é, da Emenda nº 7 até a Emenda nº 21. Só no ano de 1964, foram promulgadas quatro emendas. Ao lado das Emendas, ou melhor, acima da Constituição, surgiram os atos institucionais, verdadeira manifestação do Poder Constituinte. Dentre esses, merecem destaque especial os Atos Institucionais n.ºs 2, de 1964, e 4, de 1966. O primeiro preparou as bases

para o encaminhamento de uma Constituição nova; o segundo, o Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, convocou o Congresso Nacional para reunir-se extraordinariamente, de 12-12-66 a 24 de janeiro de 1967, com finalidade de discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República. O trabalho deveria estar concluído em 21 de janeiro de 1967 para a promulgação no dia 24 seguinte. E isto foi feito.

A nova Constituição, decretada e promulgada pelo Congresso Nacional, entrou em vigor em 15 de março de 1967. Pensava-se que, a partir daí, haveria relativa estabilidade que permitisse ao Governo revolucionário a ação saneadora e a devolução do poder aos civis. Entretanto, curiosamente, surgiu, de imediato, a tese da revisão constitucional, pela convocação da Assembléia Constituinte. O debate político que, então, se travou teve reflexos na área estudantil. A consequência da crise foi a promulgação do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, por meio do qual houve a ruptura da ordem constitucional precedente, em manifestação típica do Poder Constituinte originário. A Constituição de 1967, na lição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “não mais vigorava em decorrência do Congresso Constituinte, convocado por força do Ato Institucional nº 4, mas em decorrência da vontade constituinte enunciada com o Ato Institucional nº 5” (in **O Pensamento Constitucional Brasileiro**, Câmara dos Deputados, 1978).

Outros onze Atos Institucionais se seguiram ao de nº 5, muitos deles introduzindo reformas profundas na estrutura estabelecida pela Constituição. Em 17 de outubro de 1969, foi promulgada pela Junta Militar que, então governava o País, a Emenda nº 1, sobre cuja natureza, os autores não chegaram, ainda, a um acordo. PAULINO JACQUES, por exemplo, entendeu-a como nova Carta (Pela Ordem Constitucional, in **Rev. Inf. Legislativa**, nº 65, pp. 49/50), enquanto MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO a vê como Emenda (in **O Pensamento Constitucional Brasileiro**; p. 198) e PAULO BONAVIDES como uma espécie de Ato Institucional de duzentos artigos (“O Direito Constitucional e o Momento Político”, **Rev. Inf. Legislativa**, nº 81, p. 222).

Mas, não parou aí a instabilidade constitucional: de 9 de maio de 1972, quando se promulgou a Emenda nº 2, até hoje, num período de 13 anos, tivemos vinte e cinco Emendas à Constituição. O Estatuto Político converteu-se numa verdadeira colcha de retalhos... Ainda hoje, tramitam no Congresso Nacional 169 propostas de emenda à Constituição. Perdeu-se o respeito à Lei Superior, que passou a ser alterada segundo as conveniências do momento, num casuismo incontrolá-

vel e pernicioso. CLAUDIO PACHECO atribui tudo isso, em grande parte, a Getúlio Vargas. Em conferência proferida na Universidade de Brasília, analisando a Constituição de 1946, o autor criticou Getúlio, para, finalmente, concluir:

“o que de pior ele consumou foi a desmoralização das Constituições, o oposto do que ocorreu nos Estados Unidos. Os americanos se habituaram, no início, a venerar a sua Constituição, como se ela fosse uma nova arca sagrada. E ela dura há dois séculos, com poucas emendas. Nós tivemos a Constituição de 1824, que durou razoavelmente. Depois, foi preciso mudar realmente, porque depusemos a Monarquia. Para implantar o novo regime era preciso fazer uma nova Constituição. Mas o Sr. Getúlio Vargas aboliu três Constituições e daí por diante, baixou o nível do respeito ao Código Constitucional. Entramos francamente no ritmo acelerado da instabilidade constitucional, do nomadismo institucional...” (in **O Pensamento Constitucional Brasileiro**, Câmara dos Deputados, 1978, p. 160).

Mas, voltemos aos fatos de nossa História. O movimento em prol da Constituinte, iniciado em 1968 e abafado com o AI nº 5/68, retorna em 1978. A princípio, tímido para transformar-se, pela vigorosa pregação do “Movimento Democrático Brasileiro” — mais tarde “Partido do Movimento Democrático Brasileiro” —, no anseio da Nação inteira. Antes que isso acontecesse, iniciou-se a chamada abertura, que teve no Governo Geisel o momento de glória com a revogação dos Atos Institucionais, o que ocorreu por meio da Emenda Constitucional nº 11/78, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1979. Preparavam os militares o terreno para a devolução do poder aos civis. Veio a anistia e com ela a volta dos exilados. A abertura permitiu que a Oposição vislumbrasse a oportunidade de assumir o poder e que, em 1982, alcançasse a vitória em diversos Estados.

A campanha em defesa da eleição direta para a Presidência da República, em 1984, empolgou o País inteiro e o povo se mobilizou. Sepultada a Emenda Dante de Oliveira, em 25 de abril de 1984, a oposição que sempre criticara o voto indireto, compreendeu que, para alterar as regras do jogo, teria de assumir o poder e isso, no momento, só poderia ocorrer com a sua participação no Colégio Eleitoral. O nome do então Governador de Minas Gerais, Tancredo Neves, surgiu, naturalmente. Sua cultura, sua experiência, sua habilidade política, sua fé e seu sentimento religioso, seu apego às tradições, seu devotamento à causa pública, enfim suas qualidades morais e intelectuais e, sobretudo, seu espírito conciliador o credenciaram como o candidato do

consenso: foi transformado em candidato acima dos Partidos: em torno dele se uniram antigos rivais; os militares lhe deram apoio e o próprio Governo Figueiredo o aceitou. O povo, nas ruas e nos comícios, endossou a escolha e participou ativamente da campanha, tal qual o faria numa eleição direta.

Quis o destino, porém, que o homem que conseguir reunir em torno de si todas as correntes de opinião não chegasse ao poder. O estado de saúde, que ele tentava esconder, se agravou na noite da véspera da posse e o Presidente eleito teve que ser internado. Os trinta e oito dias de agonia que abalaram a opinião pública tiveram seu desfecho em 21 de abril. Morreu Tancredo Neves, mas não morreram suas idéias. O 15 de março de 1985 ficará registrado na História como o dia em que teve início a **Nova República**.

Em decorrência de todos esses fatos, em virtude do forte clamor público, pode-se dizer que é inevitável a elaboração de um novo estatuto político. A convocação de uma Assembléia Constituinte se impõe. E se impõe porque nós vivemos um **momento constituinte**. De janeiro de 1984 a janeiro de 1985, a situação política brasileira mudou radicalmente. A mobilização política demonstrou da forma mais inequívoca possível a enorme distância entre o que se convencionou chamar **sistema** e o povo. SEVERO GOMES, numa afirmação feliz, disse que "a cidadania brasileira deu um salto de qualidade e o País entrou numa "situação constituinte", com uma vontade política que emergiu e se arma para a refundação nacional" ("Situação Constituinte", in **Constituinte e Democracia no Brasil**, p. 81). "A participação espontânea do povo" — disse ele — "gerou a consciência da necessidade de atuar no processo político de forma ativa num ato de vontade que se configura à situação constituinte. Por isso, já afirmei ser inevitável a convocação da Assembléia Constituinte. Sabemos que queremos uma nova Constituição. Mas, talvez não saibamos como queremos que ela seja".

É necessário, portanto, que nos preparemos para desempenhar bem o papel que nos cabe. Ao lembrar aqui os fatos principais de nossa história político-constitucional, colocamo-nos todos, em relação à maioria deles, como meros espectadores, passivos analistas. Os fenômenos que agora recapitulamos se repetem hoje. A História do Brasil continua a ser escrita. E, para felicidade nossa, de pacatos observadores nos transformamos em participantes. De nossa decisão, de nosso amadurecimento político, de nossa responsabilidade na participação, da consciência de nossa força dependerá o futuro de nossas instituições. O poder é nosso, a soberania nos pertence e somos nós que iremos decidir por que regras devemos pautar nossa vida dentro da sociedade política, por que normas se devem reger nossas relações com o Governo e, enfim, que sociedade queremos formar.

Antes, porém, de passar em revista as formas de convocação de uma Assembléia Constituinte, de discutir o conteúdo de uma Constituição, precisamos fixar certos conceitos e definir nossa posição em relação a eles. Temos falado muito em Constituição. Mas, o que é, para que serve, como se faz e quem faz com legitimidade uma Constituição? DALMO DE ABREU DALLARI, num livrinho pequeno, mas de grande conteúdo e que todos deveriam ler, intitulado **Constituição e Constituinte**, diz que quando se sabe por que motivo a Constituição foi criada fica mais fácil perceber também quais as conseqüências do seu desrespeito.

II — Conceito de Constituição

É ponto acorde entre os autores que a Constituição é o documento jurídico-político, em que se estabelece a organização do Estado, constituindo o ponto de partida da ordem jurídica positiva. Ela é, dessa forma, a norma fundamental a que devem subordinar-se todas as outras. Só no século XVIII aparecem as Constituições com o sentido que, hoje, lhes damos. O primeiro documento da História com o nome e o significado atuais surgiu na América do Norte, quando as colônias se preparavam para a independência. Em Virgínia, a 12 de junho de 1776, pela primeira vez na História da humanidade, como lembra BERNARD SCHWARTZ em **Os Grandes Direitos da Humanidade**, uma assembléia eleita pelo povo aprovou uma Constituição. E isto aconteceu antes da **Declaração de Independência** das colônias inglesas, que ocorreu no dia 4 de julho seguinte. Alguns anos depois, em 1787, surgiu a Constituição dos Estados Unidos da América, elaborada pela Convenção de Filadélfia. Ela organizou a **Federação**, estabeleceu a república como forma de governo, distribuindo o exercício da soberania entre os Poderes.

O constitucionalismo foi um movimento ideológico e político que surgiu no século XVIII. Seu objetivo foi destruir o absolutismo — aqui no mau sentido — dos monarcas e estabelecer normas jurídicas racionais e obrigatórias para todos: governantes e governados. Foi nessa época que apareceram as doutrinas contratualistas e a conseqüente necessidade de renovação do pacto social; a doutrina da separação dos Poderes como fórmula de conter os excessos dos titulares do poder; a doutrina do direito natural iniciada por HUGO GROTIUS.

Mas, continuemos nossa exposição. A palavra Constituição vem do latim **constitutio**, de **constituere**, que quer dizer organizar, constituir, formar. Constituir é organizar; constituição é organização. No sentido técnico, Constituição é um conjunto de regras e de princípios que dispõem sobre a estrutura e organização do Estado; que estabelecem a divisão dos Poderes, cuidando para que um limite o outro num

sistema de freios e contrapesos; que fixam as regras do acesso ao poder; que instituem um sistema de defesa interna e externa da ordem constitucional; que disciplinam o processo de sua reforma; que declaram os direitos individuais e sociais e estabelecem suas garantias; que protegem e promovem a dignidade humana; que estabelecem os direitos e as responsabilidades dos indivíduos, do povo, dos grupos sociais e do governo. "Constituição", como diz o Professor DALLARI, "é a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por uma lei que é superior a todas as outras e que, visando à proteção e à promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo".

Repetindo, a Constituição é o documento jurídico-político, em que se estabelece a organização do Estado, constituindo o ponto de partida da ordem jurídica positiva. Ela, dessa forma, é a norma fundamental a que devem subordinar-se todas as outras.

Ao relembrar a Declaração de Virgínia de 1776, vimos que um dos grandes objetivos da Constituição foi a organização do Estado, o disciplinamento da vida da sociedade política. No mesmo século XVIII, aliás o século das luzes, surgiu um outro documento que, na História da humanidade é bem mais conhecido que a Declaração de Virgínia: a **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, votada em 2 de outubro de 1789. Para muitos, a Constituição moderna, síntese de elementos liberais e democráticos, surgiu da Revolução francesa de 1789 e teve como suporte mental a teoria do poder constituinte, no dizer de JOSÉ CARLOS TOSELI BARRUFINI, no seu livro **Revolução e Poder Constituinte**. A França já era um Estado, tinha independência. Ali, com o movimento de 1789, o poder público deixou de ser monopólio real, para ser exercitada a soberania, também, por uma Assembléia poderosa que, com a coroa, constituíam os dois órgãos representativos da Nação, titular do poder, como assinala o grande MAURICE DUVERGER no seu **Manuel de Droit Constitutionnel et de Science Politique**. A Constituição já não era um pacto entre povo e príncipe ou entre organizações estamentais, mas uma decisão política da Nação, una e indivisível, para fixar o seu próprio destino, como afirma BARRUFINI na obra já citada.

III — Noção de soberania

Antes de estabelecer o conceito de poder constituinte, devemos precisar o que é soberania. Sabemos que o Estado como sociedade política possui autoridade e dispõe de poder. Não se pode, realmente, conceber uma sociedade sem autoridade. O Estado pereceria no caos e na anarquia se não possuísse autoridade e se não dispusesse de poder.

Autoridade é o direito de mandar, de dirigir, de ser ouvido, de ser obedecido. Poder é a força que vai tornar efetiva essa obediência. O poder próprio do Estado possui uma supremacia sobre todos os indivíduos e sobre todas as sociedades que formam sua população. Esse poder especial do Estado recebe a denominação de soberania.

Mas, na verdade, a soberania não é uma autoridade da sociedade política, mas uma qualidade da autoridade. É, justamente, o mais alto grau da autoridade do Estado. É a qualidade de ser supremo, de ser absoluto, de ser definitivo no domínio que lhe é reservado. Mas, ser absoluto não quer dizer ser arbitrário e sem limites. Absoluto é o poder do Estado porque no seu domínio — que é realizar o bem público de sua sociedade — não está sujeito a nenhum outro poder. O poder soberano é absoluto como poder político, o que quer dizer que, para realizar o bem comum da sociedade que governa, ele não está subordinado a nenhum outro poder, não depende de nenhum outro Estado, de nenhuma outra autoridade. Isto não quer dizer, porém, que ele possa fazer tudo e que não tenha limite. O poder político que pudesse fazer tudo e não tivesse nenhum limite, não seria soberano, mas arbitrário e despótico. Um poder arbitrário e despótico, por definição, não é obrigado a fazer isto ou aquilo, mas faz tudo o que quer. Ora, o poder soberano, por definição, é o poder que somente emprega a sua força para realizar o bem comum. Logo, poder arbitrário e despótico não é o poder soberano do Estado; é a violência, o crime, a loucura — não é soberania. Estado soberano deve ser entendido como aquele que se encontra direta e imediatamente subordinado à ordem jurídica internacional, sem que exista entre ele e o direito internacional qualquer outra coletividade intermediária. O Poder soberano do Estado é, pois, supremo e definitivo no seu domínio, mas não é, nem poderia ser arbitrário e sem limites.

As limitações da soberania são necessárias ou contingentes. Algumas são necessárias porque decorrem necessariamente da natureza das coisas, da própria natureza da soberania e dos objetivos do Estado. A finalidade última do Estado é a realização do bem comum. E só poderá fazê-lo, respeitando os princípios permanentes e naturais do direito e da moral. Além disso, o Estado não é um fim em si mesmo, sendo, antes, um meio para que os indivíduos cumpram o seu destino, desenvolvendo suas qualidades físicas, morais e intelectuais. Logo, o poder soberano do Estado encontra limitações nos direitos individuais que ele deve amparar e proteger, sob pena de não realizar o bem comum. E mais ainda: o Estado é uma sociedade natural, mas não é a única. Ele existe para realizar o bem comum temporal dos indivíduos, no terreno político. Entretanto, o homem precisa de outros bens temporais, que o Estado não deve desconhecer, mas de que não deve cuidar, porque lhe falta competência. A existência de outros Estados na ordem internacional cria, também, para cada Estado em particular,

limitações necessárias à soberania, pois o poder de um encontra limites no exercício do poder pelos outros.

Sobre a titularidade do poder não é preciso que nos alonguemos e que nos detenhamos no exame das diversas doutrinas: o poder pertence ao povo.

IV — Nova Constituição. Ato revolucionário. Poder Constituinte

A Nação inteira exige uma nova Constituição. Mas, se a Constituição é a lei suprema que deve ser respeitada, como podemos pretender nova Constituição se já temos uma em vigor? A resposta é simples, mas devemos, antes, analisar o conteúdo da expressão **poder constituinte**. Se Constituição é organização, constituinte é o que constitui, o que organiza. O poder constituinte é a mais alta expressão da soberania do Estado. É ele que estabelece a lei fundamental do Estado. Ora, se a soberania pertence ao povo, segue-se que o poder constituinte deve ser exercido pelo povo. A teoria do poder constituinte surgiu, como todos sabem, com o abade SIEYÈS.

Costuma-se dizer que o poder constituinte é ilimitado, incondicionado, que ele não se subordina a qualquer norma que não seja a expressão de sua vontade, pois ele é a fonte de todo poder, é a origem de toda norma jurídica. Podemos admitir tais conceitos desde que entendamos como limites, como subordinação, o estabelecimento de regras por algum poder instituído. Na verdade, o poder constituinte é anterior a todo direito, a todo poder, eis que ele é que vai instituir outros poderes e fixar as bases do direito. Convém lembrar que, se o poder constituinte é a expressão mais alta da soberania e que se esta sofre limitações naturais, tais limitações se estendem ao poder constituinte que outra coisa não é senão a manifestação suprema da soberania.

O poder constituinte representa a vontade espontânea e viva da realidade social (cfr. BARRUFINI, ob. cit., p. 2). A história da humanidade é uma seqüência de acontecimentos encadeados. Num dado momento, esses fatores acumulados se combinam e desencadeiam movimentos que podem mudar, de forma radical, a vida de um povo, ou mesmo da humanidade, segundo observa DALLARI (ob. cit., p. 9). Diz ele que "esses momentos de transformação irresistível são como o estouro de uma grande represa provocado por fatores naturais: não dependem da vontade de alguém. Os que querem resistir são impotentes e os que aparentemente lideram os acontecimentos, na verdade não conduzem os fatos".

O poder constituinte legítimo surge, ou melhor, ele se manifesta quando a insatisfação do povo, em virtude de diversos acontecimentos

que se sucedem, atinge um grau de intolerância insuportável que determina a separação entre autoridade e poder. E, como diz, CLOVIS RAMALHETE no artigo "Constituição, constituinte, reformas", publicado no vol. 81 da *Revista de Informação Legislativa*, "constituinte não se propõe. Acontece". Esse autor cita alguns exemplos de autoridade sem poder ou, noutras palavras, de momentos constituintes. Basta, aqui, trazer à colação o de D. Pedro II, no Paço da Cidade, com a família e alguns auxiliares, ser intimado pelo Major Solon, a deixar o Brasil, em 1889.

O poder constituinte se coloca fora do Estado. Ele não se funda no direito, pois é pré-jurídico, eis que é ele que estabelece o direito. Não é de natureza jurídica, mas sociológica ou política. Exercido com legitimidade, por Assembléia Constituinte, promulga Constituição. Exercido ilegitimamente por uma pessoa ou por um grupo, sem a participação popular, outorga a Carta.

Elaborada a norma fundamental, o poder constituinte não desaparece; ele se recolhe, entra em estado de latência e só volta a manifestar-se novamente, em caráter extraordinário e transitório, quando for convocado pacificamente ou pela força das armas.

Vimos que a Constituição é uma decisão política da Nação. Se o é, poder constituinte, que a elabora, não está condicionado senão às limitações decorrentes do direito natural e da existência de outros Estados na grande ordem jurídica internacional. O poder constituinte originário é a fonte da Constituição; o poder constituinte instituído, ou de segundo grau, ou, ainda, reformador é o que, se destinando a rever a sua obra e tendo fundamento no originário, que o instituiu, tem por objeto a alteração, a reforma da Constituição, de acordo com as regras estabelecidas em seu próprio texto.

Modernamente, as Constituições prevêm a sua própria reforma, mas não incluem, em seu bojo, nenhuma disposição que possa ser interpretada no sentido de sua substituição integral por outro documento jurídico-político.

E não o fazem porque, com a promulgação de uma Carta, não se exaure o poder constituinte originário, que continua em estado latente podendo emergir a qualquer momento. E quando isto acontece, opera-se uma revolução, entendendo-se como tal, a substituição de um ordenamento jurídico por outro, por formas não previstas no ordenamento que se substitui (cfr. RAMALHETE, Clovis. "Revolução como Fonte de Direito", in *RDP*, nº 32, p. 95; BARRUFINI, op. cit.; RECASÉNS SICHES, Luiz. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México, Porrúa, 1970, vol. 1, p. 298; KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*,

p. 35; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Comparado*, vol. 1, pp. 80 e 82 etc.)

A remoção de uma dada ordem normativa não se opera, apenas, pela violência, embora a revolução, aqui no sentido de insurreição armada, seja a forma mais radical da manifestação do poder constituinte, a *ultima ratio* a que recorre a Nação, quando se vê oprimida ou quando vê em perigo os valores máximos cultuados desde longas gerações. Essa remoção pode operar-se pacificamente ou através de revolução (insurreição), golpe de Estado ou conquista.

Se a Constituição é uma decisão política da Nação, para organizar-se, para estabelecer uma determinada forma de vida, é evidente que essa decisão deve ser o resultado de um consenso unânime. Por isto, PAULO GOUVÊA DA COSTA afirma que "Hora de Constituinte não é momento de divergência, mas é hora de dar as mãos, é hora de paz e de harmonia que só podem resultar de um profundo e duradouro entendimento" ("Assembléia Constituinte: o que é isto?," in *Convivium*, vol. 20, nº 4, p. 414).

Resultando de um entendimento comum, a Constituição adquirirá eficácia pelo próprio assentimento popular, sem recurso à força. Produto de um golpe de Estado, de uma revolução armada, de uma conquista, será imposta, na maioria das vezes, pela violência. RECA-SÈNS SICHES observa que o jurista puro não consegue explicar esse fato, uma vez que, movendo-se no campo de um ordenamento jurídico positivo vigente, com a produção do fato violento, fica destruída a esfera em que ele trabalhava (*op. cit.*, pp. 297/298).

Para os positivistas, que entendem como direito apenas o posto pelo Estado, o poder constituinte é, apenas, uma força social e a Constituição, um fato. Para os jusnaturalistas, o poder constituinte é um direito, decorrente do poder e da liberdade de organizar a própria vida social, de que dispõe o homem por ser livre.

De qualquer forma, porém, que se examine o poder constituinte, a promulgação de uma nova Constituição não pode deixar de ser considerada um ato de revolução — revolução jurídica —, que põe por terra o fundamento de um ordenamento anterior, editando outro, que será, a partir de sua promulgação, ou outorga, o fundamento da validade de muitas normas da ordem jurídica removida que, com base nele, continuarão a subsistir.

Dessa forma, o rompimento do ordenamento jurídico preestabelecido não significa a mudança de todas as instituições. Assim, por exemplo, a Constituição francesa de 3 de setembro de 1791 não rompeu

com a Monarquia vigente no ordenamento anterior, estando expresso no art. 2º, do Título II, que

“La Nation, de qui seule émanent tous les Pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation.

La Constitution Française est représentative: les représentants sont le Corps Législatif et le Roi.”

A República só foi proclamada a 4 de setembro de 1870 e, como assinala DUVERGER, em menos de oitenta anos, a França foi submetida a mais de quinze diferentes regimes políticos, quatro revoluções, dois golpes de Estado e três invasões estrangeiras, caracterizando-se o período de evolução constitucional (1789-1870), pela instabilidade política (op. cit., p. 220). E depois disso, sucederam-se outras alterações, outros regimes, com a República novamente proclamada em 24 de fevereiro de 1848, depois do restabelecimento da Monarquia hereditária em 1814.

As nossas Constituições posteriores à de 1824 também não romperam com a República Federativa instaurada em 1889, pelo Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, e confirmada pela Carta de 1891.

V — Assembléia Nacional Constituinte

A questão de saber quem pode fazer uma Constituição implica mais em verificar quem tem legitimidade para fixar as regras que vão organizar a sociedade do que em saber quem vai escrever os artigos e os parágrafos dessa organização. Ora, se o poder pertence ao povo, se todos os homens nascem iguais em dignidade e direitos, como afirma a **Declaração dos Direitos do Homem**, não há razão que justifique sejam as normas de organização da sociedade e do estabelecimento dos direitos e deveres fundamentais fixadas por alguns e impostas a todos.

Deve-se, pois, propiciar a todos a livre manifestação das vontades, mas não se pode estabelecer previamente que alguma vontade tenha mais valor que outras. Não se pode, também, pretender que a vontade de cada membro da coletividade seja inserida de forma integral na Constituição, mas a livre manifestação das idéias deve ser observada.

Não se pode, evidentemente reunir todo o povo em praça pública para discutir e estabelecer a Constituição. É necessário, então, que um grupo de representantes exerça, em nome do povo, o poder constituinte. Mas, é imprescindível, para que esse grupo seja efetivamente representativo, que nele estejam presentes todas as correntes de opinião. O poder constituinte legítimo é do povo; mas nada impede que o grupo de representantes cumpra as formalidades necessárias para a elabora-

ção de uma nova Constituição. É necessário, todavia, que o povo dê o seu consentimento prévio para isso — são os ensinamentos de DALMO DALLARI, no famoso livrinho, já tantas vezes citado.

Pelas razões já expostas, o Congresso Nacional não pode ser investido nas funções de poder constituinte: não recebeu representação, não recebeu mandato do povo para estabelecer a lei fundamental do Estado.

Ao grupo encarregado de elaborar a Constituição denominamos Assembléia Nacional Constituinte. Ela deve ser livre e representativa e os escolhidos devem ter liberdade de manifestar suas idéias. A Assembléia deve ser representativa: não podem ser excluídos os pobres, os analfabetos, os de certa crença filosófica, política ou religiosa.

A questão da liberdade de escolha está implícita no caráter representativo da Assembléia. Quem vamos escolher? Candidatos aprovados pelos Partidos? Candidatos avulsos? Candidatos previamente selecionados por grupos ou associações intermediárias como sindicatos, federações e outras? Ou candidatos independentes? Todas essas dúvidas devem ser dirimidas pelo povo, titular do poder constituinte. A solução não pode ser imposta por quem detém o Poder. O povo deve ser consultado. Para isso, um amplo debate deve ser promovido.

Em nome da liberdade de escolha, o direito brasileiro deve ser liberado de certas disposições antidemocráticas: a remoção do chamado **entulho autoritário**, que tolhe o cidadão, impede a livre manifestação das idéias e, por conseqüência, a representação autêntica. O fenômeno não é novo. Após a deposição de Vargas, em 29 de outubro de 1945, o Governo Provisório que se instalou executou a mesma tarefa. AFONSO ARINOS, no seu **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**, publicado em 1960, usa a mesma expressão tão em voga, hoje, como devia ser àquela época. Num certo trecho, diz ele:

“Este novo Governo Provisório logo tratou de remover alguns entulhos deixados pelo Estado Novo” (p. 230).

VI — Convocação da Constituinte

Um ponto que tem merecido a atenção de todos é o que se refere à convocação da Assembléia Constituinte. Quem tem poder para convocá-la? Quem tem legitimidade para isso? Sem entrar, por enquanto, na questão relativa à legitimidade, podemos detectar quatro posições: a Assembléia Constituinte deve ser convocada pelo Presidente da República, por meio de decreto — é a primeira corrente; ela deve ser convocada pelo Congresso, por intermédio de resolução — é a idéia defen-

dida por um segundo grupo; de acordo com a terceira posição, a Assembléia Nacional Constituinte deve ser convocada por meio de ato com a participação conjunta do Congresso e do Presidente da República. Este ato só pode ser a lei; finalmente, há quem pretenda seja a Assembléia convocada por emenda constitucional, de caráter transitório.

O conhecimento do que já aconteceu, de como se procedeu das vezes anteriores pode ajudar-nos a estabelecer uma posição para o momento atual. No Brasil, a Assembléia Constituinte tem sido sempre convocada pelo Chefe do Poder Executivo. Assim foi em 1822, em 1890, em 1933 e em 1945. Também em 1966, quando ao Congresso Nacional foram outorgados, pelo Ato Institucional nº 4, poderes constituintes. Mas, isso é outro caso e não se chegou, ainda, a um acordo sobre diversos aspectos desse acontecimento.

Em 1822, em 1890, em 1933 e em 1945, não tínhamos Congresso em funcionamento. O Legislativo não existia; ou porque não existia mesmo, como em 1822, ou porque foi dissolvido. Em 1966, havia um Congresso; o Poder Legislativo estava em funcionamento. Mas, foi o Chefe de Estado quem, com a edição do AI nº 4/66, convocou extraordinariamente o Congresso para votar o Projeto de Constituição.

Em todas essas ocasiões, a iniciativa partiu do Chefe do Executivo. AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, em depoimento prestado no Congresso Nacional em 1982, defendeu a tese de que o Poder Legislativo, por meio de resolução aprovada pelas duas Casas, poderia outorgar poderes constituintes aos novos membros do Parlamento a serem eleitos naquele ano ("A Constituinte Instituída", in *Revista de Ciência Política*, vol. I, p. 3). Se o Executivo sempre exerceu o poder constituinte originário, não havia razão que impedisse o Legislativo de fazer o mesmo. Declarando a idéia original, defendeu sua viabilidade política e jurídica. Política, porque, dizia ele em 1982, não haveria um confronto entre os Poderes constituídos e atribuídos e o poder revolucionário existente; juridicamente, porque a ordem constitucional vigente seria observada até que se promulgasse o novo Estatuto Político. O eminente jurista cita diversos exemplos de resolução do Legislativo em decisões políticas que resolveram perigosas situações. Entre essas, as questões relativas ao Ato Adicional de 1834, à maioria de D. Pedro II, à permanência de Floriano Peixoto à frente do Executivo, em face da renúncia de Deodoro da Fonseca, à declaração de impedimento do Presidente Café Filho e do seu substituto eventual, Carlos Luz, Presidente da Câmara.

Uma terceira corrente concilia, como é normal, as duas anteriores, ao propor a convocação da Assembléia por intermédio de lei, de cuja elaboração participem o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

Numa quarta posição se situam os que pretendem a convocação da Assembléa Constituinte por meio de emenda à Constituição em vigor. Alguns expressamente; outros, de forma mais velada.

DALMO DE ABREU DALLARI, por exemplo, entende, e o diz com clareza, sem subterfúgios, que a Assembléa Constituinte deve ser convocada mediante Proposta de Emenda à Constituição, apresentada pelo Presidente da República ou pelos membros do Congresso Nacional. Tal emenda, de natureza transitória, disporia sobre a convocação, fixaria regras básicas para a eleição dos constituintes, para a instalação da Assembléa e para a duração dos trabalhos, estabeleceria o processo legislativo ordinário a ser observado durante o período constituinte e disporia sobre outras questões correlatas ("Constituição para o Brasil Novo", publicado na Coletânea **Constituinte e Democracia no Brasil, Hoje**, da Editora Brasiliense).

Já CÉLIO BORJA, no artigo "Assembléa Constituinte ou Reforma?" publicado no **Jornal do Brasil**, edição de 26 de maio, partindo da premissa de que revolução e Governo são termos opostos e que, "havendo Governo, reforma-se a ordem normativa existente", conclui ser impossível a criação de "outro órgão que possa ostentar o atributo de depositário do poder constituinte originário". E sugere a solução: um ato de natureza constituinte do Congresso existente (que é uma das instituições governativas) determinaria uma consulta plebiscitária para que o povo se manifeste sobre a conveniência de dar ao órgão do Poder Legislativo já existente o pleno exercício do poder constituinte, livrando-o das limitações contidas no ordenamento em vigor e permitindo-lhe, com isso, reformas profundas. A consulta plebiscitária — diz ele — poderia coincidir com as eleições destinadas a renovar o Congresso Nacional.

Sinceramente, não vejo em que uma fórmula seja melhor que as outras. Em todas elas, observa-se o mesmo fenômeno: a Assembléa Constituinte é instituída por um poder constituído, por um poder preexistente. Isto pode parecer, segundo alguns, um contrassenso, pois, se o Poder Constituinte é originário, não deveria receber sua força de um Poder preexistente. Na verdade, as coisas não são assim. A convocação não confere, não atribui força, nem poder à Assembléa. A convocação é um mero ato de chamamento dos representantes do povo para elaborar a nova Constituição. O poder constituinte é originário. A convocação é a consequência, o resultado natural do momento constituinte, isto é, do momento histórico em que se observa o rompimento definitivo da ordem constitucional, então vigente. O ideal seria que o próprio povo se convocasse a si mesmo. Mas, isso, num país com a dimensão geográfica do Brasil, é, praticamente, impossível, mesmo porque há determinadas providências que precisam ser tomadas, e o povo — embora titular do poder — não o detém diretamente.

Das quatro posições que enumeramos, só uma considero inviável: a da emenda. As duas teses nesse sentido se me afiguram equivocadas. Uma emenda inserida no texto da Constituição em vigor, com o conteúdo proposto por DALLARI, subverteria todo o sistema nela disciplinado, sobretudo se considerarmos que as disposições transitórias se destinam a regular situações que não devem ficar sob o império da norma antiga (no caso, a Constituição de 1946, que antecedeu à atual), nem devem reger-se, exclusivamente, pela nova regra (no caso, a Constituição em vigor). Se a Constituição é a lei suprema do Estado, é inteiramente fora de qualquer propósito que ela preveja sua substituição por outra. A substituição é decorrência do poder constituinte originário e não precisa estar prevista para que possa ocorrer. Mais ainda: o poder constituinte originário é um poder natural e, como tal, nem comporta previsão em documento que é o próprio resultado do seu exercício. Além disso, o ato convocatório não deve estabelecer quaisquer limitações aos constituintes, ainda que seja quanto à duração dos trabalhos.

A tese de CÉLIO BORJA é, também, inviável: o ato de natureza constituinte, por meio do qual ele sugere seja determinada a consulta plebiscitária, só pode ser a Proposta de Emenda, única manifestação de poder constituinte (nesse caso, derivado), permitida ao Congresso, dentro do ordenamento jurídico vigente. A extensão dos poderes conferidos ao Congresso Nacional, a ter sua composição renovada nas próximas eleições, é semelhante à proposta de DALLARI. A novidade está na eleição de Deputados e Senadores segundo as normas vigentes (inclusive renovação parcial do Senado, com o que teríamos membros natos no futuro Congresso constituinte) e na outorga aos novos eleitos de poderes amplos para reformar a Carta atual.

Na verdade, o equívoco se resume na vontade de, juridicamente, conciliar o inconciliável e de justificar, com o direito, o fato político-social. O surgimento de nova Carta (ou reforma ampla e ilimitada) não encontra justificação no direito positivo, justamente porque o poder constituinte que a elabora é pré-jurídico, não tendo qualquer compromisso com regras preestabelecidas, uma vez que a ele compete dispor sobre a Lei Fundamental a que devem subordinar-se todas as outras normas. O poder constituinte originário se coloca fora do Estado. Não se funda no direito positivo, eis que lhe é anterior. Não é de natureza jurídica, mas sociológica ou política.

O exercício do poder constituinte originário é sempre um ato de revolução — revolução jurídica — que põe por terra o fundamento de um ordenamento anterior, editando outro que será, a partir de sua promulgação, o fundamento da validade de muitas normas da ordem jurídica removida. A revolução, manifestação do poder constituinte originário, não se opera, apenas, pela força das armas, que é, na

verdade, a sua manifestação mais radical. Essa revolução pode ocorrer, pacificamente, sem o recurso às armas. Seria mesmo um contra-senso exigir-se a revolução armada, quando é unânime o entendimento de que a Carta atual não mais satisfaz a sociedade que organiza. A revolução armada só se justifica, quando se cuida de impor uma nova ordem.

O ato que convocar a Assembléia Constituinte, deve, necessariamente, ser um ato revolucionário, na medida em que não pode adequar-se a nenhum ordenamento jurídico preexistente. Governo e revolução não são termos que se opõem necessariamente. O antagonismo está em pretender a prática de um ato revolucionário e a manutenção do ordenamento jurídico a que se visa, com esse ato, remover.

VII — Funcionamento da Constituinte

Se a Assembléia Constituinte vai exercer o poder constituinte, que, por definição é incondicionado, ilimitado, originário e fonte de todo poder, é evidente que o ato de convocação — ou outro ato qualquer, partindo de um dos Poderes constituídos — não pode estabelecer prazo, não pode fixar a duração dos trabalhos, nem regras para o funcionamento da Assembléia. Não deveria nem mesmo trabalhar sobre um anteprojeto elaborado ou mandado elaborar pelo Governo. Se a Constituinte deve ser livre, ela mesma deve estabelecer seu regimento, deve designar subcomissão para redigir o anteprojeto, deve, se o entender conveniente, estabelecer cronogramas e fixar prazo para a conclusão dos trabalhos.

Entretanto, a História nos revela que nem sempre essa liberdade tem sido rigorosamente observada. Com efeito, das republicanas, só a Constituinte de 1945 não recebeu um anteprojeto que servisse de ponto de partida para seus estudos. Instalada em 2 de fevereiro, a Assembléia designou, em 14 de março, uma Comissão de 32 membros para redigir Projeto Primitivo, concluído em 27 de maio. Discutido em plenário, o projeto recebeu mais de quatro mil emendas que foram apreciadas pelas Subcomissões e pela Comissão Geral, resultando no Projeto Revisto, enviado a plenário em 7 de agosto. Foi votado com admissão de destaques e os relatores parciais e geral ofereciam parecer oral. As emendas aprovadas foram introduzidas no texto. Aperfeiçoou-se a sua redação e o trabalho ficou concluído em 17 de setembro de 1946, sendo promulgada a Constituição no dia seguinte. A Constituinte de 1945 teve liberdade para agir, para trabalhar. Havia, apenas, a previsão de que as sessões de instalação e de trabalhos preliminares seriam presididas pelo Presidente do Superior Tribunal Eleitoral, até que os constituintes elegeassem, dentre eles, o Presidente, que, a partir daí, dirigiria os trabalhos.

A Constituinte de 1823 trabalhou sobre um anteprojeto elaborado por Comissão, cujo relator era Antônio Carlos de Andrada. Mas essa Comissão foi eleita no seio da própria Assembléia, no dia 6 de maio de 1823. Uma Comissão de 5 membros nomeada pelo Governo preparou o anteprojeto da Constituinte de 1891; a chamada Comissão do Itamarati, também designada pelo Chefe do Executivo, foi encarregada do anteprojeto que serviu de base aos trabalhos da Constituinte de 1933. O Congresso Nacional, em 1966, para votar a Constituição de 1967, recebeu, também, um anteprojeto.

Fala-se, hoje, numa grande Comissão Constitucional, de cerca de cinquenta membros representativos dos vários segmentos da sociedade, com a incumbência de preparar um anteprojeto a ser submetido à futura Assembléia. Noticia-se que o trabalho final será, antes de encaminhado, publicado para ser amplamente debatido e propiciar o oferecimento de sugestões. No meu modesto ponto de vista, não vejo razão para tal procedimento. E, ainda que houvesse, não haveria necessidade de tantos membros. O trabalho preliminar poderia ser feito por uma pequena comissão de juristas. Mas, ainda assim, parece-me inócuo o trabalho.

O ideal é a consulta ao povo após o trabalho final da Assembléia, antes da promulgação. Se se instituir uma Comissão para redigir um anteprojeto a ser debatido pelo povo e depois encaminhado à Assembléia Constituinte, subverte-se a ordem natural das coisas. O titular do poder constituinte é o povo e não a Assembléia. Por que não ouvir o povo após a elaboração do trabalho da Assembléia? Se a maioria o aprovar, será promulgado como Constituição. Além disso, o funcionamento da Assembléia não impede o debate popular, que deve ser feito e estimulado por meio de ciclos de estudo, seminários, conferências, grupos de trabalho.

Outro aspecto deve merecer nossa atenção: a Assembléia Constituinte deve funcionar concomitantemente como Poder Legislativo? Ou, em outras palavras, a Assembléia Constituinte deve, simultaneamente, além da Constituição, discutir e aprovar as leis ordinárias? Penso que não. O mandato que o povo vai conferir aos constituintes deve ser, apenas, para a elaboração da nova Constituição, a fim de que os trabalhos não sejam atropelados. Aliás, no período constituinte, a elaboração legislativa deve restringir-se ao estritamente indispensável. Para que votar leis, para que estabelecer o direito, se não sabemos, ainda, qual vai ser o ponto de partida desse direito? As mudanças mais importantes já estão sendo efetuadas, com a remoção do entulho autoritário. E deverão estar concluídas antes da eleição dos constituintes.

Mas, se a Constituinte não deve funcionar, também, como Poder Legislativo, como serão elaboradas as leis que se fizerem necessárias?

A proposta do Professor DALMO DALLARI, no artigo "Constituição para o Brasil Novo", publicado na obra **Constituinte e Democracia no Brasil, Hoje**, que reúne pensamentos de diversos juristas, parece-me prudente e viável: Segundo ele, poderia ser eleito um **Conselho Político**, com cerca de trinta membros, sendo dez eleitos pelo Congresso, dez eleitos pelos membros dos Tribunais Federais e dez indicados pelo Presidente da República e pelos Ministros. Da formação desse Conselho Político, participariam, pois, os três Poderes. O Conselho Político, além da tarefa legislativa, teria função fiscalizadora do Executivo. E funcionaria até que se instalassem os corpos representativos a serem eleitos na forma do que dispuser a futura Constituição.

A idéia lançada por DALLARI — que se inspirou no Conselho da Revolução, criado em Portugal, em 1975 — é salutar e evita os males das soluções anteriormente encontradas. A Constituinte de 1823, por exemplo, funcionava, também, como Poder Legislativo e isso ocasionou diversos atritos com o Imperador que acabou por dissolvê-la. Para evitar esse inconveniente, as Constituintes de 1890, 1933 e 1945 só cuidaram da feitura da nova Constituição. A tarefa legislativa ficou a cargo exclusivo do Chefe do Poder Executivo. Ora, por mais capaz e por mais bem intencionado que seja, o Presidente da República — argumenta DALLARI — terá sempre uma visão pessoal dos problemas, além de ficar sujeito, por ser único responsável, a pressões de muitas espécies.

A alternativa apontada por DALLARI parece a mais prudente. Só discordo do meio que ele sugere para a adoção desse Conselho Político: a emenda à Constituição. As razões que me impelem à divergência são as mesmas que me levam a não aceitar seja a Assembléia Constituinte convocada pela mesma via, motivo por que se torna desnecessário repeti-las.

VIII — Conteúdo da futura Constituição

Quando se fala em nova Constituição, o problema principal não está em escrever os artigos e os parágrafos, em dividir todo o trabalho em título, capítulo e seções. A questão mais importante reside justamente em saber o que essa Constituição deve conter. Não podemos, aqui, em minutos, enumerar tudo o que entendemos deva uma Constituição conter. Mas, podemos dar uma idéia de assuntos que podem ser objeto de análise e estudo nos sucessivos encontros que deverão ser feitos neste período constituinte.

Em primeiro lugar, se Constituição é organização, segue-se que a Lei Suprema deve dispor sobre a estrutura do Estado, isto é, deve

distribuir o exercício da soberania entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ou outros que vier a instituir. A divisão deve ser cuidadosa, harmoniosa para evitar o predomínio de um sobre os outros. Deve estabelecer, ainda, uma forma eficaz de controle e fiscalização de uns sobre os outros, principalmente sobre o Executivo que não deve ter uma excessiva concentração de poderes. No regime que começa a findar, houve predominância do Executivo, predominância que se observa a partir da elaboração das leis — tarefa principal do Poder Legislativo. Basta lembrar que a Constituição em vigor, além de conferir ao Presidente da República a competência para iniciar o processo legislativo nos mesmos casos estabelecidos para os Deputados e Senadores, reserva, subordina, condiciona, ainda, à sua iniciativa exclusiva a elaboração de leis sobre determinados assuntos. Permite-lhe, também, expedir decretos-leis sobre certas matérias e mediante certos requisitos e, embora determine seja o texto do decreto-lei submetido ao Congresso Nacional, exige sua apreciação no prazo de sessenta dias, sob pena de ser considerado aprovado. Estabelece, mais, a possibilidade de o Executivo encaminhar projeto de lei ao Legislativo com prazo certo para apreciação e, também, sob pena de ser considerado aprovado. Esses são apenas alguns exemplos da supremacia do Poder Executivo.

Mas, não basta, tão-somente, estabelecer mecanismos de controle do Legislativo sobre o Executivo, e do Judiciário sobre ambos. Mais importante, ainda é que nossos futuros representantes se conscientizem da necessidade de que tais mecanismos sejam acionados, que eles, efetivamente, funcionem. E que os parlamentares não se limitem a endossar — seja por ação, seja por omissão — os atos do Executivo. Na verdade, se o Executivo dispõe de certos privilégios na atual Constituição, o Legislativo, todavia, não tem sabido valer-se dos dispositivos constitucionais que lhe permitem defender melhor os interesses do povo que representa.

Ainda na parte relativa à estrutura do Estado, devemos ter atenção especial para com as instituições, entre elas, por exemplo, a polícia, a fim de que, efetivamente, tenhamos segurança, que é uma das finalidades do Estado. PAULO SÉRGIO PINHEIRO, em ensaio escrito recentemente e intitulado "A cidadania das classes populares, seus instrumentos e defesa e o processo constituinte", publicado na coletânea *Constituinte e Democracia no Brasil, Hoje*, depois de analisar a atuação policial e o arbítrio com que a instituição age, inclusive matando sob o pretexto de sanear a sociedade, afirma:

"Perdeu-se a noção neste país que a polícia é uma delegação dos cidadãos ao Estado para a proteção, para a segurança, modo civilizado de evitar que cada cidadão recorra à violência individual."

Ainda quanto às instituições, por que não criar uma Corte Constitucional para examinar as violações à lei suprema? E, por falar em Corte, necessário se faz, também, estabelecer uma forma de agilizar os procedimentos judiciais: não há verdadeiramente justiça, se ela é lenta, tardia, atrasada, meramente reparadora, quando, muitas vezes, deve ser preventiva, impedindo a violação do direito.

Em relação à estrutura, devemos, ainda, decidir que forma de Estado iremos adotar. A federação da Carta em vigor está totalmente desvirtuada, com a concentração de poderes no Governo federal e o conseqüente enfraquecimento dos Estados-Membros. Se quisermos instituir o Estado unitário, como à época do Império, desaparecerão os Estados-Membros e o poder será centralizado. Se preferirmos, todavia, manter a federação, necessário será restaurá-la por completo, a começar do sistema tributário. Não há autonomia política de unidade federada sem a necessária independência econômica. A descentralização política, administrativa e tributária é medida que se impõe, se pretendermos manter, ou melhor, restaurar a federação.

Vistos, rapidamente, apenas alguns aspectos relativos à organização, à estrutura do Estado, cumpre-nos, agora, em segundo lugar, dirigir a atenção para aquele outro tema que foi, também, a causa do aparecimento da Constituição escrita: os direitos e as garantias individuais. Não basta, apenas, declará-los solenamente ou inscrevê-los em capítulo especial. É necessário criar condições para que eles, efetivamente, sejam exercidos, da mesma forma que é necessário criar instrumentos capazes de garanti-los. De que adiantam o direito à vida e o direito à liberdade, sem que se proporcione ao indivíduo o direito de, efetivamente, usufruir desses direitos? ANATOLE FRANCE, em tom de ironia, já disse que a lei proíbe igualmente aos pobres e aos ricos roubar pão e morar debaixo das pontes (cfr. MÁRCIO T. BASTOS, **Constituinte: quando, como, por quem e para quê**). Não basta, pois, apenas declará-los; é necessário criar condições para que sejam exercidos.

A maioria desses direitos permanece quase imutável. Mas, em razão do progresso tecnológico, é preciso estabelecer garantias suplementares, como o direito à privacidade, ameaçado não só pelo Estado, mas, também, por organizações particulares, como os SPCs, com seus poderosos bancos de dados, onde se acumulam informações de cada indivíduo, sem que se lhe dê o direito de acesso a elas ou, mesmo, o de exigir a retificação, quando se sabe da implantação inverídica.

Em terceiro lugar, o capítulo referente à ordem econômica e social, por estar intimamente ligado aos direitos e garantias individuais, deveria ser debatido com redobrada atenção. Como podemos

falar em direito à vida, em igualdade e em liberdade num País onde milhares de indivíduos não têm o que comer, nem onde dormir e nem um trabalho que lhes possibilite obter tais bens? Como falar em direito à vida, quando as classes trabalhadoras vêm reduzido o seu poder aquisitivo em consequência de reajustamentos salariais sempre aquém da inflação? Por que não controlar os lucros, impedindo a exploração dos trabalhadores? Todos os custos, todos os ajustes, quase todos os prejuízos das empresas são repassados aos consumidores, isto é, ao povo, à classe operária já imensamente sacrificada. É necessário, pois, um controle eficaz das empresas, quer sejam públicas ou privadas, a fim de que elas não se transformem em instrumentos de opressão do povo.

O bem público, aspiração do Estado, razão mesma de sua existência, pode ser sintetizado no lema inscrito em nossa bandeira: ordem e progresso. É necessário que o Estado mantenha a ordem, que proporcione segurança aos indivíduos, a fim de criar-lhes condições de atingir o seu progresso físico, material, moral. O progresso do Estado não deve inviabilizar o dos indivíduos, não deve anular-lhes os direitos fundamentais. Por isso, não basta o direito à vida; é imprescindível que se garanta uma existência digna, uma vida sadia, ar puro, livre de poluição, alimentação que não esteja impregnada de agrotóxicos. O respeito à natureza é o respeito ao próprio homem. Deverão, pois, os futuros constituintes, ao criar as condições de progresso, estar atentos à própria noção de progresso que deve respeitar o meio ambiente, de cujo equilíbrio depende a sobrevivência do ser humano. A noção de progresso, de desenvolvimento como crescimento estatístico, deve ser afastada para ceder lugar à de progresso como melhoria da qualidade de vida. Como a vida é direito indisponível do homem, a preservação do meio ambiente é interesse indisponível de toda a sociedade. Acolhendo as novas necessidades sociais, a Constituição iugoslava de 1974, no art. 87, declarou como dever de todo cidadão a proteção do meio ambiente e dos recursos da natureza. De igual forma, a também recente Constituição portuguesa de 1976 trata do assunto e declara que todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de defendê-lo.

Por fim, duas novidades que, agora, trago à consideração dos senhores: a previsão de mecanismos que permitam a participação do povo na ação do Estado e, além da Corte Constitucional já referida, a criação da figura do **ombudsman**, de origem sueca e que, pela sua eficácia, tem sido incorporado à legislação de diversos países.

Ora, a soberania pertence ao povo, que, entretanto, não pode exercê-la diretamente, razão por que elege representantes, para, em seu nome, governar. Se os nossos representantes não têm sido capazes de evitar leis injustas, se temos sido oprimidos, por que não devemos,

agora, criar a possibilidade de intervenção do povo no funcionamento do poder? Poderíamos, por exemplo, estabelecer que nenhuma lei de grande, de fundamental importância, votada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República, seria obrigatória antes de ser aprovada pelo povo, por exemplo, por intermédio do **referendum deliberativo**. A obrigatoriedade estaria condicionada à manifestação do povo. Ou poderíamos estabelecer que o povo deve ser consultado sobre a conveniência ou não de uma lei a ser feita. Seria o **referendum consultivo**, também chamado plebiscito. Ou, não havendo a obrigatoriedade de consulta ao povo, poderíamos dispor que se um certo número de eleitores o requerer, a lei já em vigor, será submetida a **referendum**. E se a maioria repudiá-la, ela deixa de ser obrigatória. Poderíamos, também, estabelecer que certas decisões não poderão ser tomadas sem prévia audiência do povo. Como votaríamos os ouvintes se lhes fosse indagado se o Governo deveria injetar recursos no Sul-brasileiro? Ou tais recursos deveriam ter outra destinação? Poderíamos, também, estabelecer que o povo terá o direito de exigir a elaboração da lei. É a **iniciativa popular**, por intermédio da qual, certo número de eleitores pode manifestar-se pela necessidade de certa lei, o que obriga o Congresso a elaborá-la. Nesse caso, a lei requerida pela minoria deve ser submetida a **referendum** para a manifestação da maioria.

Como vêem, as possibilidades são variadas. Esses mecanismos da democracia semidireta permitem ao povo repudiar leis injustas e impedir determinadas decisões do Governo. A nossa participação no poder tem-se restringido à escolha dos representantes. Na verdade, nossa participação é passiva. É tão passiva que grande maioria do povo não tem a consciência de que pode e deve, de que tem o direito de influir nas decisões de governo. Não é o Estado que deve controlar o povo, como pensa a grande massa. O Estado é, apenas, um meio para o aperfeiçoamento do homem. É o povo, pois, que deve controlar o Estado.

A oportunidade de mudança se nos apresenta. A nova Constituição a ser elaborada deve ter a participação de todos. Os assuntos devem ser amplamente discutidos. Todos podem e devem manifestar-se. Já dissemos, e não é demasiado repetir, que o poder constituinte pertence ao povo. Sua justificação reside na liberdade humana. Se somos naturalmente livres, a organização política deve resultar da vontade de todos. Só com a participação de todos será possível construir uma sociedade justa, sem opressões, livre da miséria e da fome, com igualdade de oportunidade, enfim, uma sociedade fraterna.

A participação do povo implicará a consciência do significado da Constituição, e, como disse D. Evaristo Arns, fará de todos nós autores do projeto de vida em comum, mas, também, guardas da Constituição.

Teoria Geral do Poder Constituinte. As Constituições do Brasil e a Constituição da 6.^a República

PINTO FERREIRA

Professor de Direito Constitucional e
Ex-Diretor da Faculdade de Direito
do Recife da Universidade Federal de
Pernambuco. Diretor da Faculdade de
Direito de Caruaru. Ex-Senador. Mem-
bro da Academia Brasileira de Letras
Jurídicas

I — *Conceito do poder constituinte*

O poder constituinte é o poder de criar uma Constituição. A sua nota característica básica é a mudança originária básica da ordem jurídica fundamental e suprema do Estado.

Entre extremos, opostos, discute-se, porém, a amplitude do conceito do poder constituinte. Pretendem diversos mestres, como SCHMITT, HELLER, RECASÉNS SICHES, CARL FRIEDRICH, BARTHÉLEMY e DUEZ, que a sua essência está na capacidade de formação originária do direito, ou seja, é um poder de criar a Constituição. Já outros estudiosos, como WALTER DODD, KELSEN, HAURIOU e RUI BARBOSA, opinam por uma definição mais ampla, vendo no poder constituinte a capacidade de criação e mudança da Constituição.

SICHES, na sua obra *O Poder Constituinte* e na sua exposição *Teoria do Poder Constituinte*, afirma: "A produção originária do direito implica o que se chama poder constituinte." Argumenta que nem toda substituição ou reforma da Constituição representa produção originária do direito, nem, portanto, inaugura um novo sistema jurídico, nem tampouco determina uma solução de continuidade com referência à ordem anterior. Uma Constituição pode ser modificada ou substituída normalmente, legalmente, quer dizer, seguindo para tanto o processo de reforma previsto explicita ou tacitamente na Constituição anterior, i. e., a que se modifica ou

substituí. Então em nada se rompe a continuidade da vida jurídica, posto que ao interior cimento constitucional se superpõe um outro, nele alicerçado. De sorte que a validade da nova Constituição não representa algo primário, não é algo radicalmente originário, não é algo de uma essência nova, mas deriva da Constituição precedente, que serve de fundamento à nova.

Essa doutrina, por ser alemã de procedência, fundamenta-se em Schmitt, na sua *Verfassungslehre*, ao combater ZWEIF e HILDESHELMER. Esclarece SCHMITT:

“É especialmente inexato caracterizar como poder constituinte, ou *pouvoir constituant*, a faculdade, atribuída e regulada sobre a base de uma lei constitucional de mudar, i. e., de revisar determinações legal-constitucionais. Também a faculdade de reformar ou revisar leis constitucionais (p. ex., segundo o art. 76 da Constituição de Weimar) é, como toda faculdade constitucional, uma competência legalmente regulada, ou limitada em princípio. Não pode ultrapassar o marco da regulação legal-constitucional em que descansa.”

Contra essa tendência, elijam armas mestres de igual saber, integrando, outrossim, na essência do poder constituinte a capacidade de reforma constitucional. Dizem-no EGON ZWEIF, RUI BARBOSA, WALTER DODD, KELSEN, este último assim se expressando na *Teoria Geral do Direito e do Estado* (1945, p. 259):

“Se o Estado é criado de uma maneira democrática, a primeira Constituição origina-se numa assembléa constituinte, que os franceses chamam *une constituante*. Algumas vezes uma certa mudança (*change*) na Constituição está fora da competência do órgão legislativo regular instituído pela Constituição, reservando-se para tal uma constituinte, um órgão especial apenas competente para as emendas constitucionais.”

Em suma, pode-se entender como poder constituinte o poder de criação originária da Constituição, reservando-se o nome do poder de emendabilidade à Constituição a competência para modificá-la segundo as regras estabelecidas pela própria Constituição.

II — SIEYÈS e a doutrina do poder constituinte

A elaboração geral da teoria do poder constituinte nasceu, na cultura européia, com SIEYÈS, pensador e revolucionário francês do século XVII. A concepção da soberania nacional acrisolou-se na época, e coube a SIEYÈS bosquejar a distinção entre o *pouvoir constituant*, que reside sempre no povo, e os *pouvoirs constitués*, necessitando derivar sua existência e competência do poder constituinte.

SCHMITT, nos estudos *Die Diktatur e Verfassungslehre*, observa uma analogia metafísica entre essa doutrina e a filosofia panteísta de SPINOZA, na equivalência ideal entre *potestas constituens* e *natura naturans*, ou entre *potestas constituta* e *natura naturata*. Entretanto, com a secularização do pensamento humano, a ciência se propôs a separar da teologia política a nova doutrina positiva do poder constituinte, onde descansam todas as faculdades e competências constituídas e atribuídas à Constituição.

Justamente SIÉYÈS é um dos representantes dessa secularização do mundo (*Entzauberung der Welt*), a que se referem MAX WEBER, HOWARD BECKER, TOENNIES, MALINOWSKI, SHOTWELL DURKHEIM, atribuindo o poder constituinte ao povo, à própria comunidade social, com a doutrina do *pouvoir constituant* da nação.

III — As Constituições do Brasil e seu formalismo

As Constituições brasileiras como as Constituições latino-americanas são elaboradas como reflexos de modelos estrangeiros. É a regra genérica. Geralmente os países em desenvolvimento tendem a imitar modelos estrangeiros no campo do direito, costumes e no comportamento social.

A Constituição do Império de 1824 refletiu o modelo parlamentarista franco-britânico, com um certo artificialismo, pela predominância da vontade do Imperador frente à Assembléia Geral. A Constituição de 1891 é um reflexo da Constituição norte-americana de 1787, instaurando a república federativa e o presidencialismo, mas que degenerou na hegemonia da União sobre os Estados componentes da Federação e na hipertrofia do poder da República.

As Constituições de 1934 e 1946 combinam a influência norte-americana do presidencialismo e um certo conteúdo social inspirado na Constituição alemã de Weimar de 1919. As cartas políticas de 1937 e 1967 são modelos autoritários de hipertrofia do Executivo e aniquilamento das liberdades individuais, representando os modelos autoritários da Europa.

As Constituições do País têm, ademais, uma moldura formal, havendo sempre um contraste entre o texto da lei e a sua realização. Fácil é legislar, difícil é executar a lei. Geralmente são modificadas ao sabor de revisões ou emendas, mesmo contrariando o aspecto formal que devem seguir tais emendas. Por isto a nossa democracia tem sido uma democracia sem povo, em que a vontade da maioria tem sido menosprezada pela concentração de poder nas mãos de elites dominantes.

Elas procuram descer a detalhes para melhor garantia das liberdades e direitos, porém, sem nenhum resultado prático, por força de sucessivas alterações da ordem constitucional ou uso exor-

bitante de medidas de emergência, como o estado de sítio e outras técnicas de salvaguardas constitucionais, que se voltam contra a democracia.

IV — A Assembléa Constituinte do Império

Já houve várias assembléas constituintes no Brasil, começando no século XIX. O Príncipe Regente D. Pedro, num posicionamento tipicamente revolucionário, convocou a almejada assembléa pelo decreto de 3 de junho de 1822, antes mesmo da proclamação da Independência. Era a revolução à vista, desvinculando o Brasil-colônia da metrópole portuguesa. A revolução explodiu logo depois à margem do riacho Ipiranga, em São Paulo, quando D. Pedro arrancou do chapéu o laço distintivo e característico de sua própria nacionalidade.

O dia 3 de maio de 1823 foi a data escolhida para a abertura da Assembléa Nacional Constituinte, que se reuniu com 90 deputados constituintes, no prédio da Cadeia Velha, no Rio de Janeiro.

O projeto da Assembléa Constituinte desagradou o Imperador, voluntarioso e inteligente, audacioso e tenaz, estouvado e libertino ao mesmo tempo, no que diferia de D. João VI, modesto, bonachão e irresoluto. O projeto de Constituição diminuía os poderes do Imperador, pois não lhe atribuía o uso do Poder Moderador de dissolver a Câmara dos Deputados. A Assembléa Constituinte não recuou e então o Imperador dissolveu a Constituinte pelo decreto de 12 de novembro de 1823.

A Assembléa Constituinte foi dissolvida de fato às 13 horas, do dia 12 de novembro de 1823, com o decreto fundamentando a dissolução porque “perjurara ao seu solene juramento de salvar o Brasil”. O Imperador, irônico, sarcástico e ferino, ainda mandou dizer que as tropas que cercavam o edifício da Assembléa eram para defendê-la de quaisquer insultos, prometendo editar um novo projeto de Constituição “duplicadamente mais liberal” do que o arquiteturado pela Assembléa Constituinte dissolvida pela força.

Vinte e quatro horas depois de tal dissolução, foi editado o decreto criando o Conselho de Estado, a fim de elaborar o projeto de Constituição, com 10 conselheiros. Cinco baianos: o barão de Santo Amaro, Pereira da Cunha e J. J. Carneiro de Campos, bem como os Ministros Carvalho e Melo e Clemente Ferreira França; três mineiros: Maciel da Costa, Nogueira da Gama e Silvério Mendonça. A sagacidade dos baianos era tão viva quanto a dos três mineiros, dotados de refinada mineiridade, fazendo uma turma compacta, a que se agregaram os cariocas Mariano José Pereira da Fonseca e Francisco Vilela Barbosa. Carneiro de Campos é tido como o redator principal, mas não o único do projeto.

A Comissão de 10 membros, encarregada de redigir o projeto, aproveitou sobretudo o texto elaborado por Martim Francisco, o jurista dos Andradas, que a polícia descobriu quando varejou a loja maçônica Apostolado, e que se aproveitou de três fontes principais: a Constituição francesa e a da Noruega, acrescidas de pensamento de Benjamim Constant sobre o Poder Moderador. Este foi idéia de Martim Francisco, contrariando José Bonifácio, e que a Comissão dos 10 consagrou, acrescentando novas idéias e fortalecendo o Poder Moderador e o Poder Executivo.

Afinal, a 25 de março de 1824 foi outorgada a 1ª Constituição do Brasil. A hipertrofia do Poder Moderador foi assinalada por Nabuco de Araújo, Saraiva, e muitos outros políticos do 2º Reinado, o *poder pessoal* do Imperador, que Saraiva chamou de *poder ditatorial*, equivalente ou quase ao caudilhismo latino-americano.

V — O Congresso Constituinte da 1ª República

Proclamada a República em 1889, bem como a Federação, pelo Decreto nº 78-B, de 21-12-1889, foi convocado o Congresso Constituinte para reunir-se a 15-11-1890, um ano depois. O nome dado foi o de *Congresso Constituinte*.

Uma Comissão de cinco membros reconhecidamente republicanos foi nomeada para elaborar o novo projeto, composta de Joaquim Saldanha Marinha (presidente), Américo Brasiliense de Almeida Melo (vice-presidente), Antônio Luis dos Santos Werneck, Francisco Rangel Pestana e José Antônio Pereira de Magalhães Castro.

A Comissão apresentou um anteprojeto único, de sua responsabilidade nominal, que o governo encaminhou ao Congresso (Decretos nº 510, de 22-6-1890, e nº 914-A, de 23-10-1890), tendo assim cumprido a sua missão em cerca de 6 meses. Contudo, inicialmente não houve acordo, pois Brasiliense, Magalhães de Castro e Werneck, este em conjunto com Rangel Pestana, ofereceram esboços diferentes, dois esboços assim, mas finalmente concordaram todos em um só anteprojeto.

RUI BARBOSA retocou o projeto, todos influenciados pelo modelo norte-americano da Constituição de 1787.

A 15 de novembro de 1890 foi instalado o Congresso Constituinte, elegendo Prudente de Moraes como seu Presidente, sendo eleita uma Comissão de 21 membros, de maneira que cada Estado desse um membro, para unificar o parecer sobre o projeto encaminhado pelo Governo Provisório. Três meses apenas duraram os trabalhos, e a 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a nova Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

VI — A Revolução de outubro de 1930 e a Assembléa Constituinte de 1933-34

A Revolução de outubro de 1930 daria margem a convocação da nova assembléa constituinte com o nome de Assembléa Nacional Constituinte.

A República brasileira, feita numa madrugada, com o passeio cívico e marcial de 1889, mostrou uma conjugação proveitosa do tilintar das espadas com a oratória flamejante dos grandes tribunos como Rui e José do PATROCÍNIO, e deveria ser o que foi: fecunda, inquieta, tonteante no desequilíbrio dos poderes, na hipertrofia do Executivo, no entrechocar-se de suas antíteses sucessivas, o liberalismo e o autoritarismo, este consagrado pelo estado de sítio e a intervenção federal, num jogo fascinante de espirais invertidas.

Já o novo direito constitucional brasileiro apareceu a partir de 1934, com a influência da Constituição alemã de Weimar, combinada com o passado histórico do presidencialismo de inspiração americana, antecedido pela Revolução varguista.

Não teve eco o revisionismo de Rui Barbosa, apóstolo da paz e da solidariedade humana.

O último presidente da época, Washington Luís, teimoso, leal, intransigente, personalidade afirmativa e dominante, consagrou o modelo clássico do presidencialismo levado ao seu exagero, e, ao mesmo tempo, precursor da sua decadência.

Getúlio Vargas com calma sorridente, engalanou a República de bombachas, e duvidando da ilusão metafísica da soberania do povo, encastelou-se no Catete entre rodadas de chimarrão, ponchos vistosos, russilhonas e rosetas de esporas de prata, e mais tarde acelerou uma marcha ruidosa para o nacionalismo e o trabalho, como um herói de legenda sempre lembrado.

Getúlio Vargas, com sagacidade felina, custou a convocar a Assembléa Constituinte, baixando a 14-5-1932 o Decreto nº 21.402, fixando o dia 3 de maio para a realização das eleições à Assembléa Nacional Constituinte e criando uma comissão para elaborar o projeto da futura Constituição. Logo depois sobreveio a Revolução paulista e, só vencida esta, o novo Decreto de nº 22.400, de 1º de novembro de 1932, designou uma Comissão que, além do Presidente, foi composta dos seguintes membros, em número de 14, a saber: José Américo, Osvaldo Aranha, Antônio Carlos, Agenor de Roure, João Mangabeira, Carlos Maximiliano, Prudente de Moraes, Artur Ribeiro, Assis Brasil, Góis Monteiro, Oliveira Viana, Castro Nunes, Temístocles Brandão Cavalcanti. Ao todo, 14 membros, com o Presidente da Comissão, chamada Comissão do Itamarati, pois se reunia no Palácio do Itamarati.

O presidente da Comissão era o gaúcho Antunes Maciel, Ministro da Justiça, que tinha atribuições para designar substituto, e o fez, designando Afrânio de Melo Franco.

A Comissão do Itamarati apresentava convicções diferentes dos seus membros. Ao lado do nacionalismo militarista de Góis Monteiro, desconfiado do liberalismo e da democracia clássica, o mestre Oliveira Viana se inclinava para modelos sociologicamente autoritários e aristocráticos; João Mangabeira aduzia uma inclinação liberal e socializante como herdeiro dileto de Rui Barbosa, enquanto José Américo e Osvaldo Aranha balançavam o seu ideário entre o pensamento da justiça social e os novos modelos autoritários do Ocidente. Antônio Carlos e Melo Franco representavam um centro de equilíbrio e convergência.

Como se vê, a fina flor do pensamento constitucional do Brasil, em que se alinhavam duas tendências opostas: as convicções sociologicamente autoritárias de Oliveira Viana e a dialética sedutora de João Mangabeira, ao mesmo tempo liberal com Rui Barbosa e esquerdista à maneira socialista, defrontando-se destarte as duas correntes — a corrente democrática e a corrente autoritária.

Daí surgiu a Constituição de 1934, a matriz das novas Constituições brasileiras, especialmente a de 1946.

O novo direito constitucional brasileiro teve por conseguinte a sua matriz na Comissão Constitucional que Afrânio de Melo Franco, na época, presidiu com sabedoria e inteligência.

A redação do texto da Constituição relativa à organização dos Estados e Municípios ficou com Temístocles Brandão Cavalcanti, a organização financeira com Agenor de Roure, a defesa nacional com Góis Monteiro, a ordem econômica e social com Osvaldo Aranha, os direitos e garantias individuais com João Mangabeira, com o seu inquieto talento renovador, devendo-se-lhe o instituto do mandado de segurança elevado a nível constitucional.

A Constituição, promulgada em 16-7-1934, durou pouco, três anos apenas, espezinhada pelo golpe de Estado de 10 de novembro de 1937.

VII — O Estado Novo

As ondas ideológicas turbilhonantes do fascismo e do bolchevismo intimidaram a República, e a nação acolheu o *complot* palaciano de 1937 com resignação e passividade. Entoou-se o *De profundis* do liberalismo, numa filosofia política influenciada por uma Alemanha mais wagneriana do que goethiana.

Getúlio Vargas, com a sua tática dilatória, tinha, porém, em sua personalidade carismática uma amabilidade felina, pronto a mostrar as garras ao primeiro confronto e contestação.

Desde então as Constituições do País têm tido uma inclinação ora autoritária, ora liberal, de acordo com os momentos históricos.

A história compraz-se em um jogo de antíteses. O contraste é empolgante, com a feição periódica imanente às leis históricas.

O Estado Novo instalado em 1937 resultou de um *complot* palaciano, com inclinação fascizante, aniquilando as liberdades democráticas e os direitos individuais. O golpe traidor foi desfechado, e sem reação, com um ambiente nacional de passividade e de resignação. Os golpistas do Estado Novo agiram sem a mínima possibilidade de insucesso, apoiados por um Congresso subserviente e juristas escrupulosos, impressionados pelas doutrinas antidemocráticas.

Francisco Campos, jurista de conhecidos talentos, foi o autor passional da nova carta política inspirada nos moldes autoritários europeus, na Constituição polaca e nos modelos paramussolínico e hitleresco do fascismo europeu vitorioso.

A Constituição jurada em 1934 foi traída, sem risco para seus autores, a democracia sendo relegada para o museu de antigüidade e confinados os seus líderes.

Nenhuma assembléia constituinte elaborou a dita carta magna de 1937, nem foi ratificada por *referendum* popular. A República estava morta, o Estado Novo nascente e adolescente envelheceu logo, provocando a desordem financeira, uma corrupção desoladora, sem grandeza histórica.

VIII — *A queda da ditadura, a Constituinte de 1945 e a Revolução de 1964*

Com a queda do Estado Novo é convocada a derradeira Assembléia Constituinte. A deposição do chefe do governo, Getúlio Vargas, e o fim da ditadura ocorreram a 29-10-1945, transmitindo-se o poder ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Linhares.

As novas eleições presidenciais foram realizadas a 2-12-1945, e na mesma data também se realizaram as eleições para a Assembléia Constituinte, que se instalou solenemente em 5-2-1946, promulgada a nova Constituição em 18-9-1946, retomando o fio da tradição interrompida bruscamente em 1937.

Foi esta a 4ª Assembléia Constituinte convocada para normalizar a vida política do País, trazendo à Nação uma Constituição liberal, democrático-social moderna, com traços razoáveis de equilíbrio federativo, harmonia de poderes, mas sem ter conseguido resolver a armadura colonial de economia reflexa, que sempre desgastou e enfraqueceu a democracia política.

Fatos históricos altamente negativos concorreram para a queda da República de 1946: a desastrosa renúncia de Jânio Quadros, a posse ameaçada de Goulart, a deterioração do poder civil, a crise econômica (endividamento externo e inflação), daí o golpe militar de 1964, sem possibilidade de convocação de uma Assembléia Constituinte.

Houve uma tríplice crise: crise do direito, crise de homens, crise de fatos.

O movimento de 1964 revogou a Constituição de 1946, prevalecendo a técnica dos atos institucionais, atos complementares, decretos-leis e normas de exceção.

Houve até a singularidade de *decretos secretos*, como é o Decreto nº 69.534, de 11-11-1971 (*DOU*, de 11-11-1971), quando o governo baixou decretos-leis autorizando o Executivo a promulgar decretos secretos, cujos textos não seriam divulgados em nenhuma publicação oficial. Apurou-se a existência de 10 decretos secretos, que apenas tiveram seus números publicados, desde 1971.

OSCAR PEDROSA HORTA (*Veja*, 24-11-1971) comentou: "A meu ver, o Decreto nº 69.534 constitui uma singularidade no direito brasileiro. Não sei como se obedecerá a uma lei, a um decreto, a um regulamento que todos devem ignorar".

O governo encaminhou o projeto da nova Constituição ao Congresso, projeto que foi votado em tempo recorde, representando a nova Constituição de 24-1-1967 o enfraquecimento do federalismo ou a sua crise agônica, com a hipertrofia do centralismo da União em desproveito dos Estados-Membros e dos Municípios, a hipertrofia do Executivo e a invasão das competências do Legislativo pelo Executivo.

Tal tendência autoritária foi consolidada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, criando uma ordem jurídica centralizante, autoritária, antiliberal e mesmo arbitrária.

O governo do presidente Figueiredo teve o mérito de pôr fim a tal período, começando a normalizar a ordem jurídico-constitucional.

IX — Normas e requisitos da nova Assembléia Constituinte

A opinião pública nacional clama pela convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, ou um Congresso Nacional Constituinte. Toda a sociedade civil clama por esta reivindicação. Mas resta definir e precisar as suas normas e critérios de convocação.

Quem convoca a Assembléia Constituinte?

Qual o período de duração da Assembléia Constituinte?

Como convocar a Assembléa Constituinte sem a ruptura com o atual regime vigente desde 1964?

Como compatibilizar a convocação da Assembléa Constituinte com o funcionamento do atual Congresso Nacional?

X — Poder constituinte e reforma da Constituição

O poder constituinte é mais geralmente entendido como poder de elaborar uma Constituição. Ao lado deste funciona também o poder de reforma constitucional pelo qual o Congresso fica investido da função de reforma constitucional com o poder de emenda. No Brasil a Constituição de 1967 atribui ao Congresso o poder de emendabilidade ao texto constitucional, segundo formas prescritas na Constituição, exceto quanto à possibilidade de reforma da República e da Federação.

A melhor solução no momento é a convocação de uma Assembléa Constituinte, após a revogação de determinadas leis de exceção, principalmente a lei de segurança nacional, permitindo-se ampla liberdade de discussão, eleição e voto. A mudança da Constituição pelo próprio Congresso, incluindo representantes sem autenticidade, e que não foram eleitos para tal fim, não concede à Nação o direito de determinar o seu próprio destino mediante uma Assembléa Nacional Constituinte. O atual Congresso não está legitimado filosoficamente para elaborar uma nova Constituição.

O Congresso Constituinte, depois de promulgada a Constituição, poderá transformar-se em Congresso normal, ou então fariam-se duas eleições, uma para o Congresso Constituinte e outra para o Congresso desdobrado no seu Senado e na Câmara dos Deputados, eleições que podiam ser feitas no mesmo dia, intervalando de um ano a instalação do segundo ao primeiro.

O governo poderia incumbir ainda a uma comissão de juristas e cientistas sociais a tarefa de elaborar um anteprojeto de Constituição, que seria enviado à Assembléa Constituinte, como ocorreu em 1891 e 1933.

XI — O poder constituinte e a convocação da Assembléa Constituinte

A teoria do poder constituinte, com raízes na filosofia política grega e romana, foi sistematicamente elaborada por Sirvès durante a Revolução francesa. Ela distinguiu a *potestas constituens*, que pertenceria ao povo e à nação, e a *potestas constituta* (os Poderes constituídos: Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador, quando este existe).

Atualmente distingue-se: o *poder constituinte originário*, que é o único a legitimar uma nova Constituição, que decorre, pela

sua própria compreensão jurídica e histórica, do fato consumado de uma revolução.

O *poder de emenda à Constituição*, ou poder de emendabilidade, reforma, revisão constitucional, ou poder constituinte *derivado, secundário*, limitado dentro dos moldes da Constituição a ser emendada, é atribuído ao Congresso, por vezes sujeito a *referendum* constitucional.

Os Poderes constituídos: Legislativo, Executivo, Judiciário, instituídos pelo poder constituinte originário.

A convocação da Assembléia Constituinte, pedida pela opinião pública, consagra a ruptura formal do atual regime.

Contudo, não houve nenhuma revolução, mas uma transição pacífica e sem violência. A convocação de assembléia constituinte tem de enfrentar o problema do mandato de determinados parlamentares a extinguir-se e eleitos pelo voto popular e direto, ferindo os seus direitos adquiridos ao mandato parlamentar, visto que uma revolução não respeita direitos políticos presumidamente adquiridos.

No processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte, seria viável estabelecer-se o seguinte roteiro:

1º) Uma emenda à atual Constituição, por iniciativa do próprio Congresso, autorizando o Presidente da República a convocar a Assembléia Constituinte.

2º) O ato convocatório da Assembléia Constituinte decretado pelo Chefe do Governo, com o apoio anterior do Congresso e já devidamente respaldado por amplo movimento da opinião pública.

3º) A fixação do prazo máximo de duração dos trabalhos da Constituinte, que seria de 6 meses, para a conclusão de suas atividades e promulgação da nova Constituição.

4º) Antes das eleições para os membros componentes da Assembléia Constituinte, seriam revogadas as leis de exceção que ainda hoje existem no País.

5º) Simultaneamente com a convocatória da Assembléia Constituinte, o governo nomearia uma comissão de 35 membros, especialmente juristas e cientistas sociais, para elaborar um anteprojeto de Constituição a ser submetido à apreciação da Assembléia Constituinte, como aconteceu anteriormente.

6º) A Assembléia Constituinte, ao término dos seus trabalhos, transformar-se-ia em Congresso Nacional, sendo considerados como Senadores os três candidatos mais votados em cada Estado.

XII — A Constituição e a realidade social

A Assembléa Constituinte e a nova Constituição dela resultante é apenas um passo inicial, pois não vem isoladamente resolver os graves problemas nacionais. Contudo tal passo é importante, pois devolve ao povo o poder de comando e de decisão política.

A história política brasileira é a história das lutas de duas elites, uma elite liberal e uma elite conservadora, ambas com embriaguez pelo poder. O povo sempre ficou à margem. A nossa democracia tem sido uma falsa democracia, uma democracia sem povo. Antes era o voto dos defuntos, hoje é o voto comprado. As revoluções no Brasil são feitas por elites ou oligarquias para desmontar uma corrupção e instalar outra corrupção maior.

Para que a constituinte não venha a ser mais um momento infeliz de frustração popular, as forças populares e os intelectuais devem assumir o debate das condições, requisitos e formas da Constituinte e do modelo constitucional. As correlações de formas e os fatores do poder (a que alude LASSALLE) não são imutáveis, mas as ideologias também transformam o mundo, permitindo a luta e o alcance de um novo regime, uma nova vida institucional e não um novo caos institucional.

MAX afirmou na sua XI tese sobre FEUERBACH:

“Os filósofos não têm feito até aqui senão interpretar o mundo de diferentes maneiras, trata-se agora de transformá-lo.”

O direito constitucional nunca se erguerá além da estrutura econômica e cultural da sociedade.

Urge, assim, a luta contra o capital estrangeiro espoliativo e mal administrado no País, provocando o grave endividamento externo (quase US\$ 100 bilhões mais os juros extensivos), a inflação, o desemprego, a elevação do custo de vida. É indispensável a mudança da armadura colonial de nossa economia, acompanhada da reforma agrária, tributária, orçamentária, moral, educativa, bastando olhar neste último caso o triste caos presente da Universidade brasileira. É ainda necessária a preservação dos valores éticos do comportamento humano, pois sem educação não sobrevive a democracia.

Na verdade a história sempre tem um sentido pendular, variando entre o autoritarismo e o liberalismo, entendidos ambos na sua acepção genérica, mais concretamente, democracia versus ditadura. Normalmente uma pretende corrigir os defeitos sociais que atribui à outra. Não há dúvida, contudo, que a vocação do mundo é para a democracia, restando complementar a democracia política pela democracia econômica.

Há uma falsa e uma verdadeira democracia. Esta última deve respeitar a vontade do povo e o direito das minorias políticas, fundamentando a soberania política na soberania econômica, e mantendo intacta, erecta e vertical a soberania do povo.

XIII — A Constituição da 6ª República

A nova Constituição da 6ª República deve buscar uma lei fundamental visando o bem-estar da pessoa humana, a liberdade e a democracia, o pluralismo ideológico, o desenvolvimento e a paz.

No anteprojeto da Constituição apresentado no Congresso de Direito Constitucional, realizado em 1984 pela Faculdade de Direito do Recife, abandonou-se o modelo tradicional, agrupando os artigos começando pela estrutura do Estado Federal e tomando-se rota diferente, acentuando o primado da pessoa humana sobre a máquina do Estado.

O seu Preâmbulo foi explícito em proclamar as intenções do legislador constitucional com um novo pacto social de linha democrática e socializante. O título Preliminar convalida tais medidas que robustecem a força do pacto político.

O Título I refere-se ao Território e configuração geográfica e territorial do País, herdado dos antepassados, para ser transmitido à geração do porvir.

O Título II refere-se ao povo, fonte originária da soberania nacional, em diversos e sucessivos capítulos com princípios gerais norteadores da nacionalidade, dos direitos e garantias individuais, direitos políticos, Partidos Políticos, a família, a educação e a cultura, a ordem econômica e social, esta disciplinando as medidas de controle do capital estrangeiro, inflação, política agrária, estatuto dos trabalhadores, socialização.

Segue-se-lhe o Título III, alusivo à organização nacional, discriminando as competências da União, dos Estados-Membros e dos Municípios, dentro de uma estrutura de federalismo equilibrado e de defesa dos Municípios, como as escolas públicas da liberdade.

O Título IV alude ao sistema tributário e à compensação de finanças, numa distribuição mais eqüitativa das receitas tributárias, permitindo a retomada do desenvolvimento e o prestígio tanto dos Estados como dos Municípios.

O Título V trata da organização do poder político, da estrutura e do funcionamento do governo federal, os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, buscando fortalecer o Congresso e o Poder Judiciário, sem prejuízo do Executivo forte, eleitos diretamente pelo povo, permitindo a criação de líderes carismáticos.

O Título VI trata dos colaboradores da organização política (as forças armadas, o Ministério público, a burocracia, o Conselho Nacional Econômico e Cultural, a comissão permanente do Congresso Nacional, o Tribunal de Julgamento Político).

O Título VII disciplina as medidas de reforma do Executivo, em momentos de crise, com o estado de sítio.

O Título VIII enumera decisões pragmáticas visando estabelecer uma ideologia do desenvolvimento nacional, acabando com o estado permanente de colonização econômica do País, para validar a autêntica soberania nacional, fundamentada na emancipação econômica e na cultura.

Enfim o Título IX abrange as disposições finais, dualizadas em disposições gerais e disposições transitórias, como recomenda a boa técnica legislativa.

XIV — Conclusões

1. O poder constituinte é o poder de criação de uma Constituição.

2. O regime constitucional é o equilíbrio entre o poder, a ordem e a liberdade, estabelecido pela Constituição como a síntese de forças sociais convergentes, o sistema de harmonia dos interesses humanos em conflito.

3. A convocação de uma Assembléia Constituinte consagra a ruptura formal do velho regime.

4. A história política brasileira revela a hipertrofia do Poder Executivo, que é preciso corrigir, com o reforço dos poderes do Congresso, a autonomia mais vigorosa e a intangibilidade do Poder Judiciário.

5. A convocação de uma Assembléia Constituinte é de vital importância, como um novo consenso social, porém é de grande valor o conteúdo da instituição e a sua execução, a fim de evitar a frustração do povo.

6. O conteúdo econômico da Constituição deve buscar o desenvolvimento e a progressiva eliminação das distinções de classe entre os homens.

7. O direito político não se eleva acima das condições econômicas da sociedade, mas as ideologias são também forças sociais, que modificam a história.

8. A democracia repousa no voto direto popular, secreto, universal, com a pluralidade ideológica dos partidos e com uma linha socializante: *Liberdade sem socialismo, de fato, liberdade não é, Socialismo sem liberdade, realmente socialismo não pode ser.*

Poder constituinte: natureza e perspectivas

CARLOS VALDER DO NASCIMENTO

Professor de Direito Constitucional na
Universidade Santa Cruz — Bahia

SUMÁRIO

1. Considerações preliminares
2. Poder constituinte originário
 - 2.1 Natureza
 - 2.2 Legitimidade
 - 2.3 Titularidade
3. Limitações ao poder de reforma constitucional
 - 3.1 Breves considerações
 - 3.2 Materiais
 - 3.3 Circunstanciais
 - 3.4 Temporais
4. Assembleia Nacional Constituinte
 - 4.1 Conteúdo e perspectivas
 - 4.2 Aspecto formal da convocação
5. Conclusão e sugestões

1. Considerações preliminares

Neste dado momento histórico a sociedade brasileira postula pela reformulação do sistema constitucional vigente que, segundo se alardeia de modo tão insistente, hoje, já não condiz com a realidade do nosso tempo. No limiar de uma Nova República todos os segmentos da sociedade têm-se manifestado, até de modo unânime, pela revisão do ordenamento jurídico, posto como forma de rever os princípios e diretrizes que devem nortear a convivência social pacífica e democrática.

Manifestações expressivas de diversos segmentos sociais têm sobrepairado no universo fático exigindo por reformas profundas na estrutura social. Impregnadas de conteúdo legítimo pela própria origem e natureza, são elas os veículos a exigir que se operem mudanças imprescindíveis ao conseguimento do bem comum, como meta

primordial que ao Estado cumpre realizar como fundamento maior de sua própria finalidade. São pressões naturais, originárias de situações críticas experimentadas por todos nesta quadra final de século, como uma decorrência das freqüentes contradições do mundo moderno.

Pensam os mentores da nova ordem constitucional que possa ela senão equacionar definitivamente a problemática econômica e social mas pelo menos minimizar os reflexos negativos que pairam em seus ombros resultantes de posições antagônicas impostas pelo sistema vigente. Agasalham, ainda, a esperança num sistema representativo autêntico concebido pelo povo que, por ser fonte originária da ordem constitucional, legitimaria a ação do poder constituinte.

Vislumbra-se no contexto hodierno ser a legitimidade da essência do poder constituinte, tanto mais quanto este tem origem na soberania popular e é, sobretudo, uma decorrência do direito natural como instrumento antecedente a ordem normativa. A idéia de constituinte está associada à de Estado na medida em que a representatividade do regime democrático resulta da participação coletiva formuladora do ordenamento constitucional que se pressupõe duradouro.

Desvinculado de uma visão teorizante, pode-se afirmar que a história do poder constitucional se confunde com a própria história da civilização e se deu conta a partir do posicionamento crítico quanto à sua legitimidade diante do fenômeno do iluminismo que tentava justificar o poder exercido pelos governantes impregnados de conotação divina, passando pela fase intermediária do contratualismo de ROUSSEAU, até chegar ao racionalismo francês do pressuposto orgânico da sociedade política.

No perلustrar da doutrina rousseauiana, indubitado ressaltar que o chamado pacto social dá contornos limitativos ao poder soberano como manifestação da vontade geral, pois que assim se engendra o pensamento de JEAN-JACQUES ROUSSEAU:

“Como a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe, como foi dito, nome de soberania” (1).

Por sua vez, o iluminismo, movimento filosófico, religioso, científico, iniciado na metade do século XVII e que dominou a Europa no século XVIII, tinha a razão como supremo critério de valor, para o

(1) ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo, Homus Ed. Ltda., 1981, p. 41.

Estado e o direito. O direito natural não era de origem divina, mas humano e dotado de racionalidade, eis a tese que albergava.

Ressalte-se, entretanto, que as instituições daquele tempo não correspondiam, na Europa, a tal racionalidade, pois,

“estavam em vigor leis e práticas do feudalismo, limitações medievais da atividade econômica, um direito penal inquisitorial e a tortura. A substituição dessas instituições por outras, mais racionais, foi a tônica das reivindicações dos iluministas em nome da burguesia ascendente” (2).

Sem dúvida, a vitória das reivindicações do iluminismo realizadas pela Revolução francesa perdeu, a partir dela, permanente terreno, em face do racionalismo mecanicista, “certa superficialidade na valorização das instituições humanas e o desprezo da história” (3), que encarnavam sua filosofia. Decerto, algumas de suas reivindicações não foram atendidas, e outras, após atendidas, foram revogadas. Entretanto, mesmo a vitória parcial das reivindicações do iluminismo foi fator determinante que tornou possível a convivência humana.

Dessarte, tem-se como certo que a Constituinte propiciará um amplo debate em torno dos problemas essenciais que atormentam toda a comunidade, tendo a Nação como centro convergente dessa discussão livre e participativa, como bem acentuou o eminente jurista LEITÃO DE ABREU:

“A Constituinte oferecerá ocasião para que, no grande foro que é a Nação, na sua unidade, se discutam, com a amplidão e vivacidade hoje proporcionadas pela expansão gigantesca dos meios de comunicação, as questões que afligem a sociedade. Esta precisa ser desbloqueada, os seus pontos de estrangulamento removidos. Direitos novos e deveres, também novos, impostos pelo mundo novo que aí está serão objeto de exame, análise, polêmica, desacordo e entendimentos no sentido do sim e do não” (4).

Neste clima é que a sociedade, mesmo com natural inquietação mas com grande expectativa, aguarda a instalação da Constituinte. Em razão disso, este estudo, nos seus capítulos subseqüentes, procura destacar alguns temas que poderão ser objeto do grande debate a

(2) ENCICLOPÉDIA MIRADOR Internacional. “Iluminismo”. Rio de Janeiro, Enciclopaedia Brytannica do Brasil Publicações Ltda., 1976, vol. 11, p. 5.982.

(3) ENCICLOPÉDIA MIRADOR Internacional. “Iluminismo”. Rio de Janeiro, Enciclopaedia Brytannica do Brasil Publicações Ltda., 1976, vol. 11, p. 5.983.

(4) ABREU, João Leitão de. A Constituinte como risco e solução. Entrevista concedida ao Jornal do Brasil. Caderno Especial, Rio de Janeiro, 31-3-85.

ser travado; antes aborda a natureza, a titularidade e, sobretudo, a legitimidade do poder constituinte e penetra nos meandros que envolvem a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte.

2. Poder constituinte originário

2.1 Natureza

Segundo a doutrina corrente o poder constituinte se caracteriza pela sua supremacia, posto tratar-se de um poder soberano originário da própria pressão da sociedade. Não conhece limitação anterior da ordem jurídica, considerando que ele vem instrumentado pelo direito natural, subordinando-se tão-somente aos interesses maiores determinantes de sua gestação.

De tal assertiva também corrobora o eminente jurista PINTO FERREIRA, ao assegurar que

“o poder constituinte é um poder supremo, originário, dotado de soberania, com uma capacidade de decisão em última instância. Ele não se acha submetido a nenhum preceito anterior do direito positivo, autolimitando a sua própria vontade ao estabelecer as normas reguladoras da atividade estatal. Está apenas subordinado à pressão social do grupo, às exigências do bem comum, aos valores jurídicos ideais ou à opinião pública que o gerou” (5).

Para GEORGES BURDEAU, (6) o poder constituinte se caracteriza pela incipiência dos seus fundamentos por inexistir outro que lhe seja superior. Ressalta, ademais, a autonomia que lhe é intrínseca pela possibilidade de inovar a ordem jurídica do Estado em determinado instante de sua história. E não guarda nenhum vínculo de subordinação com qualquer preceito jurídico, sendo, portanto, um poder incondicionado.

O poder constituinte revela-se como um ente criativo, busca sempre o estabelecimento de uma ordem jurídica, “ou a partir do nada, no caso do surgimento da primeira Constituição, ou mediante a ruptura da ordem anterior e a implantação revolucionária de uma nova ordem” (7).

(5) FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 6.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 52.

(6) BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. 2.ª ed., Paris, L. G. D. J., 1969, tomo IV, pp. 184-185.

(7) BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984, p. 19.

Mas é aceitável que o direito positivo seja a reduzida expressão do direito, porquanto, consoante MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, existe um direito natural que é anterior e superior ao direito de Estado. Disso, segundo ele, resulta a liberdade de escolha das instituições que devem servir de instrumentos para a satisfação das necessidades do homem. E acrescenta: "o poder que organiza o Estado, estabelecendo a Constituição, é um poder de direito" (8).

2.2 Legitimidade

Das mais relevantes é a questão da legitimidade que expressa, sem dúvida, a própria essência do poder constituinte em toda a sua plenitude. Traduz-se como um fundamento ético fundado "em valores, historicamente realizáveis e socialmente atuantes" (9). Tem como referencial, segundo SEBASTIÃO DE LIMA (10), um conjunto de experiências e idéias reveladas pela natureza humana.

RAYMUNDO FAORO, em monografia que fere a temática de frente, esclarece que

"não há outra legitimidade democrática, que, embora suponha o consentimento dos cidadãos, não se esgota em tal apoio. Não há senão duas medidas na política contemporânea: a que se fecha no círculo do poder e se arrima na força, configurando todas as formas da autocracia, e a que decorre da democracia e se ancora na legitimidade" (11).

É relevante assinalar, de outro tanto, que a legitimidade não é excludente da legalidade. Existe, iniludivelmente, uma relação de complementaridade entre o legal e o legítimo. Com efeito, o exercício do poder pressupõe a submissão do governado aos ditames do governante, tanto mais aceitável quando este tenha sido eleito pela vontade soberana do povo. Pois "a autoridade existe não porque emita ordens peremptórias, mas porque é aceita. As decisões dos dirigentes são válidas e eficazes unicamente pelo fato de os destinatários as aceitarem" (12).

(8) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 13.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1984, p. 21.

(9) FAORO, Raymundo. *Assembleia Constituinte: A Legitimidade Recuperada*. 2.^a ed., São Paulo, Brasiliense, 1982, p. 53.

(10) LIMA, Antônio Sebastião de. *Poder Constituinte e Constituição*. Rio, Plurarte, 1983, p. 41.

(11) FAORO, Raymundo. *Ob. cit.*, p. 53.

(12) FAORO, Raymundo. *Ob. cit.*, p. 52.

Na verdade, a legitimidade implica em sua adequação à vontade do povo. Por isso, assegura MARCO MENEGHETTI, "quanto maior o sufrágio e menores as limitações e restrições à participação, tanto maior será a legitimidade do poder" (13). Entende o referido autor que somente o povo pode ser o titular do poder constituinte legítimo, mesmo considerando que o seu exercício seja limitado, através de delegação, a uma assembléia ou órgão.

O raciocínio expendido por MENEGHETTI parte da premissa levantada por GIORGIO DEL VECCHIO de que o Estado sintetiza a vontade e direitos individuais, assim se posicionando com pertinência ao assunto:

"Bom é recordar que a soberania, que se exerce sobre os cidadãos, não provém de fora, mas de dentro; esta é, por via de regra, um produto da própria vontade dos sujeitos. O Estado, em suma, é a síntese das vontades e dos direitos individuais: corresponde ao momento ideal de convergência daqueles direitos em uma suprema expressão potestativa. A soberania tem a sua sede no próprio povo, enquanto este está organizado em Estado" (14).

2.3 Titularidade

A questão da titularidade do poder constituinte pode ser deslindada no campo sociológico ou político, isto é, no mundo do "ser". Nessa linha de raciocínio, a doutrina dominante entende que o titular, ou seja, o sujeito do poder constituinte é o indivíduo e só a coletividade pode criar uma nova Carta Magna. Existem alguns mais apegados ao formalismo que chegam até a sustentar que a ordem constitucional somente pode ser inovada através de movimentos revolucionários.

Num conceito mais elástico de titularidade, cumpre aqui trazer o entendimento de PINTO FERREIRA, que assim se manifesta a propósito do assunto:

"O sujeito do poder constituinte é o titular individual ou coletivo capacitado para criar ou revisar a Constituição. Esse titular da função constituinte pode ser: ora um rei ou ditador, ora uma classe, ora o próprio povo" (15).

(13) MENEGHETTI, Marco Antônio. A Legitimidade do Poder Constituinte. In *Jornal DCI*, São Paulo, 25-3-85.

(14) DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5.^a ed., Coimbra, Arménio Amado Editor, 1979, p. 478.

(15) FERREIRA, Pinto. *Ob. cit.*, pp. 52-53.

Por seu turno, EMMANUEL SIÉYÈS⁽¹⁶⁾ professa a tese contratualista em sua teoria onde procura evidenciar que a Nação é que detém a titularidade do poder constituinte. Isto ocorre por intermédio da representação dos seus mandatários, já que a Nação atua como ente abstrato plasmado por um sistema representativo, calcado no direito natural e no princípio da liberdade do homem que é anterior ao Estado.

Comentando a teoria de SIÉYÈS, VANI BEMFICA assevera que o mesmo SIÉYÈS

“aceite a tese contratualista, segundo a qual o homem nasce livre e, assim, sua liberdade é anterior ao Estado, sendo, portanto, superior a ele. Essa liberdade está na Nação, que detém a liberdade dos homens, e o Estado organiza segundo ela, que é o poder que estabelece a Constituição, que, por sua vez, organiza o Estado, com seu ordenamento jurídico, órgãos ou funções, e proclama a separação dos Poderes e a declaração e garantia das liberdades individuais”⁽¹⁷⁾.

Opondo-se à doutrina corrente, MARCO ANTÔNIO MENEGHETTI⁽¹⁸⁾ entende que o “único titular do poder constituinte é o povo, titularidade essa irrenunciável, porque inerente àquele que integra o Estado como elemento subjetivo”. Sua solução exclui, evidentemente, qualquer concepção sociológica ou política na definição dessa titularidade. Está, pois, adstrita ao mundo do chamado “dever ser” que, no universo normativo, configura o mundo do direito.

3. Limitações ao poder de reforma constitucional

3.1 Breves considerações

Cabe ressaltar, preliminarmente, que o poder reformador é limitado, havendo, por conseguinte, restrições à sua competência para deliberar sobre matérias constitucionais, que serão tratadas nas seções seguintes. Acresce destacar, ainda, que as atribuições do titular do poder de reforma são indelegáveis e irrenunciáveis, a não ser que de outra forma disponha o texto constitucional.

Em decorrência disso, segundo PONTES DE MIRANDA, as regras jurídicas pertinentes a emendas constitucionais dizem respeito ao eventual exercício do poder constituinte. Não necessita de Assembléia Constituinte, distinta do Poder Legislativo.

(16) SIÉYÈS, Emmanuel Joseph. *Que é o Terceiro Estado?* Buenos Aires, Ed. Americana, 1943.

(17) BEMFICA, Francisco Vani. *Curso Teoria do Estado: Direito Constitucional I*. 2.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 151.

(18) MENEGHETTI, Marco Antônio. *Ob. cit.*

E acrescenta o jurista acima citado:

“O poder estatal, que estava e está com o povo, outorgou à Assembléia Constituinte a função de constituir o Estado e a de regular o exercício eventual de tal função, por parte do Poder Legislativo, que ou é o que continua o Poder Constituinte que se reuniu em assembléia originária, ou o que o povo elegeu já estando assente no texto constitucional o poder de eventualmente emendar a Constituição” (19).

A Constituição poderá ser emendada por proposição de qualquer membro da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do Presidente da República. No caso de proposta do Parlamento, esta deverá ter a assinatura de um terço dos membros da Câmara dos Deputados e um terço dos membros do Senado Federal (20).

A proposta será discutida e votada, em reunião conjunta do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada, quando obtiver, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros de cada uma das Casas (21). A Emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem (22).

3.2 Materiais

Entre as limitações ao poder de reforma constitucional cumpre destacar as de natureza material, que vêm explicitadas no próprio texto constitucional (23). Geralmente são direcionadas no sentido de colocar freios no poder reformador, que por justa razão não pode deliberar a propósito de emendas que visem a atingir as entidades componentes do sistema federativo.

Na esteira desse raciocínio, pode se dizer que a Constituição brasileira em vigor repudia qualquer iniciativa dos parlamentares ou de outras instituições que veiculem conteúdo, objetivando proscrever a forma de governo ou a forma de Estado. Assim, não se pode pensar

(19) MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969*. Ed. Revista dos Tribunais, 1970, p. 132.

(20) CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 47 e § 3.º

(21) CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 48.

(22) CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 49.

(23) CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 47, § 1.º

em emendar o texto constitucional com vistas a abolir a forma republicana federativa consagrada pelo legislador constituinte.

Com efeito, tal asserção tem o objetivo de estabilizar o sistema de governo e de Estado, motivo pelo qual a Constituição vigente assegura que "O Brasil é uma República Federativa constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios" (24).

Acresce evidenciar, ademais, que a Federação se caracteriza pela descentralização da atividade política, de tal sorte que os Estados federados, sob a tutela de suas próprias Cartas constitucionais, podem estruturar seus poderes fixando suas respectivas estruturas organizacionais. Evidentemente que sua organização deve se conformar com o Estatuto Supremo.

Por sua vez, a República é uma forma de governo eletivo e temporário. Caracteriza-se, segundo ROSAH RUSSOMANO, "pelo fato de que a estruturação do Estado se realiza mediante a vontade da pluralidade dos cidadãos, manifestada através do voto" (25).

3.3 Circunstanciais

Impende salientar que ainda são impostas ao poder reformador as chamadas limitações circunstanciais, consistentes na impossibilidade de se promoverem reformas no texto constitucional, no caso de se encontrarem suspensas as garantias dos cidadãos por motivo de inquietações sociais perturbadoras da ordem pública.

Nestes casos a Constituição federal prevê o estado de sítio e o estado de emergência. É pacífico que nesses casos de evidente supressão das garantias constitucionais não pode o Congresso, de modo livre e independente, deliberar sobre matérias de grande importância. Daí o sentido da limitação imposta ao legislador nessas ocasiões.

O estado de sítio poderá ser acionado no caso de guerra, ou a fim da preservação da integridade e independência do País, livre funcionamento dos poderes e de suas instituições, quando gravemente ameaçados ou atingidos por fatores de subversão (26). O estado de emergência visa a adoção de providências imediatas, em caso de guerra, bem como impedir ou repelir as atividades de natureza subversiva de

(24) CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 1.º

(25) RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1984, p. 85.

(26) CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 154.

que trata o art. 156 da Carta Magna. Ambos são decretados pelo Presidente da República, ouvidos, respectivamente, o Conselho de Segurança Nacional e o Conselho Constitucional (27).

3.4 Temporais

Vale ressaltar, por outro lado, que o poder reformador é contido por limitações de natureza temporal, que objetivam contribuir para a consolidação do sistema implantado. Destarte, o novo texto, ganhando a estabilidade necessária, poderá satisfazer a expectativa do povo, na medida em que não sofra constantes modificações no seu conteúdo essencial.

Com efeito, tais limitações propiciam que o quadro político institucional alcance a devida estabilidade, em benefício dos projetos albergados pela Constituição a entrar em vigor. Alguns países adotam esse procedimento de não permitir a reforma constitucional durante determinado lapso de tempo.

4. Assembléia Nacional Constituinte

4.1 Conteúdo e perspectivas

O poder constituinte originário tem na soberania seu ponto fundamental, "porque não se acha submetido a nenhum outro poder, a nenhuma limitação à sua vontade" (28), instrumentando, assim, a Assembléia Constituinte que exerce as funções de inovar a ordem jurídica, com o conseqüente estabelecimento de uma nova Constituição.

A Assembléia Constituinte, também conhecida sob a denominação de Convenção Nacional Constituinte ou de Convenção Constitucional, designa o corpo de representantes eleitos com o objetivo de promulgar uma nova Carta Magna. Desempenha tal papel em consonância com as exigências da Nação, expressando em seu bojo a nova ordem jurídico-institucional do Estado tão ansiosamente esperada pelo povo.

Conforme se colhe do magistério de VANI BEMFICA, dois são os modos que buscam instituir o poder constituinte, a saber:

"No primeiro, o povo elege uma Convenção Nacional Constituinte para elaborar uma Constituição, sem necessi-

(27) CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 158.

(28) BEMFICA, Francisco Vani. Ob. cit., p. 150.

dade de ratificação popular, como se deu nos Estados da União Americana, no momento da independência. No segundo, a Constituição é votada pela Convenção Nacional e, em seguida, oferecida à apreciação popular, por meio do *referendum*, como se deu com a Constituição francesa de 1946" (29).

Quanto ao aspecto da legitimidade do poder constituinte, pensa-se, com PAULO BONAVIDES (30), que o Congresso atual não pode ser convertido em órgão encarregado de elaborar uma nova Carta política. Afinal, o momento é de criatividade, pois o povo deseja e vem alimentando a esperança, a crença mesmo de que somente uma nova ordem constitucional seria capaz de promover a reconstrução institucional do País. Para tanto, não há, segundo LEITÃO DE ABREU, restrições políticas ou jurídicas que possam retirar do povo "a oportunidade de manifestar-se sobre o modo e a forma como deseja regular a sua existência, *sob o ponto de vista político, social e econômico*" (31).

Num apelo mais candente, PAULO BONAVIDES (32) exorta a todos sobre a necessidade da recriação estrutural de toda a organização institucional onde assentam os postulados basilares que dão consistência à nova República. Está explícito, nestes aspectos antes aventados, o repensamento da Federação, do Executivo, do sistema de Partidos Políticos, da ordem social, do sistema jurídico e sobretudo da forma de governo.

Inscrevem-se neste contexto como prioridades máximas a recuperação da legitimidade do poder, bem como a recriação institucional da Nação, somente susceptíveis de serem alcançadas através de mecanismos eficientes e adequados. E o clima ideal visando à consecução desse desiderato encontra perfeita ressonância no bojo de uma Constituinte soberana que tenha, no povo, a expressão máxima de sua representatividade.

Indeclinavelmente, a Constituinte deve ser instituída pela vontade soberana do povo, depositário legítimo de suas próprias aspirações e anseios nessa quadra de desorganização por que passa o País. Há, portanto, de ser repelida qualquer tentativa de se atribuir ao atual Congresso a faculdade de elaborar uma nova Constituição, mesmo

(29) BEMFICA, Francisco Vani. Ob. cit., p. 150.

(30) BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição: Os Caminhos da Democracia*. Rio, Forense, 1985.

(31) ABREU, João Leitão de. Ob. cit.

(32) BONAVIDES, Paulo. Ob. cit.

porque, segundo PAULO BONAVIDES, ele somente “dispõe de poder constituinte derivado, por natureza inampliável, munido de competência para reformar a Constituição, jamais para fazer uma nova Carta Magna” (33).

E acrescenta o eminente constitucionalista acima citado: “só o poder constituinte originário, aquele de que o povo é titular único nos sistemas democráticos autênticos, possui hoje legitimidade, competência e credibilidade para recolocar a Nação no caminho da ordem jurídica” (34).

4.2 Aspecto formal da convocação

A discussão agora se trava em função do aspecto de quem é competente para efetivar a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, isto é, a preocupação dos constitucionalistas é de natureza meramente formal, já que examina tão-somente qual seria o instrumento adequado para a consecução daquele objetivo. Mas são unânimes em que devam ser removidos todos os obstáculos que se anteponham à Constituinte livre e democrática.

Há, assim, um pensamento unânime dos constitucionalistas sobre a necessidade de revogar todas as leis de exceção antes da instalação da Constituinte. Destarte, os instrumentos normativos excepcionais criados no bojo do chamado poder revolucionário, tais como lei de segurança nacional, a censura, a Lei Falcão e outros da mesma linha, devem ser imediatamente revogados, a fim de se encontrar um campo limpo e propício à instauração de uma Assembléia livre e democrática, legitimada pela vontade do povo, para exercitar as funções inerentes ao poder constituinte.

Neste particular, também o pensamento de PAULO BONAVIDES se dirige no sentido da representatividade popular, como assinalado:

“Para prestigiar a Constituição e restabelecer o primado dos princípios constitucionais na ordem jurídica abalada, faz-se mister primeiro revalorizar o povo como titular do poder constituinte originário, o que equivale a redimensionar no País a soberania elevada a conceito mais alto de toda a nossa estrutura política, a saber, a expressão intangível das aspirações nacionais mais construtivas” (35).

(33) BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., pp. 242-243.

(34) BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 243.

(35) BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 246.

Especificamente quanto ao modo de convocação da Constituinte, a fórmula de Resolução do Congresso, propugnada pelo jurista AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, que consiste na transformação do Congresso em poder constituinte primário, é objetada por PAULO BONAVIDES, pois este entende que o

“Congresso não tem legitimidade para autoconstituir-se em Assembléia Nacional Constituinte, mas tão-somente para convocar, por via de Resolução, aquela Assembléia gerada diretamente nas fontes de legitimidade, cujo titular exclusivo não pode deixar de ser outro senão o povo soberano” (36).

Se, de um lado, o entendimento é de que ela deverá ser convocada a partir do Poder Legislativo, pensando com RAYMUNDO FAORO, “o que se espera é que o Congresso, libertado de sua tutela, se submeta, ele também, ao império do povo. Esta é a sua hora” (37). De outro lado, DALMO DE ABREU DALLARI sugere a aprovação de uma emenda constitucional de caráter transitório para essa finalidade, e que deverá dispor “sobre a convocação e estabelecimento de regras que assegurem a mais ampla liberdade de organização dos eleitores e de divulgação e debate das idéias dos candidatos” (38).

Quanto a isso, entretanto, há de se chegar a um denominador comum. Espera-se, portanto, que a Assembléia seja convocada sem outorga de poder constituinte nem a este Congresso e nem ao futuro Congresso Nacional, como opina HERMANN BAETA (39), Vice-Presidente da OAB, Seção do Rio de Janeiro, expressando, segundo diz, o pensamento dos advogados brasileiros através dos presidentes da maioria das seccionais da OAB. Assim, ele entende que a Constituinte deveria funcionar paralelamente ao atual Congresso, cujas atividades terminariam ao mesmo tempo que as atividades da Assembléia Nacional Constituinte. Portanto, acrescenta, seria instalada seis meses antes de 15 de novembro de 1986.

5. Conclusão e sugestões

Conclui-se do exposto ser viável a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, livre, soberana e representativa, capaz de oferecer ao País uma Carta política à altura da expectativa que dela se tem.

(36) BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 245.

(37) FAORO, Raymundo. Ob. cit., p. 96.

(38) DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. São Paulo, Saraiva, 1982, p. 37.

(39) BAETA, Hermann. Entrevista. *Jornal Folha de S. Paulo*, 31-5-85.

Oxalá possa o novo texto constitucional, adequando situações complexas, convergir para o ordenamento institucional, facilitado pela atmosfera de compreensão e esperança que a cerca e a todos contagia.

Impõe-se sugerir, com vistas à consecução desse desiderato, sintetizando idéias convergentes debatidas no cenário político brasileiro, alguns temas que, possivelmente, poderão ser objeto da deliberação dos constituintes. Trata-se de reivindicações de amplo conteúdo, calçadas em princípios mais gerais, que, se atendidas, contemplarão outras menores embutidas no próprio bojo de tais proposições.

A República Federativa, assentada sob a égide do regime representativo, há de ter sua base fundamental alicerçada em princípios essenciais capazes de elevar ao status constitucional os direitos e deveres dos cidadãos, bem como estabelecer a perfeita sincronia entre o interesse público e o privado, entre o anseio coletivo e o individual.

Configura-se, nesse painel, como um imperativo, a necessária descentralização do Poder Executivo, hoje caracterizado pelo gigantismo determinado pela excessiva concentração de atribuições retiradas de outros Poderes.

Defensável, por igual sorte, é o retorno de todas as prerrogativas do Poder Legislativo que lhe foram usurpadas no decurso dessas duas últimas décadas de autoritarismo. Isto num crescente processo de esvaziamento de suas faculdades constitucionais inerentes ao seu poder de fiscalização e de produção de normas legislativas.

Ampla e irrestrita independência há de ser assegurada ao Poder Judiciário que, pela sua incontestável relevância, é o mediador inevitável dos conflitos de interesse da sociedade pluralista e democrática dentro do contexto do Estado. Como poder dependente, sem autonomia financeira, jamais poderá desincumbir-se de sua missão grandiloquente de assegurar a ordem, a justiça, o direito, apanágios, sem dúvida, da paz social.

Tudo converge, sem dúvida, para o repensamento da Federação, forma de Estado adotada pelo Brasil que, infelizmente, hoje, encontra-se totalmente desfigurada. O trabalho dos constituintes seria, então, precedido de consultas às diversas camadas representativas da sociedade, visando a adequar a nova Constituição às reais aspirações do povo brasileiro. É fundamental que a Constituinte brote das idéias do povo, pois este é quem deve decidir sobre seu futuro, sobre seu próprio destino. Somente assim, pressupõe-se, se terá uma Constituição legítima e estável.

A origem liberal-conservadora do constitucionalismo brasileiro

ANTONIO CARLOS WOLKMER

Professor de Teoria Geral do Estado e Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da UNISINOS, RS. Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Político, na UNISINOS, RS. Mestre em Ciência Política pela UFRGS

O processo histórico de um constitucionalismo brasileiro começa a se constituir a partir da independência nacional e de seus parâmetros político-institucionais. Algumas causas mais diretas podem ser reconhecidas, de imediato, como fatores articuladores do constitucionalismo político emergente deste processo. Dentre elas, as influências da Revolução francesa e norte-americana, movimentos do século XVIII, que propuseram históricas declarações de ideologias liberais e individualistas; a vinda da Família Real e a instalação da Corte no Brasil, em face da ameaça e da invasão napoleônica, abrindo novos horizontes para a emancipação política e para o esboço originário de uma consciência nacional; e, finalmente, a eclosão de um latente nacionalismo aliado à aspiração ardente de independência dos povos latino-americanos.

As idéias e os interesses que, politicamente, dominavam no início do século XIX nos países latino-americanos, fortalecidos pelas guerras de independência, iriam oferecer um campo propício para o surgimento de uma forma específica de constitucionalismo, que demarcava a necessária limitação do poder absolutista das metrópoles européias e sintetizava a luta lenta, tenaz e histórica, de

Adaptação de um dos capítulos da dissertação de Mestrado em Ciência Política, sob o título "Constituição e Reconstitucionalização nos Parâmetros de um Estado "Bismarquino" (1930-1934), defendida em outubro de 1983, na UFRGS.

todo um povo, em prol de suas liberdades de participação e de seus direitos políticos.

Neste sentido, o horizonte ideológico do constitucionalismo político do período pós-independência traduziu não só o jogo dos valores institucionais dominantes e as diversificações circunstanciais de um determinado momento da organização político-social, como expressou, por outro lado, a junção notória de algumas diretrizes, tais como o liberalismo econômico sem a intervenção do Estado, o dogma da livre iniciativa, a limitação do poder centralizador do governante, a supremacia dos direitos individuais e a exaltação do racionalismo metafísico, este, claramente definido através de uma certa forma de racionalização do poder.

Por sua vez, toda a estrutura ideológica da sociedade brasileira, ao longo do Império, amparou-se na "monocultura latifundiária" e na "técnica do trabalho escravo" (1). Os quadros caracterizadores do primeiro texto constitucional (2) outorgado em 1824, pelo próprio Imperador, representavam

"... os interesses dos grandes proprietários de terras, dos senhores de engenho e dos latifundiários, que receberam o novo direito como uma dádiva, sem qualquer sacrifício de sua parte para conquistá-lo; de outro lado, traduzia o absolutismo do Imperador, que enfeixava nas mãos dois poderes importantíssimos..." (3).

Há de se observar, ainda, a particularidade de nosso sistema constitucional que, em relação aos demais países latino-americanos, foi o primeiro a ser fixado e estruturado por um regime monárquico.

(1) PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, p. 108.

(2) Quanto ao fato de o primeiro Estatuto político ter sido imposto, deve-se em muito às tendências ultraliberais de certos setores da sociedade civil e às radicais agitações ideológicas destes mesmos setores, nos quadros da primeira Constituinte, pela ruptura definitiva dos vínculos com Portugal. Cabe lembrar, ainda que formalmente, que as possíveis influências no texto de 1824 provêm, de um lado, da Carta francesa de 1814, que estabelecia a restauração monárquica e, de outro lado, mais indiretamente, do constitucionalismo inglês, cujo sistema serviu de inspiração para a monarquia parlamentar francesa. Em suas diretrizes básicas, a Constituição de 1824 consagrava o sistema parlamentar nos moldes ingleses, com um poder moderador atribuído ao Imperador, bem como um governo monárquico hereditário, constitucionalmente representativo. Sedimentava a forma unitária e centralizada de Estado, dividindo o país em entidades administrativas denominadas de províncias. A divisão clássica dos poderes também se articulava no funcionamento do Executivo, presidido pelo Imperador e exercido por um Conselho de Ministros. O Legislativo modelava um bicameralismo sustentado por Câmara temporária e Senado vitalício.

(3) LUCAS, Fábio. *Conteúdo Social nas Constituições Brasileiras*. Belo Horizonte, Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade de Minas Gerais, 1959, p. 54.

É natural neste quadro que o texto imperial tenha sido incapaz de impulsionar as idéias, fossem revolucionárias, fossem progressistas, principalmente no âmbito dos direitos sociais. Se, por um lado, o Ato Adicional de 1834 refletiu anseios e disposições mais liberais, a Lei de Interpretação de 1840, por outro, restaurou o teor mais conservador da Carta de 1824.

A desagregação desta economia agrária e a perda de poder por parte da classe dominante, despojada da propriedade escravista, propiciou o crescimento de idéias antimonarquistas, bem como favoreceu um clima mais liberal-positivista e republicano (PINHO FERREIRA, L., 1971). Sob uma perspectiva histórico-política, pode-se nitidamente delinear que além da questão abolicionista, a existência de outros fatores não pode ser olvidada, tais como a crise militar e o estremecimento das relações entre a Igreja e o Estado, ambos responsáveis pelo enfraquecimento da monarquia. No entanto, é a crise econômica um dos fatores principais para o desmantelamento do Império e do surgimento de um Estado liberal republicano em 1889. Se, no entanto, como lembra MAURÍCIO DE ALBUQUERQUE,

“... a mudança na forma de regime alterou a correlação de forças e a estrutura jurídico-política no interior da formação social brasileira, (por outro lado,) as relações de subordinação com as estruturas dominantes do Capitalismo Internacional não foram afetadas: o novo Governo declarou que incorporava os compromissos assumidos com potências estrangeiras e também as dívidas externas do regime monárquico” (4).

Assim, enquanto a base econômica do Império se assentava na produção de cana-de-açúcar e o monopólio do poder político se localizava na zona nordestina (compreendendo Bahia e Pernambuco), a República passa a ter um novo produto-chave, ou seja, o café, que irá deslocar o domínio político mais para o Sul, notadamente para Minas Gerais e São Paulo. A República Velha, corporificando os interesses do setor agrário-exportador, rompe com um feudalismo imperfeito e inacabado, aliado ao modo de produção escravagista. A Primeira República, em seus três primeiros decênios, vai representar a emergência da oligarquia cafeeira e de uma ordem jurídica republicana, subordinada e ajustada às condições político-sociais dos empresários do café.

A tessitura ideológica do texto constitucional de 1891 refletia e, era movida, de um lado por uma filosofia política republicana positivista, e, de outro, por uma espécie de democracia burguesa

(4) ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. *Pequena História da Formação Social Brasileira*. Rio de Janeiro, Graal, 1981, p. 514.

embasada nos princípios do clássico liberalismo individualista (5). Na realidade, a retórica do legalismo federalista, pautando pela aparência de um discurso constitucional onde se acentua o povo como detentor único do poder político, erguia-se como suporte funcional e formalizador de um desenvolvimento econômico-social que beneficiava somente setores oligárquicos regionais. Neste contexto,

“a forma jurídica federal conferia a legalidade necessária ao poder hegemônico do Sudeste cafeeiro, sobretudo do seu pólo dominante, que era São Paulo. Sob a aparência formal de uma igualdade jurídica, na prática, a autonomia estadual, configurada no federalismo brasileiro, se localizava numa hierarquia dominada pelas desigualdades do desenvolvimento econômico e financeiro regional e, conseqüentemente, limitando, de fato, o poder das Unidades da Federação (6).

Quanto à estrutura social, esta sofreu uma certa transformação, na medida em que se operavam a decadência das bases escravocratas e ascensão de uma ainda pequena burguesia urbana. Conseqüentemente, não só o formalismo de um liberalismo democrático e o modelo de descentralização federalista beneficiará fundamentalmente os interesses dos grupos hegemônicos, como, sobretudo, assegurará que a facção da classe dominante detenha poder exclusivo, sem o embaraço do aparecimento de forças contrárias, até fins da década de 20. Isto, contudo, não descarta a presença do tenentismo como a mais significativa reação ao predomínio dos setores agroexportadores, marcado por tipificações próprias que transcendem a mera contestação liberal-reformista das classes médias.

Parece claro, portanto, que as nossas duas primeiras Constituições, elaboradas no século XIX (a Constituição Monárquica de 1824 e a Constituição da República de 1891), marcadas profundamente pelo individualismo liberal-democrático, representaram o governo de uma classe político-social dominante, que não encontrou uma oposição fortemente eficaz e organizada.

(5) Na obra de J. M. BELLO, *História da República* (São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1972, p. 318), vemos que a Carta Constitucional de 1891 idealizada por RUI BARBOSA, foi composta e inspirada quase que na totalidade de seus princípios, pelo modelo de organização política oferecido pela Constituição norte-americana, sem descartar alguns preceitos da legislação constitucional argentina e suíça. O Pacto Político republicano adotou o sistema de Federação para a forma de Estado, e a República como forma de governo. O sistema presidencial acolheu o princípio da divisão harmônica dos Poderes, bem como a separação da União em Unidades federativas autônomas. Acolheu ainda o princípio legislativo bicameral e a separação entre Estado e Igreja.

(6) ALBUQUERQUE, M. M., *op. cit.*, p. 518.

As bases de suas diretrizes incidiam, essencialmente, nas formas tradicionais da representação popular, na manutenção da propriedade privada, no favorecimento ao liberalismo econômico, bem como no resguardo dos princípios de direitos e garantias fundamentais. A ausência de uma política mais socializante no Estatuto republicano de 1891 demonstra que ainda prevalecia a tradicional economia de fundo agrário, e que, conseqüentemente, no campo, "... o latifundiário ainda podia contar com os processos habituais de controle para assegurar a continuidade de sua dominação" (7).

Ambos os textos, de certa forma, representam o controle político-econômico das oligarquias agroexportadoras, que, enquanto setores hegemônicos no poder, demarcam todo o quadro da evolução do constitucionalismo político compreendido entre a independência do País e o fim da Velha República. Os textos constitucionais cristalizam pactos políticos onde sobressaíam a dominação de frações definidas da classe dominante e uma instrumentalização ampla do Estado no sentido de seus interesses.

A trajetória republicana evidencia, a partir de determinado momento (8), a insatisfação e a agitação política de segmentos emergentes mais progressistas, que buscam reagir à máquina político-jurídica da oligarquia cafeeira antinacionalista, propugnando alternativas para a modernização social e para o desenvolvimento econômico-industrial mediante um claro e singular delineamento pelo intervencionismo estatal.

Isso consignado, importa, aqui, reter alguns traços básicos do processo. As intensas e profundas contradições nas relações entre

(7) LOPEZ, Luiz Roberto. *História do Brasil Contemporâneo*. Porto Alegre, Mercado Aberto, 1980, p. 23.

(8) É neste horizonte que se constata a referência de LUIZ WERNECK VIANNA (*Liberalismo e Sindicato no Brasil*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1978, p. 109) de que: "... a Constituição não se identifica mais com a fórmula dos anos 22 a 24. Ao invés de revitalizá-la, tratava-se de abolir a enorme distância existente entre o País real e o legal. Todos os países possuíam um regime constitucional ostensivo e um regime constitucional concreto, mas inaparente. Nisso, residiria o desafio para a arte política renovadora: "conciliar a realidade com a abstração ou aproximar, pelo menos, a verdade das coisas do nível ideal da lei". O progresso do regime constitucional poderia ser indicado pela aproximação dos procedimentos sociais concretos ao plano da concepção da ordem legal". Pondera ainda L. W. VIANNA que a ordem jurídica "liberal decorreria de uma construção arbitrária do legislador, inadequada à tessitura particular das relações sociais na sociedade. Convinha, então, repensar o universo institucional de modo que os níveis legal e real pudessem confluir. A iniciativa de recuperar a verdadeira trama por detrás da fachada arbitrária legal, bem como a de encurtar o espaço entre a concepção da lei e a sociedade concreta, caberiam ao Estado".

estrutura de poder e estrutura de dominação, que explodem ao longo dos anos 20, acabaram abrindo caminho para a crise e a derrocada da Velha República. Os marcos destes impasses sócio-econômicos e político-institucionais derivam, de um lado, da emergência de propostas identificadas aos novos atores, dentre os quais, a expressividade das massas trabalhistas reivindicatórias e de setores sociais aptos a industrialização e modernização política, de outro, da eclosão de novas facções hegemônicas dissidentes, advindas do esvaziamento e desarticulação do regionalismo fundado na unidade de um federalismo representativo dos interesses dos grupos tradicionais vinculados ao complexo agroexportador.

Não apenas a crise da economia oligárquica agroexportadora, mas o próprio impasse político-institucional da República Velha devem ser situados no horizonte da ascensão de diferentes atores, das novas idéias de mudanças e propósitos, da redefinição de alianças e interesses, das cisões entre as velhas facções hegemônicas e da crise de poder, que registrará a incapacidade de qualquer um dos segmentos em confronto sobrepor-se aos demais.

O aspecto fundamental em toda esta disjunção é a exata especificidade de um processo histórico que oferece simultaneamente a alternativa adequada: reordenar as novas correlações de forças nas bases legitimadoras da estrutura de poder com a entrada de um novo agente — o Estado.

Conseqüentemente, pode-se afirmar que a singularidade dos anos posteriores à Revolução de 30, no Brasil (tanto pelo fluxo de interesses econômico-sociais e político-jurídicos ascendentes, quanto pelas articulações de alianças heterônomas na esfera da estrutura societária), é a emergência do projeto de consolidação de um Estado de tipo "bismarquiano". Na modalidade do caso brasileiro, o Estado, sob condições sociais específicas, desenvolve gradativa autonomia de poder diante das demais forças societárias, tornando-se evidente seu caráter regulador e implementador, definindo, mediante o conjunto de diretrizes normativas, as condições e os limites precisos da negociação entre os diversos atores emergidos nos quadros do confronto e da dissensão político-social. No processo de adequação do conflito e na canalização dos intentos sociais díspares, impõe-se, através de uma reconstitucionalização conduzida pelo próprio Estado, a obrigatoriedade pelo trânsito de mecanismos institucionalizados, reconhecidos como únicos parâmetros normativo-legais para o "rearranjo" e a configuração de um pacto político.

Neste contexto, admite-se a incorporação "estratégica" de uma inovadora atividade legislativa, onde a questão social tornar-se-á reconhecida e legitimada, principalmente através do Ministério do

Trabalho, que, transformando-se em poderoso aparelho de Estado, conduzirá a temática dos direitos sociais a um discurso essencialmente integrador e paternalista. Antes de 1930, o problema social foi relegado pela classe dominante a um "caso de polícia" e a escassa legislação resultou de lutas e conquistas por parte dos trabalhadores. Já no período de 1931-1932, com o Governo Provisório, dissimula-se a realidade da luta de classes e instaura-se a compulsória sindicalização das massas, regulando, "por cima", as atividades da classe operária e da classe patronal, combinando o autoritarismo com mecanismo de favor. Independente de toda controvérsia, deve-se sublinhar que a legislação social não só ganhou mais importância e maior espaço como, sobretudo, coube ao novo paradigma de Estado o mérito incontestável de desencadear e promover o sistemático processo de elaboração de uma legislação voltada para os direitos sociais. Dessa forma, o modelo de "revolução pelo alto", que constrói uma certa variante de Estado modernizador, define, num horizonte de marchas e contra-marchas, de um lado, todo um complexo de leis sociais e, de outro, mediante um compromisso entre segmentos sociais diferenciados, as diretrizes essenciais da reconstitucionalização que redundará na Constituição de 1934.

A transposição do constitucionalismo liberal-republicano para um constitucionalismo de tipo social deve ser compreendida como uma etapa estratégica ao longo de uma conjuntura de reordenação das funções do Estado, onde a Lei Fundamental de 1934 instrumentaliza toda a dinâmica e a oficialidade de um "compromisso" entre a "resistência" do individualismo liberal-oligárquico e o "dirigismo" socializante de uma modernização autoritária.

A revolução de 30 inaugurou assim o regime jurídico "bismarquiano" (9) em matéria dos direitos sociais, na medida em que,

(9) Sobre os direitos sociais e o processo histórico "bismarquiano" observar referências em: WOLKMER, Antonio C. *Constituição e Reconstitucionalização nos Parâmetros de um Estado "Bismarquiano" (1930-1934)*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, UFRGS, 1983. MORAES FILHO, Evaristo. *Sindicato e Sindicalismo no Brasil desde 1930*. In: *As Tendências Atuais do Direito Público*. São Paulo, Forense, 1976, p. 194. ANTUNES, Ricardo. *Classe Operária, Sindicatos e Partidos no Brasil*. São Paulo, Cortez Editora, 1982. GIUSTI TAVARES, José Antonio. *A Estrutura do Autoritarismo Brasileiro*. Porto Alegre, Mercado Aberto, 1982. CERQUEIRA FILHO, Gisálto. *A "Questão Social" no Brasil*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1982. OLIVEIRA VIANNA. *Direito do Trabalho e Democracia Social*. Rio de Janeiro, J. Olympio, 1951. VAZ DA SILVA, Floriano Corrêa. *Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo, Edições LTr Ltda., 1977. FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968. VENANCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1968. MOORE JUNIOR, Barrington. *As Origens Sociais da Ditadura e da Democracia*. Lisboa, Edições Cosmos, 1975.

buscando evadir-se ao radicalismo e às indefinições, gerencia o espaço de equilíbrio entre o capital e o trabalho.

O processo de reconstitucionalização, que confirmou as linhas de uma filosofia política de cunho sócio-econômico, irrompeu não só pela formulação do Código Eleitoral de 1932, mas também pelos trabalhos da Comissão Itamaraty (1932-1933) e pelas determinações da Assembléa Constituinte (1933-1934). O produto mais significativo desta reconstitucionalização foi a elaboração de outro pacto político. Entretanto, não é exatamente o ecletismo "conciliador" da Constituição de 1934 que propicia as bases reais de um Constitucionalismo Social no Brasil. Este não surge de modo acabado através de um texto formal, mas mediante o processo de avanços e recuos, de imposições e resistências; efetivamente, as origens deste constitucionalismo devem ser vistas, muito mais como manobra e expressão da imposição social-revolucionária de um Estado autoritário modernizante, do que produto e conquista histórica de uma sociedade nacional burguesa solidificada.

Em determinadas experiências históricas, como no caso inglês, este quadro expositivo corresponde à passagem para uma etapa subsequente ao desenvolvimento propriamente econômico, gerado sem qualquer esforço de programação e constituído no complexo da montagem espontânea de um capitalismo industrial, onde a classe burguesa já se encontra numa fase distributivista. A especificidade do caso brasileiro está no fato de não ser espontâneo, pois emerge como um elemento tático e concomitante, no bojo de um esforço mais amplo de se lograr, autoritariamente, a arrancada para a modernização política, para o desenvolvimento econômico-industrial e para a integração e emancipação da sociedade nacional burguesa.

A experiência histórica brasileira tem demonstrado que tanto o constitucionalismo político quanto o constitucionalismo social (pelo caráter fragmentário, ambíguo e atípico, reflexo de constantes rupturas) não foram ainda realizados plenamente, de forma linear, responsável e democrática como no modelo clássico do constitucionalismo ocidental (constitucionalismo político-social europeu e norte-americano).

A ausência de uma prática autenticamente democrática nos parâmetros do que se convencionou chamar de liberalismo burguês clássico, faz com que inexista, na evolução das instituições do País, a linearidade de um constitucionalismo de base popular-burguesa, pois, quer seja o político, quer seja o social, ambos foram sempre construção momentânea e inacabada das elites oligárquicas. O constitucionalismo brasileiro tem sido, até hoje, o contínuo produto da "conciliação-compromisso" entre o autoritarismo social modernizante e o liberalismo burguês conservador.

Introdução à teoria da interpretação constitucional

FRAN FIGUEIREDO

Mestre em Direito e Estado (UnB).
Doutorando em Direito Político (UFRJ).
Professor de Direito Público (UFMA).
Assessor Parlamentar (Senado Federal).

SUMÁRIO

1. **Tipicidade da interpretação jurídica**
2. **Interpretação das leis em geral**
3. **Objeto da interpretação. A linguagem constitucional**
4. **Princípios da interpretação constitucional**
5. **Conclusão**
6. **Bibliografia**

1. **Tipicidade da interpretação constitucional**

Toda vez que se fala em interpretação, suscita-se sempre um problema de caráter relacional — interpretar é sempre interpretar algo. Interpretar é, essencialmente, conhecer, e isto implica na existência de um sujeito cognoscente e de um objeto da atividade cognoscitiva.

Sabida é a cisão que se operou na teoria do conhecimento entre racionalistas e empiristas, os primeiros concebendo o pensamento como fonte de todo o conhecimento; os segundos afirmando a primazia do objeto no ato de conhecer. Uma perspectiva dialética viria, entretanto, quebrar essa tradicional heterogeneidade entre sujeito e objeto e aproximar o campo, antes incomunicável, entre as ciências da natureza e as do espírito.

No Brasil, MIGUEL REALE (1) expressa muito bem esta moderna tendência ao conceber o conhecimento como correlação transcendental subjetivo-objetiva, ou ontognosiológica, que não permite se reduza o sujeito ao objeto, ou vice-versa, resultando daí “o caráter dialético do conhecimento, que é sempre de natureza relacional, aberto sempre a novas possibilidades de síntese, sem que jamais se conclua, em virtude da essencial irredutibilidade dos termos relacionados ou relacionáveis”.

Esse caráter dinâmico e de processo da atividade cognoscitiva constitui, por assim dizer, um **background** de todo o ato interpretativo. Aqui também se trata de desenvolver uma atividade face a uma realidade concreta e sobre ela exercer determinada valoração. Assim é que temos os mais diversos tipos de interpretação: a histórica, a artística, a fenomenológica, a lingüística etc. No conjunto de todas essas, uma, entretanto, se destaca pela sua elevada complexidade e, sobretudo, pelos fins a que se destina. Referimo-nos à interpretação jurídica.

Consoante a lição de EMILIO BETTI (2), a interpretação que interessa ao direito é uma atividade voltada para reconhecer e reconstruir o significado a atribuir na órbita de uma ordem jurídica à forma representativa que seja fonte de valoração jurídica ou que constitua objeto desta valoração. A fonte de valoração jurídica, no caso, são normas e preceitos jurídicos produzidos em decorrência de uma competência legislativa. Objeto de valoração tanto pode ser uma declaração ou um comportamento que tenha relevância para a norma ou o preceito jurídico em vigor.

No entender do mestre italiano, a interpretação jurídica não é senão uma espécie, talvez a mais importante, do gênero “interpretação em função normativa”. A interpretação em função normativa caracteriza-se por um princípio atuante. Trata-se de entender para agir ou para decidir, ou seja, para tomar posição face a um preceito que se deve observar, seja em relação a um dogma, a uma valoração moral ou a uma situação psicológica que se deva considerar. Nela o intérprete não pode limitar-se a uma mera representação do objeto, numa postura contemplativa, mas deve também agir, como uma atividade prática, para decidir e tomar posição face a uma determinada situação. Se na representação o essencial é reproduzir um pensamento discursivo ou intuitivo, a cuja originalidade se vincula o intérprete, no agir ou decidir trata-se de dessumir uma máxima de ação ou um princípio diretivo a que a ação deve se submeter para conformar-se, seja a uma ordem social, ou moral ou jurídica.

(1) MIGUEL REALE. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1968, p. 83.

(2) EMILIO BETTI. *L'Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*. Milano Giuffrè, 1948, p. 3.

Evidente que estamos diante de um tipo de interpretação racional do direito, com base em conceitos rigorosamente formais e aquela máxima ou princípio de ação não vai ser "revelada" por algum oráculo ou profeta, como ocorria na justiça carismática de que nos dá notícia MAX WEBER⁽³⁾. Pelo contrário, essa máxima deve ser extraída através de um processo interpretativo, que não se caracteriza por uma pura reconhecimento, mas por uma simultânea complementaridade.

A este respeito é bastante claro o notável jurista italiano⁽⁴⁾ afirmando que interpretar não é apenas tornar a conhecer uma manifestação de pensamento, mas tornar a conhecê-la para integrá-la e realizá-la na vida da relação. E mais:

"L'interpretazione, qui, non ha una funzione meramente cognitiva del pensiero (di un pensiero in sé conchiuso nella storica peculiarità), ma la funzione di svilupparne direttive per l'azione pratica ou per un'opzione; e così assolve il compito di mantenere sempre in vita, mediante l'intendere, le esigenze di un ordine dell'operare, e precipuamente assolve il compito di conservare in perene efficienza nella vita di una società norme, precetti e valutazioni normative, che sono destinate a regolarla o a servirle di orientamento."

Desenvolvida em função normativa, a interpretação deve oferecer ao intérprete um princípio ou diretriz que não brota da simples reconhecimento, como também da reprodução e da representação do objeto interpretado. A primeira inclinação do intérprete deve ser, antes de tudo, intentar reconstruir a idéia originária que se contém no enunciado legislativo. Em seguida, deve buscar uma prefiguração de ordem prática, onde possa observar a reação e a repercussão da interpretação que pretende sustentar. Não se trata, portanto, à semelhança do que ocorre com a interpretação de aspectos essencialmente expressivos, como nas obras de arte, de um trabalho de pura reconhecimento. Embora a reconhecimento teórica seja uma tarefa inicial e inabdicável da interpretação jurídica, a ela não interessa a simples reconstituição de um pensamento estruturado em si mesmo, no cerne de sua peculiaridade histórica, mas o desenvolvimento de uma diretriz que sirva de orientação para a ação prática. Daí por que o citado mestre de Roma distingue a interpretação das expressões puras de arte e do pensamento, da interpretação jurídica. Enquanto as primeiras cingem-se a uma reconhecimento teórica, a segunda deve ir mais além "sia per rendere il preceto assimilabile dalla vita, sia per sottoporre il fatto a una diagnosi jurídica"⁽⁵⁾.

(3) MAX WEBER. *Ensaio de Sociologia*. Rio, Zahar, 1979, p. 251.

(4) EMILIO BETTI. *Ob. cit.*, pp. 4 e 5.

(5) EMILIO BETTI. *Ob. cit.*, p. 6.

Nunca se deve perder de vista que a lei em si, tal qual foi promulgada pelo legislador, não tem senão a característica de mero significante. Seu significado, múltiplo e rico, só vai se manifestar através de seu encontro com as situações concretas que deve reger. O sentido é a vida da lei. E este sentido ela só vai adquirindo através de um trabalho profundo de investigação e de crítica que se desenvolve no interior do processo de interpretação. A norma "em si" e "por si" nada revela. Mas a interpretação vai lhe despertar as potencialidades e lhe ensejar a capacidade plástica de atingir fatos e situações mesmo distintos dos da época de sua promulgação, desde que situados no foco de sua teleologia. No âmbito deste raciocínio, MIGUEL REALE (6) nos oferece uma lição inesquecível:

"As normas de direito não são meras categorias lógicas, dotadas de validade formal indiferente ao conteúdo fornecido pelo complexo da experiência humana, de modo que, sob certo ponto de vista, uma norma é a sua interpretação. Longe de serem os esquemas de interpretação que os teóricos puros imaginam, como se fossem lentes destinadas a mostrar-nos a realidade em suas referências de imputabilidade, as normas valem em razão da realidade de que participam, adquirindo novos sentidos ou significados, mesmo quando mantidas inalteradas as suas estruturas formais."

Em se tratando da Constituição, a atividade interpretativa ganha ainda maior relevo e magnitude. Contendo as diretrizes superiores na organização política e jurídica de um povo, a Constituição só se firmará e produzirá bons resultados à medida que souber se adaptar às novas realidades da vida social. Uma Constituição só pode aspirar a uma existência verdadeira se as suas normas se encontrarem fundamentalmente entrosadas com os fatos, situações e necessidades que se produzem no devir da História. Poder-se-ia mesmo afirmar ser nota dominante da vida política o fenômeno da "constitutivação", se o podemos dizer, entendido assim o processo mediante o qual novos significados se incorporam à estrutura do diploma maior que se encontra em permanente flora.

MARCELO CAETANO (7), a esse respeito, nos recorda que o segredo da longevidade das Constituições britânica e americana está na habilidade com que os textos, elaborados em determinada conjuntura histórica, são ajustados a novas circunstâncias político-sociais. Daí por que se revela imprescindível um estudo sistemático dos princípios, método e procedimentos de interpretação aplicados à investigação do sentido das normas constitucionais. Não que se deva desprezar o estudo da interpretação das leis em geral, mas que se revela bastante

(6) MIGUEL REALE. *Filosofia do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1982, p. 594.

(7) MARCELO CAETANO. *Direito Constitucional*. Rio, Forense, s/d., I vol., p. 11.

nítida a especificidade e peculiaridade deste tipo muito particular de interpretação. E isto não apenas pelo caráter estrutural e de ordenamento superior que a Constituição representa no plano da ordem jurídica, como pelo seu conteúdo essencialmente político. Introjetado nas disposições constitucionais, há todo um projeto de organização da vida de um povo, todo um arcabouço de princípios estruturais e sistêmicos, toda uma teleologia, para falar mais precisamente, que deve ser perseguida através do esclarecimento de seu real sentido.

O tema é profícuo e vasto e justifica por si só cogitar-se de uma teoria da interpretação constitucional. Infelizmente no Brasil são muito poucos os trabalhos existentes no âmbito desse estudo. Esta circunstância não nos afastou, entretanto, da inclinação inicial de produzir algumas reflexões modestas que, se pecam pela audácia do intento, podem conter a virtude de suscitar trabalhos de maior profundidade e de melhor cepa. Quer as limitações objetivas, quer as pessoais, devem ser consideradas no plano dessas contingências que circunscrevem a abordagem do presente estudo. A sua natureza é, quando muito, de mera introdução a uma matéria que, pela sua importância e grandeza, está a merecer por parte de profissionais categorizados estudos mais alentados e fecundos.

2. Interpretação das leis em geral

Um dos pontos mais sensíveis na estrutura da ciência jurídica é, sem sombra de dúvida, o da interpretação das leis. E talvez seja este problema basilar, em cuja dependência se encontram todos os outros: ou seja, o da interpretação e aplicação da norma ao caso concreto.

Visto numa primeira apreciação, um corpo de leis é um corpo em estado de repouso. Dotado de uma série de condições lógicas, valorativas e finalísticas, suas virtualidades só podem ser exercitadas, quer no plano teórico, quer no da "praxis", através de uma tarefa preliminar — o ato de interpretação.

A interpretação das leis se manifesta, assim, como a mais crucial tarefa do jurista, demandando todo um trabalho de investigação do conteúdo da norma jurídica, de seu alcance, em suma, do sentido mais apropriado para corresponder a uma situação de fato em determinado momento histórico.

Evidente que uma operação dessa natureza exige profunda reflexão e acurada prudência que, aliados a uma certa dose de intuição, destinam-se a desvendar o verdadeiro significado do conteúdo normativo e a promover a sua integração no mundo dos fatos.

Não se pode esquecer que o legislador, quando cria a norma, toma como que um "tipo ideal" extraído da vida ordinária, uma situa-

ção-base, inferindo daí um conjunto de conseqüências lógicas e emprestando-lhes natureza jurídica. Mas a norma jurídica não é um estereótipo que se pudesse aplicar indistintamente, sem o cotejo das peculiaridades de cada caso concreto. A norma funciona como uma diretriz mais geral, que se encontra integrada a um sistema de normas, cuja indole e cujos fins devem ser pacientemente perscrutados antes de se promover a sua atuação concreta.

São exatamente problemas desta natureza, relacionados à ontogênese jurídica e à aplicação do direito, que suscitam a necessidade de estabelecer um conjunto de princípios, critérios e procedimentos capazes de propiciar ao intérprete o instrumental indispensável ao exercício de sua ação. Assim é que se tem desenvolvido uma teoria da interpretação das leis em geral, objetivando oferecer à atividade interpretativa algumas diretrizes e indicações fundamentais.

Como se sabe, nem sempre foi assim. Durante algum tempo, conforme nos lembra MIGUEL REALE⁽⁸⁾, quando havia correspondência entre a realidade viva e as normas contidas nos códigos, não interessava ao jurista senão o problema da vigência do direito. Mas, sobretudo graças ao incremento demográfico, às inovações tecnológicas e ao desenvolvimento econômico, estabeleceu-se uma ruptura entre a lei e o fato social, impondo outras soluções interpretativas, muitas já vislumbradas pelo gênio de IHERING que apontava para a necessidade de se considerar o fim no direito e para o valor da luta na concretização da experiência jurídica. A experiência histórica viria, então, revelar a insubsistência do procedimento tradicional. Novas exigências e novos reclamos foram-se somando aos já existentes, sem encontrar uma resposta pronta e eficaz por parte das legislações vigentes.

Não será demais relembrar que para a escola tradicional a lei deve ser entendida e aplicada consoante a intenção do legislador — a *mens legislatoris*, cujo conteúdo deve ser perquirido, revestindo-se de força vinculatória.

Essa escola, também chamada de subjetivista, psicológica ou histórico-filológica tem, no dizer de MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE⁽⁹⁾, como núcleo irredutível, a “primazia dada à intenção da autoridade legiferante, que é como quem diz ao sentido legal subjetivo: ofício da interpretação será, portanto, nesta ordem de idéias, averiguar um **facto histórico** — desvendar, apreender e reconstruir um certo conteúdo psicológico real e efetivo”.

(8) MIGUEL REALE. *Filosofia do Direito*, p. 422.

(9) MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. Coimbra, Arménio Amado, 1978, p. 15.

Tal concepção viria suscitar outra diametralmente oposta que, abstraindo o fato da vontade do legislador, toma a lei considerada em si mesma, intentando-lhe alcançar um sentido objetivo. Esta diretriz passaria a ser o principal postulado da nova escola — a que se tem chamado de objetivista, histórico-evolutiva, progressiva etc. Aqui a interpretação vai se centrar na **voluntas legis**, não na **voluntas legislatoris**. O que importa é não decifrar o pensamento do legislador, mas descobrir o sentido ou a vontade **atual** da lei.

Fazendo um paralelo entre ambas as escolas, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (10) sintetiza muito bem o seu principal foco de oposição:

“A doutrina subjetivista insiste em que, sendo a ciência jurídica uma ciência hermenêutica, toda a interpretação é basicamente uma compreensão do pensamento do legislador; portanto, interpretação **ex tunc** (**desde então**, isto é, desde o aparecimento da norma), ressaltando-se o papel preponderante do aspecto genético e das técnicas que lhes são apropriadas. Para a doutrina objetivista, ao contrário, a norma tem um sentido próprio, determinado por fatores objetivos, independente até certo ponto do sentido que quis dar-lhe o legislador, donde a concepção da interpretação como uma compreensão **ex nunc** (**desde agora**, isto é, tendo em vista a situação atual em que ela se aplica), ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma vige e das técnicas apropriadas para sua captação.”

Argumentos não faltam para sustentar ora uma, ora outra posição. Mas, pretender falar em interpretação buscando desvendar na norma a vontade do legislador parece-nos coisa do passado. Referida tendência pertence, na verdade, a um período de sacralidade da norma jurídica: a um universo em que as concepções jurídicas não escapavam do influxo de uma série de fatores e tradições, e em que o direito não se apresentava nitidamente distinto de campos conexos como a religião, a política e a moral.

Que a lei é a expressão de uma vontade inteligente não nos parece duvidoso. Isto, entretanto, não nos deve levar ao extremo de considerá-la como impregnada de uma vontade unívoca e imutável. Na realidade falar-se em uma “vontade do legislador” não deixa de ser uma ficção, pois a lei é quase sempre produzida por órgãos colegiados e o legislador quase sempre não é uma pessoa fisicamente identificável.

Há ainda o chamado argumento de forma, pelo que só a enunciação legislativa manifestada através de determinada forma pode se

(10) TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. *A Ciência do Direito*. São Paulo, Atlas, 1980, pp. 70 e 71.

tornar obrigatória, não passando, na realidade, aquilo que se chama legislador de uma competência legal em sentido lato.

Além disso o intérprete não se deve colocar na posição de um oráculo a adivinhar o pensamento do legislador, embutido na lei. As normas têm natureza autônoma e devem ser interpretadas na sua própria inteligibilidade. Elas são produto de uma competência funcional e, uma vez elaboradas, desprendem-se da pessoa de seu autor, convertendo-se em uma realidade objetiva, cuja extensão e virtualidades vão depender da natureza dos fatos em que se devem integrar.

No plano da integração da norma, então, é que se revela o seu caráter de absoluta autonomia em relação a qualquer vontade de seu autor. A integração vai exigir o conhecimento de uma série de fatores objetivos em contínua mutação, o que vai promover a complementação — e até mesmo a criação — do direito pela jurisprudência.

O que importa mesmo é procurar — e isto já o havia percebido FERRARA — a *mens legis*, a vontade atual da lei, não a sua vontade no momento em que foi aplicada: “não se trata pois de uma vontade do passado, mas de uma vontade sempre presente enquanto a lei não cessa de vigorar” (11). Há que perquirir-se, portanto, a *ratio legis*, que se exprima objetiva e atualmente, enquanto propriedade da lei em si mesma e que há de manifestar-se no momento da interpretação da lei, face a um conjunto de idéias e de circunstâncias. Este parece-nos ser o sentido da *ratio legis*, entendida, na mesma perspectiva de FERRARA e de RUGGIERO, como o motivo da norma, a sua razão justificativa. Seu fundamento repousa na necessidade humana a que a norma deve proteger e, portanto, ao seu fim, fazendo convergir motivo e fim, de modo harmônico e indissociável.

Disto resulta que a interpretação mais adequada deve ser evolutiva, e isto não apenas no sentido de que se vá o jurista aproximando gradativamente do conteúdo da lei, como de que a mesma deve exercer uma aptidão plástica para atingir diferentes casos e situações. Por isso mesmo não se pode falar de uma única interpretação acertada ou de uma interpretação inalterada durante toda a vigência da lei. Pode haver distintas interpretações a respeito da mesma lei, cada uma igualmente boa ao tempo da aplicação. Como escreve, com sabedoria, MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE (12):

“A própria objetiva verdade jurídica, em face duma lei que se mantém inalterada na sua expressão formal, não é estática, mas cambiante; não é uma só, como que cristalizada, rígida, imóvel, fixada no *variatur*, senão que está sujeita a

(11) Cf. MANUEL DE ANDRADE. Ob. cit., p. 16.

(12) *Idem*, p. 17.

mudar com o curso das idéias e as vicissitudes da realidade circundante; obedece, em suma, ao mesmo devir que é a lei de todas as coisas.”

Antes de se cogitar da interpretação, é necessário indagar-se da lei em si mesma: o que é, o que representa na história humana, quais os seus fundamentos reais, o que justifica a sua existência no mundo das coisas, em suma, conhecer a lei na sua realidade ontológica. Esta definição preliminar é fundamental para determinar-se as grandes linhas que devem orientar a atividade interpretativa. Parece-nos fora de dúvida que a lei é, sobretudo, o principal instrumento para a realização do direito no mundo dos homens. Esta concepção instrumental encontra-se claramente afirmada nos estudos de DOMINGUES ANDRADE⁽¹³⁾, devendo mesmo, segundo ele, modelar a interpretação:

“A lei, todavia, é um meio do Bem, um meio para alcançar fins humanos, fomentar a cultura, recalcar os elementos inimigos da cultura, desenvolver as forças da nação (...) e o meio do Bem deve operar diversamente segundo correm os tempos e se modifica o ambiente cultural.”

Todavia, discordamos do mencionado autor quando afirma que “a lei é expressão da vontade do Estado”⁽¹⁴⁾, pois embora não se possa desconhecer que existem produções legislativas sem um mínimo de participação social, o Estado não subsistiria sem a adesão dos cidadãos ao processo jurígeno global. Problema, aliás, que tem estreita ligação com a eficácia da norma jurídica. Há certamente setores do direito em que se faz sentir na lei a vontade autoritária do Estado como, v.g., no plano econômico, financeiro, tributário etc. Mas no âmbito daquelas relações referentes mais à vida dos indivíduos entre si (família, propriedade, trabalho etc.) ou mesmo na capitulação das figuras penais, lei alguma se efetivaria se não traduzisse um coeficiente essencial da vontade coletiva.

Certo é que em muitos países a lei não representa uma expressão da vontade geral (até mesmo porque a complexidade social torna cada vez mais inatingível o ideal de ROUSSEAU). E em muitos outros essa vontade geral não passa de uma corruptela — trata-se na verdade da vontade de uma minoria que detém os instrumentos de poder. Outro problema que vai aferir com um tema não menos secundário à teoria da interpretação: o da legitimidade da lei. Exsurge aqui a importância da investigação sociológica para determinar o nível das aspirações sociais, não só no momento da elaboração normativa como ainda no da efetiva aplicação.

(13) *Ibidem*, p. 18.

(14) *Ob. cit.*, p. 20.

Mas não é bem este o tema do presente trabalho. Detendo-nos sobre os lineamentos gerais de uma teoria da interpretação, não podemos deixar de destacar o papel da técnica jurídica no processo global de realização do direito. E, então, transparece nitida a função intermediária do Estado: quer quando, interpretando as aspirações sociais, converte-as em lei através de seus órgãos legiferantes; quer quando, face aos conflitos de interesse, interpreta e aplica a lei aos casos concretos, através de seus órgãos jurisdicionais.

O legislador interpreta fatos sociais difusos na estrutura social em busca de um paradigma de conduta (lei); o juiz interpreta esse modelo (lei) para aplicá-lo a um fato social concreto. Enquanto o legislador parte de uma heterogeneidade de fatos para estabelecer uma síntese hipotética da ação ou ações possíveis (tipo legal), o juiz parte dessa homogeneidade ideal para aplicá-la a uma heterogeneidade de condutas.

Entre o trabalho do legislador e a tarefa do intérprete há uma relação um tanto e quanto dialética. E isto se explica através da Técnica Jurídica que é o plano de ligação entre ambos. Ora, a Técnica Jurídica é, ao mesmo tempo, projetiva e retrospectiva. O que o legislador aprecia e converte em lei surge de uma observação anterior (investigação sociológica, cultural, histórica etc.). O fato que incumbe ao intérprete examinar dirige-o no sentido de uma investigação da conduta ontologicamente considerada e suscita o recurso a uma diretriz estabelecida *a priori* para emprestar-lhe o timbre de uma conduta jurídica. Por esta razão é que nos parece certo afirmar que toda atividade interpretativa é sempre uma atividade *retrointerpretativa*. Isto quer no plano da interpretação sociológica (quando o legislador fixa os fatos que antecedem à lei), quer no plano da interpretação propriamente dita quando o intérprete, depois de examinar os aspectos substanciais da conduta, retrocede até o modelo jurídico (lei) para submetê-la à interpretação jurídica.

Não se trata aqui de uma simples superposição da lei ao fato, mas de uma investigação intelectual que, segundo nosso modo de ver, se reduz a três momentos básicos e cujo resultado é a subsunção do fato espécie ao fato legal. Senão vejamos:

1º — investigação do fato em si: de sua estrutura, características, conexões, similitudes, referência etc., enfim o fato integral, na sua real concretude;

2º — investigação da lei aplicável, de sua natureza, princípios, motivos, fins, conexão no sistema jurídico etc.;

3º — investigação do método jurídico de interpretação, dos princípios fundamentais da interpretação, das regras de hermenêutica e dos procedimentos interpretativos.

Em se tratando de interpretação judicial, dificilmente a interpretação deixará de receber a influência de certas direções axiológicas que constituem a consciência do magistrado. Dificilmente libertar-se-á de um certo **substratum** subjetivo e das influências culturais. Se os juizes forem bons e o procedimento escolhido for adequado, a aplicação será correta. Importante sempre é associar as virtuosidades da lei às virtudes do juiz, fazendo confluir a ética difundida na lei à ética fundada na consciência do intérprete.

3. Objeto da interpretação. A linguagem constitucional

Questão preliminar que se deve enfrentar no âmbito do presente estudo é se, no plano superior da teoria da interpretação, a interpretação constitucional se apresenta efetivamente como algo peculiar, com princípios e características próprios, ou se lhe bastam os princípios e diretrizes daquela. Ou seja, cumpre responder a uma indagação básica:

— Existe realmente o problema de uma interpretação constitucional?

A resposta dependerá, certamente, da formação e das convicções do jurista. E deve aferir, de modo inelutável, com o conceito de Constituição — que vem a ser o objeto preciso da interpretação cuja natureza ora se discute.

Como sabemos, há, fundamentalmente, dois conceitos de Constituição: um formal e outro material. Dentro de uma concepção formalista, uma Constituição se aproxima do conceito de HANS Kelsen⁽¹⁵⁾:

“Fala-se de Constituição em sentido formal quando se faz a distinção entre as leis ordinárias e aquelas outras que exigem certos requisitos especiais para sua criação e reforma.”

O conceito material remanesce aos gregos, conforme nos subsidia SANTI ROMANO⁽¹⁶⁾, com apoio em ARISTÓTELES (*Política*, IV, 1.289-a):

“Por Constituição entende-se um ordenamento da cidade que diz respeito à magistratura, à maneira de distribuí-la, à atribuição da soberania, à determinação do fim de cada associação. As leis são, fundamentalmente, distintas da Constituição, enquanto têm por escopo apenas prescrever aos magistrados normas para administrar o governo e punir os transgressores.”

(15) HANS KELSEN. *Teoría General del Estado*. Buenos Aires, México, 1959, p. 330.

(16) SANTI ROMANO. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 3.

Quer numa ou noutra perspectiva, não se deve perder de vista uma nota que lhe é característica: a Constituição tem caráter “essencialmente político” (17).

Com efeito, as normas constitucionais destinam-se a definir a estrutura do Estado e as funções do Governo, os direitos dos cidadãos e as prerrogativas dos Poderes Públicos, e a estabelecer as relações fundamentais entre a atuação dos indivíduos e o exercício da Administração.

Uma Constituição conduz em si, necessariamente, uma ideologia política que vai determinar os critérios de organização sob os quais se manifesta determinada estrutura social.

Consoante assinala muito bem LUCAS VERDÚ(18), a Constituição se destaca exatamente no mundo jurídico pela fórmula política que expressa. Este aspecto nos parece primordial no plano destas indagações, pois é do *substratum* político que vai depender, na maioria das vezes, a configuração de um regime constitucional.

É importante fixar-se que uma Constituição não é um documento pronto e acabado, que se outorga a um povo em determinado momento de sua história. Uma Constituição não é algo que se esvai numa espécie de imanentismo jurídico. Não subsiste sozinha, nem se esgota na letra fria dos textos. É algo que só se pode compreender no plano de uma transubstanciação. Um conjunto de princípios que se transfunde na vida de um povo. Um elenco de normas que se revivificam no contato social. Assim como a vida social, a Constituição se caracteriza por um processo. Como já assinalamos, é de sua natureza o *fieri*; o inacabado é próprio de sua condição.

Integrando-se à dinâmica de uma organização social, há que possuir o vigor de uma virtualidade plástica que é, ao mesmo tempo, adaptativa e projetiva. As suas normas devem atender à realidade social presente, sem silenciar ante as exigências de mudança e de renovação. O presente século é, por exemplo, um século crucial para o foco desta sustentação. Se atentarmos bem, o impulso com que vem se desenvolvendo a sociedade depois da Revolução Industrial e, agora, na Idade Tecnológica, é simplesmente avassalador. Considerando que o incremento demográfico tornou as sociedades numerosas e que a racionalização da ciência e da técnica emprestou-lhes novo timbre, não parece fora de dúvida que a grande transição tornou-se transitiva — exige e reclama novos princípios, novas idéias e novas formas de vida.

Tudo isto está a indicar o caráter instrumental da Constituição. Ela se fundamenta num projeto, num conjunto de aspirações sinteti-

(17) DALMO DALLARI. *Constituição e Constituinte*. São Paulo, Saraiva, 1982, p. 21.

(18) LUCAS VERDÚ. *Curso de Derecho Político*. Madrid, Tecnos, vol. II, 1977, p. 530.

zadas pela sociedade politicamente organizada e, traduzindo determinada estrutura social e econômica, é mister que se busque o alcance real de suas normas e se afira o seu verdadeiro sentido.

Nesse aspecto, a lição de MARCELO CAETANO (10):

“Deste modo, o intérprete, devendo partir necessariamente da letra dos preceitos constitucionais, cujo texto exprime o pensamento legislativo e garante a objetividade da norma e a certeza do direito na compreensão do seu sentido, tem de tomar sempre em consideração o substrato espiritual deles, o sistema político e econômico que a Constituição traduz.”

Se, como vimos, traduzindo uma fórmula política, a Constituição se destina a disciplinar uma convivência política que é em si mesma dinâmica, forçoso é reconhecer-lhe também um caráter intrinsecamente dinâmico. Direito e sociedade constituem, aliás, duas realidades em permanente interpenetração e interinfluência, no plano de uma evolução recíproca. O problema reside exatamente em identificar este **modus operandi** e estabelecer-lhe algumas premissas fundamentais, assunto de que trataremos mais adiante.

Aqui o que importa é assinalar a necessidade de algumas regras básicas para a interpretação constitucional já que, como ressumbra, esta modalidade interpretativa se reveste de uma natureza própria e exige uma atenção e uma prudência toda especial.

Estabelecida a relação entre as normas constitucionais e a realidade sócio-política subjacente, e assinalada a natureza dinâmica de ambas, resta examinar como essa conexão se processa, ou seja, qual o veículo ou instrumento que estabelece a permanente ligação entre elas, imprimindo-lhes o mútuo dinamismo, que é sua nota mais característica.

Evidente que uma Constituição não se aplica ao acaso, ao mero sabor dos fatos. Da mesma forma que estes não lhe induzem alteração sem um princípio de logicidade, sem um mínimo de coerência que empreste ao sistema constitucional e ao sistema sócio-político uma identidade básica indispensável.

O nexo de intermediação entre o sistema constitucional e o fato social, econômico ou político é, fora de qualquer dúvida, representado pela atividade interpretativa. É através dela que a Constituição vai se enriquecer e se tornar fecunda. A interpretação constitucional cuidará, exatamente, de estabelecer o consórcio entre a fórmula política e o fato social, não numa mera justaposição lógica-sistemática,

(10) MARCELO CAETANO. Ob. cit., p. 11.

mas num trabalho paciente de indagação de princípios e postulados essenciais em que se consultem as luzes de seu verdadeiro espírito.

Dinâmica, a superpor duas realidades dinâmicas, a atividade do intérprete não constitui, entretanto, uma tarefa autônoma, sem limites e fronteiras bem determinados. A circunscrição, digamos assim, onde vai desenvolver o seu trabalho, nasce exatamente daquilo que chamaríamos de uma **teleontologia** constitucional, uma vinculação indeclinável à existência e objetivos da Lei Maior.

Resta agora tornar bem preciso qual é o objeto da interpretação constitucional, de que se vão extrair diretrizes para uma conduta efetiva e real. Parece-nos fora de dúvida que o objeto da interpretação são, exatamente, as normas constitucionais. É claro que toda interpretação de uma norma ou conjunto de normas vai suscitar o recurso a princípios que só podem ser extraídos do sistema constitucional considerado como um todo. A Constituição é bem o **corpus** da interpretação, o fim mediato dela. Mas fim imediato são as normas constitucionais que devem ser postas em contraste com as situações concretas, para que dele se possam deduzir as diretrizes do processo interpretativo. Neste ponto, o consagrado LUCAS VERDÚ⁽²⁰⁾ é taxativo:

“As normas constitucionais são o objeto da interpretação. Bastará dizer que entendemos por norma jurídica constitucional o mandato de caráter fundamental que regula, conforme a uma fórmula política, a estrutura do Estado, o funcionamento de seus órgãos e os princípios da convivência política.”

Como uma norma jurídica é, antes de tudo, uma expressão de linguagem, vai transparecer uma correlação essencial entre a linguagem constitucional e o procedimento de interpretação.

Se nos propusermos a estudar, aprofundadamente, a história da cultura humana, logo veremos que dois fenômenos são preponderantes: o fenômeno da linguagem e o fenômeno jurídico. O primeiro, indispensável à comunicação entre as pessoas, serve de veículo ao segundo, essencial à estruturação da vida social, sendo que ambos se encontram indissociáveis no amálgama da sociabilidade humana. Esta compreensão não escapou a SAVIGNY⁽²¹⁾ ao chefiar a Escola Histórica para combater o racionalismo normativista da Escola da Exegese. Reclamando uma visão mais concreta e social do direito, o mestre germânico comparava-o ao fenômeno da linguagem “por terem surgido ambos de maneira anônima, atendendo a tendências e a interesses múltiplos revelados no espírito da coletividade ou do povo”.

(20) LUCAS VERDÚ. Ob. cit., p. 542.

(21) Cf. MIGUEL REALE. *Filosofia do Direito*, p. 418.

Linguagem e direito, eis aí os dois pólos de ligação sobre os quais vai atuar a interpretação. Na realidade, só conseguiremos apreender bem a significação mais lídima do que é interpretação jurídica se a compararmos à interpretação filológica. BOECKH⁽²²⁾ já a caracterizara muito bem quando a chamou de “conhecimento do já conhecido”, ou seja, na mesma linha do pensamento de BETTI, uma reconhecida — um repensar daquilo que já foi pensado, anotando-se que o autor italiano registra o caráter funcional da interpretação jurídica. Estabelecida esta correlação essencial, não se pode, todavia, desconhecer que, por mais fecunda, a linguagem manifesta muitas vezes uma como que precariedade para exprimir as realidades interiores da vida humana. Não são poucos os autores ilustres que, quer na área da psiquiatria, quer da filosofia, quer do direito, reclamam da insubsistência da linguagem para conduzir todo o conteúdo rico e variado de nossas produções ou projetos intelectuais. O nosso REALE⁽²³⁾ mesmo, em sua *Teoria Tridimensional do Direito*, não consegue conter, entre parênteses, uma exclamação: (Ah! A precariedade das comparações geométricas, a insuficiência dos símbolos e dos signos lingüísticos sempre aquém das linhas projetantes do pensamento!).

No que concerne à Constituição, não se pode infelizmente contar com uma linguagem jurídica escoreita, isenta de equívocos e de variações. Resultando da transação de distintas tendências ideológicas e políticas, é natural que não se possa apresentar em uma linguagem jurídica uniforme, tecnicamente rigorosa, apresentando muitas vezes até nítidos contrastes interiores. A Constituição representa a objetivação, através da linguagem escrita, de um conjunto de significados, cuja integração harmônica e sistemática é imprescindível. Analisando este ponto, VERDÚ⁽²⁴⁾ afirma que ao intérprete se apresenta esta linguagem-objeto e sua missão consiste em estabelecer o sentido preciso idealizado com as palavras. Os textos constitucionais ganhariam muito se fossem redigidos com domínio suficiente das palavras, de maneira que estas tivessem um significado unívoco e fossem empregadas para designar com propriedade os objetos que procuram referir. Trata-se, entretanto, de um *desideratum* ainda não atingido.

Elaboradas, sobretudo em nossa época de crise estrutural, sob o torvelinho de idéias e opiniões, ao influxo de doutrinas e aspirações quase sempre divergentes, para não falar das arraigadas paixões que às vezes dominam o espírito de seus elaboradores, as Constituições não poderiam expender um rigor técnico de forma ou uma clareza substancial de conteúdo. AFONSO ARINOS⁽²⁵⁾ chega a propor mesmo,

(22) Cf. GUSTAV RADBRUCH. *Filosofia do Direito*. Coimbra, Arménio Amado, 1974, p. 229.

(23) MIGUEL REALE. *Teoria Tridimensional do Direito*, p. 105.

(24) LUCAS VERDÚ. Ob. cit., p. 553.

(25) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. *Processos Contemporâneos de Elaboração das Constituições*. *Revista de Ciência Política*, vol. 27, abril 84, p. 32.

em recente trabalho, que “toda boa Constituição moderna deve ter a generalidade, mas também a ambigüidade necessárias para fazê-las flexíveis e duradouras”. Daí a importância da análise da linguagem utilizada nas Constituições, num labor incessante de que não se pode fugir o jurista para, num cotejo sistemático de suas normas (e não de uma ou outra considerada abstrata e erroneamente), exercer o afã de encontrar os princípios doutrinários que, no dizer de REALE (26) “são a alma das regras e a fonte de sua eficácia benéfica”.

A primeira etapa do procedimento de interpretação é, fora de dúvida, a de uma interpretação filológica ou gramatical para investigar o sentido das palavras utilizadas pelo legislador e o alcance dos conceitos constitucionais. Aqui terá o intérprete meios gramaticais e etimológicos para apurar a estrutura semiológica e identificar o conteúdo semântico das normas constitucionais. Da pesquisa filológica que realizar, deve exsurgir o sentido técnico dos vocábulos e sua conotação usual ou corrente. Por vezes, pode resultar uma aparente contradição entre a técnica gramatical rigorosa e a acepção difundida da expressão ou conjunto de expressões sob análise. Nesta hipótese há de incorrer a maior cautela para que o apego ao tecnicismo ou a um rigor de linguagem não desvie os objetivos reais da norma. Ademais, há de se convir que sendo elaboradas para o povo, cujo conhecimento é obrigatório *ex vi legis*, não dispõe a grande massa da cidadãos de conhecimento que lhes possa permitir o acesso a uma terminologia formal ou técnico-especializada (27). A interpretação deve inclinar-se para a projeção viva do direito, considerando os elementos da vida comum e espontânea — a que os alemães chamam *Lebenswelt* — na determinação do significado real das normas jurídicas.

Esta é, todavia, apenas uma etapa preliminar a que muitos autores preferem chamar de pré-interpretação. Mas, no seu interior, residem e podem ser suscitadas muitas questões interessantes, como a, por exemplo, de saber se a linguagem jurídica vincula ao intérprete ou, por outras palavras, se deve o mesmo partir do pressuposto de que a Constituição deve sempre se exprimir em terminologia jurídica rigorosa. A este propósito é elucidativa a opinião de GIOVANNI GALONI (28), respondendo pela negativa: “isto não tanto pela razão de que a terminologia jurídica, como obra da ciência em elaboração, pode não ser uniforme e completamente segura como, sobretudo, pela razão de que o legislador não está realmente vinculado pela ciência jurídica

(26) MIGUEL REALE. Prefácio do livro *Da Ação Direta*, de ALFREDO BUZAIID. São Paulo, Saraiva, 1968, p. 11.

(27) Sobre a correlação entre o significado das palavras normativas e a valoração ambiental, veja-se LUIS ALBERTO WARAT. *Semiótica y Derecho*. Buenos Aires, Eikon, p. 95; e LUIS RECASSENS SICHES. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México, Porrúa, 1953, p. 63.

(28) Apud LUCAS VERDÚ. *Ob. cit.*, p. 564.

e por sua elaboração conceitual'. No mesmo sentido se manifesta LINARES QUINTANA ⁽²⁹⁾ para quem "as palavras que a Constituição emprega devem ser entendidas no seu sentido geral e comum, a menos que resulte claramente de seu texto que o constituinte quis referir-se a seu sentido técnico-legal; e em nenhum caso há de supor-se que um termo constitucional é supérfluo ou está demais, senão que sua utilização obedeceu a um designio preconcebido dos autores da lei suprema". Não causa surpresa a ninguém deparar-se com textos constitucionais eivados de erros gramaticais, impropriedades, senões, equívocos, obscuridades e até mesmo imprecisões de linguagem e de técnica. Apesar de toda essa gama de dificuldades, é uma imposição ditada pela segurança jurídica e pela consolidação da Lei Fundamental que o intérprete se exercite por encontrar o sentido objetivo das normas constitucionais. Há neste plano que se distinguir a interpretação dogmática ou doutrinária da Constituição, da interpretação destinada à aplicação prática do preceito. São funções distintas que se orientam por postulados diversos: uma transfundida de espírito crítico, outra impregnada por uma aspiração concreta. É claro que, embora distintos, trata-se de planos comunicáveis, mas o importante é não olvidar nunca que a aplicação da norma é o momento supremo da vida da Constituição e que, como tal, a melhor interpretação será a que lhe comunique o sentido de perene sobrevivência. MARCELO CAETANO ⁽³⁰⁾ aponta para o caráter instrumental das normas constitucionais, afirmando que "a interpretação deve ser **atualista**, de modo a adaptar os preceitos constitucionais a situações e necessidades novas que com o tempo vão surgindo: é essa capacidade de adaptação que faz com que as Constituições permaneçam vivas".

O ponto de partida do intérprete é, sem dúvida, o texto constitucional. Mas não os preceitos como mera fonte de expressões, cuja semântica apropriada deve-se apurar. A atividade interpretativa tem, neste mister, uma ressonância e um alcance mais elevados. Incumbe-lhe, em primeiro lugar, determinar os fins que a Constituição se propõe a atingir, pois uma interpretação constitucional jamais pode renunciar à teleologia de certos princípios, aspirações e valores que se encontram como que cristalizados nas normas constitucionais.

4. Princípios da interpretação constitucional

A Constituição representa, no mundo político, a mais viva expressão da convivência civilizada. Fruto de uma experiência histórica vetusta e rica, a sua função mais importante tem sido a de ordenar o exercício do poder, permitindo que as sociedades humanas evoluam

(29) *Idem.*

(30) MARCELO CAETANO. *Ob. cit.*, p. 11.

sem que as estruturas do Estado violem os direitos fundamentais dos indivíduos e grupos sociais.

É necessário compreender bem o sentido de uma Constituição, a sua evolução histórica, seus diferentes conceitos, suas projeções e suas crises para ingressar no campo, um tanto complexo e um tanto inculto, de uma teoria da interpretação constitucional.

Se para aquele mister torna-se indispensável um conhecimento da História e da evolução das instituições políticas, um cotejo sistemático e preciso de diferentes produções legislativas de teor constitucional, não é menos verdade que para a compreensão do segundo exige-se o conhecimento preliminar da Teoria da Constituição.

Na verdade as duas teorias se completam e se exigem reciprocamente: numa primeira perspectiva, no plano teorético (jurídico e político) do fenômeno constitucional; numa segunda, no plano não apenas teórico como ainda da *praxis*, envolvendo aplicação ou concretização dos preceitos constitucionais. É sobre esta última inter-relação que nos devemos deter mais acuradamente, examinando os princípios e postulados básicos que envolvem ou devem envolver a interpretação constitucional.

Assentada a premissa anterior de que não se pode prescindir dos subsídios básicos de uma Teoria da Constituição para fundar os alicerces de uma Teoria da Interpretação Constitucional, resta examinar agora como dar conformação lógica a este processo e como fazê-lo descer ao plano da *praxis*. Por outras palavras: deve-se investigar, então, como se sedimenta a teoria da interpretação em se tratando de matéria constitucional e como se podem subministrar os informes desta teoria para uma atuação concreta do direito.

Certamente que esta teoria não se vai pôr de pé sozinha, prescindindo do conhecimento da teoria da interpretação das leis em geral e desprezando princípios e procedimentos já consolidados pela experiência jurídica. Evidente que não. A teoria da interpretação constitucional não vai aparecer como uma ilha nos horizontes da hermenêutica ou da processualística dogmática.

Na verdade, não se trata de constituir um segmento novo no campo da interpretação, mas de coligir, estruturar e sistematizar elementos que, pela sua natureza e vigor, ocupam lugar de relevância na interpretação jurídica geral merecendo, por isso mesmo, estudo especializado e aplicação correta dentro da Ciência do Direito.

Como adverte LUCAS VERDÚ (31):

“La interpretación de la Constitución es cuestión importante, porque antecede a la aplicación de las normas funda-

(31) LUCAS VERDÚ. Ob. cit., v. II, p. 529.

mentales que organizan la convivencia política de um pueblo. A esta razón, de evidente proyección práctica, añádate la consideración lógico-jurídica que señala la posición peculiar, en el sistema jurídico, de las normas constitucionales respecto a las normas ordinarias. La primeras son condición de la validez de estas últimas, sobre las que prevalecen en caso de conflicto. Ahora bien, un estudio acerca de la interpretación de las normas constitucionales versa sobre las tareas que esclarecen su sentido real y estas operaciones son indispensables y anteriores a su aplicación."

Fica claro, portanto, que, antes de se intentar a aplicação do texto constitucional, é necessário fixar algumas premissas iniciais que devem orientar esse trabalho e às quais se deve, obrigatoriamente, vincular o intérprete no afã de preservar o verdadeiro conteúdo das disposições constitucionais.

Pode parecer, à primeira vista, que a estruturação de uma teoria da interpretação constitucional representa exigência recente, de um mundo cada vez mais variado após o tumulto de duas Grandes Guerras. Mas assim não acontece. Já em 1913, um notável jurista italiano⁽³²⁾ VICENZO MICELI, intentava trazer para o âmbito do direito constitucional todo o estudo referente à teoria da interpretação judicial.

Pois bem. Importa assinalar que uma teoria da interpretação constitucional se deve compor de determinadas regras destinadas a esclarecer o sentido objetivo das normas constitucionais. A integridade de uma ordem jurídica está na razão direta da adequada aplicação de suas normas. E esta aplicação correta depende de uma interpretação acertada, em que se consultem não apenas os fins imediatos da norma, mas a totalidade do sistema constitucional. De onde se infere a necessidade de se vincular o intérprete a certos princípios indeclináveis, a fim de que sejam resguardados os postulados básicos de certeza e segurança da ordem jurídica.

Aprofundando o assunto, LUCAS VERDÚ⁽³³⁾ apresenta três razões que, a seu ver, justificam a vinculação: primeiro porque, se se admitisse o contrário, tenderíamos, por meio de uma interpretação livre de todo o vínculo ou limitação, a alterar, sub-repticiamente, a Constituição; em segundo lugar, atuaria outra razão prática: uma interpretação desvinculada não chegaria, provavelmente, a resultados positivos, ou os conseguiria com maior trabalho e dificuldade; e nas questões de interpretação constitucional deve reger o princípio de economia de esforço; e, por último, a submissão do intérprete às regras de interpretação constitucional reafirma o princípio da supremacia da Constitui-

(32) Cf. LUCAS VERDÚ. Ob. cit., v. II, p. 530.

(33) *Idem*, p. 552.

ção, uma vez que a substância dessas regras dimana ou se harmoniza com a Lei Fundamental.

Isto não implica (e tal fato não é olvidado pelo notável publicista espanhol) que o intérprete deva se encontrar subordinado a um número limitado de regras, circunscrito a um esquema fechado de princípios interpretativos. O caráter vinculatório ou imperativo das regras de interpretação não é, em si mesmo, exaustivo dessas regras. Com efeito, embora não se possa descurar a importância de certas premissas fundamentais, não se encontra o intérprete sujeito a um conjunto determinado e fechado de regras de interpretação. Incumbe-lhe fundar o seu trabalho naquelas regras principais e procurar identificar outras, quer se encontrem contidas em algum preceito constitucional ou legal, quer se manifestem, de forma implícita, na análise conjuntural desses preceitos.

O importante é que, uma vez determinadas, essas regras assumem um caráter constitucional e, integrando, ou não, norma constitucional ou preceito legal, vinculam ao intérprete exatamente por isso. Considerando que o essencial na tarefa da interpretação é a determinação do sentido da Constituição, a busca de seu verdadeiro espírito — o que requer um exercício de lógica para inferir normas muitas vezes não escritas, temos então que o intérprete se vincula no que chamaríamos aqui (talvez sem propriedade) de conteúdo metafísico da Constituição.

Curial nessa atividade, cautelosa e prospectiva, que exige engenho e arte, é não perder de vista certos parâmetros fundamentais. Resultado de uma transação política que assegura a convivência de determinada sociedade, “fórmula política”, no dizer de VERDÚ, a Constituição contém certos princípios sensíveis que o intérprete não deve desconhecer e os quais não pode subverter.

A flexibilidade que se reconhece à interpretação não se oferece ao alvedrio de subjetividades, mas à apuração de uma objetividade concreta: o sentido real das normas constitucionais. E esta flexibilidade deve ser necessariamente conjugada com um mínimo de respeito a certos aspectos fundamentais da Constituição. Assim, há o intérprete que munir-se das cautelas necessárias para que, nem sendo excessivamente arrojado, dilate os pólos da Lei Fundamental para além da realidade sócio-política, nem sendo demasiado tímido, a torne incipiente face aos problemas que lhe incumbe resolver.

O texto constitucional representa, portanto, um limite à atividade interpretativa, que a ninguém é lícito escusar. Como já se disse, as regras de interpretação podem estar contidas em normas constitucionais ou legais ou mesmo não se encontrarem insertas em qualquer diploma legal. Encontrando-se em lugar distinto da Constituição, nem por isso perdem essas regras a natureza constitucional. É o caso das

normas interpretativas contidas na nossa Lei de Introdução ao Código Civil. Embora inseridas em diploma legal de natureza privativista, não perdem essas normas o caráter de materialmente fundamentais. O grande problema é que nem sempre essas regras se encontram introduzidas no corpo constitucional ou na legislação ordinária. Ocorrendo esta hipótese, nada resta ao intérprete senão executar um trabalho de verdadeira construção jurídica para inferi-las do texto constitucional e então considerá-las como, implicitamente, nele contidas.

Embora abundantes no direito comparado, estes casos são bem escassos no direito pátrio. Para ilustrar a primeira afirmativa, basta lembrar a jurisprudência dos Estados Unidos da América, onde muitos princípios de interpretação (e até mesmo institutos jurídicos) nasceram e se desenvolveram graças à chamada jurisprudência construtiva (*constructive jurisprudence*) firmemente consolidada a partir dos célebres julgados do Juiz Marshall.

Tudo isto nos leva a perceber a importância de se estruturar um método próprio para a apuração do sentido das normas constitucionais. Ao se falar em método, não se pretende, evidentemente, propor que a interpretação constitucional se processe mediante uma fórmula única e eficaz. Aliás o próprio sentido etimológico da palavra método, de origem grega, já está a nos indicar a “busca de caminhos”. Portanto, quando se fala em método da interpretação constitucional, pretende-se, na verdade, referir a uma metodologia, ou seja, a um conjunto de procedimentos técnico-jurídicos destinados a traduzir o conteúdo das disposições constitucionais da forma que mais parecer ajustada à realidade. Esta particularidade não passa despercebida por LUCAS VERDÚ⁽³⁴⁾ que fixa a unidade da interpretação em face de uma diversidade de métodos:

“Aunque la interpretación constitucional es una, no obstante existen diversos métodos para esclarecer el significado de las normas constitucionales. No hay una interpretación histórica de las normas constitucionales, otra gramatical y otra lógico-sistemática, y teleológica, sino una sola interpretación constitucional que analiza los precedentes históricos, examina los debates parlamentarios, fija el significado exacto de las palabras y realiza las operaciones necesarias para establecer el sentido de la norma constitucional como parte componente de un ordenamiento que apunta a una finalidad concreta.”

O que importa é determinar, frente a uma realidade concreta, qual o método (ou procedimento metodológico) mais indicado para ajustar a hermenêutica jurídica às exigências da vida e do espírito, em determinada circunstância histórico-política. É claro que a vida

(34) LUCAS VERDÚ. Ob. cit., v. II, p. 553.

social aspira a um direito reto (*richtig*), a um direito justo, e o grande problema do intérprete está em conciliar estes objetivos com a firme certeza—segurança de que vai constituir-se o esteio da ordem jurídica.

Recordando que uma Constituição representa sempre a fórmula política de uma diretriz ideológica sob a qual se organiza determinada estrutura social, parece-nos que resulta daí uma primeira exigência. Ou seja, a de que a interpretação deve se proceder sempre em resguardo dessa fórmula que representaria, assim, um estrato superior no plano dos princípios fundadores do Estado. Deste modo, nas chamadas democracias liberais que constituem uma ideologia-tipo do moderno Estado ocidental, deve o intérprete levar em primeira conta as afirmações políticas, que lhes são próprias, todas voltadas ao atendimento de aspirações sociais crescentes. Definindo, basicamente, a forma do Estado e do regime político e os direitos e garantias dos cidadãos, a chamada fórmula política representa sempre, segundo VERDÚ⁽³⁵⁾, um limite inviolável da Constituição. O problema está em que uma fórmula política não se exprime exclusivamente através de uma ideologia, sendo necessário consultar ainda ao ambiente geral em que se desenvolvem a estrutura social e as instituições políticas para se proceder a uma interpretação apropriada.

Nunca se pode perder de vista que o direito aspira a modelar a vida social, projetando-se no domínio do contingente. E, assim sendo, a interpretação de suas normas deve-se fundar em um juízo prudencial para que, no âmbito das particularidades de uma situação concreta ante certas causalidades adjacentes e inusitadas, não seja o intérprete conduzido a fim diverso do que realmente se deva colimar. A interpretação da norma constitucional deve, portanto, a nosso ver, prevenir-se do formalismo dos normativistas que, segundo J. BAPTISTA MACHADO⁽³⁶⁾, admitem “tão-só um conhecimento de nexa epistemológico (no sentido aristotélico), apenas vêem na norma a sua função informativa-comunicante (o seu estrato nociónal), tomando-a na sua pura exterioridade de receita teórica”. O mesmo jurista português assinala, com muita propriedade, a importância de se ter bem presente que a mundividência que subjaz ao ordenamento jurídico, como aliás toda a ideologia, não *intende* fundamentalmente a visão, o conhecimento do mundo, mas a sua modificação, a ação sobre ele.

Assim, terá o intérprete que ir além dos fins imediatos da norma para perscrutar os fins consagrados pelo sistema constitucional onde se inscreve. Uma norma jurídica jamais pode ser compreendida se abstraído o processo em que está inserida. REALE⁽³⁷⁾ nos adverte

(35) *Idem*, p. 533.

(36) J. BAPTISTA MACHADO. Prefácio do livro *Introdução ao Pensamento Jurídico*, de KARL ENGELSCH. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, p. 41.

(37) MIGUEL REALE. *Filosofia do Direito*, p. 570.

para a necessidade de interpretá-la no âmbito de sua condicionalidade social e histórica afirmando que, pela sua natureza histórica mesmo, não fica presa ou ligada às circunstâncias que originariamente a condicionaram, superando-as. Um bom intérprete, sabe-se bem, nunca se afasta da realidade social. E a realidade social em que se funda uma Constituição muda inteiramente com o decurso do tempo. Mas a atividade interpretativa vai manter a Constituição atual e atuante. Exemplo mais vetusto disto é a Constituição dos Estados Unidos que, datando de 1787, tem-se adaptado extraordinariamente à realidade social, política e econômica de um país que apresenta os maiores índices de progresso tecnológico e bélico. Não é sem razão que Marshall qualificou a Suprema Corte de segundo criador da Constituição, tal a densidade de suas decisões, operando modificações substantivas na estrutura do poder político. Na verdade, como escreve VERDÚ⁽³⁸⁾, "toda Constituição muda seu sentido objetivo mercê das modificações experimentadas na realidade político-social, de onde se origina a convivência política nela prevista. Este fato inegável, há de levar-se em conta ao interpretar as normas constitucionais" (t.a.).

Ninguém desconhece que muitas Constituições foram promulgadas em situações inteiramente diversas das atuais⁽³⁹⁾. Os pressupostos ideológicos de um liberalismo neutro e indiferente mudaram consideravelmente ao influxo de novas forças econômicas e ao aparecimento de novos grupos de pressão. A complexidade da vida social e econômica suscitou uma participação cada vez mais crescente do Estado na atividade produtiva de bens e serviços essenciais. A estrutura social sofreu também profunda transformação na repartição do poder, à medida que a burguesia capitalista teve o seu monopólio e prestígio ameaçados pela ascensão de outras classes sociais. A população sofreu um extraordinário aumento, tornando-se maiores as exigências de conforto e bem-estar. Os partidos políticos já não podem acenar com fórmulas mágicas de salvação, conquanto tem sido crescente o nível das aspirações sociais. Tanto que as Constituições ganharam uma nova tônica — dos direitos sociais, assim entendido um conjunto de disposições básicas tendentes a atender as reivindicações mais imediatas, e mais impostergáveis da população.

Essa realidade social dinâmica não pode ser esquecida pelo intérprete, que deve instrumentar o método mais adequado para interpretar a Constituição do conhecimento mais aproximado possível da realidade circunjacente, seja ela de natureza histórica, sociológica, econômica, política, etc. A interpretação há, por consequência, de ser também dinâmica, intentando sempre encontrar a fórmula mais adequada para deduzir das normas constitucionais o sentido que mais se adapte

(38) LUCAS VERDÚ, Ob. cit., p. 537.

(39) Veja-se AFONSO ARINOS, *Direito Constitucional — Teoria da Constituição*, Rio, Forense, 1976, pp. 115, 116, 117 e 118.

às exigências dos tempos modernos. Atento para esta particularidade, revela-se LUCAS VERDÚ (40) para quem “la interpretación constitucional realiza esa adaptación a la realidad no de un modo mecánico, sino funcional porque se verifica una confluencia entre la dinamicidad de la Constitución y la función esencialmente dinámica de quienes la interpretan, para aplicarla”.

A existência de um mundo acometido de sucessivas crises, como o que estamos a viver, pleno de desajustes, desencontros e incertezas, exige a revitalização de um princípio ético superior como norma suprema de regência para a vida dos povos. Apesar do empaldecimento do brilho da Constituição, de que nos fala LOEWENSTEIN (41), este é ainda o único instrumento mais adequado de que dispomos para traduzir as aspirações da sociedade e infundir na convivência humana o respeito a primados fundamentais como a ordem, a segurança e a justiça. Releva-se, então, o papel da sua interpretação como fórmula capaz de mediar as exigências de estabilidade das instituições às crescentes reivindicações de conteúdo social.

O método integrativo ou científico-espiritual, de interpretação da Constituição, oposto ao exegetismo peculiar aos positivistas do Estado liberal, é o que mais se afeiçoa a aproximar a Constituição à realidade social, donde pode retirar o *substratum* que lhe permita a sobrevivência. Evocando SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, PAULO BONAVIDES (42) afirma que o intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida, à “concretude” da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, como processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração. No mesmo sentido, referindo-se ao significado real das proposições constitucionais, o Professor FLÁVIO BAUER NOVELLI (43) esclarece que a Constituição vive, “mas é através dos significados normativos efetivos que vier a originar, isto é, através da experiência jurídica, das suas diversas formas de atuação, pelo contato fecundante entre a norma e a realidade sócio-econômica, que condiciona e que a própria Constituição está, por sua vez, destinada a reger”.

Daí a necessidade de se instrumentar esta interpretação com uma lógica apropriada a manter sempre atual o conteúdo das normas constitucionais e a aproximá-las cada vez mais da realidade da vida e das reais necessidades do ser humano. As normas jurídicas não podem ser encaradas em puro rigor lógico-formal, apartadas da con-

(40) LUCAS VERDÚ. *Ob. cit.*, p. 540.

(41) KARL LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, p. 222.

(42) PAULO BONAVIDES. *Direito Constitucional*. Rio, Forense, 1980, p. 317.

(43) FLÁVIO BAUER NOVELLI. A Relatividade do Conceito de Constituição e a Constituição de 1967, in *Revista de Direito Administrativo*, FGV, vol. 80, 1967, p. 7.

cretude dos fatos e das coisas. Não que se queira desprezar neste ponto o papel da lógica formal na interpretação do direito, mas que se pretenda apontar para a necessidade de ser a mesma complementada por uma lógica material (Schlogik) que, como pretendem ENGISCH (44) e LEFEBVRE (45), é a mais hábil para captar a realidade humana em sua riqueza, complexidade e incessante cambiar.

5. Conclusão

A interpretação constitucional é tema por excelência do direito político. Destinada a esclarecer o real sentido das normas constitucionais e a sustentar sua crescente evolução e adaptação aos fatos sociais, ocupa, pelo seu caráter político, uma posição especial no campo da hermenêutica jurídica.

Os rudimentos desta atividade interpretativa vão ser encontrados na evolução da própria hermenêutica que, a partir da Idade Média, foi gradativamente se convertendo em instância crítica, passando a promover o "aforamento ético do direito positivo". Foi, sobretudo, graças a Maquiavel, a partir de sua obra clássica *Il Príncipe*, que se despertou para uma interpretação política do direito, fundada no princípio da *ragiône di Stato*.

A Constituição, que representa no mundo político a mais viva expressão da convivência civilizada, vem ser o objeto preciso desta interpretação, embora esta transcenda muitas vezes o *corpus* constitucional, à procura de conteúdos ideológicos ou intelectivos.

Há uma correlação indissociável entre a Teoria da Constituição e a Teoria da Interpretação Constitucional. Ambas as teorias se completam e se exigem reciprocamente, tanto no plano teórico, como principalmente na *praxis* jurídica. A interpretação constitucional não pode, por outro lado, prescindir da contribuição da teoria da interpretação das leis em geral, com seus princípios, método e procedimentos, embora reconhecida a sua nítida peculiaridade.

Por isso mesmo a interpretação constitucional apresenta princípios e características próprios de que não se pode afastar o intérprete no afã de desvendar o significado efetivo das disposições constitucionais. Representando sempre a fórmula política sob a qual se organiza determinada estrutura social, os pressupostos ideológicos dessa fórmula apresentam-se como uma primeira exigência ao ato de interpretação.

A determinação do conteúdo objetivo da Constituição só pode ser apurada se consideradas as mudanças da realidade sócio-política. A

(44) KARL ENGISCH. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

(45) HENRI LEFEBVRE. *Lógica Formal/Lógica Dialética*. Rio. Civilização Brasileira, 1975.

interpretação deve manter a Constituição viva e atuante e manter o seu valor como instrumento imprescindível na construção do fascinante devenir da espécie humana.

6. Bibliografia

- ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. Coimbra, Arménio Amado, 1978.
- BETTI, Emilio. *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*. Milano, Giuffrè, 1949.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio, Forense, 1980.
- BUZARD, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1958.
- CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio, Forense, s/d.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. São Paulo, Saraiva, 1982.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional — Teoria da Constituição*. Rio, Forense, 1976.
- . *Processos contemporâneos de elaboração das Constituições*. *Revista de Ciência Política*. Vol. 27, abril 84.
- FERRAZ, JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo, Atlas, 1980.
- KELSEN, Hans. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires, México, 1959.
- LEFÈVRE, Henri. *Lógica Formal/Lógica Dialética*. Rio, Civilização Brasileira, 1975.
- NOVELLI, Flávio Bauer. *A Relatividade do Conceito de Constituição e a Constituição de 1967*. *Revista de Direito Administrativo*. FGV, vol. 80, 1967.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra, Arménio Amado, 1974.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1968.
- . *Filosofia do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1982.
- SANTI ROMANO. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1977.
- SICHES, Luis Regasés. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. México, Editorial Porrúa, 1978.
- VERDÚ, Lucas. *Curso de Derecho Político*. Madrid, Tecnos, vol. II, 1977.
- WARAT, Luis Alberto. *Semiótica y Derecho*. Buenos Aires, Ediciones Eikon, 1972.
- WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Rio, Zahar, 1979.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1970.

Filosofia política

A. MACHADO PAUPÉRIO

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

- I — A FILOSOFIA POLÍTICA DAS CIVILIZAÇÕES ANTIGAS E DA ANTIGUIDADE CLÁSSICA
1. *A filosofia política das civilizações antigas. A Índia, a China, a Pérsia, o Egito, a Mesopotâmia e Israel. As civilizações pré-colombianas*
 2. *A antiguidade clássica dos gregos. Sócrates, Platão e Aristóteles*
 3. *A antiguidade clássica dos romanos. Os estóicos, o epicurismo, Políbio, Cícero*
- II — A FILOSOFIA POLÍTICA E A IDADE MÉDIA
1. *A Idade Média. O Cristianismo. Santo Agostinho, Santo Alberto Magno e Santo Tomás de Aquino*
 2. *Ainda a Idade Média. Dante, o nominalismo, Guilherme de Ockham e Marsílio de Pádua*
- III — A FILOSOFIA POLÍTICA E O MUNDO MODERNO
1. *O mundo moderno. Maquiavel, Bodin, Hobbes*
 2. *O mundo moderno. Locke, Montesquieu*
 3. *O mundo moderno. Jean-Jacques Rousseau*
 4. *Federico, o Grande, e George Washington*
 5. *Hegel e o totalitarismo*
 6. *Comte e o positivismo. Rudolf Von Ihering*
 7. *Karl Marx*

I — A FILOSOFIA POLÍTICA DAS CIVILIZAÇÕES ANTIGAS E DA ANTIGUIDADE CLÁSSICA

1. *A filosofia política das civilizações antigas. A Índia, a China, a Pérsia, o Egito, a Mesopotâmia e Israel. As civilizações pré-colombianas*

Em essência, o direito, na Índia milenar, é uma expressão da ordem cósmica do universo.

Dentro do espírito do *Bhagavadgītā*, a inteligência que não conhece o justo nem o injusto caminha no reino da paixão.

Só quando cumprimos o dever com agrado, alcançamos a perfeição.

Comprova o que dissemos o Código de Manu, sem dúvida o mais célebre de todos os livros de direito da Índia.

Dentro da lei do Karma, objeto da filosofia hindu, terá morada no inferno quem destrói a constituição da família.

“A atividade anterior provoca teu atual dever. Liga-te a isso. Não podes desejar o que perturba a sabedoria.”

De outro lado, opõe-se a essa concepção outra meramente terrena quanto à sua idéia de direito. No *Arthashastra*, lembrando MAQUIAVEL, recomenda-se o abuso do sagrado até o falseamento das sentenças divinas toda vez que isso seja útil ao poder.

Na China, também milenar, LAOTSE prega como três tesouros da alma o amor, a modéstia e a humildade.

Para KUNGSÉ, o fundamento da moral é a veneração dos filhos pelos pais. Quando este sentimento se alarga para compreender todos os antepassados, transmuda-se no culto da linhagem.

Para ele, não é de esperar-se do povo o cumprimento de seu dever quando se encontra faminto. Por isso, para KUNGSÉ, cabe ao governo, antes de tudo, trabalhar pelo bem-estar suficiente do povo, para depois educá-lo, conquistando-lhe a confiança, porque, sem essa, é impossível o governo.

Para a *Fa Chia*, escola jurídica chinesa que remonta ao ano 300 a.C., o que importa não vem a ser a moral mas a lei. Por ela, pretende-se regulamentar legislativamente todo o comportamento humano. Por isso mesmo, impõe-se que a linguagem da lei seja concisa, lógica e perfeitamente inteligível.

Textos sintéticos de Filosofia Política para livre debate nos Cursos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRJ.

Mas, como a missão específica do Estado é a extensão de seu próprio poder, como pensam muitos, o soberano, que consiga que seu povo tome gosto pela guerra, alçar-se-á à situação de rei dos reis. Dentro dessa concepção de um *direito sem direito*, como a conceitua VON HIPPEL, a esperança é que a antiga sabedoria política chinesa volte a imperar, dentro de suas sagradas tradições.

Na Pérsia, a luta entre o bem e o mal, entre Ormuz e Ahriman, converte-se na opção humana, reduzindo-se a uma determinação livre da vontade.

Já na época HERÓDOTO enfatizava nos persas a sua fidelidade à palavra dada e o seu amor à verdade, tanto quanto a sua perícia para cavalgar e para desferir o arco.

Entre os egípcios, as obrigações de cada um vêm explícitas no capítulo 125 do livro dos mortos. Ali, diz a alma, para justificar-se, perante o juiz eterno:

“Não cometi injustiça para com os homens, nem fiz desgraçada a gente. Não incorri no pecado da mentira... Não fiz nada do que Deus aborrece. Não falei mal de nenhum subordinado a seus superiores. Não fiz passar fome. Não fiz chorar. Não matei. Não mandei matar. Não ofendi ninguém. Não diminuí a comida no templo. Não mingüei as tortas da oferenda aos deuses. Não furtei os pães da glorificação. Não cometi adultério. Não forniquei na jurisdição do deus de minha cidade. Não aumentei nem mingüei a medida do grão. Não reduzi a medida agrária. Não aumentei os pesos da balança. Não tornei mais leve o peso da balança decimal. Não tirei o leite da boca da criança” etc., etc. (V. H. JUNKER, “Die Religion der Aegypter”, in *Christus und die Religionem der Erde*, tomo 2º, 1951, pp. 607 e segs.).

O papel da família é grande na vida do Egito. Contemplando Osiris, Isis e Hórus como uma sagrada família, encontra nestes um verdadeiro paradigma ou modelo religioso.

Nos deuses apóiam-se a ordem e o direito. Isis deu leis aos homens e castiga com sanções aos que agem injustamente...

* * *

A Mesopotâmia é a pátria do mais célebre código da época, o denominado Código de Hamurabi de Babilônia (1955-1913 a.C.), fundado nas consolidações legais dos sumérios.

Cerca de cento e cinquenta anos antes do Código de Hamurabi, que o utiliza sobremodo, descobriu-se não há muito tempo uma antiga codificação babilônica em idioma acádio. Encontraram-se também em sua maioria as compilações de Ur-Nammu de Ur e de Lipit-Ishtar de Isin,

de que procede o Código de Hamurabi (v. ERNEST VON HIPPEL, *Historia de la Filosofía Política*, tomo I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 63, nota 3).

O que tem de diferente este Código, com relação às modernas codificações, é que nele só se encontram disposições de direito político.

É escusado dizer que o fundamento da realeza vai encontrar-se somente nas idéias religiosas de então.

Em épocas posteriores, o rei já não é deus mas tão-só uma imagem ou uma sombra da divindade. De qualquer modo, porém, sua pessoa é sagrada.

O *Espelho de Príncipes*, da baixa época babilônica, põe em pé de igualdade o rei e seus servidores, que desrespeitem o direito. Babilônia proclama, então, a ordem salutar de não ser permitido a ninguém cometer injustiças, ainda que sejam contra inimigos.

Observando os movimentos e as forças dos astros, os caldeus, desde priscas eras, especializaram-se nesse mister, passando a vaticinar, com isso, o futuro dos homens.

O rei é pastor em face do povo, e o homem, que faz parte de uma família, não é mera individualidade. Só assim se compreende que o Código de Hamurabi mande matar o filho do arquiteto por ter caído a casa construída por seu pai e indenizar o filho do proprietário. A lei de talião, "dente por dente", "olho por olho", indica genericamente o império estrito da idéia de justiça, em seus contornos primitivos.

Enquanto, porém, o Egito caminha interessado com a morte e a ressurreição, a Mesopotâmia marcha como a terra dos mistérios da procriação.

Considerada no curso dos séculos como a "grande rameira", Babilônia atesta com isso o abuso dos mistérios ligados à procriação e ao poder gerador. De outro lado, pretende a Mesopotâmia chegar à soberania mundial.

Enquanto para os babilônios, Hamurabi e seus sucessores, o rei passa a primeiro servidor do Estado, entre os assírios a missão do rei era submeter o mundo a seu deus Assur.

De Ur, solo mesopotâmico, procede Abraão, patriarca e fundador do povo do Antigo Testamento, que fizera aliança com Javé.

Dirigido pelos reis Saul e Davi, teve nestes, por excelência, época de grandeza e prosperidade, alcançando os dez anos de reinado de Davi a idade de ouro da monarquia israelita, única monarquia monoteísta da antiguidade.

Sucessor de Davi, que não escapara do pecado, Salomão, no início de seu reinado, manteve íntegra e ímpar sua sabedoria. É típico seu

juízo salamônico é lembrado com unção. Graças a ele, todo Israel passou a temer seu rei... porque a justiça realmente assusta, principalmente os homens inclinados ao mal.

Entre as antigas civilizações do continente americano, está o grande império dos *aztecas*, no México, cujos sacrifícios humanos não deixaram de horrorizar os mais insensíveis conquistadores.

A ele corresponde uma concepção sobremodo teocrática, em que o soberano passa a ser o oráculo e o representante da divindade.

Também o Estado do sol de Cuzco, o Estado dos *incas*, no Peru, mantinha uma concepção teocrática. Filho e representante do sol era o soberano, o "deus do povo".

Visto em grandes linhas e em seu conjunto, lembra o Estado uma imensa oficina em que cada artífice, individualmente considerado, só existe como soldado, trabalhador etc., dentro de uma perspectiva meramente funcional. O Estado seria assim como um precursor no moderno Estado coletivista, dentro de seu pensamento material, preso à ordem cósmica somente pela natureza externa.

Nada de promissor trouxeram tais civilizações à filosofia política que hoje procuramos construir com a experiência do passado.

Em síntese admirável, **GIORGIO DEL VECCHIO**, em seu livro já clássico *Lezioni di Filosofia del Diritto*, põe em relevo a contribuição dos povos antigos, por pequena que seja, para os fundamentos permanentes da filosofia política de todos os tempos:

"A filosofia do direito, na origem, é mesclada com teologia, moral e política, sendo a confusão total, no Oriente, onde os livros sagrados apresentam concomitantemente tratados de cosmogonia, de moral e outras ciências, predominando o espírito dogmático, sendo o direito concebido como prescrição divina, superior ao poder humano, somente, pois, objeto de fé. As leis positivas consideradas indiscutíveis e não suscetível de fiscalização o poder existente, por ser expressão da divindade. Seria, todavia, injusto olvidar que muitos desses povos, sobretudo os *hebreus*, os *chineses* e os *indianos*, deram notável impulso aos estudos filosóficos, especialmente com relação à moral."

2. A antiguidade clássica dos gregos. Sócrates, Platão e Aristóteles

A primeira manifestação clássica da filosofia política grega é a *Politeia* (A República) de **PLATÃO**.

É conhecido o contraste entre a antiga e severa disciplina espartana e a liberdade e a tolerância da vida pessoal ateniense. Mas a fortaleza espartana e a espiritualidade ateniense conjugam-se admiravelmente.

Com efeito, na *polis* encontrava-se o respeito à lei, a obediência à autoridade pública e a responsabilidade pessoal ao lado do orgulho por seu poder e da alegria por sacrificar-se por ela. O retrato vivo da vida e do Estado ateniense ficaram bem gravados para a posteridade na imortal oração fúnebre de PÉRICLES, na forma por que nos dá notícia a descrição de TUCÍDIDES.

A necessidade move os homens à associação, nascendo o Estado do convênio entre aqueles para evitar o dano recíproco.

Entre a multidão de indivíduos que formam o Estado, há fortes e débeis, estes em maior número. Graças a esses últimos, cria-se a lei, para defendê-los.

Terminando sua vida, como o descreve PLATÃO em seu *Criton*, SÓCRATES submete-se plenamente consciente ao Estado e a suas leis, caminhando para a morte.

E a lei, para PLATÃO, tanto se impõe ao rei como aos súditos. uma vez que é imagem de outra lei, pela qual todos nós somos iguais.

A justiça é tão importante que até os bandos de piratas têm que praticá-la no seu grupo para poder manter-se unidos. A injustiça levá-los-ia ao motim e à luta de uns contra outros. Até entre os criminosos a justiça cria a paz e a concórdia. A função social da justiça é assim necessária e indispensável.

Por isso, PLATÃO culmina com a idéia de justiça, verdadeiro princípio cósmico que rege o homem e a sociedade.

Em última instância, a justiça corresponde à realização no plano físico da vontade e da razão divinas. A política, para PLATÃO, corresponde a uma justiça aplicada. Mas para que isso se dê, é preciso que os justos e sábios alcancem influência incontestada na *polis* e se transformem em seus verdadeiros guias. Para PLATÃO, a justiça é princípio divino que pode ser e é conhecido pela razão.

A própria tragédia ática, que alcança altitudes incomparáveis com ÉSQUILO, SÓFOCLES e EURÍPEDES, focaliza o problema eterno da justiça e da injustiça nos conflitos constantemente insolúveis. A situação de Antígona, que enterra seu irmão, contra as ordens de Creonte, é bastante típica quando invoca os deuses perante o absolutismo do rei. A pergunta de Creonte: — “É injustiça defender minha autoridade?” responde Hémon: — “Não é defendê-la, é conculcar os direitos dos deuses”.

Com a sofística, entretanto, procura-se substituir a qualidade pela quantidade, ligando a esta o relativismo moral. Depois, desce-se da mera quantidade à qualidade negativa do simples poder, que encontra sua expressão na comunidade com a tirania e com a substituição do direito pela força. CÁLICLES justifica tal transformação.

De outro lado, se o não ser e o ser existem, quanto à existência o não ser seria igual ao ser e, nessas condições, não existe qualquer dos dois. O não ser existe, reconhece-se. Mas está demonstrado também que o ser é idêntico ao não ser e, portanto, não pode igualmente existir. Triste a sistemática do sofisma...

É comum defender-se, aliás, que, entre dois juízos contraditórios entre si, um não seja mais verdadeiro que o outro, afirmação que nos leva ao relativismo moral, do bem e do mal, como princípios objetivos universais.

Os sentidos dizem o que ocorre, mas não nos dizem que o que ocorre ou não com justiça. Para dizê-lo, é preciso recorrer aos valores e às idéias. Afinal, Deus é a lei para o homem que vive racionalmente; para o irracional, tal lei é o prazer sensível.

Para PLATÃO, há três formas de conhecimento, que se podem dizer qualitativas. O grau mais baixo de conhecimento é a *doxa*, opinião do homem preso ao sensível. Em seguida, vem a *dianoia*, caracterizada pelo pensamento racional que se pode mesclar com o pensamento superior e inferior, com o bem e o mal. Finalmente, vem a *epistemé*, que nos leva à *sabedoria*, atingindo a idéia ou o arquétipo do ser.

O Estado, por sua vez, deve apresentar equilíbrio de pobres e ricos, de modo que desapareçam tensões e divisões. De outro lado, sua extensão deve ser de tal natureza que se possa bastar a si mesmo, embora evitando que a própria grandeza atrapalhe a sua unidade. É a *autarquia* da *polis* que se defende.

Não se podem separar a rigor os fins do homem e da comunidade. Por isso, a ordem da *polis* há de ser em última análise a ordem do homem.

Mas a filosofia política de PLATÃO coroa-se com a exaltação do homem espiritual, desejando que os filósofos sejam reis ou que os reis se façam filósofos, uma vez que o filósofo é o homem naturalmente caracterizado pelo imaneente desejo da sabedoria.

A proporção que o dinheiro se transforma em motor decisivo, a oligarquia, porém, impede que o pobre, ainda sendo o melhor, colabore no governo da *polis*.

Em *As Leis*, como em *A República*, contraria a proposição dos sofistas, de que o homem é a medida de todas as coisas, para chegar à conclusão de que a medida de todas as coisas é a própria divindade. Em *As Leis* cogita coligar projetos para uma legislação concreta por intermédio da referência às Constituições e às situações práticas de Esparta, Atenas e Creta, na Hélade, e de Pérsia e Egito, no estrangeiro.

A importância da filosofia do Estado de PLATÃO caracteriza-se primordialmente por posições muito típicas: de um primeiro lado, suas me-

ditações sobre o Estado restringem-se ao perfil da totalidade de sua vida. De um outro lado, trazem ao estudo da essência do Estado a elucubração ética, fazendo depender a solução do problema do fator espiritual do mundo. De outro lado, ainda, criam a educação como seu fim primordial e precípua.

Do mesmo modo que o educando, entretanto, pode buscar outro mestre, pode o cidadão, segundo PLATÃO, abandonar a cidade para se incorporar a leis de outra comunidade, a seu ver mais propícias.

O domínio, a rigor, para PLATÃO, não é injustiça, se ele, por acaso, se baseia na virtude e procura concretizar a utilidade dos dominados.

Em *As Leis* prega a humanização da guerra, entendendo que a moralidade do indivíduo devia aplicar-se ao Estado: não fazer padecer nem cometer injustiça.

Quanto à construção política de ARISTÓTELES, assenta ela sobre a recompilação de todo o material encontrado acerca das Constituições em voga na vida da Grécia.

Mas tais Constituições são submetidas ao crivo da crítica valorativa, pois ARISTÓTELES não dispensa a vinculação ética.

Como desvios dos regimes políticos normais, apresenta a *tiranía*, da *monarquia*; a *oligarquia*, da *aristocracia*; e a *democracia*, da *politeia*.

Já os discípulos de ARISTÓTELES referem-se à *democracia* quando se querem referir à *politeia*, denominando *oclocracia* o governo da plebe, ou o governo democrático corrompido, também chamado de *demagogia*.

Nos regimes corrompidos busca-se sempre o interesse dos governantes e jamais o interesse da comunidade.

De PLATÃO recebeu não só a teoria das três funções do Estado como a teoria das formas mistas de governo ou da justa mescla de seus elementos.

Enquanto, porém, para PLATÃO, a *idéia* flutua sobre as coisas e só se reflete na matéria originária, na *hylé*, para ARISTÓTELES a idéia consiste no princípio organizador das coisas e dos processos.

Defendendo a primazia do elemento ético e espiritual, faz o Estado basear-se na justiça, que compendia e resume toda a moral.

Na *Ética a Nicômaco* estuda exaustivamente os três tipos de justiça, que ainda hoje guardam atualidade.

Composto de comunidades como a família, compreende o Estado três relações essenciais: a do homem e da mulher, dos pais e dos filhos e dos senhores e dos escravos, decorrendo das coisas que existem pela própria natureza. Por natureza, o homem passa a ser destinado à comunidade política.

Depois da comunidade doméstica, forma-se naturalmente a *aldeia* como etapa da cidade, necessária ao indivíduo, que não se basta a si mesmo. Aliás, "quem não pode viver em sociedade ou de nada necessita para sua própria suficiência, não é membro da cidade, senão uma besta ou um deus" (*Política*, lib. I, cap. II).

Dai se conclui que a cidade ou o Estado é coisa natural na vida do homem e que este, graças sobretudo à linguagem, é por natureza um animal social (*zoon politikón*), mais que a abelha ou qualquer outro animal gregário.

O Estado, assim, conforme sua natureza, e conforme realização e fim do humano, é um verdadeiro organismo moral-racional.

Dentro de tal raciocínio, o homem só é capaz de se manter homem, no integral sentido, dentro do Estado.

Na família e no Estado, a vida do homem não se dirige unicamente para o bem-estar e a autarquia mas para a vida de conteúdo ético, visando ao bem e ao justo.

Se para PLATÃO o Estado se compõe meramente de indivíduos, para ARISTÓTELES compõe-se de famílias, em cuja unidade está o início da própria comunidade política. O Estado apresenta-se assim como um organismo composto de comunidades não só coordenadas como subordinadas a ele nas questões de interesse geral.

Ao contrário de PLATÃO, que com elevado espírito procurava assegurar um maior sentimento comunitário, ARISTÓTELES não proibia o matrimônio e a propriedade para as classes dominantes.

3. *A antiguidade clássica dos romanos. Os estoicos, o epicurismo, Políbio, Cícero*

O pensamento do liberto romano EPÍRETO, que viveu entre os anos 50 e 130 d.C., no sentido de conformar-se de bom grado com a sua própria sorte, marca a sabedoria do homem nas coisas divinas.

SÊNECA, por sua vez, entende que a suprema sabedoria é viver dentro dos preceitos da natureza, que nos encaminha para a ação e a contemplação.

Se CATÃO prega um estoicismo brutal e heróico e MARCO AURÉLIO um estoicismo sereno e majestoso, EPÍRETO vive um estoicismo rígido e extremo, e SÊNECA, um estoicismo natural e humano.

Contra a idéia do dever e de sua subordinação à razão, do estoicismo, fundado por ZENÃO, entre os séculos quarto e terceiro a.C., EPICURO, que viveu entre os anos 341 e 271, põe em relevo o gozo como critério de felicidade, entendendo embora que não há prazer sem sabedoria, beleza

e justiça, razão pela qual considerou SÊNeca a EPICURO muitas vezes como verdadeiro aliado.

A influência espiritual da escola estóica foi de fato muito grande. E era natural que assim fosse. Em sentido contrário, o epicurismo só nos podia trazer uma valoração negativa para o Estado.

Segundo EPICURO, o que perturba o prazer é o temor, que culmina nos dois espantelhos por excelência dos espíritos: os deuses e a morte.

A ânsia por não extinguir-se jamais, renovando a vida pela morte, criou para o epicurismo dificuldades insuperáveis, pois já não haveria então descanso para o criado. O princípio do prazer, levado para o mundo suprasensível, faria com que as almas não tivessem nenhum descanso, mesmo no sentido moral.

De outro lado, levando em consideração o prazer e não a virtude, também a vida injusta não está livre do desassossego.

Que o epicurismo se ache ligado à tradição, prova-o o fato de a sublevação contra a tirania de César estar representada não só por um estóico como Bruto, mas também por um epicurista como Cássio. SÊNeca tinha talvez razão em louvar EPICURO como sábio e magnânimo.

Mas, se nada é relevante para EPICURO que não produza prazer, tinha razão talvez um seu discípulo quando afirmava que todas as coisas sábias tendem a terminar no prazer do ventre, que é a raiz e o início de todo valor.

Dos 40 livros de sua *História Universal*, pelos quais se dispersam suas teorias políticas, só se conservam os cinco primeiros, por cujo intermédio apresenta POLÍBIO a Constituição mista, temperada pela monarquia, aristocracia e democracia, como indubiosamente a melhor.

Por isso mesmo, LICURGO não partiu de um exclusivo regime, mas das características das melhores formas de governo, fazendo conservar aos lacedemônios a liberdade por tempo jamais igualado por nenhum outro povo.

Os três poderes do Estado romano estão de tal modo proporcionados que é difícil dizer-se se é ele monárquico, aristocrático ou democrático. A grandeza e a força do Estado romano devem-se à sua Constituição mista, na projeção traçada pelos grandes pensadores helênicos.

Mas o mérito essencial do Estado romano, para POLÍBIO, fundamenta-se na sua concepção dos deuses, freio das paixões violentas da multidão, sempre pronta a levar-se pelos instintos e pela fúria irracional.

Para a teoria do Estado, de CÍCERO, o importante é que o cidadão não aparece como mero membro da comunidade mas como verdadeiro sujeito de direito.

De outro lado, para CÍCERO, o Estado é também um sujeito de direito, uma comunidade jurídica. Assembléia real ou ideal do povo, o Estado, para CÍCERO, constitui-se primacialmente pelo direito. Por isso, onde reina um governo tirânico, não há Estado, precisamente por não haver situação de direito, objetivamente materializada, em última instância, na própria justiça. Sua *De Re Publica* vulgariza as idéias gregas, que transmite para o mundo.

Levado à sociedade mais por impulso social que pelo sentimento de sua debilidade, o homem remonta ao ser divino supremo pela ordenação racional, que lhe foi impressa na natureza.

Como PLATÃO, reconhece quatro virtudes cardiais: a prudência, a fortaleza, a temperança e a justiça. Mas esta, para CÍCERO, é o fundamento de todas as virtudes restantes, como do próprio Estado.

A verdadeira lei é a reta razão, afeiçoada à própria natureza, não sendo lícito modificá-la nem ab-rogá-la ou derogá-la. "Não haverá uma em Roma, outra em Atenas, uma hoje, outra amanhã, senão que constitui uma só lei eterna e imutável para todos os povos e todos os tempos, assim como há um só mestre comum e senhor de todos, Deus, o inventor, árbitro e dispensador desta lei." A reta razão é assim a verdadeira lei junto à qual impera a vontade e o poder criador do próprio Deus.

Ao lado do direito natural não escrito, CÍCERO coloca a *lex* ou o *ius civile*, direito positivo que compreende inclusive costumes jurídicos. Tal direito, entretanto, não pode contradizer o direito natural, que lhe é hierarquicamente superior.

Como na Grécia, o direito primitivo em Roma assumia um aspecto sagrado. Por isso, as instituições de direito civil remontam ao *pontifex maximus*, Qu. MUCIUS SCAEVOLA, autor de uma obra de *Ius Civile*, em 18 livros, por volta do ano 100 a.C.

O próprio direito da cidade de Roma, a "lei das doze tábuas", dos anos 451/450 a.C., emanava dos santuários.

Aliás, a própria realza, nesses tempos, estava estreitamente unida, senão identificada, com o sacerdócio. Sabe-se que o consulado não se devia transmitir aos plebeus porque o *ius auspiciendi*, em que o Estado se baseava, só era facultado aos patrícios.

De qualquer maneira, porém, o direito civil romano, desenvolvido em Roma na base do eu e de sua liberdade, foi um mérito dos plebeus no Estado de estirpe patrícia.

Fazendo depender o direito da justiça distributiva de ARISTÓTELES, baseou-o ULPIANO nos três conhecidos preceitos: viver honestamente, não prejudicar ninguém e dar a cada um o que é seu. Se a jurisprudência é a ciência do justo e do injusto, a justiça é "a constante e perpétua vontade de dar a cada um o que se lhe deve".

Na prática do governo, entende CÍCERO que o princípio da igualdade de todos os cidadãos na participação da República converte-se em verdadeira iniqüidade, por não levar em conta elementos relevantes de mérito e diferenças específicas.

CÍCERO, em última análise, procura conciliar a liberdade humana, de que foi grande advogado, com a ordem eterna de Deus. Influuiu, nesse sentido, largamente, em seus pósteros, contribuindo, para isso, seu estilo altaneiro e sua eloquência sem par.

O poder imperial dos romanos, porém, evoluiu, genérica e essencialmente, para tornar-se independente das leis. A razão desloca-se afinal para a vontade. Já não é a *ratio* que impera, mas a *voluntas*.

Ao triunfar o Cristianismo, está o Estado da Antigüidade em plena crise. Tal crise, porém, tinha, como é óbvio, profundo sentido moral. Pelo culto do Imperador, o sentido ético do Estado começou a desmoronar.

II – A FILOSOFIA POLÍTICA E A IDADE MÉDIA

1. *A Idade Média. O Cristianismo. Santo Agostinho, Santo Alberto Magno e Santo Tomás de Aquino*

O advento do Cristianismo vê-se envolto com a derrubada do Estado romano, que aquele aniquilara. Santo AGOSTINHO lança-se então à luta, escrevendo sua grande obra *Civitas Dei*, em que coloca em confronto as duas cidades, a *civitas terrena* e a *civitas coelestis*, que se combatem mutuamente.

Na primeira, tudo se determina pela natureza; na segunda, tudo vence a própria natureza. Numa, estão todas as forças destrutoras da História, noutra, todas as forças construtoras, descansando tranqüilamente a alma redimida por Deus.

Todos os Estados têm surgido do pecado. Desde que nasce, aparece o sangue. Seu direito é o que beneficia os fortes, longe de dar a cada um o que é seu. Isso é o Estado pagão, que não leva seus cidadãos a Deus mas ao demônio.

Para Santo AGOSTINHO, a Igreja constitui o reino de Cristo e o reino de Deus. Apesar de nela crescerem juntos o joio e o trigo e de junto do eleito estar igualmente o hipócrita, ela já é em sua essência íntima o *regnum Dei*.

Antes que o Cristianismo já se tivesse estabelecido e sedimentado, pensadores como HERÁCLITO, SÓCRATES e PLATÃO puderam ser qualificados de cristãos, como de certo modo os conceituou o grande Santo AGOSTINHO.

Aliás, para Santo AGOSTINHO, PLATÃO mereceu, ao invés de qualquer outro filósofo, irrestrita preferência no tocante à física, à lógica e à ética.

Se o Estado sem justiça, para Santo AGOSTINHO como para CÍCERO, nem por isso perde o caráter de Estado, transforma-se sem dúvida, no caso, em grande quadrilha de bandidos.

Se a justiça é a virtude que dá a cada um o que é seu, o Estado pagão ou politeísta não dá a Deus o que lhe é essencialmente devido.

O Estado não é, contudo, um fruto do pecado. Proveniente da natureza espiritual do homem e condição para a paz e a justiça, insere-se essencialmente na ordem do bem, mesmo quando possa encontrar-se em união com o mal.

Fundado sobre a sociabilidade humana, é eficaz para certos fins que Deus tem em vista. Sendo parte da ordem divina da graça, não é organismo do pecado, embora em sua forma concreta esteja sempre exposto a degenerar. Para Santo AGOSTINHO, aliás, a situação ideal não é o Estado mundial do Império romano, mas uma pluralidade de pequenos Estados.

Quanto às ordens ou aos mandamentos do Estado em sentido contrário ao ordenado por Deus, Santo AGOSTINHO não vacila. No caso de o procônsul ordenar algo contrário ao ordenado por César, diz ele não haver dúvida de que a ordem de César havia de ser a seguida. No caso, porém, de a ordem de César contrariar a de Deus, não é difícil concluir o que daí deflui.

Para Santo AGOSTINHO, o homem bom, ainda que seja escravo, é livre, e o homem mau, ainda que seja livre, é escravo. E de tantos senhores quantos vícios possa ter.

Contudo, Santo AGOSTINHO, estudando a *civitas Dei* e a *civitas terrena*, incide na doutrina chamada da *predestinação*, que provocou não pequenas dificuldades. Os homens, bons e maus, estão, desde o início, predeterminados e não podem assim iludir tais destinos seus.

Para a comunidade religiosa, exige os três pilares da pobreza, da castidade e da obediência, contanto que cada uma dessas condições não se restrinja a um mero comportamento exterior. A direção do mosteiro, por sua vez, deve basear-se na humildade e na abnegação, que lhe deve dar, por parte dos dirigidos, veneração e obediência. E a uns e outros exorta Santo AGOSTINHO para que tudo se cumpra com amor, não como escravos da lei, mas como libertos pela graça.

Dentro da regra de São Bento, cujo mosteiro de Monte Cassino fundou no ano 529, o abade, como pai da família monacal, tem a dignidade do *paterfamilias*, do pastor, do médico e do *magister*, esperando-se dele que odeie os vícios e ame os irmãos.

Com Carlos Magno, o Império ganhou profunda dignidade com a divulgação da leitura dos livros de Santo AGOSTINHO, entre os quais se notabilizava obviamente *A cidade de Deus*.

Carlos Magno transformara-se no príncipe cristão, no príncipe da paz, *principum Dei*.

O cativo de Bonifácio VIII por parte de Felipe, o Formoso, de França, em 1303, e a transferência forçosa da residência papal para Avinhão, em 1309, demonstra o declínio da consciência de universalidade em benefício de uma consciência absolutamente particularista.

De qualquer maneira, porém, pode-se dizer que, enquanto a incredulidade é a base positivista da era moderna, a fé constituiu a base do conhecimento racional da Idade Média.

É doutrina corrente na teoria do Estado a chamada doutrina das duas espadas. Segundo Santo ALBERTO MAGNO, a Igreja usa a espada espiritual, enquanto o Estado usa, por intermédio do poder laico, a espada material ou corporificante da própria força.

A Igreja é espiritualmente superior ao Estado. Podemos dizer que quem serve a Deus serve ao direito e que um dos princípios fundamentais da concepção medieval germânica é "Deus mesmo é direito".

O Imperador, no que concerne à religião, está subordinado ao Papa, mas este, no que diz respeito à vida temporal, está subordinado ao Imperador e suas leis. As antigas idéias agostinianas renovam-se em um sistema de equilíbrio dos dois poderes.

Santo ALBERTO MAGNO recorre mais a PLATÃO que a ARISTÓTELES, baseando-se toda a diferença entre o pensamento daqueles dois grandes filósofos em que o primeiro se cingia aos conceitos universais para assim buscar os princípios das coisas, enquanto o segundo, para alcançar esses últimos, buscava a natureza das coisas.

A concepção do homem de Santo ALBERTO MAGNO concretiza-se em sua liberdade e racionalidade. Assim sendo, deriva-se a vida jurídica da atividade racional e moral.

Tratando do direito, trata do seu primeiro princípio, que é o direito natural, primeira semente ou germe do próprio direito positivo e de inspiração estoica. Quanto a seu conteúdo, identificam-se o *ius naturale* e a *lex naturalis*. Procedendo o direito positivo do natural, hão de, contudo, ter-se em conta naquele as peculiaridades de lugar e tempo, de circunstâncias e de pessoas, donde a diversidade de direitos nos vários povos e épocas.

Santo TOMÁS DE AQUINO remata afinal as idéias clássicas da Idade Média, imprimindo-lhes novo e notável impulso, gerado pelo grande renascimento aristotélico e pela atuação de seu próprio mestre ALBERTO MAGNO.

Para Santo TOMÁS, o homem é ser racional mas na vida intelectual há diversos graus, que não podemos desconhecer. A última perfeição da vida corresponde a Deus, em quem se identificam o ser e o conhecer.

Nessa construção hierárquica, o homem ocupa posição intermédia entre os anjos e os seres inferiores, recebendo de fora, como estes últimos, o princípio de seu conhecimento. De outro lado, porém, é capaz de auto-conhecer-se.

O objeto da inteligência prática é o bem, enquanto o objeto da inteligência especulativa é a verdade. Assim, segundo Santo TOMÁS, as idéias práticas são princípios do ser e as idéias especulativas são princípios do conhecer.

Obviamente, todas as virtudes morais hão de ser prudentes, como quer Santo TOMÁS. Portanto, todos os preceitos jurídicos, próprios da lei e da justiça, dependem da prudência. Estamos aí diante da primazia da razão como orientadora da vontade. A isso se tem chamado *intelectualismo*. Em vez de intelectualismo, porém, isso é sobretudo realismo.

A *lex naturalis* é o modo específico por que o homem, como ser racional e livre, participa da lei eterna.

A lei positiva, porém, não pode destruir o mal, de maneira exclusivista, e completa, de modo a separá-lo totalmente do bem. Não haveria, por exemplo, a paciência do justo sem a maldade do perseguidor. Se pretendêssemos acabar com todos os vícios e imperfeições, acabaríamos, segundo Santo TOMÁS, com muitos bens e impediríamos de certo modo o bem comum, indispensável à vida humana e que, em última instância, consiste na manutenção da justiça e da paz.

Para Santo TOMÁS, a justiça é o bem por excelência do Estado. Se o bem do Estado é o justo, só o justo, por sua vez, pode servir à comunidade.

Da questão dos regimes políticos, tratou Santo TOMÁS *ex professo* na sua obra *De Regimine Principum*, além de aludir ao assunto na *Summa Theologica*. Aquela pretendia constituir-se um espelho de princípios para o rei de Chipre, mas dela só concluiu o Angélico o livro I.

De seus ensinamentos ficou uma lição imperecível: a de que uma tirania é pior que uma oligarquia e esta pior ainda que uma oclocracia, ou por outra, segundo a sua tendência para o bem ou para o mal, a monarquia tanto tem possibilidade para o melhor como para o pior.

Na doutrina de Santo TOMÁS, cumpre assinalar, finalmente, não encontrar-se, em qualquer passo de sua obra, alusão alguma à exaltação do poder papal como juridicamente superior ao poder imperial.

2. Ainda a Idade Média. Dante, o nominalismo, Guilherme de Ockham e Marsílio de Pádua

No pensamento político medieval, avulta, sem dúvida, também, o *De Monarchia*, de DANTE, que, apesar das influências de Santo TOMÁS DE AQUINO, conserva posição eminentemente singular.

A unidade da Terra compreende também unidade do direito e do Estado. O *De Monarchia* está consagrado a esta unidade.

Para ele, a justiça só pode, de certo modo, ser garantida pelo monarca universal.

As razões lógicas e morais que apresenta, acrescenta a de que Roma foi predestinada por Deus ao império universal.

Só um monarca que esteja acima do mundo pode conseguir a felicidade onímoda. Quem já nada pode ambicionar, só pode manter a paz.

Justificando intrinsecamente tal monarquia universal, entende que foi estabelecido por Deus, diretamente, não só o Pontificado para o âmbito espiritual como o Império para o temporal. Enquanto, para Santo TOMÁS DE AQUINO, o Papa é o representante de Cristo, a quem estão subordinados todos os reis cristãos, devemos-lhe, segundo DANTE, tudo aquilo a que estamos obrigados em relação a Pedro e não somente em relação a Cristo.

Tal concepção, do equilíbrio de ambos os poderes, procura DANTE não discutir-lhe a interpretação cosmológica, representado pela lua o Império e pelo sol o Papado. A lua, porém, pensa DANTE, embora receba luz do sol, não provém indubitavelmente dele.

Ambos os domínios, o temporal e o espiritual, não estão submetidos a um princípio unitário, porque ambos são ordens independentes, tendo seus representantes imediatamente subordinados a Deus.

O soberano desidioso é, assim, tão atacado quanto o Papa que negligencia seus deveres.

Em virtude da renovação dos estudos tomistas levada a efeito no século XIX por Leão XIII, a doutrina do Estado de Santo TOMÁS DE AQUINO passou a ser a doutrina da própria Igreja. Sem dificuldade, por isso, no jubileu de DANTE, em solene declaração, não deixou Bento XV de isentar o autor da *Divina Comédia* da mácula da heresia que toldava o seu poema, legítimo documento literário clássico italiano sobre a concepção católica do mundo.

A teoria política de DANTE, porém, caminha em direção das idéias do Renascimento, cujo pensamento do humanismo tende ao temporal e à própria secularização.

Nos fins da Idade Média, o franciscano GUILHERME DE OCKHAM passou a entender que os conceitos gerais, as idéias, como a de justiça, só têm significação no interior do espírito, não correspondendo assim a qualquer realidade objetiva. Com tal conceito, OCKHAM renovava o *nominalismo*, cujo fundador, ROSCELINO, considerava os *universais* como somente *nomina rerum*, ou por outra, meras palavras.

Nessa polêmica, a Igreja colocou-se por princípio defensora de um realismo moderado.

Condenada a teoria de ROSCELINO pelo Concílio de Soissons, em 1092, foi OCKHAM excomungado por Bonifácio VIII no século XIV, como partidário de Felipe, o Belo, de França, e como renovador do nominalismo.

Só vendo as coisas singulares, em vez dos universais, a unidade da Trindade transforma-se, para ROSCELINO, na pluralidade de três divindades. De sua parte, negava OCKHAM o caráter universal do Império, sustentando, com Felipe, o Belo, e Luis de Baviera, obviamente, a soberania regional.

Federico II não conseguiu dar ao reino sua feição cesarista por ser ainda muito forte a idéia da ordem cristã, mas a Sicília ia oferecer-lhe a possibilidade de elaboração daquele tipo de soberania que depois se converteu na forma por excelência do Estado moderno, inimigo de todo conceito universal.

Federico torna-se, assim, o precursor da Ilustração da Idade Moderna ou do Estado temporal que preparou a tirania contemporânea.

Mas a filosofia de OCKHAM move-se na linha do ser sensível e com isso entra em conexão com a ciência empírica da natureza.

Para ele, o universal existe só na mente e não se encontra, portanto, nas coisas.

Dentro desse conceito, o conhecimento restringe-se à esfera da experiência.

Tal positivismo teológico trouxe como resultado a negação em geral do direito natural, que estaria ligado aos universais, embora OCKHAM não chegasse a negá-lo, entendendo, entretanto, que o direito natural se identificava com o direito divino, decorrendo, portanto, sua obrigatoriedade da Sagrada Escritura.

Com relação ao poder pontifício, procura OCKHAM demonstrar que não é ele ilimitado, incumbindo aos "santos varões" julgá-lo quando exorbita.

Sem dúvida, a orientação nominalista para as coisas singulares dá nascimento ao individualismo. A estrutura do Estado e da Igreja deixa, então, de corresponder à expressão de ordenações ideais para se tornar mera expressão da vontade.

O direito positivo passa a fundamentar a esfera do secular, que passa por sua vez a derivar sua competência do positivismo teológico.

Para MARSÍLIO DE PÁDUA, o direito não é algo válido em si. No início, não havia leis nem costumes jurídicos. Sem paz na sociedade, o direito passou a ter a missão de evitar a discórdia e a guerra.

A lei humana caracteriza-se por seu caráter coativo e voluntarista, embora veja nela MARSÍLIO a expressão do justo e do útil.

A vontade do legislador é a fonte por excelência do direito, considerando-a como tal a vontade do povo, que se expressa pela voz de seus representantes.

Negando à Igreja autoridade temporal e poder coativo, por não ser o reino de Cristo deste mundo, nega-lhe o próprio poder de excomunhão, que passa a caber ao Estado. A esfera do político adquire competência ampla sobre todos os setores da vida. E no *Defensor Pacis*, sua obra por excelência, diz textualmente: "Se hostilizas o poder temporal, ainda que seus titulares sejam incrédulos ou perversos, mereces a condenação eterna" (*Defensor Pacis*, II, cap. 5, 5).

Em oposição a DANTE, MARSÍLIO, por ângulo algum, entende necessária a monarquia universal.

III – A FILOSOFIA POLÍTICA E O MUNDO MODERNO

1. *O mundo moderno. Maquiavel, Bodin, Hobbes*

A partir do Renascimento, uma das idéias fundamentais que passou a imperar como princípio construtor capaz de compreender a comunidade política juridicamente foi o *contrato social ou político*. O próprio *senhorio* baseia-se sobre *pactos* entre o príncipe e o povo. Tal contrato ia completar-se com outro princípio: o *da decisão por maioria*. Como última idéia, podemos ainda vislumbrar a doutrina do *direito de resistência*, que já vinha da Idade Média.

O poder do soberano limita-se, assim, e define-se pelas faculdades concretas de seu cargo.

Mas a idéia-chave da Idade Moderna foi também a idéia da soberania que então se firmou. Na política, surge uma nova grandeza até então desconhecida: o Estado nacional, que ganha autoridade e organização unitária, libertando-se dos laços supranacionais do sistema medieval.

No final da Idade Média, Lutero e Calvino pregam o reforço do poder do Estado, em face dos abusos correntes no setor eclesiástico.

Partindo da doutrina do direito de resistência e da soberania do povo, teólogos calvinistas e jesuítas constroem a teoria dos monarcômacos, de fundo essencialmente polêmico.

Entre os autores do mundo moderno, chama-nos logo a atenção, no seu limiar, MAQUIAVEL, que se notabilizou negativamente com *O Príncipe*, em que, à guisa de uma filosofia da incredulidade, se ensina aos

interessados como se pode conseguir, manter e ampliar o poder. Para mantê-lo, mostra como se há de recorrer muitas vezes à liberdade desenfreada e ao poder ilimitado, dentro de uma política individual e nominalista.

Se o Príncipe se quer conservar, tem que aprender também a agir mal, sendo homem e besta ao mesmo tempo, para assumir, conforme a necessidade, o papel de raposa e o papel de leão.

Para ele, a própria religião só adquire função como instrumento da política do Estado. Não há dúvida de que ela é útil para exigir o sacrifício dos exércitos e para manter um povo unido.

MAQUIAVEL não sofre qualquer influência das obras clássicas, estudando o Estado e a vida política como são e não como devem ser, na perspectiva de razões ético-filosóficas.

A experiência de MAQUIAVEL leva-o a considerar o mundo mau e o homem perverso, mas a sua preocupação não é melhorá-los senão como se possa subsistir entre lobos. Para vencê-los, tudo se torna válido: adulá-los, usando a paz, ou destruí-los, usando a guerra.

Sua concepção do homem é essencialmente pessimista: se pratica o bem, fá-lo por necessidade, tornando-se trabalhador para vencer a pobreza e a fome. Nunca se torna bom por auto-resolução moral, mas por efeito da lei e de seu poder coativo.

No fundo, as normas da moral e do direito são fruto da força. Se a religião, por isso, não é valor absoluto, tampouco o é a justiça.

Em síntese, o sistema de MAQUIAVEL opõe-se a todo pensamento medieval e a toda teoria do Estado de base ética, não reconhecendo nesse domínio nenhum valor espiritual. O Estado e o príncipe, vistos individualisticamente, são os valores, baseados na força, de que tudo mais se deriva.

Apesar de sua fortuna literária, a posteridade não justificou a doutrina maquiavélica, porque sobretudo a liberdade dos egoísmos se destruiria mutuamente na luta de todos contra todos e de cada um contra cada um. A doutrina da não violência de GANDHI é no caso uma demonstração da eficácia política do poder desarmado, que destruiu praticamente todo o princípio maquiavélico da ação política.

De qualquer modo, porém, MAQUIAVEL destruiu em princípio a unidade moral da vida coletiva européia, baseada ainda na concepção teocêntrica medieval.

Certamente, o mais poderoso adversário de MAQUIAVEL foi JEAN BODIN, o criador por assim dizer do conceito jurídico de soberania.

Com ele, erige-se o conceito que não foi conhecido da Idade Média e que ganhou um sentido absoluto para os Estados nacionais que se formavam, senão no domínio metafísico, pelo menos no domínio político.

É verdade que para BODIN nem o príncipe nem o Estado estão livres de toda e qualquer subordinação jurídica.

O Estado e com ele o príncipe estão plenamente sujeitos à lei eterna e à lei natural.

Nos seus *Seis livros da República*, constrói a concepção jurídica da soberania, que ganha então contornos de superlativo absoluto. Muito longe ainda estamos da concepção democrática da soberania, pela qual ela assume o caráter de superlativo relativo, ou seja, de poder supremo em uma determinada esfera.

HOBBS, afinal, é o criador de uma teoria que se pode chamar de teoria materialista do Estado.

Para THOMAS HOBBS, que viveu entre 1588 e 1679, o estado natural do homem, antes que entrasse ele em sociedade, teria sido o da guerra absoluta ou o da guerra de todos contra todos ou de cada um contra cada um. Cada um tem direito a tudo e cada qual experimenta sensível desconfiança para com os demais.

Tal concepção não tem qualquer outra possibilidade que não seja a de reprimir os intuitos egoístas, lançando mão da própria força. Ao Estado cabe essa função específica. Não o busca, porém, por si, mas porque lhe traz a comunidade paz e proveito.

No seu entender, só a monarquia é capaz de consolidar como deve o Estado.

A vontade dos indivíduos deve ser subordinada à vontade de um, quer seja esse um homem ou assembléia. Mas esta vontade deve valer como se fora a vontade de todos os cidadãos.

Assim, a vontade de todos é submetida à vontade de um homem ou de uma assembléia, a quem cabe o supremo poder.

O Estado, chamado de Leviatan, é um verdadeiro homem em ponto grande ou artificial, cuja força e cujas dimensões ultrapassam de muito as do homem natural, que deve por ele ser protegido.

Sem dúvida, o Estado que HOBBS preconiza é o Estado plenamente absoluto.

Enquanto na Idade Média a construção do Estado se fazia com um caráter ético-qualitativo, no mundo moderno, inspirado em HOBBS, passou-se a fazer uma construção mecânico-quantitativa.

A interpretação das próprias leis, tanto sagradas quanto seculares, é de competência exclusiva do Estado.

Assim como o direito se reduz a um mero instrumento de utilidade óbvia para o curso rotineiro da máquina do Estado, as faculdades dos seus dirigentes, abertas ao arbítrio incontrolado, aumentam sem cessar e simultaneamente.

E como não há nenhum poder supremo comum sobre os povos, naturalmente, não há falar-se em direito internacional, imperando entre os Estados o estado de natureza, caracterizado pelo egoísmo e pela vontade ilimitada.

Para HOBBS, Estado e Igreja são também idênticos. O Estado, de fato, aparece divinizado.

Tanto em seus primórdios quanto em seu fim, aparece-nos o Estado de HOBBS como profundamente individualista, sem qualquer impulso político criador autêntico.

2. O mundo moderno. Locke, Montesquieu

Perto do radical pessimismo de HOBBS, o estado de natureza, para LOCKE, é um estado de absoluta liberdade e igualdade. Tal estado, obviamente, traduz inclusive a plena liberdade do homem para dispor de sua pessoa e de sua propriedade.

A divisão de poderes, que HOBBS havia combatido como doutrina subversiva e responsável pelo aniquilamento do Estado, LOCKE defende-a de certo modo ao lado da procedência teórica do poder estatal, que tem sua origem no povo, e ao lado do seu exercício por titulares que são afinal apenas fiduciários.

No fundo, porém, dá LOCKE predominância ao Poder Legislativo, que para ele é realmente o poder dos poderes do Estado, por ser o responsável pela instituição da ordem jurídica.

Isso não impede que LOCKE se torne o arauto da liberdade, que, para a sabedoria política, só se pode concretizar na eliminação do poder.

LOCKE prega, assim, o antiabsolutismo, a contenção e limitação da autoridade pelo consentimento do povo e pelo direito natural, a eliminação, afinal, da prepotência e do arbítrio. Sua obra intitula-se exatamente: *Segundo Tratado do Governo Civil. Ensaio Concernente à Verdadeira Origem, à Extensão e ao Fim do Governo Civil*.

Partindo, como HOBBS, do estado de natureza e do contrato social, dá-lhes, porém, outra feição, procurando chegar a uma limitação humana do poder, por intermédio também do direito de insurreição dos súditos.

A finalidade do Estado resume-se na proteção da liberdade.

Não se concebe que o poder se afirme com mais intensidade do que o bem público exige.

Com relação aos tratados, à paz e à guerra, erige-se um terceiro poder, o *Confederativo*, além do Legislativo e do Executivo, como ramo desse último.

Esse é o espírito do *Ensaio sobre o governo civil*, que se levanta como autêntico catecismo protestante antiabsolutista.

Finalmente, nas *Cartas sobre a Tolerância*, em suplementação à doutrina que defende, prega LOCKE a laicização completa do Estado moderno, abrindo caminho para o Estado leigo, que colocou em posição marginal os interesses espirituais do homem e que tantos males trouxe à educação de nossa mocidade.

A MONTESQUIEU devemos uma escala hierárquica de valores. O que fora útil para ele, mas desvantajoso para sua família, havia de desterrar de seu espírito. O que fora útil para sua família, mas prejudicial para sua pátria, procuraria esquecer. O que fora útil para sua pátria, mas danoso para o gênero humano, consideraria especificamente delituoso.

Mas MONTESQUIEU é sobretudo o gênio que chegou à lapidar definição do que seja lei: "a relação necessária que decorre da natureza das coisas".

Em última análise, as leis não são mais que relações que existem entre a razão, como derradeira realidade espiritual do cosmo, e os variados seres e relações entre esses mesmos seres.

E a função da lei não é descurada por MONTESQUIEU, que leva até suas últimas ilações o lema que inscreveu na cabeça de seu livro famoso: "Quem manda sobre o soberano? A lei, rainha dos mortais e imortais."

Mas a lei está sujeita a certos ponderáveis. Deve ser primeiro adaptada ao povo para que é feita, pois seria mera casualidade que a lei de uma nação servisse à outra.

A lei, ademais, deve existir em função da geografia, da biologia e da economia de cada país. A lei, em síntese, deve adaptar-se ao grau de liberdade próprio dos cidadãos...

Afinal, o melhor regime político é o que melhor se concilia com o caráter e a constituição natural do povo e concretiza a liberdade, que se torna compatível com esse caráter e essa constituição.

De outro lado, como se pode verificar a cada passo, entende MONTESQUIEU que todo homem tem tendência a abusar de seu poder e isso sem encontrar sequer limites.

Lembrando a divisão dos poderes do Estado, necessária para criar o que se vulgarizou mais tarde como *freios e contrapesos*, mostra que há em todos os Estados três classes de poderes que hoje são chamados: Legislativo, Executivo e Judiciário.

O sistema de freios e contrapesos, que lembra o movimento mecânico e a segurança da máquina, passa a ser aplicado ao Estado e a exercer grandíssimo influxo no pensamento da teoria política, no período da Ilustração.

No seu *O Espírito das Leis*, que vamos seguindo e que é sua obra por excelência, doutrina judiciosamente: "Estaria tudo perdido se o mesmo homem ou a mesma corporação, grandeza, nobreza ou povo desempenhara os três poderes de fazer as leis, tomar as decisões públicas e julgar as desavenças dos particulares" (v. De *l'Esprit des Lois*, 1, XI, cap. VI).

Com relação ao Legislativo, há que entregá-lo não apenas a uma câmara mas a duas virtualmente separadas, já que em cada Estado, segundo MONTESQUIEU, há sempre uma aristocracia que se distingue e se separa do resto da população.

A rigor, deve equilibrar-se a *elite* e a maioria do povo, para que não possa a quantidade abusar da qualidade nem esta esmagar aquela.

O governo e a administração, no sentido atual dos termos, cabem ao Executivo, via de regra representado pelo monarca ou hoje pelo Presidente da República, uma vez que tal parte do governo melhor se atende com um poder unificado que por muitos, ao contrário do que se dá com o Poder Legislativo, que melhor se ordena, em geral, por muitos que por um só.

Dentro ainda de um certo preconceito, fruto da época, entende que os nobres, em vez de ser julgados pelos tribunais ordinários, devem sê-lo pela câmara legislativa aristocrática.

Ao Executivo há de dar-se o poder de participar na função legislativa, ao menos pela atuação negativa do veto. Sem o direito de impedir os excessos do Poder Legislativo, transforma-se este em instituição despótica, concentrando em si toda a autoridade que se possa imaginar.

A influência de MONTESQUIEU foi muito grande como inspiradora da monarquia constitucional dos séculos XVIII e XIX, fazendo-se sentir a sua presença na Constituição belga de 1831, na Constituição da Alemanha e de seus Estados federados e até na Constituição japonesa de 1889, isso para não falar na Constituição dos Estados Unidos da América, que se elaborou tendo à vista a doutrina de MONTESQUIEU, até hoje ali não esquecida.

Criticando a doutrina de MONTESQUIEU, podemos dizer que ela só tem em conta as funções e os interesses que campeiam no seio do Estado, despreocupando-se com o elemento primordial deste, que é o bem comum.

Em síntese, a natureza do homem constitui a autêntica fonte da lei. De outro lado, o melhor governo é o mais adequado para alcançar a felicidade dos cidadãos. E, no fundo, a lei por excelência de cada homem é a que lhe satisfaz as próprias necessidades, como se tem muitas vezes enfatizado.

3. O mundo moderno. Jean-Jacques Rousseau

Ao Contrato Social de ROUSSEAU corresponde uma cosmovisão alheia à vertical moral-espiritual em virtude de apenas estar ele interessado na felicidade e na infelicidade do homem e não propriamente no bem e no mal dos cidadãos.

ROUSSEAU é o pensador mais radical de sua época. No fundo, prega o integral individualismo, dentro de um pensamento político que prima pela liberdade.

O contrato social, que fundamenta a sociedade, pretende, com a comum força de todos, defender e apoiar a pessoa e os bens de cada membro do corpo coletivo, tornando possível que cada indivíduo, mesmo associado a todos, somente obedeça a si próprio e dessa maneira se conserve tão livre como antes.

Afinal, o dogma por excelência rousseauiano é o da liberdade irrenunciável.

Os homens, desiguais corporal e espiritualmente, tornam-se iguais pela convenção e pelo direito. O limite dessa igualdade corporifica-se apenas em uma direção: ninguém pode ser tão rico que possa comprar outro nem tão pobre que seja obrigado a vender-se.

O conteúdo deste contrato só pode ser a *vontade geral*, que se exprime pela contagem dos votos, em que cada um expressa a sua própria opinião.

Esta vontade geral, no juízo de ROUSSEAU, é sempre justa e permanentemente orientada para o bem comum; imagina-se que ela com equilíbrio e de modo natural harmoniza interesses e tende à justiça. As resoluções comuns, qual varinha de condão, trazem por si, sempre, soluções equitativas.

Sem dúvida, se a minha opinião é contrária à vontade geral, isto quer apenas, segundo ROUSSEAU, significar que eu me enganei e que aquilo que havia admitido como vontade geral, na verdade não o era.

Ao defender a submissão da vontade do cidadão à vontade de outros homens, defende-se a autodivinição do humano, atribuindo-se à coletividade um caráter sacro e obrigatório, que de nenhum modo lhe responde.

Seria de perguntar-se até que ponto tem fundamento a afirmação de que a quase sagrada vontade geral seja sempre justa e nos leve invariavelmente à utilidade pública, trazendo para esta as características da sabedoria e do bem.

Sem dúvida, o contrato social traz em si implicitamente a afirmação de que, quem quer que deixe de obedecer à vontade geral, será obrigado a ela por todo o corpo social. No fundo, isso significa que o cidadão será forçado a ser livre... paradoxalmente.

Hoje, vulgarmente, todo Estado subordinado ao direito, todo Estado de direito imagina-se dirigido pela vontade geral ou, em última análise, pela lei. Nesse caso, tanto a república continua república como a própria monarquia pode adquirir os caracteres de república, contanto que a lei, precisamente, corporifique a vontade da maioria.

De outro lado, os deputados do povo não podem ser seus representantes. ROUSSEAU não conhece a democracia indireta ou representativa. Para ele, a única forma autêntica de democracia é a forma direta. A lei que porventura o povo não tenha pessoalmente confirmado é nula de pleno direito.

Nesse aspecto, a maioria das leis contemporâneas seria nula, pois que a democracia direta e mesmo semidireta se reduz a pequenos Estados territoriais, dentro da tradição quase exclusiva hoje dos cantões suíços. Seria, aliás, de todo impossível que se pudesse viver a democracia direta nos grandes Estados territoriais da atualidade. A posteridade varreu, nesse terreno, a pretensão de ROUSSEAU. Nem mesmo o antigo mandato imperativo dos Estados Gerais vingou no mundo moderno, desaparecendo de vez da estrutura institucional dos Estados. Seria inexecutável hoje não só a democracia direta como o próprio mandato imperativo. Dentro dos Estados populosos do presente, tais institutos constituem meras utopias.

Do quadro político de ROUSSEAU, apenas fica o do governo das maiorias, hoje contrabalançado pelo respeito das minorias.

Não podendo prescindir da religião em seu Estado, recorre ROUSSEAU à figura de uma religião exclusivamente civil, trazendo aos cidadãos uma profissão de fé puramente civil, baseada com firmeza na autoridade do Estado.

O cidadão deve amar seus deveres. Por isso, deve ser religioso. O Estado interessa-se por tal situação. Os artigos dessa religião são sentimentos de sociabilidade, cuja fé não é obrigatória, mas cujo desrespeito pode levar ao enfraquecimento do Estado.

A grande idéia de ROUSSEAU é a *volonté générale*, que se transforma quase em razão de Estado ou pelo menos, sem dúvida alguma, em direito.

Sabemos, porém, que o direito não pode resultar exclusivamente da vontade, ainda que geral. Aliás, no caso, ROUSSEAU fez apenas deslocar a vontade de um, do monarca, para a vontade da maioria do povo. A vontade, porém, seja de um ou do povo, pode tornar-se absoluta ou caprichosa. O absolutismo real pode transfundir-se no absolutismo popular. Não nos esqueçamos de que o nazismo na Alemanha ascendeu democraticamente, por força de eleições, e de que lá o próprio direito se transformou no antidireito.

Não, o direito não pode originar-se da vontade mas unicamente da razão. O papel da vontade, no caso, é explicitar a razão. Como não temos outro processo para votar as leis, temos sempre que lançar mão da noção de maioria para aprová-las. Mas nunca esquecendo de não nos desviarmos dos princípios supraconstitucionais que encarnam a justiça e os valores humanos.

A soberania, porém, para ROUSSEAU, confunde-se com a vontade geral, que se torna inalienável, indivisível, infalível, absoluta, sagrada e inviolável.

Inalienável, porque o corpo social não pode ceder sua vontade: deixaria de ser povo. ROUSSEAU detesta o regime representativo defendido por MONTESQUIEU. Indivisível, porque a vontade é geral ou não o é. Infalível, porque tende à utilidade pública. Absoluta, porque fora dos direitos do homem inerentes à sua própria natureza, alienou o resto ao corpo social. Sagrada, porque cabe a ela corporificar a justiça e a liberdade. Inviolável, porque ninguém pode ser injusto consigo próprio ao declarar-se a vontade geral em que cada um colaborou.

O soberano é o povo, que vota as leis, e não o governo, que apenas as executa.

Mas tal forma de governo, tão perfeita, reconhece ROUSSEAU dificilmente convir a homens. É forma para deuses, diz paradoxalmente.

Apesar disso, porém, as idéias de ROUSSEAU propagaram-se, rápidas, entre as massas mais cultas, preparando o clima propício à Revolução francesa.

A rigor, contudo, a verdadeira democracia procede muito mais da Escolástica, sobretudo da Escolástica tardia, da escola espanhola do século XVI, que do pensamento rousseauiano.

O erro original de ROUSSEAU e de seus antecessores está nas idéias do estado de natureza e do contrato social.

Nem, porém, o estado natural do homem foi o de isolamento, nem a sociedade e o Estado são entidades artificiais.

ROUSSEAU criou o mito do *bon sauvage*, de que nos fala CHATEAUBRIAND e a escola indianista brasileira, entendendo que o homem, no estado de natureza, ao contrário do que pensava HOBBS, era bom, tendo sido a sociedade que o corrompeu.

O homem, entretanto, nem foi o demônio que nos descreve HOBBS, nem o anjo que nos pinta ROUSSEAU, sendo realisticamente um conjunto de boas e más tendências.

4. *Federico o Grande e George Washington*

Já no testamento de 1752, dizia Federico o Grande: "Para a política é totalmente intranscendente que o monarca ou senhor seja ou não religioso."

A vontade do rei é elemento primordial do Estado soberano, alçando-se à essência do poder os caracteres pessoais e obrigatórios do governo.

De outro lado, o senhor ou rei é igualmente servidor do Estado e de seus súditos. O bem-estar total destes, verdadeira felicidade, tem um valor supremo e preferível a qualquer outro interesse.

Para Federico, o verdadeiro mérito de um bom príncipe está na sua dedicação ao bem-estar coletivo, ao amor à pátria e à glória nacional.

Reconhece Federico, na prática, que os Estados pequenos acabam aos poucos devorados pelos grandes. Disto decorre o imperativo político exterior da Prússia, a quem caberia dominar, por seu lado, tudo que pudesse impor com relação, por exemplo, à Polónia, que se caracteriza como um reino eletivo.

Lá, quando morre cada rei, destrói-se muita vez o reino na luta partidária. É o momento asado, como incentivo pela neutralidade, para incorporar desde logo uma cidade, em seguida uma região e assim por diante, até que o país inteiro possa ser assimilado.

Não há dúvida de que a monarquia de Federico o Grande, guerreira na sua forma, cultuou secularmente as virtudes próprias da ascese das ordens teutónicas, os sacrifícios da autodisciplina, a obediência, a fidelidade, o dever e a abnegação.

Apesar disso, porém, faltou-lhe a objetividade idealista para o campo universal. O estamento militar não pode levar o Estado a comportamentos contraditórios e aniquiladores com relação a seus caracteres de ordem geral.

A doutrina do *contrato social*, própria da Ilustração francesa da época, que degenerava na política da força das idéias rousseauianas, não foi adotada nos Estados Unidos.

Os "contratos sociais" da União e dos Estados têm um conteúdo diferente, haja vista o *Bill of Rights* de Virgínia, de 1776, a Constituição de Pensilvânia, que data de setembro do mesmo ano, e os próprios anteriores "Artigos de Confederação entre os Estados Unidos". Todos esses diplomas legais, de tipo contratual, escapam do poder legislativo ilimitado.

Não obstante, afirma enfaticamente a declaração de independência:

"Temos por verdades evidentes que todos os homens foram criados iguais, que foram dotados por seu Criador com direitos inalienáveis determinados, entre os quais se contam a vida, a liberdade e a tendência à felicidade."

Instalou-se ali, realmente, uma soberania da lei e não de homens (government of Law and not of men), dentro da inspiração aristotélica, partindo-se prazerosamente da liberdade mas com a limitação do arbítrio que lhe é sempre companheiro ameaçador.

Numa época em que a Revolução francesa perseguia a religião e a Ilustração na Europa vulgarizava a doutrina de MAQUIAVEL, os Estados Unidos salvaguardam não só o direito natural como o próprio direito divino.

JAMES WILSON, juiz do Tribunal Supremo e um dos pais da Constituição, não tergiversa ao dizer numa de suas lições sobre os *Princípios gerais do direito e do dever*, em Filadélfia:

"Ordem, medida e eficácia penetram o universo. Vemos ao redor de nós uma tal regra, que um desvio da mesma não pode nem deve ocorrer, nem ocorrerá."

Entre os ouvintes dessas explicações, que se desenvolveram nos anos posteriores à Revolução francesa, entre 1790 e 1791, encontrava-se a figura oracular de GEORGE WASHINGTON, que viveu entre os anos de 1732 e 1799.

Puritanismo e democracia unem-se para o aperfeiçoamento do mundo, passando a constituir o fundamento interno da vida pública americana.

Vê-se, assim, que é bem diversa a filosofia política americana com relação às idéias correntes da Ilustração européia, que trazem uma imagem puramente materialista do universo.

Conhecidíssima é a mensagem de despedida ao povo dos Estados Unidos, de GEORGE WASHINGTON, que adquire a feição de verdadeiro

testamento, de ordem política. Pois bem. Que prega tal documento? Moralidade e justiça. Nunca, portanto, podia apresentar como inimiga do Estado a religião, cuja finalidade era fortalecer o bem geral procurado pelo âmbito político.

A religião aparece, assim, como elemento necessário à moralidade e, portanto, como base política essencial do povo que quer fortalecer a sua vontade com as forças poderosas do Espírito.

Religião e moralidade, no curso da vida e de suas vicissitudes, não podem estar dissociadas na consecução do bem-estar político, que tem um lado temporal, mas tem também outro de fundo predominantemente espiritual.

E exorta WASHINGTON a seus ouvintes, no sentido de que não podem deixar de se precaver contra os que entendem que se pode manter uma moral independente da religião.

Na política, seja ela interior ou exterior, não se pode dispensá-la, pois a virtude e a moral são os mananciais por excelência da vida do governo de um povo.

Para a própria vida internacional, é tudo isso altamente importante. Só com o aprimoramento moral se consegue varrer as antipatias contra determinadas nações e as apaixonadas simpatias para com outras, substituindo tais sentimentos por outros superiores, justos e amigos para com todos.

Não é senão por isso que qualquer atentado público contra o direito natural e divino, no tempo e no espaço, pode provocar necessária intervenção em favor do Espírito e já não mais como mero direito mas como indeclinável dever. Estamos, então, diante do que podemos chamar de direito ou dever político de resistência, que se pode aplicar inclusive no plano internacional.

O Estado não pode cuidar também apenas da harmonia do meu e do teu. Tal ponto de vista jurídico, se exacerbado, com prejuízo dos valores morais, degenera num conceito positivista da soberania e do direito, de que foi useiro e vezeiro o nacional-socialismo, sobretudo de fundo nazista, que desrespeitou os mais fundamentais direitos humanos e contra o qual se colocou, em verdadeira cruzada, no fim da segunda conflagração mundial, o consenso expresso das Nações Unidas.

O direito positivo do Estado não pode deixar de penetrar-se pelo *jus divinum* e pelo *jus naturale*.

Por isso, foi justo o castigo aplicado aos criminosos de guerra que na Alemanha fizeram tábua rasa do direito divino e humano. Nuremberg não é uma nódoa. É uma sentinela e uma advertência.

5. Hegel e o totalitarismo

Para HEGEL, o objeto da filosofia é a compreensão de *sein*, do que é. Pelo menos, é o que nos diz no prólogo de sua *Philosophie des Rechts*, de sua Filosofia do Direito. O que é corporifica a razão. Daí, dizer HEGEL, numa formulação já clássica e bastante conhecida: "o que é racional é real; e o que é real é racional".

Realidade e razão, desse modo, aparecem idênticas consoante sua essência, embora como duas diversas formas de explicitação de um único conteúdo último. Com isso, busca HEGEL introduzir-se pelo pensamento até o ser das coisas, só se satisfazendo ao alcançar o conjunto do processo do pensamento, ou melhor, o conjunto do processo do mundo.

Mas o processo do pensamento e do ser move-se fundamentalmente por intermédio do *método dialético*, que é o *leitmotiv* da filosofia de HEGEL.

A cada conceito inicial pode chamar-se *tese*, por contraste com seu contrário, que passa a ser a *antítese*. *Tese e antítese* fazem-nos chegar à *síntese*. Enlaçando os elementos diversos da afirmação e da negação, da *tese* e da *antítese*, a *síntese* eleva a idéia e fá-la progredir em busca da razão absoluta.

Vê-se, assim, que a filosofia hegeliana triparte-se, assinalando os graus do conhecimento como instantes do desenvolvimento do mundo.

Como primeira parte, surge a *lógica* que para HEGEL se divide em ciência da idéia em si, teoria do ser, teoria da essência e teoria do conceito, que volta à da idéia em si mesma.

Da *lógica* passamos à *filosofia da natureza*, cujos três graus gerais aparecem mediante o *processo mecânico*, o *processo físico* e o *processo orgânico*.

Depois de seu alheamento, a idéia reúne-se à natureza para constituir-se como espírito "em e para si" o que era *em si* na *lógica* e *fora de si* na *filosofia da natureza*.

Está constituída, então, a *filosofia do espírito*, que vai desde o subjetivo ao objetivo, em direção do espírito absoluto.

Ao contrário de KANT, HEGEL entendia que o próprio absoluto é cognoscível.

Enquanto o domínio da antropologia e da psicologia fazem parte do espírito subjetivo, o direito e a moral constituem partes do espírito objetivo.

A arte, a religião e a filosofia constituem afinal momentos do espírito absoluto.

Tal processo, do pensamento e do mundo, diversifica-se em graus, que são cada um mais perfeito que o anterior.

Em síntese, o pensamento filosófico vem total e puro, para condensar o divino, que, se vive na religião, vive sobretudo nas imagens e nos símbolos.

Como o processo lógico repete concomitantemente o devenir da realidade, que é experimentado como um fluir perpétuo, aparecem no sistema hegeliano *Direito e Estado* como momentos desse processo universal. Para tal processo torna-se algo essencial para sua compreensão a filosofia da história.

O tratado de HEGEL sobre a filosofia do direito pretende ser, como ciência do Estado, a compreensão e a apresentação do Estado como algo *racional em si*.

Entretanto, nas elucubrações do "espírito objetivo" e da conseqüente organização jurídica, não chega HEGEL até o conceito de humanidade, parando a meio caminho, no conceito de Estado e de nação.

Sem dúvida, por esse lado, surge o perigo do nacionalismo, ao ponderar:

Quando conhecemos o universal que se realiza no Estado, conhecemos o que expressa em absoluto a imagem da nação. Mas o conteúdo da universalidade concretizado na realidade do Estado é o espírito do próprio povo.

Como HEGEL, porém, buscando a idéia nas figuras concretas da história, abraça o racional e o real, volta-se interiormente para o Estado prussiano como verdadeiro universal que conseguiu o mais alto grau do objetivo em sua época.

A realidade racional da Prússia, caracterizada pela tarefa própria desse Estado, colocou-a bem enfaticamente no discurso de 22 de outubro de 1818, em Berlim:

"É especialmente este Estado, que me recebeu dentro de si, que, elevando-se pela superioridade espiritual de sua importância na realidade e no político, se equiparou em poder e independência àqueles Estados que estavam por cima dele em meios exteriores. *Aqui está a imagem e o fruto das ciências de um dos momentos essenciais da vida estatal*". (Grifos nossos.)

Sua *Philosophie des Rechts*, de 1821, refere-se ao Estado real, de maneira bastante otimista:

"O Estado é a vontade divina como espírito presente *desenvolvendo-se* para a formação e a *organização de um mundo*."

HEGEL coloca no Estado a objetividade e com ela a verdade e na religião e seus representantes a subjetividade e, portanto, a mera opinião.

O espírito, como livre e racional, é em si moral e a autêntica idéia é a racionalidade *real*, que existe como Estado (v. RESENZWEIG, *Hegel und der Staat*, t. II, 1920, p. 268).

O domínio religioso, subjetivo, está essencialmente subordinado ao Estado. HOBBS e ROUSSEAU revivem de certo modo em HEGEL.

Estado e Igreja distinguem-se apenas na forma. Por isso, quanto à autoridade sobre a moral, ao direito, às leis e às instituições, só o Estado representa o saber.

Como podemos sentir, a concepção de HEGEL é uma concepção totalitária do Estado.

Apesar de identificar o Estado com a idéia moral, longe está a teoria de HEGEL de ser uma teoria da liberdade. Tal liberdade, sabemos que não existe quando o indivíduo deixou de se integrar no Estado.

HEGEL detesta o sufrágio universal e os processos constitucionais de organização democrática, tornando-se adepto da monarquia hereditária por ser o sistema mais em condições de alcançar a racionalidade.

Da doutrina de HEGEL derivou-se a escola histórica e procederam as doutrinas fascista e nacional-socialista, não só baseadas no *Volksgeist* como na noção de Estado daquele filósofo, a quem se vêm juntar as teorias caducas racistas de GOBINEAU e CHAMBERLAIN e a teoria do super-homem de NIETZSCHE.

O Estado, para o fascismo e para o nazismo, passa a ser tudo, conceituando-se totalitariamente, dentro da filosofia de HEGEL.

Mas não é só o totalitarismo da direita que busca em HEGEL a sua inspiração. Também o totalitarismo de esquerda busca em HEGEL parte de suas bases doutrinárias.

Repudiando sua concepção de Estado, entendemos, no entanto, profundamente realista sua concepção dialética, que não admitimos, contudo, como processo perpétuo e eterno. Como tal, o processo dialético traduz um acentuado e definitivo relativismo, que se firma na *tese* que gera a *antítese*, a qual por sua vez produz a *síntese*, que se transforma em nova *tese*, que gera por sua vez nova *antítese* e assim por diante, sem fim o processo.

Dentro das idéias que esposamos, não tem sentido o ciclo sem fim da dialética hegeliana, de fundo profundamente materialista. Na filosofia axiológica e finalista que nos orienta, não há lugar para tal.

Todavia, não podemos deixar de reconhecer que na arena social o curso do processo dialético é constantemente observável, nos vaivéns do

pensamento ali imperante. E o trágico é que, muitas vezes, em lugar de progredir, regredimos nas sínteses ocasionais. É verdade que, apesar dos recuos, marchamos para o infinito. Se a civilização não é uma linha reta, será talvez helicoidal, recuando em cada volta mas alcançando-se sempre no seu caminho ascensional.

6. Comte e o positivismo. Rudolf Von Ihering

Com a queda da fé teológica, vai firmar-se o dogma da ilimitada liberdade de consciência, que vai ter lugar também nas ciências políticas.

Enquanto a astronomia, a física, a química, a fisiologia e outras ciências naturais não conhecem a liberdade de consciência, pois qualquer um de nós acharia absurdo que pudéssemos discordar de suas conclusões, sem base científica para tal, na política cada um, com ou sem razões, passou a exercer a liderança e a escolher e ocupar o poder.

Entretanto, só aos sábios cabe governar. PLATÃO tinha, nesse ponto, razão. No sistema político a realizar, a direção espiritual só pode estar nas mãos dos sábios, em cujos fundamentos estabelecidos há de basear-se também a organização do sistema de administração própria dos chefes dos misteres industriais.

Para COMTE, os sábios, ou seja, os competentes devem transformar a política em uma verdadeira ciência experimental, em benefício do povo.

Rememorando os três estádios que correspondem aos três graus de conhecimento, reconhece primeiramente a *doutrina dos reis*, como o *estádio teológico*, fundamentado na idéia sobrenatural do direito divino.

Em segundo lugar, vem a *doutrina dos povos*, apresentada pelo *estádio metafísico*, que repousa sobre os pressupostos metafísicos trazidos por um contrato social originário, que por sua vez deve garantir "direitos iguais".

Por fim, erige-se a *doutrina científica da política*, que corresponde ao *estádio científico*, baseado na organização científica do poder.

Segundo a compreensão da filosofia positiva, o direito passa a basear-se nas leis da própria natureza, em cuja submissão e no conseqüente bem-estar geral vê COMTE a meta e o estágio último da humanidade.

Para o espírito positivo, em vez de existir o homem, existe a humanidade porque é à sociedade que se deve agradecer todo o progresso.

Apesar de o positivismo não contar com a possibilidade de conciliar o espírito teológico com o positivo, a configuração de leis naturais eternas não estaria de todo ausente do sistema teológico e assim estaria aceita pelos fatos em que COMTE com exclusividade crê. Se o espírito da verdadeira ciência não nega a ampliação do reino dos fatos, a ciência ainda poderá chegar a compreender o sobrenatural. O pensamento positivo não corresponde necessariamente ao niilismo moral, a não ser que haja

aprioristicamente preconceitos, como acontece hoje não só com o Estado soviético como com a maioria dos Estados ocidentais, que desprezam praticamente o espiritual e não cuidam de dotar o poder político de cidadãos competentes e virtuosos.

Ao invés de exigir-se do governante apenas, como se faz hoje, ter uma determinada idade mínima, ser nacional e estar no uso e gozo dos direitos políticos, haveria que se exigir *moralidade, competência e espírito público*, sem o que não se pode ter a garantia da consecução do *bem comum*, objetivo de todo e qualquer governo digno desse nome.

Dentro do chamado *positivismo jurídico*, avulta como um dos autores mais significativos RUDOLF VON IHERING, que viveu entre 1818 e 1885.

Da obra de VON IHERING são especialmente importantes "O Espírito do Direito Romano nos Diferentes Graus de seu Desenvolvimento" (*Der Geist des Römischen Rechts auf den Verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*) e "O Fim no Direito" (*Der Zweck im Recht*).

Sem dúvida, sendo o positivismo uma cosmovisão que vive em função da razão e da experiência, não será muito fácil firmar as bases da doutrina de IHERING, em face do domínio específico do direito, que é todo ele ligado essencial e necessariamente à *justiça*.

Sabemos que o conceito do direito é moral-valorativo e é difícil assim conciliar a natureza do direito com as idéias que constituem a base do pensamento de IHERING, de feição positivista.

Enquanto as ciências naturais se orientam pela *lei da causalidade*, as ciências humanas, entre as quais está o direito, orientam-se pela *lei da finalidade*.

IHERING está certo disso, entendendo que a vontade é a verdadeira força criadora no mundo, tanto em Deus como, à sua semelhança, no homem.

Tal vontade movimenta-se, tendo em vista interesses, que constituem, no seu julgamento, pressupostos iniludíveis de toda ação.

Ao interesse não pode deixar de unir-se a *idéia de fim*.

Não podemos compreender ação sem interesse, que se torna naturalmente um absurdo.

De outro lado, uma ação sem fim transforma-se num impossível psicológico. A causa de toda ação voluntária é o fim, tanto no indivíduo como na sociedade. Da pessoa aos bens, desses ao direito, do direito ao Estado, o fim sempre se faz presente.

Embora com feição naturalística, IHERING aceita em sua formulação, de fato, uma teoria teleológica que, no entanto, não se fundamenta em princípio na liberdade do homem, mas contrariamente na transcorrência e determinação causais.

Todos os fins, no caso, estão colocados no mesmo plano do sensível, sem aprofundar-se no particularismo da ordem moral. Mas, atraído pelo sensível, o direito não pode deixar de transformar-se em sociologia.

Não sem incorrer em contradição, vê IHERING a origem própria da vontade juridicamente relevante numa coletividade, o *Estado*, e não propriamente no *homem*. No Estado alcança a organização do fim seu mais alto ponto.

Dentro de uma concepção naturalista, força é concluir que para IHERING seja o Estado, antes de mais nada, vontade de império e poder máximo.

O resultado do poder depende da presença da força. A natureza aí está para nos mostrar como os mais fortes vivem à custa dos mais fracos, segundo as suas próprias palavras. Por isso, há que buscar-se o direito no Estado, ou seja, na coletividade. Afinal de contas, "a medida do direito não é o absoluto da verdade... senão o relativo do fim".

Em última análise, o direito aparece como uma finalidade do poder, não sendo mais que um meio a serviço do Estado e de seus interesses. Segundo suas próprias palavras, o direito é "simplesmente um meio para um fim: seu fim último é a subsistência da sociedade".

Mas a teoria do fim, de IHERING, só pode levar-nos ao egoísmo do Estado, já que se origina da vontade estatal e não do direito em si. Além disso, nessa vontade estatal, não vigora o reino da experiência, em que confia exclusivamente IHERING, mas elemento metafísico negador do conceito superior de homem moral.

Não há dúvida de que na "luta pelo direito" IHERING mostrou uma forte compreensão jurídico-moral, ao partir da liberdade do homem e da obrigatoriedade da idéia de direito.

Mas na *teoria do fim* a vontade individual é completamente absorvida pela da coletividade estatal.

Em caso de necessidade, pensa IHERING que o poder poderia subsistir sem o direito. O direito, porém, sem o poder, é palavra oca, sem qualquer significação, pensa ele.

Para nós, todavia, o autêntico direito, mesmo sem o poder, permanece de pé, enquanto o poder sem o direito é força cega e destrutora, própria de bestas e não de homens.

7. Karl Marx

Na republicação do Manifesto Comunista que fez FREDERICO ENGELS, seu colaborador, depois da morte de KARL MARX, fez aquele, no prólogo ali colocado, as seguintes considerações com relação à filosofia da história ali admitida:

Toda a história se constituiu em uma história de luta de classes, ou seja, de luta entre explorados e exploradores, entre dominados e dominadores, nas diferentes escalas de desenvolvimento social. Tal luta atingiu tal grau que a classe explorada e dominada, o proletariado, já não pode libertar-se da classe exploradora e dominante, a burguesia, sem promover a libertação de toda a sociedade, de uma vez por todas, da exploração opressiva. Tal pensamento, que procede de MARX, é tão vital à ciência da história como a teoria de DARWIN à ciência antropológica.

MARX, definitivamente, só atribui realidade ao mundo material. Por isso, sofre a influência de EPICURO, sobre cuja filosofia escreve sua tese doutoral, de FEUERBACH e até mesmo de ROUSSEAU, isso para não falar em HEGEL, cujo método dialético adotou em sentido contrário.

Enquanto para HEGEL o mundo real é apenas a forma exterior, fenomênica, da "idéia", para MARX, ao contrário, a idéia é apenas o mundo material refletido pelo espírito humano e traduzido sob forma intelectual.

Enquanto para HEGEL o espírito é autenticamente operante no universo, a idéia, para MARX, traduz-se na simples reflexão intelectual do mundo real material. As idéias são assim transitórias, são produtos históricos transitórios. As relações vitais materiais, por isso, encontram sua expressão social na ordem econômica. Decorre daí que a configuração da sociedade burguesa encontra segura explicação na própria economia política.

Dentro desse raciocínio, o direito, a moral e a religião constituem verdadeiros determinantes burgueses, atrás dos quais se escondem os próprios interesses da burguesia.

O direito, a moral e a religião constituem para MARX a superestrutura social dependente pura e exclusivamente da infra-estrutura econômica, que lhe é o natural fundamento.

O Estado não se fundamenta, assim, na natureza *moral* do homem, mas na vida material dos indivíduos.

O Estado recebe em cada caso sua forma especial por intermédio das relações de produção. Por isso, o Estado moderno nada mais é do que a entidade que administra os interesses comuns à classe burguesa.

O Estado, em si, não é expressão de um bem porque perdeu as características de árbitro do bem comum. Na unanimidade dos casos, é expressão de um mal, ou seja, da existência escravizada do trabalho humano em benefício da classe dominante.

Para MARX, desse modo, o Estado, concernentemente aos interesses reais da coletividade, cuida somente de um bem comum ilusório e dele

só se pode esperar mudanças de rumo quando deixe de ser entidade supra-ordenada à sociedade para tornar-se de fato uma entidade infra-ordenada.

O Estado, assim como o direito, passa também a ser uma parte da superestrutura ideológica da sociedade. Na época atual, continua ele a ser a expressão ideológica das classes dominantes, que o informam e configuram. Ou por outra: o Estado toma a feição capitalista, passando a defender os interesses da burguesia.

O exemplo por excelência de tal Estado é visto por MARX como sendo os Estados Unidos da América, que constituiriam, assim, uma organização pela qual a burguesia defende a sua propriedade e o absolutismo do lucro privado. Diante das crises que se derivam da economia capitalista, dirige o Estado a seu talante a máquina e a mão-de-obra. Enquanto o trabalhador continua escravo, percebendo o mínimo que pode, na época de MARX, a riqueza campeia e se acumula nas classes dominantes.

MARX pretende acabar com tal impostura. Quando a diferença de classes deixar de existir e se der o seu nivelamento, o Estado, como por encanto, desaparecerá.

Até que isso se dê, a nova ordem desejada leva-nos a um sistema intermediário e provisório, que há de suceder ao governo capitalista e que constitui a chamada *ditadura do proletariado*.

A tarefa por excelência da ditadura do proletariado é preparar a sociedade comunista, na qual de futuro já se não necessitará do Estado.

Criar-se-á, então, uma humanidade nova, sob a bandeira da qual se exigirá de cada um segundo suas capacidades e se dará a cada um segundo suas necessidades.

O Estado desaparecerá como supérfluo. Como os homens já se não dominam uns aos outros, substituirá ao domínio sobre os homens a chamada *administração das coisas*. Cessadas as diferenças classistas, da ditadura do proletariado nascerá a sociedade nova e paradisíaca, em que não terão lugar as antigas classes.

Com uma penetração rara anteriormente, MARX assinala não sem razão a alta significação do *processo econômico*.

MARX faz, porém, do processo econômico a alma e o motor da vida humana, capaz de determinar todos os demais caracteres da convivência social.

A substancialidade da vida espiritual e cultural da sociedade com a ordem moral e das idéias ordenando a própria vida econômica passou a ser desconhecida por MARX.

Apesar do papel muito forte da economia sobre o próprio direito, que é conspurcado e deturpado muitas vezes pelos interesses de ordem política e econômica, não podemos obscurecer a influência que pode ter a moral sobre a economia, num movimento de humanização que é mister incrementar cada vez mais.

A economia há de ser permanentemente subordinada à moral, para servir ao homem. Ciência humana e não natural, suas leis naturais hão de adequar-se aos superiores interesses gerais, sem o que ela desserve à vida humana.

Disso MARX esqueceu-se, considerando a economia ciência *rectrix*, capaz de orientar e dirigir toda a vida social.

O processo final, assim, da dialética marxista, que corresponde ao estado paradisiaco de liberdade, dispensa a intervenção de qualquer fator autenticamente moral, constituindo, ao contrário, um mero efeito de um processo mecânico provocado pela intervenção revolucionária da ditadura do proletariado.

Tal processo, todavia, por não contar com as influências do poder moral, estancou-se na Rússia, a meio caminho do sonho de MARX, que se não pôde concretizar com a extinção do Estado.

É verdade que isso no fundo varreu a utopia da ideologia comunista. Porque, de fato, o homem não pode dispensar o Estado. Mesmo que o homem fosse incapaz de praticar atos anti sociais, não seria possível excluir o Estado, necessário para a busca das soluções integradoras do bem comum.

Ao contrário de extingui-lo, a Rússia fortaleceu o Estado, tornando-o absoluto e totalitário, com a estatização quase unânime de toda a propriedade privada. Em consequência, o homem converteu-se em átomo, desaparecendo no meio da massa despersonalizada e materialista.

MARX significa, porém, apesar de tudo, um grito contra as injustiças sociais imperantes. Discordando dos remédios que propõe para resolver a questão social, estamos inteiramente com ele quando critica os males do capitalismo moderno.

Mas, ao clamar contra as injustiças e ao preconizar a revolução e a instauração de um estado de coisas mais justo, está implicitamente aceitando a liberdade humana para realizar o objetivo idealista da justiça social.

A justiça pressupõe, entretanto, antes de mais nada, a ordem que persiga o *bem*. Mas, MARX, buscando para o proletariado uma situação meramente material ou econômica, dentro de sua cosmovisão materialista, decepa-o em sua verdadeira humanidade. De outro lado, rebaixa-o em seu desenvolvimento psíquico-espiritual, ao incentivar os inferiores instintos da inveja e do ódio.

Notas sobre a atuação dos grupos sociais no cenário político

SÍLVIO DOBROWOLSKI

Juiz Federal e Professor da Universidade
Federal do Ceará

SUMÁRIO

1. A presença dos grupos perante o Estado social
2. Os grupos e os Partidos Políticos
3. A colonização do Estado pelos grupos
4. A importância do apoio grupal para o Estado
5. As formas de participação política dos grupos
6. A abertura e a atividade dos grupos, no Brasil
7. A atuação política da Igreja Católica
8. A magistratura nacional como grupo de pressão
9. A institucionalização necessária

1. A presença dos grupos perante o Estado social

Nos países onde a sociedade não está subjugada, em que os poderes sociais têm vitalidade, o Estado não se encontra apenas frente a indivíduos e Partidos Políticos. São seus interlocutores, também, os grupos dos outros ambientes sociais, principalmente as organizações. Se antes os contatos com essas formas associativas são ocasionais e feitos às ocultas, como ao tempo do Estado liberal, com a burguesia, hoje não podem ser encobertos nem dispensados.

Para esse relacionamento, dois fatores confluem: o recuo do individualismo e o esmaecimento da linha separadora entre Estado e sociedade. A constante intervenção do poder político nas outras ordens, com a possibilidade de lhes modificar os fatores de dominação ou dependência (tenha-se em mente, para exemplificar tão-só

com a norma jurídica, os efeitos de uma lei permitindo ou não a negociação coletiva dos contratos de trabalho ou a existência de associações sindicais) faz com que influir sobre os órgãos do governo seja fundamental para a própria sobrevivência dos demais poderes. Como explica GARCIA-PELAYO, as entidades privadas, em especial na presença do planejamento econômico, “não podem cumprir seus fins particulares, sem participar nas decisões estatais” (1).

Segundo FORSTHOFF, “é de significação decisiva a circunstância de que só o Estado intervém nos processos econômicos, mas que a sociedade se apodera do Estado por meio dos grupos de interesses. Com isso, o Estado se converte em cenário de luta das forças sociais, com a consequência de que as relações de força na luta dos grupos sociais organizados definem a atuação estatal” (2).

LOEWENSTEIN assinala que “a infiltração e a configuração do processo político através dos grupos pluralistas e de suas vanguardas — os grupos de pressão e os lobbies — é, talvez, em comparação com outras épocas, o fenômeno político mais significativo da moderna sociedade de massas” (3).

Como anota BONAVIDES, os grupos de interesses transformam-se em grupos de pressão quando “procuram fazer com que as decisões dos Poderes Públicos sejam conformes com os interesses e as idéias de uma determinada categoria social” (4). Segundo o ilustre constitucionalista, essas formações se politizam com a democracia social, quando crescem de número e se fazem mais conscientes do teor reivindicatório e da posição que têm de assumir em presença de um Estado confessadamente intervencionista.

Se a participação grupal na política é uma constante histórica, explicável pela dinâmica do poder, torna-se mais aguda na era presente. Trata-se, em verdade, de aspecto da atuação dos grupos como centros de poder, condição em que buscam expandir-se para outros domínios. Na explicação de FÁVILA RIBEIRO, essas “entidades oriundas e vinculadas aos poderes sociais ou aos poderes econômicos transbordam de suas órbitas funcionais, procurando compartilhar de tríplice forma de dominação: econômica — com o controle das forças produtivas; sociais — com o controle dos instrumentos forjadores ou articuladores da opinião pública; e políticas — com o acesso aos controles estatais” (5).

(1) GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. 3. ed., Madrid, Alianza, 1982, p. 25.

(2) FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la Sociedad Industrial*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 200.

(3) LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1979, p. 37.

(4) BONAVIDES, Paulo. *Cléncia Política*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1972, p. 535.

(5) RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 221.

Nos regimes autocráticos e totalitários, os grupos são abafados pela estrutura monolítica do poder político das respectivas sociedades. Não têm existência, nem devem ter atuação fora da maquinaria estatal e do Partido oficial, muito embora o exemplo polonês do Sindicato Solidariedade demonstre a extraordinária vitalidade do grupalismo inserto entre Estado e indivíduos. Nas democracias pluralistas “todas as forças sociais de importância têm garantida a liberdade de competir em um circuito aberto de valores” (6). Nelas se pressupõem uma coexistência de poderes, um compromisso entre eles. De um lado, encontra-se o poder oficial, nutrido-se da substância que lhe subministram as organizações espontaneamente formadas no espaço social; em contrapartida, colocam-se os poderes das associações, inabsorvidos pelo Estado, os quais às vezes se integram com os mecanismos governamentais e lhes transmitem sua energia, enquanto deles se aproveitam, e, em outras ocasiões, permanecem separados do poder oficial, suscitando contra este a opinião popular, que controlam, por expressarem a vontade dos homens concretos situados no seu interior.

2. Os grupos e os Partidos Políticos

Em geral, os grupos atuam paralelamente aos Partidos Políticos. Quando estes não se apresentam na qualidade de promotores dos interesses de uma classe determinada ou como portadores de uma ideologia específica (Partidos proletários ou religiosos, p. ex.), têm de rejeitar sua identificação com agrupamentos determinados, porque necessitam de apelar à totalidade do eleitorado. Apresentam programas que, segundo LOEWENSTEIN, se assemelham como gotas de água, e são suficientemente indefinidos para se acomodarem aos interesses de todos (7). Mas, ainda assim, precisam ouvir os poderes sociais, para não atuarem no vazio, uma vez que estes detêm representatividade em suas esferas próprias. Os grupos, a seu turno, porque as agremiações partidárias ocupam posições de poder no sistema institucional do Estado, precisam dedicar-lhes atenção, como a qualquer dos participantes no sistema decisório.

3. A colonização do Estado pelos grupos

Os poderes grupais, em sua dinâmica, investem, preferencialmente, nos interesses próprios. Buscam obter sucesso em suas peculiares pretensões, esquecendo as referentes à sociedade como um todo.

Alguns críticos acusam-nos de empregarem meios imorais — intimação, suborno e corrupção; de manipularem as massas através da propaganda; de constituírem o triunfo da força, servido pelo dinheiro

(6) LOEWENSTEIN, K. *Op. cit.*, p. 424.

(7) LOEWENSTEIN, K. *Op. cit.*, p. 429.

e pela organização e, eventualmente, pelo maior número, predominando sobre a razão e o bom senso.

Como não representam a vontade geral, tendem a colonizar a sociedade e o Estado, pondo-os a funcionar em seu benefício particular. PERROUX refere-se, a propósito, a um capitalismo degenerado, parasita das intervenções estatais⁽⁸⁾. Sobre esse assunto, LEPAGE escreve que, graças à hipertrofia intervencionista, “as empresas são cada vez mais motivadas para consagrar recursos crescentes à ação política, e assim obter, com o concurso do Estado, aquilo que não podem realizar no quadro duma verdadeira economia de mercado”⁽⁹⁾.

O poder político sofre o cerco dos outros poderes que reagem à expansão dele. Conforme assinala BURDEAU, transita-se para um novo feudalismo, distinto do medieval. Neste, os poderes sociais recusam-se a obedecer à lei do Estado, do qual são rivais e de quem pretendem se desligar. Hoje em dia, ao contrário, assaltam o poder político para usar os direitos deste e se cobrir com a sua legitimidade. O que desejam não é fazer a própria lei, mas ditar o conteúdo do direito formulado pelos órgãos estatais⁽¹⁰⁾. Para MASPÉTIOL, a sociedade se apropria de parte dos poderes de decisão estatal, introduzindo elementos seus, organizados ou espontâneos, no interior dos órgãos decisórios do Estado, o qual resulta parcialmente dissolvido naquela⁽¹¹⁾.

4. A importância do apoio grupal para o Estado

O equacionamento objetivo do problema mostra, por outro lado, o interesse do Estado em obter a adesão dos poderes grupais, para o êxito de suas políticas. Um sistema de planejamento indicativo só pode obter sucesso se as organizações extra-estatais respondem de maneira favorável. GARCÍA-PELAYO exemplifica:

“Um plano econômico não é viável se as empresas não correspondem a seus incentivos, uma política de salários pode ter altos custos políticos quando não conta com o assentimento dos sindicatos, e um programa científico-tecnológico é provavelmente irrealizável sem a cooperação de entidades privadas”⁽¹²⁾.

O Estado social, no exercício de sua função de gerente da sociedade, é forçado a agir como tal, mediante consultas, diálogos, atendi-

(8) PERROUX, François. *O Capitalismo*. São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1961, p. 109.

(9) LEPAGE, Henri. *Autogestion et Capitalisme*. Paris, Masson, 1978, p. 141.

(10) BURDEAU, G. *La démocratie et les contraintes du nouvel age*. In: *Traité de Science Politique*. 2 ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, v. 8, p. 7.

(11) MASPÉTIOL, Roland. *L'Etat d'aujourd'hui est-il celui d'hier?* *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, Sirey, v. 21, 1976, pp. 3-21.

(12) GARCÍA-PELAYO, M. *Op. cit.*, p. 37.

mento de demandas, para obter, não tanto como entidade soberana, a necessária concordância de grupos e organizações e a minimização, através de acordos ou arbitramento, dos conflitos de interesses entre estes.

Os autores apontam, como risco mais sério dessas relações, uma possível simbiose entre as elites tecnoburocráticas do Estado e das grandes organizações, dando lugar a um sistema oligárquico, de tipo corporativo. Um favorecimento para uma "ligação mais direta entre os gerentes do aparelho de Estado e a grande burguesia industrial e bancária" (13). Neste sentido se manifesta GALBRAITH, ao escrever:

"A moderna empresa multinacional também exerce poder no governo e através dele. Isto também é ponto pacífico. Os pagamentos que elas fazem a políticos e funcionários públicos não são aceitos, exceto pelos beneficiários, como gestos filantrópicos ou afetivos. E menos ressaltado, mas nem por isso menos importante, é o relacionamento, naturalmente vantajoso, entre a moderna empresa e a burocracia governamental — entre aqueles que constroem carros e aqueles que constroem rodovias, entre os que fabricam aviões de caça e os que dirigem a Força Aérea. Entre a moderna empresa multinacional e o moderno Estado existe um relacionamento profundamente simbiótico, baseado no poder partilhado e na compensação partilhada" (14).

A constatação dessa tendência não apaga, porém, a necessidade do sistema e suas vantagens. Num mundo onde os homens não podem atuar isolados, os grupos são os seus autênticos porta-vozes. Nesse desempenho, além da defesa dos seus interesses, proporcionam informes úteis aos órgãos estatais que formulam decisões e cooperam para a observância destas. Como detêm parcelas importantes do poder, essas estruturas das ordens social, econômica e cultural, conseguem opor um dique firme à indevida expansão do Estado, ao qual, por sua vez, é possível retroagir, domando as pretensões coloniais e feudalizantes nelas nascidas.

5. As formas de participação política dos grupos

A prática política tem generalizado a participação dos grupos nas decisões estatais. Essa presença ocorre por meio de: a) contatos pessoais entre agentes do Governo e líderes grupais; b) formação de correntes de opinião pública, para que estas pressionem as autoridades; c) clientelas (ou *relais*, segundo os autores franceses) consis-

(13) SALLOIS, Jacques e CRETIN, Michel. "O papel social dos altos funcionários e a crise do Estado". In: POULANTZAS, Nicos. *O Estado em Crise*. Rio de Janeiro, Graal, 1977, p. 221.

(14) GALBRAITH, John Kenneth. *A Era da Incerteza*. São Paulo, Pionera/Ed., Universidade de Brasília, 1979, p. 260.

tentes em relações entre as tecnoestruturas do Estado e aquelas dos grupos, resultando na escolha, por um departamento administrativo, de certa organização como sendo a mais representativa ou eficiente em determinado setor; d) influência sobre o Parlamento, pelos lobbies; e) presença de representantes de organizações em Conselhos Econômicos e Sociais, em órgãos de planejamento ou em comissões permanentes ou especiais criadas para resolver problemas específicos.

Partidos e grupos vinculam-se, segundo GARCÍA-PELAYO, por três formas: a) união pessoal, quando as mesmas pessoas ocupam os postos diretivos dos Partidos e das organizações grupais; b) intercâmbio de informações pelo fornecimento aos primeiros de projetos e estudos sobre temas de interesse dos segundos; c) financiamento de campanhas eleitorais, pelos grupos, embora não seja descartável a eventualidade de que os Partidos favoreçam as associações com recursos monetários.

Na ordem econômica é cabível até falar-se em economia concertada, para indicar o método verdadeiramente contratual de direção da atividade produtiva. Nos complexos público-privados, as decisões resultam, igualmente, do compromisso entre os parceiros estatais e particulares.

Por duas linhas passa o envolvimento dos grupos sociais na soberania estatal, que, em razão disso, se apresenta apenas formalmente indivisa. Uma, oriunda da própria sociedade e outra, decorrente da iniciativa dos órgãos públicos. A elaboração da política governamental é conseqüente de diálogo entre os atores do Governo e os do setor privado, cabendo ao Estado o papel de árbitro, na qualidade de detentor da responsabilidade pela promoção do bem comum.

6. A abertura e a criatividade dos grupos, no Brasil

Constatar a interação entre grupos e Estado, em nosso País, florescente após o início da "Abertura Política", é tarefa simples, um breve levantamento de fatos, de acordo com os limites deste trabalho.

As greves dos sindicatos metalúrgicos no Sul levam-nos a formar o Partido dos Trabalhadores (PT), porque, conforme o manifesto partidário, a experiência das suas lutas mostra que estas, embora amplas, não asseguram a realização das suas conquistas devido ao fato de concentrar-se o poder de decisão política. Os trabalhadores compreendem então que um resultado positivo só pode ser conseguido através de sua participação no processo decisório⁽¹⁵⁾.

O Partido em questão trata de obter apoio em largos setores da opinião pública, ao dizer-se nascido da decisão da maioria dos explo-

(15) PARTIDO DOS TRABALHADORES. Manifesto — Programa e Estatuto. São Paulo, 16/17 ago., 1980.

rados — “operários industriais, assalariados do comércio e dos serviços, funcionários públicos, moradores da periferia, trabalhadores autônomos, camponeses, trabalhadores rurais, mulheres, negros, estudantes, índios e outros setores explorados”, contra “uma minoria de privilegiados” (16).

Os empresários, por sua vez, deflagram o “Movimento Nacional pela Livre Iniciativa”, com defesa do lucro, apresentado como instrumento fundamental do liberalismo econômico, “base essencial da democracia” (17) (18). Com fito de influir sobre a opinião pública, divulgam seus textos de propaganda em grande cópia de órgãos da imprensa escrita. Buscam difundir suas idéias como a de que o lucro não é bom nem mau, podendo questionar-se, a respeito, sobre a forma como é obtido ou aplicado (19) (20).

No Estado do Ceará, o Sindicato da Indústria Gráfica, com apoio da Federação das Indústrias, promove campanha pública com ampla distribuição de duzentos mil panfletos-gigantes, para denunciar “o violento processo de estatização no setor”. Entre outros itens de suas pretensões, propõe-se a obter decreto governamental obrigando os órgãos públicos “a licitarem seus impressos junto à indústria gráfica privada e à Imprensa Oficial do Estado do Ceará”, bem ainda a privatização desta última, a ser efetivada conforme estudo por “uma comissão mista integrada de representantes do governo e da indústria gráfica privada” (21). Mais tarde fazem publicar, nos jornais de Fortaleza, mensagem ao Presidente da República, com aplauso à sua política de desestatização da economia. Afirmam ser passo indispensável, nesse rumo, a desativação das gráficas estatais, as quais asfixiam a iniciativa particular e desperdiçam recursos, cujo uso em outros setores é socialmente importante (22).

O Presidente do Centro das Indústrias do Ceará declara, em entrevista, que essa entidade de classes tem caráter político, com um compromisso a nível estadual, regional e nacional, com a formação, o mais rápido possível, de uma classe política competente e forte, capaz de influenciar e até assumir o poder (23).

O Presidente da República, ao almoçar em companhia dos Presidentes das Confederações Nacionais da Indústria, do Comércio, da Agricultura, das Associações Comerciais, das Federações e Associações

(16) *Idem*, *ibidem*.

(17) ISTO É, Rio de Janeiro, 28 out., pp. 90/91.

(18) TRIBUNA DO CEARÁ, Fortaleza, 11 mai., 1983, p. 13.

(19) ISTO É, Rio de Janeiro, 19 ago., 1981, p. 55.

(20) MANCHETE, Rio de Janeiro, n.º 1.532, 29 ago., 1981, p. 39.

(21) O POVO, Fortaleza, 24 ago., 1981, p. 23.

(22) DIÁRIO DO NORDESTE, Fortaleza, 26 ago., 1983, p. 3.

(23) O POVO, Fortaleza, 18 set., 1981, p. 10.

de Produção e Comércio, empresários e líderes de todos os setores da economia, pede, em seu discurso, "a compreensão e a colaboração do empresariado brasileiro" (24).

7. A atuação política da Igreja Católica

A Igreja Católica, com secular influência na estrutura cultural brasileira, organiza Comunidades Eclesiais de Base para arregimentar, politicamente, as massas. Publica, sob o título de reflexão cristã sobre a conjuntura política, cartilhas de educação eleitoral, lança-se de certo, com decisão, na luta político-partidária e sindical, inclusive. A leitura da imprensa diária o comprova. Assim, o Bispo de Coari (Amazonas), Dom Gutemberg Régis, publica uma análise dos Partidos Políticos no boletim de sua Prelazia, afirmando que o PDS acelera a entrega do Brasil às multinacionais e, por seus envolvimento militares, tem responsabilidade na prisão de opositores políticos. O PT, segundo o prelado, conta com o apoio de pessoas e lideranças vinculadas ao trabalho pastoral e "parece coincidir com a vontade de maioria dos trabalhadores do País" (25). Em outro local se lê que na primeira concentração de Comunidades Eclesiais de Base da região do ABC, em São Paulo, cerca de três mil pessoas decidem que as Comunidades devem intensificar a luta contra o desemprego junto aos sindicatos e movimentos populares (26).

Em cartilha difundida em Fortaleza, cuja apresentação é de um guia para facultar "um bom engajamento político" (27), encontra-se análise das agremiações partidárias. O PDS é identificado como Partido do governo e do seu programa o destaque é apenas: "Defende os interesses dos grandes empresários nacionais e estrangeiros, dos latifundiários e dos militares. Fala da valorização dos direitos humanos, liberdade para todos, reforma agrária, salário justo, educação para todos" (28). Na página seguinte, consta a observação de que, no tempo de Cristo, os maiores erros são cometidos pelos grupos que estão no poder (29).

Encontro realizado em Canindé, no Ceará, entre Bispos do Brasil e da América Latina, juntamente com representantes da Igreja Evangélica, da Imprensa e das Comunidades de Base, conclui com uma carta, onde ressalta o trecho a seguir com a mesma orientação política de oposição ao Governo:

"Estudamos nos grupos e vimos que o principal produtor da desgraça social é o sistema em que se organiza a

(24) O ESTADO DE S. PAULO, São Paulo, 15 ago., 1981, p. 24.

(25) O POVO, Fortaleza, 18 ago., 1981, p. 3.

(26) O POVO, Fortaleza, 31 ago., 1981, p. 3.

(27) CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL — REGIONAL NE-1. Cartilha de educação política. Fortaleza, 1982, p. 2.

(28) *Idem*, p. 19.

(29) *Idem*, p. 20.

sociedade brasileira. Ela funciona bem só para os ricos, mas não se preocupa com os pobres; esse sistema aperta mais e mais a cintura deles e quase os está matando de fome. São os grandes projetos: Carajás, Pró-Alcool, Ferrovia do Aço, Projeto Nuclear, as grandes barragens, que consomem nossas economias e dão vantagens ao capital multinacional. É a nossa própria desorganização com os sindicatos pelegos, com os movimentos populares divididos e prejudicados pela repressão e pelo controle por parte dos órgãos de segurança" (80).

Episódio frisante dessa atividade do Clero no setor político é o correspondente ao Estatuto dos Estrangeiros. Quando da aprovação deste, por meio de lei particularmente rígida, a Igreja, porque "tem hoje trinta por cento de estrangeiros entre os seus bispos e quarenta e cinco por cento entre os padres, ao lado de um fluxo considerável de missionários", sente a possibilidade de ser prejudicada com as drásticas medidas previstas e articula os mecanismos de pressão. Além da campanha nos meios de comunicação, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil efetua contatos com o Ministro da Justiça e o Presidente da República. Frente à irredutibilidade do Governo, o próprio Papa, em sua visita ao País, conversa com o Presidente da Câmara Federal e lhe pede para colaborar na suavização da lei, o que o Executivo, por fim, sentindo o desgaste perante a opinião pública, promove em parte (81).

8. A magistratura nacional como grupo de pressão

Cerca de oitocentos Juizes de toda a Nação realizam, em 1982, o IX Congresso Brasileiro de Magistrados, em Curitiba, com as finalidades assim referidas pelo Presidente de sua associação, no discurso de encerramento do conclave:

"O principal propósito deste encontro é o de conscientizar a Magistratura de que ela, em primeiro lugar, é que deve lutar para que se confira ao Poder Judiciário a independência necessária para o adequado exercício de suas funções. Outro pensamento é o de se fazer chegar ao conhecimento do povo que, se a Justiça não funciona a contento, é porque não se lhe propiciam os instrumentos e meios indispensáveis" (82).

(80) TRIBUNA DO CEARÁ, Fortaleza, 12 jul., 1983, p. 13.

(81) CARTAXO, Jorge. "Os passos da abertura — A lei dos estrangeiros". DIÁRIO DO NORDESTE, Fortaleza, 5 jun., 1983, Suplemento DN — Cultura, p. 7.

(82) TRIBUNA DA JUSTIÇA, São Paulo, 15 nov., 1982, p. 9.

Pretendem, na condição de membros de um dos Poderes do Estado, influir sobre os outros Poderes e opinião pública, a fim de obter os recursos que os habilitem a um desempenho mais eficaz de sua tarefa.

9. A institucionalização necessária

Verifica-se, portanto, o notável florescimento do grupalismo, com ativa atuação política, no País.

Os esquemas institucionais vigentes, em sua maior parte vinculados a concepções ligadas a uma sociedade individualista, apresentam-se insuficientes para assegurar o fluxo normal do pluralismo.

Aos cultores do direito político, impõe-se o desafio de buscarem as técnicas e institutos jurídico-políticos conforme à realidade nacional, e capazes de permitirem o bom funcionamento de uma democracia pluralista.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- 1 — BONAVIDES, Paulo. *Clência Política*. 2.^a ed., Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1972.
- 2 — BURDEAU, Georges. "La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique". In: *Traité de Science Politique*. 2 ed., Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1973, v. 7.
- 3 — ——— "La démocratie et les contraintes du nouvel age". In: *Traité de Science Politique*. 2 ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, v. 8.
- 4 — FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la Sociedad Industrial*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- 5 — GALBRATH, John Kenneth. *A Era da Incerteza*. São Paulo, Pioneira/Ed., Universidade de Brasília, 1979.
- 6 — GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. 3 ed., Madrid, Añanza, 1982.
- 7 — LEPAGE Henri. *Autogestion et Capitalisme*. Paris Masson, 1978.
- 8 — LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1979.
- 9 — MASPÉTIOL, Roland. "L'État d'aujourd'hui est-il celui d'hier?" *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, Sirey, v. 21, 1976, pp. 3-21.
- 10 — MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. 3 ed., Colmbra, Centelha, 1978.
- 11 — PERROUX, François. *O Capitalismo*. São Paulo Difusão Européia do Livro, 1961.
- 12 — RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro, Forense, 1976.
- 13 — SALLOIS, Jacques e CRETIN, Michel. "O papel social dos altos funcionários e a crise do Estado". In: POULANTZAS, Nicos. *O Estado em Crise*. Rio de Janeiro, Graal, 1977.
- 14 — XIFRA HERAS, Jorge. *Formas y Fuerzas Políticas*. Barcelona, Bosch, 1953.

O Estado, seu surgimento e existência — a teoria pura do direito: algumas observações

EDSON DE ARRUDA CÂMARA
Juiz do Trabalho — 6.^a Região

SUMARIO

- 1 — *Introdução*
- 2 — *O direito e o Estado vistos por Kelsen*
- 3 — *Conclusões*
- 4 — *Bibliografia*

1. *Introdução*

Sustenta HILDEBRANDO ACCIOLY (*Manual de Direito Internacional Público*, pp. 22-24), a par de outros autores, que "o nascimento de um Estado é um fato histórico, e não jurídico" e que "o nascimento de um Estado independe da ação dos demais. Mas para entrar em relação com os diferentes membros da comunidade internacional, ou, antes, para a sua admissão na mesma, o Estado precisa ser reconhecido internacionalmente".

KELSEN, o nosso principal focalizado no presente trabalho, vê no reconhecimento dois aspectos: o político e o jurídico. ("O primeiro não é constitutivo da existência jurídica do Estado. O segundo, porém, é a verificação de um fato, antes do qual, em face do Estado que o pratica, a comunidade não reconhecida não existe juridicamente. Donde, neste último caso, segundo KELSEN, o reconhecimento tem caráter constitutivo" (ACCIOLY, *op. cit.*, p. 24).

A luz da *Teoria Pura do Direito*, leitmotiv de nosso trabalho (sob a qual analisaremos o surgimento e a existência do Estado, a par de algumas observações), o nascimento do Estado, ponto principal de nosso interesse, é fato jurídico, coincidente com o advento de um ordenamento jurídico (Sistema de Normas) com o qual se confunde, segundo Kelsen em sua *Reine Rechtslehre*.

Vários (pelo menos três, como informa VIRGILIO GIORDANI in *Studio sul Concetto di Stato*, pp. 13 e segs.) são os enfoques sob os quais se deve colocar o "stato come oggetto di studio":

"Il primo", passa o A. a explicar o fenômeno estatal, "è quello tradizionale della filosofia politica, o filosofia della politica, secondo la più esatta terminologia rosminiana e crociana", onde, dentre muitas opiniões, vamos encontrar a de Santo AGOSTINHO, de caráter eminentemente histórico-teológico (interpretação teológica da História que o conduz, entre outras coisas, a considerar a justiça como *amorem Deo tantum servientem et de hoc bene imperantem caeteris quae homini subiecta sunt*) e transcendentalístico-metafísico.

"Il secondo", prossegue GIORDANI, "è quello della scienza politica, secondo la più esatta terminologia crociana —, la quale si pone come ricerca carattere empirico-descrittivo che, generalmente, si occupa dello "stato" come di una *species*, si direbbe, del più ampio *genus* "potere" quale attività tendente ad influenzare la volontà e il comportamento degli altri, e quindi dello "stato" come di un'attività di potere — indicato come "potere politico" avante una sua particolare struttura: attività di potere considerata nell'effettiva distribuzione ch'essa assume in una data società, nell'incidenza ch'essa esercita su attività diversamente strutturalle (economiche, culturali etc.), e su altre forze più o meno palesi e più o meno organizzate nonche nell'incidenza che queste ultime, e le idee e i valori e le aspirazioni che esse esprimono, esercitano sul potere politico."

"Il terzo (...) è quello della teoria giuridica dello "stato", o teoria generale dello "stato" secondo la più comune terminologia" (aí, GIORDANI se reporta a Kelsen e, segundo ele, à mais importante obra nesse setor de indagação: *Neopositivismo e Scienza del Diritto* — Roma, 1956, pp. 181-182), cioè di una ricerca que tende alla determinazione dei concetti relativi alle qualificazioni o forme qualificative specifiche del diritto, nonchè ai concetti que sono con i primi logicamente connessi."

"Questi, i tre ordine o tipi di discorsi che si trovano istituiti intorno allo "stato". Si tratta, cioè, di tre diverse ricerche su uno stesso oggetto di studio indicato come "lo stato"."

No tocante à sua estrutura, macroscopicamente observada, o Estado se compõe de três elementos: a) população; b) território; c) governo-poder.

Como preleciona SAHID MALUF, "a condição de Estado perfeito pressupõe a presença concomitante e conjugada desses três elementos, revestidos das características essenciais: população homogênea, território certo e inalienável e governo independente", sendo certo que a ausência ou desfiguração desses elementos retira da organização sócio-política a qualidade de Estado.

O primeiro elemento formador do Estado é a população e sem essa substância humana não há que se falar de Estado, de sua existência ou formação, seja o grupamento humano tomado como unidade ética, como querem alguns autores, ou, como querem outros, em sentido amplo, formal, da reunião de indivíduos pluri-originários que se estabelecem em dado território com ânimo definitivo. Certo é que o elemento humano, socialmente organizado, é definitivo para a compreensão do Estado — a par do território e do poder, de acordo com a teoria tradicional.

A esse propósito, argumenta KELSEN, juntando tais elementos — povo, território e poder:

"Como comunidade social, o Estado — de acordo com a teoria tradicional do Estado — compõe-se de três elementos: a população, o território e o poder, que é exercido por um governo estadual independente. Todos estes três elementos só podem ser definidos juridicamente, isto é, eles apenas podem ser apreendidos como vigência (validade) de uma ordem jurídica" (KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, pp. 386-387).

Para KELSEN, basicamente, o Estado (e o direito, que é estudado concomitantemente, posto que "toda a função do Estado é uma função da criação jurídica: o processo evolutivo e graduado da criação normativa...") deve ser estudado "segundo métodos completamente diversos dos usados nas ciências naturais porque estamos muito distantes do mundo da natureza: o mundo do social na sua totalidade, do qual o Estado não é mais que uma parte, é um mundo do espírito, um mundo de valores, precisamente o mundo dos valores. O que se chama Estado é, pura e simplesmente, "um sistema de normas", a expressão da unidade desse sistema. A teoria geral do Estado é, assim, o estudo dos problemas da validade e da produção de uma ordem jurídica, e forma apenas uma parte da *Teoria Geral do Direito*" (MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 152).

Com efeito, para KELSEN, a tripartição de poderes de que fala a doutrina não é mais que "a forma jurídico-positiva de certos apoios relativos do processo de criação jurídica particularmente importantes sob o ponto de vista político". É a célebre teoria da pirâmide de normas — que, a rigor não é devida a KELSEN, que apenas a adotou, mas a ADOLFP MERKL, que a apresentou desde 1917 —, como uma *norma fundamental suprema*, seria (cf. MARCELLO CAETANO, *op. cit.*, p. 153) "a base da unidade da ordem jurídica de um Estado e de sua dinâmica própria, que é o prin-

cípio da soberania em nome do qual é exercido o poder constituinte e que pode formular-se assim: "deve obedecer-se ao poder constituinte" (CARLOS COSSIO, no prefácio que fez para a edição argentina da *Reine Rechtslehre*, traduz esta expressão como "obedece al legislador"). A norma fundamental (Grund Norm) é, assim, hipotética, extra-sistemática e constitui um postulado, isto é, um princípio indemonstrável que necessariamente se pressupõe para se conhecer cada direito positivo como sistema dotado de validade (aspectos gnoseológicos da norma fundamental).

Como adverte BERNARDETTE PEDROSA ("Dois estudos sobre Kelsen". *Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco*. Recife, v. XXI, n. XXI, 1977, p. 268):

"O conceito de norma fundamental representa, no itinerário percorrido pelo pensamento de KELSEN, o ponto-limite de uma teoria do conhecimento científico-jurídico. Entendida como princípio de uma unidade sistemática, a norma fundamental não pode ser norma positiva, norma posta através de ato, porque nesse caso exigiria uma norma anterior fundante de sua validade. Por isso ela é concebida como norma pressuposta, hipótese de trabalho científico, análoga às hipóteses utilizadas pelas demais ciências ou a postulados cuja validade não se questiona e de que se parte para a interpretação dos fatos e de suas recíprocas relações. "Assim como KANT pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda a metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pelas ciências da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reduzível a autoridades metajurídicas, como Deus e a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental..." A norma fundamental, na conceituação do próprio KELSEN, é, então, a condição lógico-transcendental do conhecimento jurídico, uma categoria do pensamento jurídico. Ou, como a designa BOBBIO, "una convenzione o se si vuole una *proposizione evidente* che viene posta al vertice dal sistema perchè ad esse si possano ricondurre tutte le altre norme"."

A norma fundamental se situa no vértice da pirâmide de normas (melhor: sobrepassando esta pirâmide, já que ela é extra-sistema) e em seu nome se institui o órgão criador do direito, o qual dará a Constituição em sentido jurídico-positivo, estabelecendo condições legiferantes, atribuindo competência, "qualificando" o Estado, dizendo da divisão de poderes etc. Abaixo da Constituição, as leis ordinárias, os decretos e regulamentos etc. Em suma, a pirâmide será, pois, constituída da seguinte maneira, partindo de seu vértice (desde de por sobre o mesmo): norma

fundamental, Constituição, leis ordinárias, decisões judiciais e administrativas, sendo certo que a ordem inferior de normas deve estar em total acordo com aquela que lhe é imediatamente superior, ou, em uma única palavra, com a Constituição e, esta, com a "Grund Norm".

Em sua *Reine Rechtslehre* Kelsen suprime vários dualismos (Direito Natural/Direito Positivo; Direito Subjetivo/Direito Objetivo; Direito Público/Direito Privado...) e, entre esses dualismos, também é eliminado aquele que se consubstancia no binômio ESTADO/DIREITO, sustentando que são uma e mesma coisa. Quando, comumente, se fala de Estado, parece querer designar-se o grupo de homens e órgãos que com qualidade de funcionários cumprem certas tarefas inerentes ao governo da comunidade. Enquanto isso, o direito é o conjunto de normas que surgem em tais órgãos estatais. Como informa, prosseguindo, EDGARDO FERNÁNDEZ SABATÉ. ("La Teoría Pura del Derecho". *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Argentina, Universidad Nacional de Tucumán, n. 13, 1963):

"En realidad el Estado no es sino el plexo total de derechos y deberes vigentes en una comunidad. Es decir, que el Estado viene a ser la personificación última que se efectúa el derecho. El acto estatal no se imputa a su autor, ésto es, al funcionario sino a un sujeto último ubicado, por así decirlo, detrás de éste. El Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación" (KELSEN — *Teoría Pura del Derecho*, edição argentina, *op. cit.*, 1946, p. 191).

Qualquer Estado, para que assim possa ser considerado, deve, antes de mais nada, ter uma coletividade organizada (população).

Este povo é nação quando tem raízes históricas, legislativas, culturais etc., comuns.

A estrutura do poder eleva o povo, de mera coletividade à categoria de Estado (processo de politização).

Tomando por base a menor fração social, ou seja, a família, vemos no poder paterno uma estrutura de poder. Mas que longe está de ser político. Pinçando-se esta menor fração social e somando-se a outra e mais outra, teremos uma reunião de famílias, que, se de origem comum, formará o clã. Famílias reunidas podem não constituir, ainda, uma coletividade política, mas, quando surge a figura do chefe tribal, ou de um conselho tribal, começa, aí, a se esboçar uma estrutura de poder. É o primeiro passo para a formação do Estado que, uma vez criado, mostrará

estrutura mais complexa e jungida a uma sedimentação ao longo dos tempos.

Foi o que ocorreu, principalmente, na Idade Média, na Europa, com a reunião dos senhores feudais, com eleição de um chefe, culminando com a instituição das monarquias.

Assim é que, na Idade Média, o direito era local, no âmbito restrito do feudo. O senhor feudal fazia o direito, julgava, tinha o poder de tributar, de confiscar etc. Esses poderes evoluíram e se transformaram em poderes monárquicos; surgem, assim, as monarquias, onde o titular, o monarca, concentrava nas mãos os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (lembramos, estamos colocando o problema em termos de ambiência europeia medieval, principalmente). Só muito mais tarde é que esses Poderes se estruturaram, interna e externamente, adotando organicidade. Aí a Monarquia já não mais era absoluta.

Nesse clima, havia na Idade Média a seguinte situação: todo o território se apresentava como verdadeira colcha de retalhos, retalhos estes constituídos pelos territórios feudais, dotados de certa autonomia. Era uma formação que facilitava as conquistas. Ademais, havia muitas propriedades (da Igreja, dos senhores feudais etc.) onde não alcançava o poder do rei. Tal estrutura era por demais frágil e, sentindo, os titulares desses retalhos feudais, dita fragilidade, começaram a se reunir em torno de um chefe comum, o monarca, a adotarem leis comuns, a delimitarem, enfim, o espaço territorial. Isto, claro, afastada a complexidade factual, em linhas gerais.

Quando o Estado delimitou o espaço físico, demarcou, então, sua área do poder (poder de império). Essa possibilidade de aplicação do direito em toda a área significa a não-dispersão de poderes, eliminação de outros poderes concomitantemente existentes (Igreja, feudos etc.) e, em suma, deu-se a estruturação do poder através de processos de politização. E isto é um fato: a tendência de todo o poder é se politizar.

Isto, como dissemos, em linhas gerais, guardados os parâmetros da realidade, que, sem dúvida, é mais ampla e mais complexa, como bem demonstra o emérito NELSON NOGUEIRA SALDANHA ("O Estado". *Curso de Introdução à Ciência Política*), à qual nos reportamos. Nesta Seção, o A. nos dá poderoso subsídio acerca da evolução do Estado e do direito onde, por exemplo, à página 17, preleciona:

"... Na Idade Média o Estado praticamente inexistiu, fragmentado o poder político e diluído dentro do privatismo de índole feudal, dominante; e o direito positivo, esparso e heterogêneo, vinculava-se a um jusnaturalismo transcendentista e de vigoroso teor metafísico e ético, mas incapaz de inculcar-lhe unidade sistemática. Com o Estado moderno, a absorção do poder pelos absolutismos governantes foi correlato a uma reformula-

ção na própria idéia de direito: o direito natural, correspondendo agora mais à razão (inerente à realidade e ao mesmo tempo própria do homem), e a legislação positiva tendendo aos poucos à homogeneidade, no caminho da noção mesma de *ordenamento* (...). Enquanto o direito medieval se fundava em grande medida na tradição, o moderno passou a fundar-se na razão..."

E prossegue o Mestre a demonstrar a evolução do Estado e do direito:

"O movimento pelo direito escrito ligou-se em parte ao fenômeno da imprensa (...) e ao gosto pelas coisas nítidas e precisas, a que certos autores atribuem um caráter burguês. Ligou-se também ao fato de que era preciso unificar a ordem vigente em cada Estado, por motivos políticos e administrativos. Houve, então, isso: um Estado unificado, soberano e absoluto, provido de um ordenamento jurídico preciso e coerente.

.....

Quanto ao *poder*, parece evidente que não poderia existir o Estado sem ele.

.....

Ao dizer-se que o poder é um ingrediente ao Estado, quer-se dizer que ele faz parte de qualquer tipo de ordem política."

E prossegue NELSON SALDANHA, em magistral lição, esmiuçando o Estado (e o direito) em seus mais variados aspectos, cumprindo-nos, por exigüidade de espaço, nos reportar ao trabalho notável, em sua integralidade.

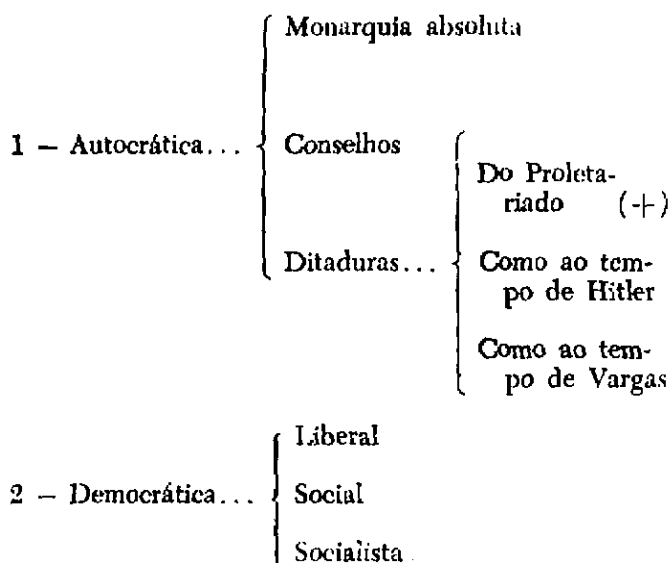
Assentado, o Estado, em suas bases e com existência definida (Estado = Ordenamento Jurídico), definido, também, seu momento *a quo*, isto é, aquele momento "em que a coletividade adquire seu estatuto e se organiza em Estado é que começa o conhecimento jurídico. O que se passou antes é problema metajurídico (MALBERG. *Teoría General del Estado*, pp. 1.167-1.169, apud LOURIVAL VILANOVA in *Teoria da Norma Fundamental*, pp. 169-170). "A gênese, ou o *processus* anterior à Constituição, nem sequer é um problema jurídico" e, portanto, não interessa. (Posicionamento bem ao gosto de Kelsen.)

Uma vez instalados o direito e o Estado, só aí é que se pode falar de completude de ordenamento e de legitimação de poder (um dos componentes do Estado, segundo a doutrina tradicional). Referência: LOURIVAL VILANOVA. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, p. 150.

Neste ponto, como parênteses, trazemos à colação um esquema sobre como pode ser a estrutura do poder, segundo magnífica preleção do

Mestre LOURIVAL VILANOVA em uma de suas aulas do Curso de Mestreado (1960):

Estrutura:



(*) Na URSS e tem o seguinte organograma:

- Povo
- Partido
- Soviet
- Presidium

E, ponto pacífico, a estrutura, seja de que tipo seja, é sempre baseada em normas (como demonstramos no momento próprio).

Com base no processo social e político é que evolui e que vai se erguendo o poder.

As normas que regem esse poder vão tomando preeminência, não sendo possível que se coloquem no mesmo nível uma norma de direito civil (que fale, por exemplo, da estrutura da família) e uma norma de direito constitucional que fale da estrutura do poder.

Assim, podemos, já, com base no que está retro-assentado, dizer do poder e de seu estabelecimento, no âmbito espacial e no dito pessoal, que tal processo (estabelecimento do poder — e do Estado) geralmente

se encontra ligado a diversas fases, a saber, conforme o próprio LOURIVAL VILANOVA (aulas):

a) *dispersão* de centros de poder (social, econômico, político, jurídico etc.);

b) *centralização* (Estado absoluto). Nesta fase já se pode falar em estratificação do poder, embora sem subordinação deste (*The King can not wrong*); no Estado absoluto, o poder emite normas, mas não se subordina às mesmas;

c) *centralização (com separação de poderes)*. Estado liberal de direito: aqui, o escalonamento já é sensível. O direito se organiza, o Estado é superior, não há o absolutismo da segunda fase;

d) *centralização do poder estatal (com separação de poderes e participação dos indivíduos no poder)*: Estado democrático — como na Revolução francesa, com apoteose da Constituição. A nação, conjunto de indivíduos livres, detém o poder constituinte — realidade que caracteriza o Estado democrático. Donde poder dizer-se que: DEMOCRACIA é a relação entre o poder e o povo. (No momento em que o povo escolhe um dos poderes, já, aí, está a democracia.) Nesta realidade, é de se considerar, também, a seguinte relação: relação de poder = titular do poder/destinatário do poder.

Quando estudamos KELSEN, parece-nos, à primeira vista, que o mesmo ignora a evolução do fenômeno estatal, a gênese e história do Estado. Não é, todavia, verdadeira a observação. Em realidade, KELSEN estuda o direito já formado e elaborado, não lhe cabendo, pois, estudar dita evolução, que seria tarefa da História (como demonstramos, em momento próprio, ao falarmos da pureza metodológica de sua *Teoria Pura do Direito*). KELSEN, em sua *Teoria Pura*, faz lógica, não história. E lógica jurídica, sem se esquecer que, se o Estado começa com a Constituição, esta não surge num, digamos, “estalo”, cerebralmente, momentaneamente, sim como fruto da evolução histórica. E quando falamos de Constituição, estamos nos referindo a normas constitucionais, como, por exemplo, o “Bill of Rights”, que continha normas de limitação de poder, entre outras, daí seu caráter constitucional.

O primeiro passo para se compreender KELSEN é saber-se que ele não faz história ou política (onde há, também, um *dever-ser* que não é lógico, sim axiológico), todavia lógica jurídica (na qual existe um *dever-ser* verdadeiramente lógico).

A bem da verdade, na *Teoria Pura do Direito*, devem ser eliminadas, não só as explicações causais (porque a *causalidade* é específica do mundo natural, o universo do SEIN, distinguindo-se, pois, da *imputação* que é peculiar ao universo do SOLLEN) como, também, perquirições de cará-

ter teleológico e axiológico, típicas da ética, da política e da história, planos de ação e gnoseológicos bem distintos do plano jurídico. Como afirma o emérito LOURIVAL VILANOVA in *Sobre o Conceito de Direito*, numa magnífica caracterização da perspectiva logicística de Kelsen, este "constrói uma *axiomática* no mundo do direito", sendo, assim, "a Teoria Pura (...) uma teoria lógica".

Assim, quando na teoria geral da Constituição, afirmamos que o Estado começa com a Constituição, tomamos o Estado já pré-formado, estabelecendo um corte na evolução histórica, afastando, pois, a história e a gênese do Estado, e pinçando, para base de estudo, o direito posto, a norma jurídica formalmente elaborada.

Desse modo, com todos esses precedentes, podemos partir para o entendimento de Kelsen e observar que o ordenamento jurídico, formado hierarquicamente, é produto da evolução histórica e política, embora se considerando um dado momento, e sob dada Constituição, a ocupar o vértice da pirâmide representativa de dado ordenamento, a mesma Constituição à qual se refere BIDART CAMPOS (*op. cit.*, p. 13). (*El Derecho Constitucional del Poder*, p. 13):

"La Constitución del Estado consiste en un ordenamiento jurídico-político, y se equipara al régimen político que da solución a la convivencia territorial de una comunidad. La constitución como modo estructural de ser del Estado, es una realidad normativa, o, como se puede decir, de todo el mundo jurídico, una forma de vida social que tiene carácter normativo."

Como ratifica LEGAZ Y LACAMBRA, "el derecho es vida en forma y forma de vida; es vida social de forma normativa" (*Filosofía del Derecho*, p. 187).

2. O direito e o Estado vistos por Kelsen

Adverte BURDEAU (*Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, pp. 28 e segs.):

"Le problème des rapports entre L'État et le droit est un de ceux qui n'ont cessé de solliciter l'attention des juristes et même de susciter la passion des foules lorsqu'elles croyaient encore aux idées (voy. L. LE FUR, *Les Grands Problèmes du Droit*, Sirey, 1938; R. MASPÉTIOL *La Société Politique et de Droit*, 1957).

L'antagonisme entre l'État et le droit n'est pas normal. Observons d'abord qu'il ne pose pas une vaine question d'étiquette ou de prestige pour l'un ou l'autre des éléments qu'il réunit; et pas

davantage il n'implique l'existence entre eux d'une irréductible opposition. C'est un problème qu'il convient de résoudre et non un débat qu'il faut entretenir.

Selon une certaine doctrine — le positivisme juridique —, ce problème ne se poserait pas puisque, selon elle, il n'y aurait de droit que les règles régulièrement édictées par les organes de l'État AVOY M. WALIME — “Défense du Positivisme Juridique” — *Arch. de Philos. du Droit*, 1939, 1^o, p. 82). *Dans ces conditions le droit tout entier étant une création de l'État, aucune opposition entre eux n'est concevable.*” (Nossos os grifos.)

À tese positivista a maioria dos juristas da época responderam, condenando-a pela estreiteza de assento atribuída ao direito. Sob diversas denominações (d. natural, d. objetivo, d. racional...) os autores afirmam a existência de um direito anterior e superior ao Estado. Ainda que verdadeira a antítese, seria preciso que se demonstrasse o antagonismo entre Estado e direito. A idéia de antagonismo que domina as idéias gerais admitidas no caso. Concebem, assim, os autores, Estado e direito como duas noções estanques e em planos diferentes e cuja harmonia seria, apenas, efeito de uma feliz coincidência. O direito, conjunto de normas proviria do mundo das idéias, enquanto que o Estado seria do domínio dos fatos. Seguramente não faltou quem opinasse que o Estado é subordinado ao direito, no sentido de que os governantes foram levados a se inspirar em regras superiores, inscritas sobre uma ideal tábua de leis. Mas, como se essa subordinação depende da docilidade dos órgãos do Estado, ela é apenas acidental. À vista disto, responde o próprio BURDEAU:

“Or non seulement cette conception est fautive, mais encore elle est dangereuse. Fautive car l'État et le droit n'appartiennent pas à des mondes imperméables l'un à l'autre; dangereuse, car en assignant à l'État un rôle qui n'est pas le sien, elle dénature la fonction politique et, par là, la discrédite.

En réalité, l'État est une forme de pouvoir et le pouvoir n'est pas une force étrangère au droit,” sendo o Estado instrumento de realização da idéia de direito.

Desta ou daquela forma, certo é que Kelsen aceita o desafio do tema e o insere em sua *Reine Rechtslehre*, desenvolvendo-o à luz e dentro do espírito daquela pureza metodológica.

“Coloca Kelsen o Estado no âmbito da normatividade pura do SOLLEN e não do SEIN, regido pelas leis teleológicas (leis de fins) e não pelas leis da causalidade (leis da natureza ou do mundo físico). Sua doutrina sobre a essência do Estado se condensa nisso: “O Estado é um sistema geral e completo de normas jurídicas, é o *todo jurídico*, é o *uno jurídico*, como

Deus é o mundo e o mundo é Deus" (BONAVIDES. Formas de Estado e Governo. *Curso de Introdução à Ciência Política*, p. 48).

O ponto de vista de que o direito é o determinador da sociedade parte de juristas ciosos do poder das normas e das formas jurídicas, tendo como fundamento tal ponto de vista, uma extrema logicidade: é que o direito é, por definição, o regulador coativo da vida social. Tal enfoque não é propriamente kelseniano, todavia, de várias doutrinas que, "mesmo sem o afirmarem expressamente, consideram o direito como algo mais que um mero reflexo do social, ou melhor, como, ao invés, o molde ativo que condiciona a vida social" (NELSON SALDANHA, "A Sociedade e a Constituição." *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, v. III, nº 5, 1959, p. 224). Comungam com esse enfoque ideal ROSCOE POUND, KELSEN, STAMLER e outros, não que eles ignorassem o influxo social sobre as leis, mas por considerarem o direito como portador de um sentido "irredutível, autônomo, uma originariedade ôntica", nas palavras de NELSON SALDANHA (A Sociedade...), essencialmente impositiva ao corpo social.

Para KELSEN, como dito, ESTADO e DIREITO são uma realidade única, entendendo-se, pois, o ESTADO como ordem jurídica, também como pessoa jurídica, atuando através de seus órgãos, sempre fiel à base de sua Teoria, que é a imputação (relação de *dever-ser*), promanando do Estado, via de sua atividade normativa, a relevância de certas ações humanas. Como preleciona ADERSON DE MENEZES (*op. cit.*, pp. 64 e segs.), ao tratar do Estado à luz da Teoria da Imputação, "HANS KELSEN (...) forjou sua discutida doutrina para estabelecer um critério mercê do qual certas ações humanas não se atribuem ao homem que as efetua, porém são imputadas a outro ente suposto, a um sujeito ideal que supomos, de certa forma, por detrás desse indivíduo, numa palavra, ao Estado. Diz textualmente o chefe da Escola de Viena: "Para chegar ao conceito do Estado como suporte ou tal sujeito desses atos, é indispensavelmente preciso uma operação mental que designarei com o nome de *imputação* (Zurechnung). Só chegamos ao Estado em tal sentido mediante esse juízo da imputação. O Estado, como sujeito de atos estatais, é um *centro de imputação*" (Compêndio de Teoria General del Estado, p. 116).

Assim é que KARL LARENZ (*Metodologia da Ciência do Direito*, p. 92), ao se referir ao Mestre de Viena, afirmou que "... é certo que para KELSEN o Estado se identifica como uma ordem jurídica que "institui certos órgãos que funcionam em regime de divisão de trabalho para a produção e execução das normas que o compõem" (RR, p. 289). Com a afirmação de que o Estado produz ou garante o direito, "descreve-se apenas, imageticamente, o fato de certos homens, determinados pela ordem jurídica por um processo regulado por esta última e, por isso, na qualidade que esta última lhes empresta, de órgãos da comunidade constituída por essa ordem jurídica, criarem, aplicarem e executarem com força de coerção normas de direito" (FG, p. 155). Como *portador* de direitos e deveres,

ou pensando como *pessoa jurídica*, o Estado pertence tão pouco ao mundo do ser como a pessoa individual sendo, como esta, “apenas um modo de exprimir a unidade de um complexo de normas”, designadamente “a personificação da ordem jurídica” (RR, p. 319), (FG, p. 156). Atente-se em que de novo aqui não se atribui ao Estado relação intrínseca alguma com valores de qualquer espécie, nomeadamente o valor justiça. Pois: “Do ponto de vista de um positivismo jurídico conseqüente, não pode o direito, do mesmo modo que o Estado, ser conhecido senão como uma ordem coercitiva do comportamento humano, nada se dizendo, com isso, sobre o seu valor moral ou o seu valor de justiça (RR, p. 320).” (Nossos os grifos.)

Não há dúvidas, sendo ESTADO e DIREITO, ambos, fatos evidentes que são, se ajustam e se completam, não subsistindo um sem o outro: a existência estatal não prescinde da norma jurídica, que lhe regula o atuar, do mesmo modo que esta não dispensa aquela.

Assim, ESTADO e DIREITO se vinculam incontestavelmente, aquele juridicamente ordenado sob o pálio legal de uma Constituição.

Enquanto que para a teoria dualística o que se corcebe é o Estado e o direito como duas realidades distintas, embora independentes, para o monismo ESTADO e DIREITO se identificam. Na unidade de seu princípio reduz os dois fenômenos a uma só entidade. Estado e Direito *sunt unum et idem*. Tal é o posicionamento de KELSEN em sua *Reine Rechtslehre*, elaborada neste século e consagrada pela chamada Escola de Viena a que se filiam VERDROSS e MERKL e cuja aspiração era a de depurar a ciência jurídica, o direito, enfim, libertando-o de elementos estranhos, obedecendo a rigorosa pureza metodológica para colimar o seu objetivo, e a razão pela qual recebeu a denominação de PURA “radica no fato de ela se propor, como única finalidade, obter um conhecimento preciso do direito, e de poder excluir desse conhecimento tudo quanto, rigorosamente, não caiba dentro daquilo que, em verdade, merece o nome de direito” (KELSEN — *Teoria Pura do Direito*).

KELSEN — e, aí, com ele concordamos — adotou, em sua *Teoria*, posição assaz coerente e fiel ao direito, buscando dar cobro à situação criada por certos juristas da época, os quais, penderes a um sociologismo, desnaturaram a ciência do direito pela mistura levada a efeito com a psicologia, a biologia, a ética e a teologia, havendo, por extremo, a corrente sociológica liderada por AUGUSTO COMTE buscado colocar o direito como mero departamento da sociologia, posto que, para tal corrente do pensamento, a norma jurídica não passava de reflexo e resultado da realidade social e adstrita a normatividade, a condicionamentos sócio-culturais, como, até hoje, pretendem os sociologistas do direito, a exemplo do consultado F. A. de MIRANDA ROSA (*Sociologia do Direito*) que, em vários pontos de sua obra, é taxativo em afirmar que o direito é um mero sub-

produto da atividade social, embora, introdutoriamente assevere que “o nosso é um trabalho de abertura de frentes de investigação. Um convite à reflexão e, sobretudo, à pesquisa” (p. 18).

KELSEN abandona qualquer contato com a sociologia que, investigando fatos e suas relações na vida humana, é especulativa, enquanto que o direito, estabelecendo regras de conduta, é exclusivamente normativo. Cumpre, então, distinguir duas categorias originárias: o *ser* (*sein*) e o *dever-ser* (*sollen*), aquela no mundo da natureza, regida pela lei da causalidade (sendo A, é B) e este no campo das normas de conduta (sendo A, deve ser B, ainda que não seja B — campo da imputação).

Assim é que, como observa A. L. MACHADO NETO:

“A babel epistemológica que o socialismo eclético instalou no plano da ciência jurídica teve de, necessariamente, provocar uma reação purista. Tal foi o intento de HANS KELSEN, criador genial da teoria pura do direito.

Observando a tendência da moderna ciência do direito para fundir-se com a sociologia, por um lado, ou para identificar-se — em sua expressão jusnaturalista — com a filosofia jurídica, KELSEN submete-a a uma dupla purificação que a deixa equidistante dessas duas disciplinas limitrofes.

Da filosofia jurídica, como da política e da moral, a teoria pura distingue a ciência do direito, porque esta deseja conhecer o direito como ela é — tal como faz a ciência com seu objeto — e não como deve ou deveria ser, perspectiva valorativa que se enquadra na filosofia.

Da sociologia, como de todo outro conhecimento de objetos reais, a ciência do direito estaria separada pela nítida distinção que KELSEN estabelece entre causalidade e imputação, *ser* e *dever-ser*” (MACHADO NETO, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 42).

Da reação de KELSEN resultou, também, como sorte do dualismo tradicional, ESTADO/DIREITO, a unificação de ditos conceitos. Esta é uma conseqüência essencial do purismo kelseniano pelo qual o ESTADO não pode ser visto, conforme a ciência jurídica, nem como realidade social (natureza, *ser*, causalidade), como o entende a sociologia, tampouco como sistema ideal (valor) de organização e governo como quer a filosofia política ou a ética. Face ao purismo metodológico-jurídico, o Estado somente pode ser entendido como a ordem jurídica, embora nem toda ordem jurídica equivalha a um Estado: para KELSEN só quando a ordem jurídica estabeleça certos órgãos especiais para criação e aplicação das normas que o formam é que se pode falar em Estado. Assim,

Estado e direito identificados, constituem um sistema normativo, a ordem jurídica.

Deste modo, "constituindo a teoria pura como uma teoria do direito positivo (são palavras iniciais de sua obra mais celebrada), conseguiu Kelsen escapar dos naturalismos e dos psicologismos, bem como do historicismo e do jusnaturalismo. Sua identificação da idéia de direito com a de Estado, possível apenas numa perspectiva juspositiva, permitiu-lhe a descrição do ordenamento como conjunto escalonado de normas, e a das normas como função de um sistema lógico de competências" (NELSON N. SALDANHA. "Situação Histórica da Teoria Pura do Direito", *Anuário do Mestrado em Direito*, pp. 100/101).

A *Teoria Pura do Direito*, então inovando doutrinariamente, se atira a soluções teóricas para importantes problemas, dentre eles a relação entre Estado e direito, de que ora nos ocupamos e que o Mestre de Viena, após combater ferrenhamente o dualismo tradicional de Estado e direito, sintetiza do seguinte modo:

"Mas logo que se reconheça — como faz a teoria jurídica pura — que o Estado é uma ordem de coação da conduta humana, e logo que se demonstre — como também faz a mesma teoria — que esta ordem de coação não pode ser uma ordem diferente da jurídica, porque numa comunidade não há, nem pode haver, mais do que uma só ordem de coação que a constitua, demonstra-se, também, que qualquer manifestação vital do Estado, qualquer *ato estatal*, tem que ser um ato jurídico, pois nenhuma ação humana pode ser qualificada de ato estatal senão tendo por base uma norma jurídica, em virtude da qual, por outro lado, se imputa essa ação ao Estado, quer dizer, à unidade da ordem jurídica; e demonstra-se, finalmente, que o Estado, como pessoa, não é mais do que a personificação da ordem jurídica, e que o Estado, como poder, é a eficácia dessa ordem. Desse modo, desaparece o dualismo de Estado e direito, revelando-se como uma das inúteis duplicações devidas ao fato de o conhecimento hipostatizar a unidade do objeto por ele criada: e o conceito de pessoa é, apenas, uma destas expressões unitárias. Encarado sob o ponto de vista puramente ideológico, o dualismo de Estado e direito corresponde ao dualismo, igualmente contraditório, de Deus e mundo. No campo do direito político e da teoria do Estado, seguem-se as pegadas da ideologia teológico-religiosa, que apresenta coincidências essenciais com o atual pensamento acerca das relações entre o Estado e o direito. Mas é totalmente impossível que o direito justifique o Estado: pense-se na identidade de ambos, recorde-se que o direito, o direito *positivo* que não pode identificar-se com a *justiça*, é a mesma ordem de coação que constitui o Estado tal como se apresenta ao conhecimento, rasgando o véu

da personificação, e não querendo contentar-se com imagens antropomórficas, quer chegar a captar as relações reais que existem entre os homens. Igualmente é impossível justificar o direito pelo direito, a não ser que, num caso, se empregue esta palavra para designar o direito positivo, e no outro se aplique no sentido de direito justo, de justiça. No fim de tudo, o desejo de legitimar o Estado como Estado de direito é totalmente estéril, visto que qualquer Estado é, por natureza, um Estado de direito: supondo que o direito não é mais do que uma ordem coativa da conduta humana, prescindindo do seu valor de moralidade ou de justiça. E esta suposição tem que fazê-la, também, o positivismo (o qual é a condição das teorias das duas naturezas e da *autolimitação* do Estado). Por conseqüência, não é possível conceber o Estado nem mais nem menos juridicamente do que o direito, o qual, como conteúdo espiritual objetivo, é ordem, e, portanto, objeto do conhecimento jurídico normativo. Como ato psicofísico motivado e motivador de outros, é poder (poder jurídico) e, como tal, objeto da psicologia social ou da sociologia" (KELSEN, *Teoria Pura do Direito*).

A respeito, observa NELSON SALDANHA, in *O Estado*, *op. cit.*, p. 16:

"Esta terceira opinião" (a de que Estado e direito são a mesma coisa) "corresponde, de certo modo, a um aspecto da chamada *teoria pura do direito*, elaborada por HANS KELSEN a partir de 1911 e complementada por MERKL, VERDROSS, KURT e alguns outros. Adotando uma epistemologia de origem kantiana (à qual adicionou componentes neopositivistas e fenomenológicos), KELSEN procurou excluir da ciência jurídica e da teoria do direito todos os elementos e aspectos ligados a outras perspectivas científicas, construindo uma imagem do direito despojada de traços filosóficos, ideológicos, psicológicos, sociológicos, políticos. Esta imagem foi obtida sobretudo com base na noção de norma, sendo o direito entendido como um sistema de normas. Encarando o Estado sob o prisma jurídico, KELSEN procurou também reduzir seu estudo a um enfoque normativo: o Estado seria uma ordem de competência, correlata a um sistema de órgãos constitucionalmente vinculados a ela.

Apesar da inegável relevância da chamada teoria pura, que teve seu influxo maior entre os anos 30 e 60 do corrente século, parece-nos que seu interesse é sobretudo metodológico, e que a perspectiva histórica demonstra com enorme evidência a necessidade de considerar o Estado e o direito como duas coisas distintas: eles possuem trajetórias diversas, e assumem vez por outra sentido diferente, senão mesmo oposto, em certos períodos."

Ao monismo de KELSEN opõem-se principalmente duas outras doutrinas, de caráter dualista: aquela que entende que, sendo o direito e o

Estado duas realidades distintas, aquele é anterior a este; a outra, que é o Estado anterior ao direito e o seu grande criador.

Os juristas dogmáticos, embora recentes em sua construção teórica, são considerados por muitos como superados em sua sustentação fundamental de que "nem o Estado é anterior ao direito, nem este àquele, pois ambos se identificam".

Dentre os que assim pensam se relaciona o conceituado ADERSON DE MENEZES que entende, ainda, com FISHBACH que, apesar de tudo, não é de se negar mérito à teoria do sábio de Viena e que "a identificação do Estado com o direito tem, entre outras, esta importância: a de iluminar de maneira nova o conceito de Estado de direito", sendo o mérito de KELSEN o de "haver inspirado, mediante uma nova idéia, renovado e dado interso impulso à Teoria Geral do Estado" (FISHBACH, *Teoria General del Estado*), certo, porém, que KELSEN formou Escola e certo, ainda, que sua doutrina, se não aceita integralmente hoje, deu margem a inúmeras formulações teóricas vicinais e, via de regra, inspiradas na Teoria Pura, como é o caso de WILHELM SAUER para quem ESTADO e DIREITO são conceitos paralelos, entendendo que "em realidade, nem o direito é imaginável sem o Estado, nem o Estado sem o direito; logicamente, ambos são dados simultâneos". Para SAUER, "o Estado é a comunidade sedentária" (e, aí, note-se, seu conceito, diferentemente do de KELSEN, é eminentemente sociológico) "submetida a um ordenamento e dotado de poder coativo supremo; o direito é o ordenamento de uma comunidade sedentária" (o Estado, pois) "dotado de poder coativo supremo. Logo, materialmente, Estado e direito coincidem" (não se confundem, como em KELSEN); "só diferem suas idéias mais elevadas" (isto desconhece KELSEN que, rechaçando todo o ponto de vista sociológico, equipara DIREITO e ESTADO, entendendo o Estado como norma, como sistema de normas, como ordenamento) (SAUER, WILHELM. *Filosofía Jurídica y Social*, p. 193.) Deste modo, SAUER não equipara ou identifica Estado e direito. Apenas joga com palavras equivalentes. Embora sua doutrina, como dito, tenha se inspirado na *Teoria Pura*, pelo menos, como esta, para reunir, de algum modo, ESTADO e DIREITO, porém nunca de maneira tão profunda como fez KELSEN que, do ponto de vista jurídico-formal, entende, em suma, que "cada Estado é um sistema" na expressão de LOURIVAL VILANOVA (*As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*, p. 108). E como sistema, corresponde ao próprio direito (Para KELSEN, o direito é a norma, ou melhor, um sistema de normas, uma ordem normativa), e, assim, um contínuo homogêneo (pois norma vem de norma), hermético (pois a norma só encontra seu fundamento em outra norma), como aprendemos em LOURIVAL VILANOVA ("*Teoria da Norma Fundamental*", *Anuário do Mestrado em Direito*, p. 141), o que é ratificado pelo mesmo Jusfilósofo (*As Estruturas...*, p. 123) ao afirmar que "o direito positivo estatal já contém, como constituinte ontológico seu, certo *quantum* de unidade, e que a mutação histórico-social do direito leva um certo *quantum*

de homogeneidade, cujo termo-limite conceptual é um único sistema de normas jurídicas positivas...”

A posição kelseniana está longe de ser isolada. Já antes CARRÉ DE MALBERG (apud DARCY AZAMBUJA, *Teoria Geral do Estado*, p. 114), fiel ao seu positivismo jurídico (como KELSEN, exatamente), considerava uma inutilidade para o jurista a perquirição de circunstâncias e causas determinantes do nascimento do Estado, tampouco os aspectos axiológicos da existência deste. Analisando as diversas teorias sobre a origem do Estado, CARRÉ DE MALBERG sustentou que “de tudo o que precede, ressalta finalmente que o Estado deve antes de tudo sua existência ao fato de possuir uma Constituição. Eis por que é permitido dizer, em última análise, que o nascimento do Estado coincide com o momento preciso em que ele é provido de uma Constituição” (*Théorie Générale de l'Etat*, I, pp. 64-66), pouco importando o modo como o poder se formou, como as pessoas que o exercem foram designadas, sendo certo que, a partir do momento em que a coletividade estatal se organiza e possui órgãos que querem e agem por ela (que, como demonstra MAURICE DUVERGER, *Os Regimes Políticos*, p. 29, a estrutura desses órgãos é que vai determinar o tipo de regime) o Estado é uma realidade insofismável. Existe, não influenciando sobre sua existência as mutações constitucionais que se seguem, tampouco a forma de governo: o Estado nasceu e subsiste através dos tempos apesar de todas as mudanças pacíficas ou revolucionárias. O ponto de vista, em resumo, é exatamente o formal de KELSEN, exclusivamente jurídico, representando o momento legal em que o Estado começa a existir como organização de direito, embora seja difícil e nem sempre possível fixar-se esse momento, salvo no caso de Constituições escritas, promulgadas por uma assembléia ou outorgadas por um governo, sendo por isso que diversos autores, embora inclinados ao aceite desta teoria, preferem admitir como momento do nascimento jurídico do Estado aquele em que ele é reconhecido pelas demais potências.

3. Conclusões

a) Motivado pela contaminação sofrida pela ciência do direito (que alguns autores impregnaram de conceitos de várias ciências, até mesmo das ligadas ao princípio da causalidade), rebelou-se KELSEN e lançou a sua *Teoria Pura do Direito*, ligada a um princípio bem diverso, a da imputabilidade, como uma resposta ao estado de coisas à época vigente.

b) Em sua *Teoria*, KELSEN, obedecendo a rigorosa pureza metodológica, elimina toda uma gama de dualismos adotada tradicionalmente e, entre essas dicotomias, suprime a envolvente do DIREITO/ESTADO, sustentando que o Estado e o direito são a mesma coisa, sendo certo que, quando se falava de Estado, comumente se queria dizer de um grupo de homens e órgãos que, com a qualidade de funcionários, cumpra certas tarefas inerentes ao governo da comunidade, enquanto que o direito

é o conjunto de normas que regem tais órgãos estatais. Em realidade não é o Estado senão um somatório de direitos e deveres vigentes na comunidade. Digamos que o Estado vem a ser a personificação última que realiza o direito. O ato estatal não se imputa a seu autor, isto é, ao funcionário, mas a um sujeito que se encontra, por assim dizer, por trás deste, "o Estado em sua qualidade de atos estatais é precisamente a personificação de uma ordem jurídica e não pode ser definido de outro modo". "A pessoa jurídica do Estado tem, pois, exatamente, o mesmo caráter que as demais pessoas jurídicas." "Como expressão da unidade de uma ordem jurídica, é um ponto de imputação." Da atribuição ao Estado do caráter de pessoa é que decorre, para Kelsen, a elisão do dualismo tradicional.

c) Para Kelsen qualquer Estado é Estado de direito.

d) A identificação feita por Kelsen da idéia de direito com a de Estado, que lhe permitiu descrever o ordenamento como conjunto escalonado de normas — e das normas como função de um sistema lógico de competências —, só é possível numa perspectiva juspositiva, numa ótica lógica, jamais numa perspectiva global, gnoseológica, jungida a valores e a outros dados empíricos (históricos, sociológicos, políticos, econômicos). Tais dados seriam incompatíveis com a *Teoria Pura*, embora esses dados, a nosso ver, é que iriam fornecer a global visão e compreensão do fenômeno jurídico. A *Teoria Pura* dá, sim, uma visão parcial, do ponto de vista do conhecimento, apenas uma visão do trecho que fica entre a realidade legislativa e a realidade jurisprudencial. É nesse trecho da realidade que Kelsen situa a unidade monolítica ESTADO/DIREITO, no campo do Solle, desprezado, pois, o campo do Sein.

BIBLIOGRAFIA

- 1 — ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11ª ed., SP, Saraiva, 1976.
- 2 — AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 2ª ed., Globo, 1951.
- 3 — BIDART CAMPOS, Germán J. *El Derecho Constitucional del Poder*. B. Aires, Ediar, 1967, t. 1.
- 4 — BONAVIDES, Paulo. *Formas de Estado e Governo. Curso de Introdução à Ciência Política*. Brasília, 1979, v. IV.
- 5 — BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 5.ª édition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1959.
- 6 — CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6ª ed., Lisboa, Coimbra Editora Ltda., 1972, t. 1.

- 7 — COSSIO Carlos. Prefácio à edição argentina da *Reine Rechtslehre* (*Teoria Pura del Derecho* — Kelsen). Buenos Aires, Losada, 1941.
- 8 — DUVERGER, Maurice. *Os Regimes Políticos*. 2ª ed., SP, Difel, 1966.
- 9 — FISHBACH, Oskar Georg. *Teoria General del Estado*. Barcelona, Labor, 1949.
- 10 — GIORDANI, Virgilio. *Studio sul Concetto di Stato*. Milano, Giuffrè, 1975.
- 11 — Kelsen, Hans. *La Teoria Pura del Derecho*. Trad. Jorge G. Tejerina. Buenos Aires, Losada, 1941.
- 12 — ——— *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed., Trad. de João Baptista Machado. Coimbra, Arménio Amado Ed. Suc., 1979.
- 13 — LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.
- 14 — LEGAZ y LACAMBRA. *Filosofia del Derecho*. Barcelona, Bosch.
- 15 — MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 2ª ed., SP, Saraiva, 1973.
- 16 — MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 8ª ed., SP, Sugestões Literárias, 1974.
- 17 — MENEZES, Aderson. *Teoria Geral do Estado*. Rio, Forense, 1959.
- 18 — MIRANDA ROSA, Felipe Augusto de. *Sociologia do Direito*. 3ª ed., RJ, Zahar, 1974.
- 19 — PEDROSA, Bernardette. Dois estudos sobre Kelsen. *Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco*. Recife, v. XXI, nº XXI, 1977.
- 20 — SABATÉ, E. Fernández. La Teoria Pura del Derecho. *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Argentina, Universidad Nacional de Tucumán, nº 13, 1963.
- 21 — SALDANHA, Nelson Nogueira. A situação histórica da teoria pura do Direito. *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife, UFPE, 1978.
- 22 — ——— *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, jan./mar., 1977.
- 23 — ——— A Sociedade e a Constituição. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, v. III, n. 5, 1959.
- 24 — ——— O Estado. *Curso de Introdução à Ciência Política*. Brasília, v. IV, 1979.
- 25 — SAUER, Wilhelm. *Filosofia Jurídica y Social*. Barcelona, Labor, 1933.
- 26 — VILONAVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. SP, Edt. Rev. dos Tribunais, 1977.
- 27 — ——— Teoria da Norma Fundamental (Comentários à margem de Kelsen). *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife, UFPE, 1977.
- 28 — ——— *Sobre o Concetto de Direito*. Recife, Imprensa Oficial, 1977.

O Ministério Público e a representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual

JOÃO PAULO ALEXANDRE DE BARROS
Procurador da República em Brasília

SUMÁRIO

1. Elementos históricos do controle da constitucionalidade das leis
2. O controle da constitucionalidade no direito comparado
3. O controle da constitucionalidade no direito brasileiro
4. Natureza jurídica da representação por inconstitucionalidade de lei em tese
5. Legitimidade. A função do Procurador-Geral da República
6. Assistência na representação por inconstitucionalidade: não cabimento
7. Aditamento da representação: possibilidade
8. Medida cautelar em representação por inconstitucionalidade
9. Conhecimento, prejudicialidade e julgamento da representação
10. Fundamentos jurídicos da declaração de inconstitucionalidade
 - a) Verificação do vício da inconstitucionalidade: por confronto direto com o texto constitucional; vício formal e material
 - b) Aplicabilidade dos métodos de interpretação
 - c) Vício por malferimento ao regime da legalidade
11. Exame de questão de fato em representação por inconstitucionalidade
12. Exame da *questio iuris interna corporis*
13. Eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

A legitimidade ativa para a representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo editados nas esferas políticas da União federal e dos Estados-Membros pertence ao Procurador-Geral da República. Se ele a tem como Chefe do Ministério Público Federal ou como Advogado Oficial é assunto que pretendo tratar em item próprio do seguinte roteiro que me proponho desenvolver com as limitações de minha deficiência neste universo que é o direito e perante os colegas, a cujo saber reverencio.

Este o roteiro da exposição, que tem por objeto aspectos práticos segundo o trabalho diuturnamente desenvolvido, na Procuradoria-Geral, em colaboração com o Supremo Tribunal Federal, embora rebordada com o que me parece indispensáveis e superficiais elementos históricos, além de considerações sobre direito comparado.

1. Elementos históricos do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis

O controle da constitucionalidade das leis delineia-se na segunda metade do século XVIII, na Europa, com a decadência do "ancien régime", germinadas e desenvolvidas que foram as idéias de THOMAS HOBBS (1588-1679), JOHN LOCKE (1632-1704) e do Barão de MONTESQUIEU (1689-1755). Com efeito, é a partir da Revolução francesa, arraigada a consciência dos direitos individuais e da organização do Estado, segundo a vontade soberana do povo, que surge a doutrina do controle.

Na mesma época e também por inspiração dos mesmos filósofos, mas onde se acrescenta o ingrediente do colonialismo, surge no Novo Mundo a construção jurisprudencial do controle da constitucionalidade depois da Declaração da Independência dos Estados Unidos, a 4 de julho de 1776.

Antes desse momento histórico, um fato de época remota nos faz identificar o que seria uma forma helênica de controle da "constitucionalidade": entramos na Grécia de ARISTÓTELES, orientados pela pena de CÂNDIDO DE OLIVEIRA NETO, Procurador-Geral da República no Governo Juscelino Kubitschek, reproduzindo historiadores e enciclopedistas clássicos da França:

"ARISTÓTELES foi (...) o primeiro constitucionalista, o primeiro que escreveu sobre Constituições gregas e as comentou, por assim dizer, certo que sua obra — *A Constituição de Atenas* (Athenaion Politeia), é a única que restou, mas ele escreveu sobre nada menos de 158 Constituições de Estado gregas.

Na **Política**, ARISTÓTELES escreveu: “Por Constituição entende-se uma ordenação da cidade com relação às magistraturas, ao modo de distribuí-las, à atribuição da soberania, à determinação dos fins de cada associação. As leis, ao contrário, são fundamentalmente distintas da Constituição, por quanto têm por fim prescrever aos magistrados normas para o exercício do império e normas para punição dos criminosos” (Livro IV, nº 1.289-a, na tradução de JOÃO OLIVEIRA FILHO, verbete **Constituição**, deste **Repertório**). “Constituição é a organização de cargos, que os cidadãos distribuem entre si, de acordo com o poder que cada classe possua, por exemplo, a rica e a pobre, ou de acordo com os princípios de igualdade que incluem a ambos” (Livro IV, 1.290-a). Constituição é o arranjo das magistraturas do Estado, especialmente as mais altas de todas. O Estado é soberano. O governo é a Constituição” (VII-6). Apesar da longa noite da história, as palavras e os conceitos não são muito diversos das generalizações modernas — diz CÂNDIDO DE OLIVEIRA NETO, cotejando-as com os conceitos de JULIEN LAFERRIERE, **Manuel de Droit Constitutionnel**.

Para o controle de constitucionalidade, segundo ARISTÓTELES, **Constituição de Atenas** (texto de GEORGE MATHIEU e BERNARD HAUSSOULLIER, Coleção **Les Belles Letres**, 1952, vol. 2, nº 4), teria Drácon instituído o **Areópago**, tribunal incumbido da “guarda das leis e da vigilância do cumprimento das leis pelos magistrados”. PLUTARCO (**Vida de Sólon**, nº XXIV, na trad. de RICARD, Paris, 1861, vol. I, p. 204), atribui tal criação a SÓLON, sendo certo, porém, que é possível conciliar ARISTÓTELES com PLUTARCO, porque, segundo a narração deste, SÓLON teria aumentado, apenas, o Tribunal draconiano, criando nele uma segunda seção, incumbida da “surintendence universelle, et la garde des lois” (trad. PIERRON).

.....

Realmente, narra SEGUNDO V. LINHARES QUINTANA, **Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional Argentino Y Comparado**, Buenos Aires, 1953, coluna I, p. 251, com base em outro trabalho seu (**La Justicia Popular en Grecia**, p. 18) e, em G. GLOTZ, (**La Ciudad Griega**, Barcelona, 1929, pp. 161-162), EFIALTES, chefe do Partido Democrático, em 426 a.C., retirou ao Areópago tais atribuições. As conseqüências foram danosas, e, então, PÉRICLES instituiu uma ação especial, de caráter mais criminal do que civil, a **graphé paranómon ou paranómon graphé** (PIERRE LAVÉDAU, ob. cit., vb. “Illegalité”), que seria, como diz QUINTANA, “acción criminal por inconstitucionalidad”, ação esta da qual diz

GLOTZ, citado por QUINTANA, "Puso la ley por encima de los caprichos populares y de las luchas civiles, autorizando a todo ciudadano para actuar en su defensa como acusador y aplicando sanciones capitales como garantia de su soberania".

ARISTÓTELES (Politeia) refere-se numerosas vezes à "graphé paranómon" (cap. XXIX, nº 4, cap. XLIV, nº 4 e LIX, nº 2).

Mediante tal expediente, exercia-se, em verdade, um **controle de legalidade da lei**, que é, ao cabo das contas, aquilo em que consiste o **controle de inconstitucionalidade**.
....."

(CÂNDIDO DE OLIVEIRA NETO, verbete "Representação de inconstitucionalidade" in **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, organizado por J. M. CARVALHO DOS SANTOS).

Retornando desse longo hiato histórico, e reingressando nos fins do século XVIII e começo do século XIX, temos que, aí, já era pacífico que toda a organização institucional repousaria sobre a base indiscutível que havia estabelecido a Revolução francesa, mediante o item XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

"Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está em segurança, nem a separação dos Poderes determinada, não tem Constituição."

JORGE REINALDO A. VANOSSI, constitucionalista argentino, em obra magistral de cunho científico, intitulada **Teoría Constitucional** (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, v. II, p. 77) dedica um capítulo a reflexões sobre a função judicial e, especialmente, acerca do papel institucional que cumpre à Corte Suprema. Parte da questão — que propõe — de examinar as causas que levam a considerar, tanto na Argentina, como em outros países da América Latina, o mais alto Tribunal mais um Tribunal do que um Poder de Estado, quando na realidade o modelo do qual se parte — que é o modelo institucional norte-americano — pretendeu, em seu momento de criação, dar à Corte Suprema essencialmente o papel de um Poder de Estado. A explicação — diz VANOSSI — surge pela confluência de duas correntes de pensamento que, simultaneamente, chegam até nós e que por sua origem distinta e por sua concepção diferente confundem o papel da Corte Suprema. Essas duas correntes de pensamento e de influências são a corrente francesa e a corrente norte-americana, surgidas no pensamento universal nos albores do constitucionalismo, graças às Revoluções norte-americana e francesa.

A noção acabada de separação de Poderes vem daí; não se trata mais de conceituar essa separação como mera separação de funções, que já era conhecida desde a antiguidade, desde então não se responde mais a uma necessidade de tipo funcional ou prático e sim a um princípio essencialmente político, a uma finalidade primordialmente política, qual seja a de dividir o poder para assegurar dessa forma as liberdades ou os direitos individuais.

LOUREIRO JÚNIOR (in **O Controle da Constitucionalidade das Leis**, Max Limonad, 1957, p. 76), para chegar aos pressupostos doutrinários do sistema de controle das leis, examina o valor das leis, num enfoque histórico, o surgimento das leis escritas, com a exigência do povo de que o Rei lhe reconhecesse, por escrito, os direitos; à época das transformações das instituições antigas nas modernas, reconheceram-se à personalidade humana direitos naturais intangíveis, inalienáveis e imprescritíveis; daí a sociedade civil e política passa a basear-se no consentimento e na vontade dos cidadãos; como consequência da posse desses direitos (ou melhor, da consciência de sua existência), limitou-se a esfera de ação do Poder Público, que não poderia mais desconhecê-los e transgredi-los impunemente. É chegado o momento de considerar-se a Constituição como o meio mais adequado, como documento legal de maior monta, para prescrever técnicas especiais com essa finalidade. E diz LOUREIRO JÚNIOR:

“Trata-se, portanto, de uma legislação superior que visa a segurança política, a garantia dos direitos pessoais e coletivos, o limite dos Poderes na órbita específica caracterizada pela sua supremacia absoluta no âmbito nacional.”

Invoca o famoso caso, *Marbury x Madison*, julgado em 1803 pela Corte Suprema norte-americana, onde Marshall condiciona o sistema de verificação do valor das normas, segundo determinada hierarquia, à existência de Constituição escrita; cita RUI BARBOSA, que sustentou, em certa feita, idêntica doutrina, que, a seu ver, se aplicava, em geral, “a todas as Constituições escritas com separação limitativa de Poderes”. RUI fundamentava-se ainda em CHARLES A. KENT e HENRI HITCHCOCK. O primeiro afirmava:

“A regra de que todo ato de legislatura, oposto à Constituição, é irrito, não procede só neste país; procede em todos os outros, onde houver uma Constituição escrita, designando as faculdades e deveres do Poder Legislativo, assim como de outros ramos de governo.”

O segundo ensinava:

“Este raciocínio irresponsável aplica-se a todas as Constituições escritas, sob as quais existir uma justiça independente e uma legislatura de Poderes restritos.”

Refere-se LOUREIRO JÚNIOR, apoiado em SAMPAIO DÓRIA, à indispensabilidade da limitação dos Poderes; depois, ao âmbito do controle, que se processa em dois planos: horizontal e vertical. Dá-se o controle horizontal, quando se trata de deter os Poderes do Estado no círculo determinado de suas funções; o controle vertical ocorre ao se visar a manutenção da competência própria aos Estados-Membros da Federação ou das Províncias no regime unitário.

Depois analisa o federalismo que, para muitos autores, é que justifica o sistema de controle. Segundo LOUREIRO, é o constitucionalista norte-americano DICEY quem representa, com autoridade, essa corrente; define o federalismo como uma forma política de conciliação entre a unidade e o poder nacionais, de um lado, com os direitos dos Estados, de outro. Resulta de uma nítida divisão de competência entre os dois Poderes — federal e estadual — de modo que fiquem afetos àquele os interesses gerais da nação e a este os interesses mais particulares e mais diretamente ligados aos destinos das partes sob o prisma de sua unidade específica. O federalismo tem como traços definidores: a separação dos Poderes entre órgãos distintos com atribuições próprias exercidas em esferas perfeitamente traçadas, a predominância da Constituição como lei suprema e a competência, atribuída ao Judiciário, para interpretá-la. Essas condições recomendam seja escrita a Constituição, cuja rigidez é um dos elementos característicos do regime federativo.

LOUREIRO JÚNIOR, apoiando-se em PONTES, afirma que o processo de verificação de constitucionalidade cabe, também, no Estado unitário. Ao contrário dos que sustentam que judicialismo está ligado a federalismo (LEVI CARNEIRO, p. ex.), com o que a Suprema Corte tornar-se-ia a mais nítida expressão do federalismo, PONTES esclarece que o Judiciário não é, como se pretende afirmar, a voz da Federação; o seu papel preciso é o de intérprete máximo da Constituição.

Feitas essas considerações, LOUREIRO JÚNIOR formula as conclusões que buscam sistematizar o controle da constitucionalidade, que não resultaria de um dado único, explicando-se mais pela soma de vários fatores que o condicionam e que são:

- 1) sistema hierárquico de valores entre normas;
- 2) Constituição escrita com os elementos formais que diferenciam a lei constitucional das ordinárias;
- 3) separação dos Poderes do Estado, de maneira que cada um tenha circunscrita a órbita intransponível de sua competência; e
- 4) órgão incumbido de assegurar a vigência do sistema hierárquico de valor das leis, prescrito nos dispositivos constitucio-

nais ou decorrentes da própria natureza de determinado regime jurídico-político.

São diretivas do sistema de verificação das leis segundo determinado critério de valores.

Mas, por que o direito constitucional europeu e o norte-americano, inspiradas ambas as escolas nos mesmos anseios libertários, nos mesmos filósofos do Iluminismo, não caminharam juntos no aperfeiçoamento da atuação da vontade soberana do povo mediante um só mecanismo de controle da constitucionalidade? Na realidade, oriundos da mesma escola filosófica, dissentiram sobre a forma do controle, adotando o Velho Mundo o controle político da constitucionalidade e o Novo Mundo, ou mais precisamente, os confederados da Virgínia de 1776, adotaram o controle judicial.

No pensamento de LOCKE — diz VANOSSI — não aparecia o Poder Judiciário como um Poder independente; isto vai ocorrer na obra de MONTESQUIEU, embora denominado o Poder Judiciário como “Poder Executivo das coisas atinentes ao direito civil”. O Poder Judiciário tinha independência, porém não estava entendido como um Poder de Estado. O mesmo MONTESQUIEU se encarregava de explicar que o Poder Judiciário é um Poder neutro, é o mero aplicador do silogismo que toma a premissa maior que é a lei, encara a premissa menor, que são os fatos da causa, e dita a sentença que é a conclusão arrazoada e automática dessa operação: o silogismo judicial.

O Poder Judicial, segundo MONTESQUIEU, não valorava a lei nem, muito menos, examinava sua constitucionalidade, ou seja, sua confrontação com as normas superiores. Administrar justiça era tanto como administrar as coisas, isto é, uma função da mesma natureza que a do Poder Executivo. Executar ou aplicar normas, porém separadamente do Poder Executivo — prossegue VANOSSI — para evitar o perigo que significava a confusão das expressões de uma mesma mão e em um mesmo Poder; isto é, que o temor à acumulação das duas noções levou à separação delas, porém sem querer conferir ao Poder Judicial a natureza que os norte-americanos dar-lhe-iam posteriormente.

Os revolucionários franceses viam os juízes com a lembrança daqueles famosos **parlamentos judiciais** que aplicaram justiça durante o reinado dos Luíses e que se excediam, notoriamente, em suas funções. Embora chamados **parlamentos**, não editavam leis e sim administravam justiça desde a época dos Estados-Gerais. É assim que duas ou três disposições liminares do governo revolucionário tendem, precisamente, a impedir todo avanço do Poder Judicial sobre o Poder Legislativo ou qualquer exame do Poder Judicial sobre os atos do Poder Executivo ou administrador. Proibiu-se aos tribunais conhecer

e decidir dos atos administrativos, e, com respeito ao Parlamento, também o faz a lei de 16 de agosto de 1790 e, logo a seguir, a Constituição revolucionária de 1791, que proibiu aos tribunais suspender a execução ou aplicação das leis.

Essa reserva contra o Poder Judicial prosperou e as Constituições francesas posteriores — até as deste século inclusive — nunca atribuíram aos juizes a competência para declarar a inconstitucionalidade ou de examinar a constitucionalidade de um ato administrativo ou legislativo: têm sido nada menos que agentes de serviço público (VANOSSI).

É assim que se explica a origem do **controle político de constitucionalidade**, adotado na Europa. As cortes constitucionais européias inspiraram-se na obra de ABADE SIEYÈS, que projetou o "jurie constitutionnaire" do Senado Conservador do Ano VIII no Senado da Constituição de 1852.

Para evitar os abusos dos outros Poderes de Estado e antes de chegar à criação do **conselho constitucional**, os franceses aplicaram intensamente uma idéia desenvolvida nos primórdios do século XIX por um dos maiores pensadores políticos que foi BENJAMIM CONSTANT, o teórico da monarquia de poderes limitados. É ele o autor da idéia do **Poder Moderador** ou poder de arbitragem, que conferia ao monarca. Essa idéia do Poder Moderador firma-se tão arraigada no pensamento francês, que está assimilada na Constituição atual da Quinta República, que segue negando o poder político dos juizes. De Gaulle colocou nas disposições da Constituição de 1958 o papel do Presidente moderador ou árbitro do Estado ante os distintos Poderes que estão secundariamente submetidos a ele. A doutrina de BENJAMIM CONSTANT se irradiou e influenciou o Brasil que, em sua Constituição Imperial, adotou-a como o único poder do Imperador. Por sua vez o Poder Moderador é um revigoramento da velha prerrogativa dos reis da Inglaterra ou, melhor dito, das seqüelas da prerrogativa, cada vez mais limitada e da qual só mantém, na realidade, o nome, pois não conserva quase nenhuma faculdade propriamente executiva. Diz VANOSSI que essa situação é que levou a doutrina francesa, quando cuida da divisão dos Poderes, na maior parte das obras dos autores deste século, referir-se à expressão de **dois poderes políticos e um poder jurídico**. É essa mesma idéia da escola francesa, que se assombrou ante a realidade do Poder Judicial na América, onde as atribuições que têm os juizes levam a um resultado totalmente distinto, resultado que os franceses pejorativamente denominaram "o governo dos juizes".

Mas na América tudo era novo. Os homens não estavam condicionados a um mal passado judicial que ensejasse prevenção contra a instituição da justiça. Ao contrário, estavam plenamente receptivos

às idéias que recomendavam o ordenamento escrito dos direitos e garantias individuais e da organização do Estado mediante repartição dos Poderes, cada qual com função definida.

Assim foi melhor aceita a materialização do pensamento de MONTESQUIEU. Não tranqüila, porém. A Declaração dos Direitos produzida na Virgínia, a 21 de junho de 1776, e a Independência proclamada a 4 de julho de 1776, rompendo com a Coroa Britânica, tiveram o condão de acabar com a opressão colonialista mas houve frustrações na instituição da Confederação cujo governo foi havido por ineficaz, exigindo assim uma nova Constituição instituindo a Federação e que foi aprovada na Convenção de 17 de setembro de 1787. Nesse interregno, tornou-se necessário esclarecer o povo sobre a conveniência da mudança no sistema político, daí por que saíram em campo ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON e JOHN JAY, divulgando as idéias da Federação mediante artigos publicados em jornais, cuja coletânea tornou-se conhecida como **O Federalista**.

A Constituição americana instituiu a Federação e a separação dos Poderes no âmbito da organização política estatal. A teoria e a prática do controle da constitucionalidade pelos juízes eram conhecidas desde a Independência. John Marshall, antes da Convenção de Filadélfia, havia defendido sua viabilidade na Convenção de seu Estado e, além disso, nenhum dos demais Estados opôs reservas em relação ao controle das leis ao proceder à ratificação da Constituição de Filadélfia. Afirma VANOSSE: pode-se dizer que era um valor pacificamente aceito. E, inusitadamente, estruturaram um Poder Judicial federal porquanto inexistia em qualquer parte do mundo o Estado federal. As formas de Estado conhecidas eram as que oscilavam entre a consolidação ou unidade absoluta até a máxima descentralização, que era a Confederação dos Estados. Ao criar um governo simultâneo de coexistência de Poderes locais e Poderes centrais, tinham que dar ubiquidade ao Poder Judicial, e essa ubiquidade foi dada, não tanto como um tribunal de justiça a mais, não tanto como uma terceira instância, senão — e aqui a novidade — como um Poder de Estado encarregado principalmente de velar pela manutenção da duplamente consagrada separação dos Poderes: a separação horizontal ou funcional dos Poderes, que se criava nesse momento mediante o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário, situados no mesmo nível, e a separação vertical ou territorial do poder, que se instrumentava na coexistência dessa dupla ordem de competências provinciais e centrais.

A questão, a principal dificuldade, era o funcionamento do sistema com eficácia e como manter a ambas as órbitas, a central e as locais, em suas respectivas competências e sem se excederem. Quais seriam os remédios para isto? Não podia ser um remédio político porque o Congresso não tinha atribuições para submeter a julgamento

os governantes locais. Não podia ser uma medida de intervenção, pois a Constituição norte-americana não cuida de intervenção federal nas Províncias, medida esta inspirada na Constituição suíça de 1848. Não podia ser um remédio de tipo meramente administrativo. Qual seria, então, a solução? A Constituição americana, no artigo IV, conferiu ao direito federal supremacia sobre o direito local. A adoção desse mecanismo não foi tranqüila: quando se debateu na Convenção de Filadélfia o funcionamento desse sistema, as opiniões divergiam. Os juristas entendiam que eram todos os juizes do Poder Judiciário os que teriam a seu cargo essa tarefa tutelar do controle da legalidade ou da superlegalidade constitucional; entretanto, adotou-se o sistema sem maiores definições, ficando os detalhes de funcionamento para serem enfrentados na prática.

Vigente a Constituição e criada a Corte Suprema, com a nomeação dos juizes pelo Presidente Washington, aparecia ela como um corpo amorfo e cuja amplitude de poderes não se conhecia. JAY, co-autor do *O Federalista*, designado primeiro presidente da Corte Suprema, renunciou ao cargo por considerar que nenhuma importância nem nenhum papel ia poder cumprir nesse tribunal que não tinha nem a *bolsa* nem a *espada*, ou seja, não tinha recursos nem tinha força executiva.

A atribuição dada à Corte Suprema de guardiã da Constituição foi construída pela sua própria jurisprudência. Essa afirmação, de modo definitivo, surge no caso *Marbury x Madison*, mercê da atuação do *Chief Justice* Marshall, que não era advogado (era militar da Guerra da independência e havia feito um curso de poucas semanas sobre noções de direito, nas quais estudou muito pouco direito porque nesse tempo enamorava-se de uma jovem com quem se casaria logo depois) porém tinha uma sólida intuição e, aprimorando-se, impõe a sua marca na Corte por mais de trinta anos. Essa a consolidação ulterior do tribunal norte-americano que, em linhas gerais, chega às primeiras décadas do século atual com o exercício intenso da faculdade de declarar a inconstitucionalidade das leis até que, em 1921, um expositor francês — LAMBERT — cunhou a expressão, depois conhecida: *governo dos juizes*.

C. A. LÚCIO BITTENCOURT (*O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Forense, 2ª ed. 1968), explica o que foi o *leading case* *Marbury x Madison*, segundo ROBERT JACKSON (*The Struggle for Judicial Supremacy*, 1941):

"Marshall, que, além de *Chief Justice*, era *Secretary of State* do Presidente Adams, colaborou diretamente com este no seu "testamento", auxiliando-o no preparo do grande número de nomeações feitas no último dia do seu governo. Marshall, porém, substituído por Madison, não teve tempo

de fazer chegar às mãos de todos os interessados os atos de comissionamento ou nomeação, razão por que foram os mesmos sustados por ordem de Jefferson.

Entre os prejudicados figurava Marbury, nomeado juiz de paz, que impetrou um *writ of mandamus* para compelir Madison a empossá-lo. Marshall não só tomou parte no julgamento, mas, também liderou a opinião de seus pares."

O único preceito constitucional em que Marshall fundou sua construção, segundo RUI BARBOSA (*Comentários*, IV/132-3, *apud* PINTO FERREIRA, in *Princípio da Supremacia da Constituição e Controle da Constitucionalidade das Leis*, in *Revista do Direito Público*, vol. 17, p. 22), foi o artigo III, seção 2ª, cujo teor reza assim:

"O Poder Judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nascerem desta Constituição ou das leis dos Estados Unidos."

E ainda é RUI comentando:

"Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade ou invalidez das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes, ou contrárias a elas."

A doutrina de Marshall esteve em risco ainda no século em que foi enunciada.

"A primeira vez — diz LÚCIO BITTENCOURT — foi o próprio Marshall — político sagaz e astuto — que procurou negociá-la em troca de maiores prerrogativas para a função judicante, gravemente ameaçada em face do *impeachment* intentado contra o *Justice* Samuel Chase, cujo partidarismo insopitável provocara grande reação. Marshall, sentindo indiretamente ameaçada toda a facção federalista da Corte, pela rapidez com que o processo era levado para adiante, pleiteou a criação de um tribunal dentro do próprio Congresso, fora e acima das Cortes regulares, abdicando assim da supremacia do Judiciário. Todavia, tendo sido o *impeachment* rejeitado, por pequena maioria, calou-se Marshall, e sua doutrina permanece íntegra."

— Da segunda vez, coube a Andrew Jackson pôr em dúvida a doutrina em apreço, vetando o ato de reorganização do Banco dos Estados Unidos, cuja constitucionalidade fora sustentada por Marshall e seus pares. O fundamento do veto foi, precisamente, a inconstitucionalidade da criação daquele banco, salientando, então, o Presidente da República que as decisões da Corte Suprema tinham caráter afirmativo, valendo somente pelo seu raciocínio, sem dispor de força compulsória.

A constitucionalidade do Banco dos Estados Unidos foi reconhecida pela decisão proferida no caso *Mc Culloch x Maryland* (1819), decisão essa famosa pela doutrina dos "poderes implícitos" nela sustentada.

São ainda da narrativa de LÚCIO BITTENCOURT (apoiado em JAMES D. RICHARDSON, *Messages and Papers of the Presidents*, vol. IV, pp. 9 e 10) os fatos que, pela terceira vez, colocaram em risco a doutrina da supremacia da Corte Suprema no controle da constitucionalidade das leis. Desta vez seu opositor foi Lincoln. O então **Chief Justice** Taney foi "quem sentiu a repulsa do Executivo", chefiado pela figura carismática de Lincoln, "o grande democrata, que sempre se mostrou encarniçado inimigo da supremacia do Judiciário"; referindo-se à decisão da Corte Suprema que, julgando inconstitucional o chamado "Missouri Compromise", negou a emancipação do escravo Dred Scott, Lincoln, pondo de parte a serenidade que o caracterizou em sua vida pública, afirmou que recusava obediência a essa decisão, como regra política. E, mais tarde, ao prestar ao **Chief Justice** Taney o juramento relativo ao segundo período de governo, atacou de frente o assunto, negando à Corte Suprema os poderes que a esta se atribuíam.

— Menos por palavras do que por atos Lincoln recusou obediência à Corte Suprema, suspendendo durante a Guerra de Secessão o direito do **habeas corpus**, suspensão essa que manteve, a despeito da decisão em contrário proferida por Taney.

A doutrina de Marshall venceu essas três crises, persistindo a Corte Suprema no seu ponto de vista, prevalecendo até hoje a orientação firmada no caso *Marbury x Madison*, que foi erigida em postulado fundamental do regime democrático do tipo americano, adotado nas Constituições de outras nações, principalmente as que adotaram o regime federativo de organização estatal.

2. O controle da constitucionalidade no direito comparado

PINTO FERREIRA, no trabalho "Princípio da Supremacia da Constituição e Controle da Constitucionalidade das Leis", publicado na *Revista de Direito Público* nº 17, aponta a existência de três sistemas de controle de constitucionalidade: o norte-americano ou judicial; o austríaco, irradiado pela Europa, que é o sistema político, instituidor de uma Corte Constitucional, na qualidade de um tribunal constitucional específico, distinto das cortes ordinárias de justiça e o sistema misto de controle por um órgão político e outro jurisdicional, que é a do moderno regime político francês, sendo que o controle jurisdicional, provindo da 3ª República, existe de maneira limitada.

A Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920, revisada em 1929, é sobretudo obra do Prof. HANS KELSEN. Virtualmente anulada em 1934, ao ser abolido o sistema parlamentar, a Constituição foi

restabelecida a 1º de maio de 1945, dias antes da capitulação incondicional do III Reich, ao qual fora a Áustria anexada em 1938. Por lei constitucional de 1945 restabeleceu-se a vigência do texto de 1929; antes fora revista em 1925. Até hoje foi emendada por 31 leis constitucionais, se bem que nenhuma emenda operou alteração na estrutura nem na essência do conteúdo.

Na Áustria, a composição e a competência dos tribunais é estabelecida na Lei federal (artigo 83 da Constituição). Do artigo 137 em diante dispõe sobre o Tribunal Constitucional, sua competência e composição:

“Art. 137 — O Tribunal Constitucional conhecerá das ações de caráter patrimonial contra a Federação, os Estados, os Distritos, os Municípios e os agrupamentos de Municípios.

Art. 138 — A Tribunal Constitucional conhecerá, ainda, das questões de competência:

- a) entre tribunais e autoridades administrativas;
- b) entre o Tribunal Administrativo e os demais tribunais, especialmente também entre o Tribunal Administrativo e o Tribunal Constitucional mesmo, assim entre os tribunais ordinários e outros tribunais;
- c) entre os Estados, assim como entre um Estado e a Federação.

2. O Tribunal Constitucional declarará, ademais, a instâncias do Governo federal ou de um Governo regional, se um ato do Poder Legislativo ou do Poder Executivo cai na esfera de competência da Federação ou na dos Estados.

.....”

Compete à Corte Constitucional austríaca conhecer acerca da ilegalidade dos decretos de autoridades federais ou regionais por provocação de qualquer tribunal, se bem que deve fazê-lo de ofício quando o decreto questionado haja de constituir pressuposto para um pronunciamento do próprio Tribunal Constitucional. Também incumbe-lhe conhecer da ilegalidade dos decretos de autoridades regionais, inclusive por provocação do Governo federal e sobre a ilegalidade dos decretos de autoridades federais, desde que instado, inclusive, por um Governo regional e sobre a ilegalidade das ordens dos órgãos de tutela dos Municípios, ditadas ao amparo do artigo 119, a, § 6º, por provocação, ainda, do Município afetado.

Toda pessoa que alegue lesão em seus direitos, atingidos diretamente por ordem ou ato do Poder Público, com força executiva, tem acesso à Corte Constitucional mediante reclamação.

Estabelece o artigo 140 que o Tribunal Constitucional conhecerá da possível inconstitucionalidade de uma lei federal ou regional por provocação do Tribunal Administrativo, do Tribunal Supremo ou de qualquer tribunal chamado a resolver em segunda instância, como conhecerá de ofício quando o próprio Tribunal Constitucional tenha que aplicar a lei a um litígio pendente. Conhecerá, também, da possível inconstitucionalidade das leis regionais, provocado, neste caso, pelo Governo federal, e da possível inconstitucionalidade das leis federais, nesta hipótese à instância de um Governo regional ou de um terço dos membros do Conselho Nacional.

Esse procedimento do controle de inconstitucionalidade pode ser estabelecido por lei constitucional regional que atribuirá direito de recurso ao Tribunal Constitucional, por um terço dos componentes da Assembléa Regional, quanto à inconstitucionalidade de leis regionais.

Qualquer pessoa pode provocar o Tribunal Constitucional mediante arguição, em tese, da inconstitucionalidade de lei, desde que afirme haver sido diretamente prejudicada em seus direitos, quando a lei haja estabelecido força vinculante para essa pessoa, sem necessidade de preexistir decisão judicial nem resolução administrativa individual.

Em caso de exame incidental de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional, mesmo que as partes pretendam desistir da demanda, prosseguirá o Tribunal no exame da constitucionalidade da lei.

O Tribunal Constitucional austriaco compõe-se de um Presidente, um Vice-Presidente, outros doze membros e seis suplentes. O Presidente, o Vice-Presidente, seis membros e três suplentes serão nomeados pelo Presidente da República mediante proposta do Governo federal e serão escolhidos entre magistrados, funcionários administrativos e catedráticos das Faculdades de Direito e Ciências Políticas. Os seis membros restantes e três suplentes serão designados pelo Presidente da República mediante listas tríplices elaboradas pelo Conselho Nacional para três membros e dois suplentes e pelo Conselho Federal para três membros e suplentes. Três dos membros titulares e dois dos suplentes deverão ter sua residência fixa fora da Capital, Viena. Os funcionários administrativos que forem nomeados membros do Tribunal Constitucional serão colocados em situação de excedência, se já não estiverem jubilados.

O Presidente, o Vice-Presidente e os demais membros e suplentes deverão ter terminado os estudos de Direito e de Ciências Políticas e haver exercido durante pelo menos dez anos uma profissão ou cargo profissional para que se exija a conclusão de ditos estudos.

Não poderão pertencer ao Tribunal Constitucional os membros do Governo federal ou dos Governos regionais, nem os componentes

do Conselho Nacional, do Conselho Federal nem, em geral, de uma assembléia de representação popular. Para os componentes dessas *assembléias representativas que hajam sido eleitos para um período determinado de legislatura ou de atividade*, a incompatibilidade durará, ainda que renunciem ao mandato, até a expiração da legislatura ou período de atividade. Finalmente, não poderão permanecer no Tribunal Constitucional pessoas que sejam empregadas ou funcionários de qualquer natureza de algum Partido Político.

VANOSI completa:

“O novo sistema europeu da **Corte Constitucional**, que *iniciou na Austria a Constituição projetada por HANS KELSEN* e que na atualidade foi adotada também pela Itália e Alemanha Ocidental, depois da segunda Guerra Mundial, não é outra coisa que uma subespécie do regime do controle judicial, com a particularidade de que essa função está concentrada em um só corpo ou órgão de alta hierarquia, em lugar de estar distribuída entre todos os juizes que integram o Poder Judiciário (sistema concentrado ou americano).”

Em resumo, é o controle político da constitucionalidade, originado pelo “júri constitucional” de SIEYÈS, o Senado Conservador e o Senado Imperial, corpos que tinham uma filiação “política”, porém, obviamente, **concentravam** neles a função de controle. Diz VANOSI que a variante kelseniana consistiu em manter essa “concentração” do poder de controle, porém passando-a a um corpo de natureza judicial que é a **corte constitucional ou tribunal de garantias constitucionais**.

O sistema norte-americano é de controle judicial difuso, enquanto o continental europeu é o judicial concentrado, de origem política.

Além do sistema de controle político e do judicial, PINTO FERREIRA aponta um sistema misto, dando como exemplo o regime político francês. A Constituição francesa de 1946 criou um **comitê constitucional**, reminiscência do Senado Conservador, que se reajustou numa técnica democrática. Esse comitê constitucional é dirigido pelo Presidente da República e é formado pelos Presidentes da Assembléia Nacional e Conselho da República, por sete membros eleitos pela Assembléia Nacional no início de cada sessão anual com representação proporcional dos grupos e escolhidos fora de seus membros e, afinal, três membros eleitos nas mesmas condições pelo Conselho da República.

A missão fundamental do comitê constitucional consiste em examinar se as leis votadas pela Assembléia Nacional trazem uma revisão constitucional. A lei que, segundo o parecer do comitê, implica numa revisão da Constituição, é devolvida à Assembléia Nacional para nova deliberação. Se, porém, o parlamentar mantém o seu primeiro voto,

a lei em apreço não pode ser promulgada antes que a Constituição tenha sido revista na forma legal.

Ao lado desse controle por um órgão político, continua em vigor o regime constitucional francês clássico, provindo da 3ª República. Conforme BARTHELEMY—DUÉZ, o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos por via de ação existe tão só de maneira limitada, mediante o “recours pour excès de pouvoir”, via jurídica para assegurar normalmente o controle da legalidade dos atos pelo juiz, quando esse recurso é suscetível de funcionar.

Este é o sistema misto onde o controle de constitucionalidade das leis é da competência de um órgão político, coexistindo com um órgão jurisdicional, que, entretanto, funciona de maneira limitada.

A nova Constituição francesa, de 5 de outubro de 1958, mantém o Conselho Constitucional:

“Art. 56 — O Conselho Constitucional compõe-se de 9 membros, designados por nove anos e que não podem ser reconduzidos. O Conselho Constitucional é renovado de três em três anos na sua terça parte. O Presidente da República nomeia três dos seus membros, o Presidente da Assembléia Nacional igualmente três e o Presidente do Senado outros três.

Além destes nove membros, fazem parte do Conselho Constitucional, por direito próprio e a título vitalício, os antigos Presidentes da República, que têm voto de qualidade em caso de empate.

Art. 57 — As funções de membros do Conselho Constitucional são incompatíveis com as de Ministro ou as de membros do Parlamento. Em lei orgânica serão fixadas as outras incompatibilidades.

Art. 58 — O Conselho Constitucional vigia pela regularidade da eleição do Presidente da República.

Cabe-lhe apreciar as reclamações e proclamar os resultados do escrutínio.

Art. 59 — Ao Conselho Constitucional compete decidir sobre a regularidade da eleição dos Deputados e Senadores, quando contestada.

Art. 60 — Compete também ao Conselho Constitucional vigiar pela regularidade das operações de referendo e proclamar os respectivos resultados.

Art. 61 — As leis orgânicas, antes da promulgação, e os regimentos das duas Câmaras do Parlamento, antes de co-

meçarem a ser aplicados, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional a fim deste se pronunciar sobre a sua conformidade com a Constituição.

Para o mesmo efeito, as leis podem, antes da promulgação, ser deferidas ao Conselho Constitucional pelo Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro, pelo Presidente da Assembléa Nacional, pelo Presidente do Senado ou por sessenta Deputados ou sessenta Senadores.

Em ambos os casos o Conselho Constitucional tem um mês para decidir, podendo, porém, este prazo ser reduzido a oito dias a requerimento do Governo.

O envio dos diplomas ao Conselho Constitucional suspende o prazo da promulgação.

Art. 62 — Não pode ser promulgado nem aplicado nenhum preceito declarado inconstitucional.

As decisões do Conselho Constitucional não admitem recurso e são obrigatórios para os Poderes Públicos e para todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.”

No título IX, a Constituição francesa institui um Alto Tribunal de Justiça (art. 67) constituindo-o de vogais eleitos, entre os seus membros e em número igual, pela Assembléa Nacional e pelo Senado, em seguida a cada renovação geral ou parcial dessas Câmaras. Incumbe ao Tribunal eleger seu Presidente dentre os vogais que o compõem.

A composição do Alto Tribunal de Justiça e as regras de funcionamento e de processo são fixadas em lei orgânica.

Adotam o sistema político de controle de constitucionalidade Espanha e Portugal.

As Constituições de países da América Latina seguem, no geral, o sistema de controle jurisdicional norte-americano.

PINTO FERREIRA tece críticas à infidelidade latino-americana ao sistema de controle jurisdicional:

“Nas nações latino-americanas, houve, outrossim, uma relativa falência do sistema, por falta de condições culturais a habilitarem uma prática honesta da supremacia judicial. No Brasil, salienta PONTES DE MIRANDA, esse fracasso foi motivado em parte pela “investidura dos mais altos cargos da justiça por políticos envelhecidos nas lutas partidárias, ou juízes provindos dos grandes Estados-Membros pela mão dos governadores.

.....”
A crítica, quanto ao Brasil, é dirigida ao período de 1892 a 1937.

3. O controle da constitucionalidade no direito brasileiro

A idéia de uma Corte de Justiça com a missão superior de guardar a Constituição vem, no Brasil, desde a Constituição de 1891. Obra do gênio de RUI BARBOSA, artífice daquela Carta, era por ele considerada como a cúpula do regime, uma espécie de fiel da balança.

JOÃO BARBALHO assim justificou o Supremo Tribunal Federal:

“Tem tal culminância este Tribunal que, a certos respeito, deixa mesmo debaixo de si todos os outros Poderes Públicos, só encontrando superior na Constituição e nas leis, que, a seu juízo, forem conformes a ela.”

Afirma ainda:

“É superior a todas as instituições, está acima da Câmara dos Representantes, do Senado, do Presidente da República; é o árbitro definitivo, único árbitro: nenhuma jurisdição existe sobre a sua.”

Duas são as formas de controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil: uma **concentrada**, de provocação direta mediante definição constitucional de competência específica para tal fim; a outra forma de controle é **difusa** e imanente à natureza do Poder Judiciário. Todo Juiz representa, em si mesmo, o Estado-Jurisdição, daí por que, **incidentalmente**, pode decidir questão constitucional como prejudicial das ações sob sua competência, dizendo da constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Neste caso do controle incidental a Constituição estabelece o mecanismo do **per saltum** nos juízos colegiados. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, com a alteração da Emenda Constitucional nº 7, de 1977, esta instituindo, nos Tribunais de Justiça com número superior a vinte e cinco desembargadores, órgão especial para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais de competência do Tribunal Pleno, ordenou assim o mecanismo do **per saltum**:

“Art. 116 — Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (art. 144, V), poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

Assim, as causas em julgamento nas Câmaras ou Turmas serão sempre sobrestadas em surgindo a questão constitucional para que o Plenário do Tribunal ou seu Órgão Especial decida-a, baixando os autos para decisão da questão de mérito segundo a competência funcional. Este o fenômeno da incidentalidade do **per saltum** para a questão do sobredireito.

“Todos os juízes são competentes — diz CÂNDIDO DE OLIVEIRA NETO — para **provocar**, de ofício, ou **decidir**, provocados pelas partes,

a **questão constitucional**, isto é, se uma norma que devam aplicar, diante da *res in iudicium deducta*, é ou não obediente ao sobredireito constitucional” (obra citada). É, assim, a lei a norma incidental e aplicável pelo juiz, com o seu requisito de constitucionalidade, uma **condição da ação**, uma **preliminar de mérito**, para o eventual julgamento favorável da ação; o exame incidental da constitucionalidade é “como que **preliminar da preliminar do mérito**, com a característica exacerbada de **prejudicial do mérito**, porque, sendo a lei inconstitucional, prejudica todo o resto do conhecimento do mérito, por se reputar não aplicável a norma eivada”.

Antes mesmo da primeira Constituição republicana, o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, organizou a Justiça Federal, dispondo:

“Art. 3 — Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte.”

O mesmo decreto criou o recurso extraordinário (art. 9, parágrafo único, letras a, b e c).

A Constituição de 1891 manteve o recurso extraordinário (art. 59, § 1º) para as causas em que se questionasse sobre a validade e a aplicação de tratados e leis federais, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais, “o que era, como muito bem disse RUI BARBOSA (**Comentários à Constituição Federal Brasileira**, coligidos por HOMERO PIRES, 1935, vol. IV, p. 133), **claríssimo**, no sentido de se reconhecer, não só à justiça da União, como à dos Estados, **competência para reconhecer a legitimidade das leis perante a Constituição**”. Por isso pode a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, completando a organização da Justiça Federal, dispor (art. 13, § 10) que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar **aos casos ocorrentes** as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Ainda aqui o controle da constitucionalidade era apenas incidental: “**casos ocorrentes** significava dizer que a querela de inconstitucionalidade só poderia surgir em litígios e para solver os conflitos intersubjetivos de interesses.”

A Revolução de novembro de 1930 manteve o Poder Judiciário, federal, dos Estados, do Território do Acre e do então Distrito Federal, a ser exercido na conformidade das leis em vigor, também mantidas. **Sobreexistiu, então, o controle jurisdicional da constitucionalidade, quanto à legislação anterior**. Inaugurava o Estado brasileiro o mecanismo de salvaguardas: o art. 5º do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, que instituiu o Governo Provisório, excluía da

apreciação judicial os decretos e atos do governo excepcional ou dos interventores federais, praticados na conformidade daquele decreto ou de suas modificações posteriores, suspendendo — no mesmo artigo 5º — as garantias constitucionais.

O controle jurisdicional de inconstitucionalidade concentrado

É em 1934 que se começa a registrar, no ordenamento jurídico brasileiro, o controle direto de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. O novo texto constitucional, de efêmera duração, mas que representou um marco no constitucionalismo pátrio, passou a denominar o Supremo Tribunal Federal de Corte Suprema e instituiu a **Intervenção** em negócios peculiares dos Estados-Membros nas hipóteses que enumerou. Dentre elas, a de assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados no artigo 7º, inciso I, letras a a h, que a doutrina consagrou como princípios sensíveis. Nesta hipótese, a **Intervenção** dependeria de que a Corte Suprema conhecesse da lei que a tivesse decretado e lhe declarasse a constitucionalidade, o que dependeria da “provocação do Procurador-Geral da República” (§ 2º do artigo 12).

Surgia, aí, o que depois se consagraria por representação do Procurador-Geral da República para declaração de inconstitucionalidade e denominada **representação interventiva**.

Cuidou, ainda, o constituinte de 1934 de marcar a consequência da declaração de inconstitucionalidade, aperfeiçoando-lhe a eficácia, ao estabelecer:

“Art. 91 — Compete ao Senado Federal:

.....
IV — suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.
.....”

O retrocesso político de 1937 eliminou a competência do Procurador-Geral da República para a provocação e excluiu do Poder Judiciário exame do que antes era a lei de intervenção e agora (art. 9º) era ato do Presidente da República de nomeação de um interventor. Consequência lógica: eliminou, também, a suspensão da norma declarada inconstitucional por câmara do Poder Legislativo, que, à época, era formado pela Câmara dos Deputados e pelo Conselho Federal.

Restou mantido o controle incidental de constitucionalidade pelos tribunais mediante maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, com uma inovação, porém, o **recall** do sistema norte-americano:

“Art. 96 —

Parágrafo único — No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

Em 1946 é restabelecida a **representação interventiva** com uma fundamental alteração em relação à Constituição de 1934: enquanto nesta, a lei de intervenção, já determinada, portanto, é que era examinada pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição do pós-guerra estabeleceu como **condição de intervenção**, no caso de violação dos princípios federais sensíveis, a declaração de inconstitucionalidade do ato estadual ofensivo aos princípios e não mais à lei federal que, **a priori**, decretara a intervenção. O exame da questão constitucional dependia novamente da provocação do Procurador-Geral da República (parágrafo único do art. 8º da Constituição de 1946).

O art. 64 restabeleceu a eficácia anexa, instituída em 1934, restituindo ao Senado Federal a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A arguição de inconstitucionalidade para fins interventivos foi regulamentada pela Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954. Nela usou-se pela primeira vez, neste tema, o termo **representação**.

Estabeleceu-se no seu art. 1º, **verbis**:

“Cabe ao Procurador-Geral da República, toda vez que tiver conhecimento da existência de ato que infrinja algum dos preceitos assegurados no art. 7º, inciso VII, da Constituição federal, **submeter** o mesmo ao exame do Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único — Havendo representação de parte interessada, a qual deverá ser em 2 (duas) vias, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal, dentro de 90 (noventa) dias, a partir do seu recebimento.”

Detalhe importante, pela repercussão que terá no tópico sobre o **litisconsórcio na representação**, é que no art. 4º dessa lei foi determinado aplicar, ao Supremo Tribunal Federal, “o rito do processo do mandado de segurança”.

O procedimento da representação interventiva veio a ser mais detalhado pela Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964, que também

— e em substituição à anterior — regulou “a declaração de inconstitucionalidade para os efeitos do art. 7º, nº VII, da Constituição federal”:

“Art. 1º — Cabe ao Procurador-Geral da República, ao ter conhecimento de ato dos Poderes estaduais que infrinja qualquer dos princípios estatuídos no art. 7º, inciso VII, da Constituição federal, **promover** a declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Art. 2º — Se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar de representação que lhe é dirigida por qualquer interessado, o Procurador-Geral da República terá o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da representação para apresentar a arguição perante o Supremo Tribunal Federal.”

Referida lei estabeleceu prazos: além do transcrito, os órgãos elaboradores ou praticantes do ato malsinado também têm 30 (trinta) dias para prestar informações, e o mesmo prazo o Ministro-Relator para apresentar o relatório, com cópia para todos os Ministros, após o que o Presidente designará dia para julgamento, **cientes os Interessados** (arts. 3º e 4º). Na sessão de julgamento, findo o relatório, poderão usar da palavra, na forma do Regimento Interno do Tribunal, o Procurador-Geral da República **sustentando a arguição**, e o Procurador dos órgãos estaduais interessados, defendendo a constitucionalidade do ato.

A **representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa**, federal ou estadual, foi instituída no Direito brasileiro pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, mediante inserção de uma alínea (k) no art. 101, que definia a competência do Supremo Tribunal Federal.

“Art. 101 — Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I — processar e julgar originariamente:

.....
k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;
.....”

Foi mantido o texto do art. 8º, parágrafo único, da Constituição de 1946, quanto à representação interventiva:

A Constituição de 1967 mantém os dois tipos de representação já referidos e dá legitimidade ao Procurador-Geral da República para uma terceira, cujo objeto é a suspensão dos direitos políticos, antes operada com base nos atos de exceção e por provocação do Conselho

de Segurança Nacional (AI-2, de 1965) e dos Ministros de Estado (a partir do AI-5 e AC-39, de 1968).

Assim estabeleceu a Carta de 1967, *verbis*:

“Art. 151 — Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante a representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla defesa.”

A competência do Supremo Tribunal Federal foi expressamente definida para esse julgamento na letra j do art. 114 daquela Carta.

Repetiram-se os institutos na Emenda Constitucional nº 1, de 1969:

- a) *representação interventiva*;
- b) representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;
- c) representação para suspensão de direitos políticos.

Chega-se a abril de 1977: por razões de todos conhecidas, é posto em recesso o Congresso Nacional e, fundado no Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, o então Chefe do Poder Executivo promulga a Emenda Constitucional nº 7, que, dentre outros dispositivos sobre o Poder Judiciário, estendeu a legitimidade singular do Procurador-Geral da República para **representar** ao Supremo Tribunal Federal “para interpretação de lei ou ato normativo, federal ou estadual”.

Hoje tem-se a legitimidade do Procurador-Geral da República para quatro tipos de **representação**, como tal consagrados constitucionalmente.

Fato extravagante no ordenamento jurídico brasileiro, neste tópico, foi a *legitimidade outorgada ao Procurador-Geral da República*, por decreto-lei, para — atendendo a pedido de Governador — representar sobre a constitucionalidade de disposições das Constituições estaduais que, por força do art. 188 — Disposições Transitórias — da Constituição de 1967, deveriam ser adaptadas às normas da Carta federal. Sobre ser inconstitucional referida outorga, o Decreto-Lei nº 216, de 27 de fevereiro de 1967 (este o número do referido ato), atribuiu **efeito suspensivo** quanto à vigência das disposições impugnadas, **desde a apresentação da representação ao Procurador-Geral da República**. Os efeitos, então, precediam a própria decisão do Poder Judiciário. De resto, o Procurador-Geral era mero veiculador da repre-

sentação porque, textualmente, quem **representava** era o Chefe de Governo estadual.

4. **Natureza jurídica da representação por inconstitucionalidade de lei em tese**

ALFREDO BUZUID cunhou expressão, que se tornou consagrada para definir a representação: ação direta de inconstitucionalidade. A monumental obra de BUZUID foi editada em 1958 (**Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**), quando existir apenas a **representação interventiva**, regulada pela Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954.

Partindo da divisão das ações, segundo a preponderância de sua eficácia, em **declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas**, examina a doutrina de PONTES DE MIRANDA, segundo a qual não existem decisões **puras**: todas elas têm elementos das outras, "posto que, na composição de cada uma, ou a eficácia declaratória, ou a constitutiva, ou a condenatória, ou a mandamental, ou a executiva venha à frente, razão por que lhe dá o nome de força de sentença" (ob. cit., p. 125). As decisões nem sempre são simples; seu conteúdo pode ser sucessivo ou complexo. Embora formalmente seja a decisão uma, pode haver, na verdade, em uma sentença duas ou mais decisões. E PONTES conclui — segundo BUZUID — que a declaração da inconstitucionalidade é **constitutiva negativa**: há uma questão de direito prejudicial que é a de definir se a lei vale ou não vale, o que será feito mediante confronto com a Constituição; e essa **prejudicial é de constituição negativa**.

Depois de considerar a escola de HANS Kelsen (uma norma jurídica é sempre válida, não pode ser nula, mas pode ser anulada; há, todavia, diversos graus de anulabilidade: o ordenamento jurídico pode autorizar um órgão especial a declarar a nulidade de uma norma, a anulá-la com efeito retroativo, de modo que possam ser eliminados os efeitos jurídicos produzidos precedentemente por ela; a **declaração em questão tem caráter constitutivo, não declaratório**), BUZUID sustenta que os ensinamentos desses Mestres não podem ser aplicados ao direito brasileiro, construído segundo condições peculiares à tradição americana, inteiramente diversa da linha de evolução do pensamento europeu. E afirma:

"Sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda lei, adversa à Constituição, é **absolutamente nula; não simplesmente anulável**. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a **ab initio**. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade."

A lição norte-americana é a de que “todo ato da legislatura, repugnante à Constituição, é absolutamente nulo”. Este axioma é o pilar, o pedestal onde assenta a harmonia dos poderes políticos na Constituição americana.

Diz mais BUZAIID:

“Se toda a doutrina de inconstitucionalidade se funda na antinomia entre a lei e a Constituição, e se a solução adotada se baseia no princípio da supremacia da Constituição sobre a lei ordinária, atribuir a esta uma eficácia transitória, enquanto não fulminada pela sentença judicial equivale a negar durante esse tempo a autoridade da Constituição. Uma lei não pode, a um tempo, ser e deixar de ser válida. As leis inconstitucionais não recebem um tratamento diverso. Porém, até o julgamento pelo Tribunal, elas são *executivas, embora inválidas.*”

Cita CARLOS ESPOSITO que afirma: “as leis inconstitucionais, até a proclamação da Corte, são executórias, mas não obrigatórias; têm eficácia mas não validade”. A nulidade fere a lei *ab initio*. Embora executória até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, a sentença retroage seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, *ex tunc*. O Poder Judiciário *não modifica* o estado da lei considerando nulo o que inicialmente era válido. Limita-se — diz BUZAIID — a declarar a invalidade da lei, isto é, declara-a natimorta. No caso especial da ação direta de inconstitucionalidade, intentada pelo Procurador-Geral da República, o objeto do pedido é simplesmente a declaração de inconstitucionalidade do ato, legislativo, executivo ou judiciário, que pode autorizar a intervenção federal do Estado (note-se que BUZAIID construiu sua magistral obra sob o ordenamento constitucional que só admitia a representação interventiva). O Supremo Tribunal Federal limita-se a declarar a inconstitucionalidade. Quanto ao mais, a competência é do Poder Legislativo, que decretará a intervenção no Estado, se o exigir o restabelecimento da ordem e a tranquilidade públicas. Ao ato jurisdicional do Supremo Tribunal pode seguir-se ou não o ato político do Congresso, conforme o reclamarem as circunstâncias de cada caso concreto.

Com o advento da arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, a partir de 1965, entendo que haveria de se repensar os conceitos, até então aplicados à representação interventiva, naquilo que fosse peculiar à representação de inconstitucionalidade de lei em tese.

PONTES DE MIRANDA classifica a representação como ação constitutiva negativa, o que mereceu oposição de BUZAIID, conforme já falei, mas creio que, nos *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*, o insigne mestre foi por demais parcimonioso

ao comentar tema tão relevante. Dedicando apenas doze linhas de sua obra, nelas faz referência à Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964, que, já se demonstrou, regulou a representação interventiva.

A delicadeza do tema é salientada por PINTO FERREIRA (RDP 17/17):

“Bem está de ver, trata-se aqui de um mecanismo delicado, cuja função primacial é a de controlar a constitucionalidade das leis ou atos do Executivo diante da Constituição. Para esse efeito, a história do direito e a praxe estatal engenharam três sistemas diversos de verificação de constitucionalidade...” (já nos referimos aos sistemas; o sentido aqui é enfatizar o instituto do controle).

É ainda de PINTO FERREIRA esta observação:

“Os maiores comentaristas da Constituição norte-americana, como STORY, KENT, DICEY, HITCHCOK, BLACK, COXE, COOLEY, WILLOUGHBY, em suma, a generalidade deles, afirmam esse **dogma constitucional do controle judicial**, na qualidade de um verdadeiro **axioma político**.”

INOCÊNCIO MARTIRES COELHO, ex-Procurador-Geral da República e membro do Ministério Público Federal, em trabalho publicado na *Revista Forense*, volume 277 (separata), referindo-se à dicotomia controle por ação e controle por via de exceção, afirma que o controle por via de ação visa atacar diretamente o ato impugnado, sem que nenhuma relação jurídica esteja em discussão.

Estas considerações que ora são desenvolvidas visam colocar a todos uma perplexidade pessoal: é a representação de inconstitucionalidade efetivamente uma ação?

PONTES, no *Tratado das Ações*, analisa o exercício da pretensão e o exercício da ação. Exercer pretensão é exigir a prestação; propor a “ação” é pedir a tutela do Estado, deduzindo-se o que se pode (pretensão, ação). Examinando as teorias da ação da escola alemã, refere-se o Mestre a três fatos típicos (direito subjetivo, ação e remédio jurídico processual, para dizer que os tedescos (WINDSCHEID à frente) se referiram ao *Anspruch* (pretensão) a que a princípio não puderam dar significado jurídico.

Vale dizer que para se chegar ao remédio processual (ação), indispensável identificar-se a ação (direito subjetivo) que resulta da pretensão. Tudo está posto no plano de ordenamento jurídico, segundo o Estado organizado.

Aqui uma homenagem, registrando um sentimento pessoal de vazio pelo desaparecimento de um dos estudiosos do processo como ciência, e que, juntamente com BUZARD, fez escola com ENRICO

TULIO LIEBMAN: refiro-me ao saudoso e dedicado Professor e Ministro AMARAL SANTOS. Um amigo de todos e de cada um de seus alunos. Depois de analisar todas as teorias da ação, das escolas alemã e italiana, AMARAL SANTOS elaborou o seu conceito de ação:

“A ação, em suma, é um direito subjetivo público, distinto do direito subjetivo privado invocado, ao qual não pressupõe necessariamente, e, pois, neste sentido, abstrato; genérico, porque não varia, é sempre o mesmo; tem por sujeito passivo o Estado, do qual visa a prestação jurisdicional num caso concreto. É o direito de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional num caso concreto. Ou, simplesmente, o direito de invocar o exercício da função jurisdicional (AMARAL SANTOS. *Primeiras Linhas do Direito Processual*. 5ª ed., Ed. Saraiva, 1977, 1ª vol., p. 137).

Estes conceitos levam-me à perplexidade antes referida: se a pretensão resulta de um direito e este direito há de estar regrado, legislado, o controle jurisdicional de constitucionalidade por representação, por onde se faz atuar o sobredireito, se opera mediante ação? Na ação (direito subjetivo) os mestres já demonstraram que o Estado é *ultima ratio* o sujeito passivo. Então, para conceituar o controle como ação, teríamos o Procurador-Geral da República, como Chefe do Ministério Público, atuando contra o Estado? Agiria em nome do povo contra o Estado? Mas como se poderia manter essa relação jurídica se a Procuradoria é instituição do Estado?

Tratando-se de fazer atuar o sobredireito, não seria mais adequada a colocação *povo versus legisladores*, ou, *representados versus representantes*? E em sendo assim, a questão do controle não escaparia à órbita do direito e passaria a atuar na esfera política? Onde, então, falar-se em ação?

Não tenho condições, reconheço, de contestar os Mestres (nem pretenderia fazê-lo!). Mas, não poderia calar, neste momento, a reflexão que me assalta permanentemente e a que a doutrina pátria ainda não ofereceu satisfatório esclarecimento.

Fosse ação, como direito potestativo, poderia o Procurador-Geral da República, que então seria o autor, dela desistir. No entanto, tal é vedado, consoante o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que estabelece no parágrafo único do art. 169:

“Proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência.”

Se é uma ação, resulta de uma pretensão que, resistida, faz nascer a relação jurídica em ângulo, com autor-juiz-réu. Ora, indispensável, para a composição da controvérsia, a obediência ao princípio

do contraditório. Ocorre que, atuada e distribuída a representação no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Relator pedirá informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, bem como ao Congresso Nacional ou à Assembléia Legislativa se for o caso (art. 170). Entretanto, se, ao receber os autos, ou no curso do processo, o Relator entender que a decisão é urgente, em face do relevante interesse de ordem pública que envolve, poderá, com prévia ciência das partes, submetê-lo ao conhecimento do Tribunal, que terá a faculdade de julgá-lo com os elementos que dispuser (art. 170, § 3º). Não há, ao que penso, contraditório, senão tornar-se-iam indispensáveis as informações.

Um argumento *ad terrorem*: o artigo 75 do Código Civil brasileiro estabelece que a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura. Aí está sintetizada objetivamente a doutrina da ação como direito.

É um princípio de direito, mas é também um dispositivo de lei federal. Passível, portanto, do controle jurisdicional previsto na Constituição. Pergunta-se, então: argüida a inconstitucionalidade desse dispositivo, seria a representação uma ação?

De resto, a natureza do procedimento foi definida, por provocação da Procuradoria-Geral da República na Representação nº 1.161-5-5 — Goiás.

Manifestando-nos sobre pedido de assistência, concluímos pela impossibilidade da intervenção de terceiro em qualquer representação prevista no artigo 119, I, letra I, da Constituição, registrando o Exmº Sr. Ministro Néri da Silveira, Relator, que, no concernente à representação interpretativa, prevista na parte final do mesmo dispositivo, o Supremo Tribunal Federal já firmara entendimento no sentido da inviabilidade da assistência (Representação nº 1.155-1 — DF).

Em seu douto voto, afirmou o Ministro Néri da Silveira:

“Em nenhum instante, prevê-se, dessarte, a aplicação de normas do Código de Processo Civil, acerca da assistência ou do litisconsórcio, no processo da representação de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

Tenho como certo, assim, que não cabe admitir particulares, sob alegado fundamento de interesse jurídico na declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, no processo de Representação. Eventuais consequências da decisão, na ação direta, cumpre sejam discutidas em ação própria, onde existirá o espaço adequado à consideração dos reflexos do *decisum*, sobre a validade da lei ou ato normativo, no patrimônio jurídico de seus destinatários, deduzindo-se, então, aí, a controvérsia, à vista de princípios específicos regentes, inclusive, de efeitos, porventura já fluídos, em momento anterior à declaração judicial

da inconstitucionalidade. Nesse sentido, aliás, restou afirmado pelo Tribunal, no julgamento das Representações nºs 891 e 895, onde não se enfrentou o fundamento referente à violação do direito adquirido, em face do art. 42 da Lei nº 2.085-A, do Estado da Guanabara, por escapar ao âmbito das representações a apreciação dessas particularidades e, por isso, "ficou resguardado aos interessados, em cada caso concreto, o direito de obter exame dessa questão pelo órgão local competente" (RTJ 67/325 e 327).

Não há de ser diverso, outrossim, o tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito público, quando pretendam ingressar, na Representação, como assistentes do Procurador-Geral da República ou do representado. Se o representado, na relação processual, for, *ad exemplum*, o Governador ou a Assembléia Legislativa do Estado, ou se ambos forem representados, deduzirão, nas informações, e, inclusive, em sustentação oral, as razões que lhes parecerem cabíveis à defesa da lei ou do ato impugnado. Tratando-se de procedimento judicial, em que se julga, em abstrato, da validade da lei ou ato normativo, a relação processual desenha-se completa com a presença do Procurador-Geral da República e do órgão ou ente representado, donde promanam a lei ou o ato, objeto do juízo de validade desta Corte, que exercita, então, uma competência especialíssima, de natureza predominantemente política, no sentido em que o Supremo Tribunal Federal aprecia, em abstrato, o ato de outro Poder, ou ainda de órgão do mesmo Poder Judiciário, como sucede. *ad exemplum*, nas representações em que se argúi a inconstitucionalidade de ato regimental de qualquer Corte do País.

De todo o exposto, indefiro os pedidos de assistência, entendendo que esta não se há de admitir nas representações de inconstitucionalidade (Constituição, art. 119, I, letra l), orientação que, nesse sentido, ora proponho seja adotada pelo Tribunal."

Indeferido o pedido de assistência, por unanimidade do colendo Plenário, enfatizou o Ex.^{mo} Sr. Ministro Moreira Alves na oportunidade:

"Sr. Presidente, tenho sustentado neste Tribunal, de longa data, que a representação é processo de natureza política, em que, na realidade, o Tribunal não presta jurisdição, tanto assim que não julga caso concreto, mas fiscaliza a atuação dos outros Poderes em face da Constituição federal.

Entendo, assim, que não é de aplicar-se à ação dessa natureza norma processual relativa à assistência.

Acompanho, pois, o Senhor Ministro Relator."

5. Legitimidade. A função do Procurador-Geral da República

O Procurador-Geral da República tem legitimidade singular para a representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. É o *dominus litis*, conforme reiteradamente já afirmou o Supremo Tribunal Federal. Este tema marcou época na Excelsa Corte: o então Movimento Democrático Brasileiro argüiu junto ao Procurador-Geral da República a inconstitucionalidade do ato que viera de instituir a censura prévia de jornais, revistas e livros; o Procurador determinou o arquivamento da súplica, resultando daí a Reclamação nº 849-DF, na qual o Supremo Tribunal Federal, conhecendo-a, por maioria, julgou-a improcedente, também por maioria, "visto caber ao Dr. Procurador-Geral da República a iniciativa de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal a representação de inconstitucionalidade". Tal decisão traz em si — *data maxima venia* — uma *contra-dictio*: se é conhecível a reclamação, há de ser examinado o seu mérito; se, porém, condenada sempre a um julgamento de mérito negativo porque o Procurador-Geral é o *dominus litis*, então não cabe a reclamação, como, aliás, por várias vezes veio afirmar o Tribunal, depois. O acórdão da Reclamação nº 849 foi publicado na RTJ 59/333.

Em outra oportunidade, determinado cidadão, vendo-se frustrado com o arquivamento de uma argüição de inconstitucionalidade que dirigiu ao Procurador-Geral, cujo despacho de trancamento do pedido foi, como sempre, publicado no *Diário da Justiça*, protocolou petição que reproduzia o mesmo teor da súplica antes denegada, só que — agora — dirigida ao Presidente da Excelsa Corte. Foi autuada como Petição nº 66-8-DF, ouvido o Procurador-Geral da República, e depois levada a julgamento do Pleno (12-12-79), cujo acórdão foi assim ementado:

"Petição objetivando a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de decreto federal, por haver o Procurador-Geral da República determinado o arquivamento de representação com o mesmo objetivo.

Sendo o Procurador-Geral da República o *dominus litis* da ação direta para declaração em tese, de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, é inadmissível a propositura direta dessa ação pelo interessado eventual nessa inconstitucionalidade.

Petição indeferida."

(Relator o Ex.^{mo} Sr. Ministro Cunha Peixoto, RTJ, 100/1).

Ainda sobre o mesmo assunto, cf. Reclamação nº 128 (Ag. Rg-DF), Relator o Ex.^{mo} Sr. Ministro Cordeiro Guerra, decisão de 29-4-81 (RTJ 98/3) e Reclamação nº 152-1-SP, despacho de indeferimento liminar na reclamação proferido pelo Ex.^{mo} Sr. Ministro Djaci Falcão, em 5-5-83 (DJ, de 11-5-83).

Com a simetria instituída em 1967, conforme preceito do artigo 188 da Constituição, que impunha aos Estados-Membros a reforma de suas Constituições para adaptá-las, no que coubesse, às normas da Carta federal, incluiu-se nas Cartas estaduais a representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo **municipal**, chegando algumas Unidades federativas a atribuir a legitimidade ao Procurador-Geral do Estado, o advogado oficial, e não ao Chefe do Ministério Público. Nem um nem outro podia, porém, fazê-lo. Coube ao Supremo Tribunal Federal, em exame incidental de inconstitucionalidade, através de recurso extraordinário, definir mais uma vez a singularidade da legitimidade do Procurador-Geral da República para a representação por inconstitucionalidade de lei em tese. Exemplo de várias decisões neste sentido é o julgamento do RE nº 91.740-3-RS. Tribunal Pleno, de 12-3-80 (DJ, de 25-4-80), de que foi Relator o Ex.^{mo} Sr. Ministro Xavier de Albuquerque e que foi assim ementado:

“Arguição de inconstitucionalidade, em tese, por contrariedade à Constituição federal, de lei ou ato normativo **municipal**, mediante representação do Chefe do Ministério Público local ao Tribunal de Justiça do Estado.

Sua inadmissibilidade. Recurso extraordinário conhecido, pela letra c, e parcialmente provido para julgar-se o recorrente carecedor da representação.”

Não há dúvida de que o Procurador-Geral da República atua, na representação de inconstitucionalidade, como Chefe do Ministério Público, representando o povo, a nação. Tanto é assim que pode arguir inconstitucionalidade de atos legislativos do Congresso Nacional, de leis (atos complexos com a participação dos dois Poderes “políticos”), de atos normativos do Chefe do Poder Executivo e, também, de atos normativos do Estado-Jurisdição. Funcionasse ele na condição de advogado oficial do Estado e não poderia fazê-lo.

Aqui, entretanto, uma crítica ao processo: o poder de arquivar a arguição de inconstitucionalidade ou de, aceitando-a, oferecer a representação ao Supremo Tribunal Federal, é absoluto, num regime político representativo em que, teoricamente, todos os mandatários estão submetidos à vontade e à fiscalização da soberania popular. Os administradores e aplicadores de recursos da **bolsa pública** devem estar submetidos aos órgãos técnicos das Casas Legislativas que são os tribunais de contas; os mandatários da Nação respondem administrativa e politicamente pelos seus atos; **ultima ratio**, estão expostos à sanção do voto eleitoral. E o Procurador-Geral, se opera como Chefe do Ministério Público? No estágio atual do ordenamento jurídico das instituições é ele nomeado pelo Presidente da República sem sequer a prévia aprovação do Senado Federal como era exigido até 1967. É demissível ao nuto do Chefe do Governo federal. Creio, mesmo, que não bastaria restabelecer a única aprovação pelo Senado, que representa apenas

a Federação; mas, sim, exigir-se a aprovação do Congresso Nacional, com o que estaria também o cidadão comum se comprometendo com a escolha, mecanismo que uniria de maior legitimidade a atuação do Procurador-Geral como Chefe do Ministério Público Federal.

6. Assistência na representação por inconstitucionalidade: não cabimento

Regulamentada a representação interventiva pela Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954, estabeleceu o seu artigo 4º: "aplica-se ao Supremo Tribunal Federal o rito do mandado de segurança"; assim, passou-se a admitir a assistência litisconsorcial ativa e passivamente na representação.

Na segunda lei regulamentadora (4.337, de 1º de junho de 1964) dispôs-se que: "na sessão de julgamento, findo o relatório, poderão usar da palavra, na forma do Regimento Interno do Tribunal, o Procurador-Geral da República, sustentando a arguição, e o Procurador dos órgãos estaduais interessados, defendendo a constitucionalidade do ato impugnado". Há contraditório na representação interventiva porque se forma uma relação jurídica em que a pretensão é fazer cessar a eficácia do ato impugnado mediante sanção, que é a intervenção.

Advinda a nova representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, continuou o Supremo Tribunal Federal a admitir a assistência, geralmente objetivando a defender a norma malsinada. Ocorre que, ao oferecer a representação, o Procurador-Geral adota como fundamento do pedido os que lhe são oferecidos na súplica; reserva-se, porém, e expressamente, para dizer sobre o mérito, quando tiver vista dos autos **após as informações**, na forma prevista no art. 171 do Regimento Interno do Tribunal. O pedido de assistência ocorria logo depois da distribuição da representação do Ministro-Relator; quando o Chefe do Ministério Público lançava seu parecer sobre o mérito da representação, surgia o conflito, que chegou até a acontecer na tribuna, por ocasião da sustentação oral no julgamento; os interesses de assistente e assistido não se identificavam e tornavam-se adversos.

Foi assim que, acolhendo pareceres da Procuradoria-Geral da República em duas representações, já referidas, uma para interpretação do Decreto-Lei federal nº 2.019, de 1983 (Rp. nº 1.155-DF, RTJ, 108/477), e outra por inconstitucionalidade de lei em tese (Rp. 1.161-5-GO, Ac. publicado no DJ, de 16-3-84), afirmou o Supremo Tribunal Federal o não cabimento da assistência em representação interpretativa ou declaratória de inconstitucionalidade.

Na Representação nº 1.155, assim foi ementado o venerando acórdão sobre a questão de ordem:

"Interpretação de lei em tese. Assistência.

— Não cabe a intervenção de terceiro como assistente, em representação para interpretação de lei em tese, pois a legitimidade para propô-la é privativa e exclusiva do Dr. Procurador-Geral da República. Ninguém tem o direito subjetivo à prestação jurisdicional para obter a interpretação abstrata da lei. A interpretação do Supremo Tribunal Federal expressa a própria lei e, por isso, tem força vinculante (art. 187 do RISTF). Sobreleva notar que, no caso **sub judice**, os terceiros, embora requeiram sua intervenção como assistente, *não pretendem assistir o Dr. Procurador Geral da República*, mas a ele se opor, pugnando por outra interpretação da lei em tese, que equivale, em verdade, a uma segunda representação, oferecida por quem não tem legitimidade para propô-la. Pedido de assistência indeferido.”

7. Aditamento da representação: possibilidade

É admissível ao Procurador-Geral da República aditar a representação; quer dizer, após o oferecimento da peça propulsora do exame da questão constitucional, desde que veja necessidade de oferecer novos elementos à fundamentação inicial ou identificando novos vícios de inconstitucionalidade na mesma lei impugnada, provoca o exame desta questão adicional nos mesmos autos da representação.

Como já referido, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal considera a hipótese de dispensa das informações. Logo, seja antes da requisição delas pelo Ministro-Relator, seja durante o prazo em que são aguardadas ou mesmo depois de recebidas que, a critério do Ministro-Relator, poderá provocar novas informações da(s) autoridade(s) representada(s), e admitido o aditamento da representação.

Recente exemplo de aditamento ocorreu na Representação número 1.182-6 — Rio de Janeiro. Instituída pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, a Taxa de Recuperação, Reparcelamento e Assistência Educacional, a ser cobrada com o objetivo de “atender às novas necessidades essenciais da empresa localizada no Estado” (artigo 7º da Lei nº 713, de 1984) e tendo por base de cálculo “o valor total do ativo permanente aplicado no Estado do Rio de Janeiro, de acordo com os elementos integrantes do balanço do exercício anterior, excluídas as parcelas representativas dos bens imóveis do ativo deferido”, insurgiram-se contra ela todas as entidades representativas dos Bancos. Exatamente 26 entidades, em conjunto, argüiram a inconstitucionalidade de quase toda a lei. Pediram que o Procurador-Geral obtivesse do Supremo Tribunal Federal a medida liminar de suspensão da iminente cobrança. Foi acolhida a representação, porém, sem o pedido da cautelar, à falta, aparente, dos seus pressupostos. Outros expedientes sobre a mesma argüição de inconstitucionalidade vieram depois, dentre

eles um da PETROBRÁS que demonstrava o ônus decorrente da imposição que, para ela seria, anualmente, na ordem de Cr\$ 13.000.000.000,00 (treze bilhões de cruzeiros). Caracterizava-se, assim, o perigo de grave lesão às **finanças públicas**, o que serviu de supedâneo ao aditamento oferecido pelo Procurador-Geral da República à Excelsa Corte que concedeu a medida cautelar suspendendo a cobrança da taxa até o julgamento do mérito da Representação.

8. **Medida cautelar em representação por inconstitucionalidade**

O fato acima narrado demonstra a admissibilidade da medida cautelar na representação por inconstitucionalidade de lei em tese pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Hoje o tema é pacífico porque a Emenda nº 7, de 1977, acrescentou ao artigo 119, I, uma alínea (que ficou sendo a última do elenco de competências originárias do STF, letra p) com este texto:

“Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I — processar e julgar originariamente:

.....
p) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República.”

Antes, porém, da normatização, era admissível a concessão de liminar, porém com reservas de alguns Ministros. A matéria não era prevista no Regimento Interno e entendia-se, então, no Tribunal, que a suspensão da vigência da lei ou ato julgados inconstitucionais caberia, **a posteriori**, ao Senado Federal (veremos, depois, que o Supremo Tribunal Federal adotou outra orientação, mediante sessão administrativa da Corte). Vale conferir o acórdão na Representação nº 933-RJ (RTJ, nº 76/342), Relator o Ex.^{mo} Sr. Ministro Thompson Flores:

“Representação provocada por magistrados para obter a declaração de inconstitucionalidade de disposições da Resolução nº 1/75 do Tribunal de Justiça, as quais comprometem suas garantias, asseguradas pela Constituição.

II — Pedido de medida cautelar preventiva visando garantir a eficácia de ulterior decisão da causa, concretizada na suspensão da execução das normas tidas como inconstitucionais.

III — Embora a suspensão da lei ou decreto, tidos como inconstitucionais, caiba ao Senado Federal, nada impede que, verificados os pressupostos a que se refere o art. 22, IV, c/c o art. 175 do RI do Supremo Tribunal Federal, expedidos com base na Constituição, artigo 120, c, seja ela concedida. Razões que conspiram em prol dessa afirmação.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal admitindo-a, em casos semelhantes, fundados no artigo 4º da Lei número 2.271/54, c/c o art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51.

IV — Deferimento da medida. Votos vencidos.”

Eram, então, contrários à medida cautelar os Ex.^{mos} Srs. Ministros Xavier de Albuquerque, Bilac Pinto e Eloy da Rocha, em razão dos efeitos *ex tunc* que teria sempre a declaração de inconstitucionalidade e porque a atuação do Supremo Tribunal Federal dava-se num **processo de cognição abstrata**, com inteiro desconhecimento de eventuais direitos subjetivos envolvidos, e porque a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional — afirmava-se então — é prerrogativa constitucional do Senado. E era incisivo o Ministro Xavier de Albuquerque: “a meu ver, portanto, o Supremo não pode antecipar **prestação jurisdicional** que não lhe compete dar em definitivo” (RTJ 76/346).

Outro aspecto de divergência de Tribunal era quanto à competência para a concessão da medida: o Regimento Interno de 18 de junho de 1970 atribuía ao Relator (art. 22, V):

“Determinar, em caso de urgência, as medidas do nº IV deste artigo, **ad referendum** do Plenário ou da Turma.”

O inciso IV referido recomendava que o Relator submetesse “ao Plenário ou à Turma, nos processos de sua competência, **medidas preventivas** necessárias à proteção de qualquer direito suscetível de grande dano ou incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da decisão da causa”.

Tais dispositivos foram repetidos no RISTF de 15-10-1980 (artigos 21, IV e V), e no julgamento de preliminar na Representação número 1.067-RJ, em 10-12-80, em que o Tribunal Pleno referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Relator, o Ex.^{mo} Sr. Ministro Xavier de Albuquerque foi peremptório:

“Sr. Presidente, quero deixar reserva de examinar noutra oportunidade a questão de caber, ou não, ao Relator conceder, por despacho, liminar em processo de representação.

Não estou tranqüilo sobre a aplicabilidade do inciso V do art. 21, à face da especialidade da norma do inciso X do art. 5º do Regimento Interno, relativa à competência do Plenário. Portanto, quero deixar esta matéria para reflexão ulterior e acho que não seria desejável que pedidos de liminar em representações fossem apreciados pelos Relatores, sem prévia apresentação do Plenário.

Aqui, como o despacho já foi proferido, faço a ressalva de apreciação oportuna da questão, para não me comprometer com a orientação que se está tomando, mas referendo o despacho do eminente Relator.”

Mas o RISTF de 1980 deixaria definida ao Plenário a competência específica, dentre as demais medidas preventivas, para processar e julgar originariamente “o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República” (art. 5º, X).

9. **Conhecimento. Prejudicialidade e julgamento da representação**

O Supremo Tribunal Federal, julgando a Representação nº 1.134, de São Paulo, decidiu à unanimidade que, “revogado o ato antes de ajuizada a representação, esta não é conheável. Se revogado no curso da ação direta, esta, conforme o caso, **poderá ser** considerada prejudicada”.

Na Representação nº 1.120-8-GO (Relator o Ex.^{mo} Sr. Ministro Décio Miranda, julgada em 21-9-83 (DJ, de 7-10-83), reitera-se essa orientação:

“**Ementa:** Constitucional. Representação de inconstitucionalidade. Não tem objeto se, antes do ajuizamento da arguição, é revogada a norma inquinada de inconstitucional.”

No mesmo sentido, ainda: Rp. 1.110-1-RS, Relator o Ex.^{mo} Sr. Ministro Néri da Silveira, julg. em 29-8-82 (DJ, de 25-3-83).

Na Representação nº 971-RJ, Relator o Ex.^{mo} Sr. Ministro Djaci Falcão, decidira-se — por maioria de votos — que não se julga prejudicada a representação quando, no curso do procedimento, é revogada a lei que fora inquinada de inconstitucional; isto em razão dos efeitos **ex tunc** da declaração de inconstitucionalidade.

No julgamento da Representação nº 1.021-0-RJ, Relator o Ministro Djaci Falcão, a ementa foi a seguinte:

“Pedido de desistência de Representação. Sua inadmissão (parágrafo único do art. 169 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Por outro lado, a simples revogação do dispositivo acoimado de inconstitucional, após iniciado o julgamento, não torna prejudicada a ação de declaração de inconstitucionalidade. O julgamento deve prosseguir.” (DJ, de 22-4-83.)

Conheável que seja, a representação é julgada na forma dos artigos 173 a 175 do Regimento Interno c/c o art. 143, parágrafo único: havendo o **quorum** de oito Ministros, proclamar-se-á a inconstitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se **num ou noutro sentido** se tiverem manifestado seis Ministros.

Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o **quorum**.

Os artigos 174 e 175 estabelecem:

“Art. 174 — Proclamada a constitucionalidade na forma do artigo anterior, ou não alcançada a maioria nele prevista para a declaração de inconstitucionalidade, julgar-se-á improcedente a representação.

Art. 175 — Julgada procedente a representação e declarada a inconstitucionalidade total ou parcial de Constituição estadual, de lei ou decreto federal ou estadual, de resolução de órgão judiciário ou legislativo, bem como de qualquer outro ato normativo federal ou estadual ou de autoridade da Administração Direta ou Indireta, far-se-á comunicação à autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato normativo impugnado.

Parágrafo único — Se a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual se fundar nos incisos VI e VII do art. 10 da Constituição, a comunicação será feita, logo após a decisão, à autoridade interessada, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Presidente da República, para os efeitos do § 2º do art. 11 da Constituição.”

Pode ser julgada improcedente, com a proclamação da constitucionalidade, se alcançada a maioria de seis Ministros; ou sem essa definição, se não alcançada dita maioria.

10. Fundamentos jurídicos da inconstitucionalidade

MÁRTIRES COELHO (trabalho citado), calcado no ensinamento de ORLANDO BITTAR (*A Lei e a Constituição*. Belém, 1951, p. 57), faz considerações sobre a dicotomia constitucionalidade e inconstitucionalidade:

“O termo constitucionalidade significa, antes de tudo, o estado daquilo que é constitucional, assim como inconstitucionalidade será o estado daquilo que é inconstitucional. Logo se vê, residindo neles o fulcro da questão, que tais estados serão condicionados por uma referência superior, com a qual os atos hierarquicamente inferiores guardarão ou não conformidade. Se guardarem, dizem-se constitucionais; se não — inconstitucionais.”

O exame de constitucionalidade há de ser de duas ordens: formal e material. Materialmente, encontram-se na Constituição normas que não são constitucionais. São-no, contudo, no aspecto formal.

“Prevaleceu a doutrina de que, para fins de controle da constitucionalidade, a Constituição deve ser entendida no

sentido mais amplo, abrangendo, além do corpo central de disposições permanentes e prospectivas, as chamadas disposições transitórias, porque umas e outras encerram decisões políticas do poder constituinte, de conteúdo mandamental. Nesse sentido se diz que exigem o mesmo acatamento até cláusulas não escritas, desde que estejam, de alguma forma imbricadas com o texto ou o espírito da Constituição, como é o caso dos chamados poderes implícitos, exalçados de maneira solene pela Suprema Corte dos Estados Unidos no famoso caso *Mc Culloch x Maryland*, em sentença da lavra do **Chief Justice John Marshall**" (RF 277, cit.).

Segundo ORLANDO BITTAR (obra citada),

"No sentido técnico e preciso do termo, **constitucional** será o ato que não incorrer em sanção de nulidade por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para sua perfeita integração; **inconstitucional** será o ato que incorrer nessa sanção, precisamente porque adquiriu características anti-nômicas do ato constitucional: **incompetência e preterição de forma**, pressupostos estes independentes, porque leis haverá materialmente constitucionais, se o poder de que emanam tem competência para editá-las, mas formalmente inconstitucionais, se expedidas em desconformidade com o rito previsto para a sua produção.

Por isso, a sanção potencial do julgamento é rigorosamente integrativa do conceito de constitucionalidade e dele não pode ser desintegrada."

Ensina C. A. LÚCIO BITTENCOURT que a idéia da inaplicabilidade da lei inconstitucional é uma decorrência do princípio da hierarquia das leis, que possibilita aquela situação jurídica, tão bem analisada por DUGUIT, em que a incompatibilidade entre as normas gera a existência de leis contrárias ao direito.

Havendo conflito entre duas prescrições legais, uma é, necessariamente, contrária ao direito estabelecido pela outra, resolvendo-se o conflito em favor da norma de hierarquia superior, **particularmente** quando esta se encontre na própria Constituição, que é a fonte de todos os poderes constituídos.

Sobre os métodos de interpretação, indispensáveis na fundamentação jurídica da declaração de inconstitucionalidade, é válida a lição de ENNECERUS, em seu **Tratado de Direito Civil**, trazida por KARL ENGISCH (**Introdução ao Pensamento Jurídico**):

"a interpretação tem de partir do teor verbal da lei, o qual há de ser posto a claro tendo em conta as regras

da gramática e designadamente o uso (corrente) da linguagem, tomando, porém, em particular consideração também os modos de expressão técnico-jurídicos.

Além do teor verbal hão-de ser considerados: “a coerência interna do preceito, o lugar em que se encontra e as suas relações com outros preceitos, assim como a situação que se verificava anteriormente à lei e toda a evolução histórica, bem como a história da gênese do preceito, que resulta particularmente dos trabalhos preparatórios, e finalmente o fim particular da lei ou do preceito em singular.”

A partir do esquema de ENNECCERUS, ENGISCH sistematizou os métodos da hermenêutica jurídica: a interpretação segundo o teor verbal (a interpretação “gramatical”), a interpretação com base na coerência (conexidade) lógica (a interpretação lógica ou sistemática, que se apóia na localização de um preceito no texto da lei e na sua conexão com outros preceitos), a interpretação a partir da conexão histórica, particularmente a baseada na “história da gênese do preceito” e, finalmente, a interpretação baseada na *ratio*, no fim, no “fundamento” do preceito (a interpretação “teleológica”).

O pranteado Ministro VICTOR NUNES LEAL, recentemente falecido, registrou, dentre seus ensinamentos, a conceituação hodierna do regime de legalidade. Inspirado em RADBRUCH, VICTOR NUNES diz que o regime da legalidade é uma conquista política e jurídica da consciência universal, traduzida no chamado Estado de direito. A expressão foi perdendo o seu sentido primitivo “até significar somente que também o Estado está limitado pelo direito positivo; a lei obriga tanto o Estado como o particular” (**Problemas de Direito Público**, p. 61). A posterior teoria das Constituições rígidas deu melhores delineamentos ao regime de legalidade: a Constituição a todos obriga, graças à distinção que se faz entre poder constituinte e Poder Legislativo; não obriga só ao Poder Executivo. Do regime de Constituição rígida decorre uma hierarquia de normas obrigatórias vigentes no Estado, com três graus: **a)** Constituição; **b)** lei; **c)** regulamento. VICTOR NUNES considera, então, a maior generalidade da Constituição, prevalecendo esta sobre a lei; esta, por sua vez, é mais genérica do que o regulamento, ficando em plano superior a ele. A complexidade só irá surgir quando se indaga, em face de um texto determinado, se se trata de lei ou de regulamento.

A questão se desenvolve a partir do conceito de ato administrativo (regulamento) e ato legislativo, segundo critérios de HAURIJU, que busca a distinção pelo conteúdo de cada um desses atos. A crítica que se faz ao critério teórico é que ele será sempre impreciso, desdobrando-se as controvérsias. O critério **substancial** de distinção não oferece as mesmas garantias de certeza do critério **formal** — assinala VICTOR NUNES. E lembra que a nossa Constituição imperial estabe-

leceu critério de distinção material — e não apenas formal — ao definir no artigo 178:

“É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Públicos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos.”

A matéria que, mesmo inserida na Constituição, não tivesse esses contornos, poderia ser reformada pela lei ordinária, isto é, sem as formalidades especiais exigidas para a reforma da Constituição. A distinção dilui a rigidez do texto constitucional, carecendo o sistema de bons resultados.

Tal já não ocorre nas Constituições republicanas, cujo critério é o da formalidade: tudo o que está no texto constitucional, constitucional é. Assim também, lei é todo o ato emanado do Poder Legislativo, respeitados os preceitos constitucionais.

É a partir do conceito formal de Constituição, lei e regulamento que se pode estabelecer, com maior segurança, uma hierarquia entre regulamento, lei e Constituição, “reduzindo ao mínimo as controvérsias possíveis”. Para os delineamentos da lei e do regulamento, VICTOR NUNES invoca a distinção feita por DUGUIT entre o ponto de vista formal e o substancial para qualificação dos regulamentos: do ponto de vista substancial ou material o regulamento é lei porque contém as características comuns às leis. Do ponto de vista formal, entretanto, é ato administrativo, subordinado, pois, ao controle da sua legalidade. A distinção entre lei material e lei formal (DUGUIT *apud* VICTOR NUNES) é a seguinte:

“Do ponto de vista formal, é lei toda decisão emanada do órgão que, segundo a Constituição do país a que se refira, tem o caráter de órgão legislativo; do ponto de vista material, a lei é o ato pelo qual o Estado formula uma regra de direito objetivo ou estabelece regras, ou organiza instituições destinadas a assegurar o cumprimento de uma regra de direito objetivo.”

E conclui VICTOR NUNES:

“A distinção entre o critério formal e o critério material é fértil para o jurista, porque a hierarquia existente entre lei e regulamento, assim como entre Constituição e lei, é só de natureza formal. Para que o regulamento seja invalidado, é preciso que contrarie disposições de uma lei formal; para que as leis deixem de ser aplicadas, é necessário que ofendam disposições do texto constitucional.”

Com estas considerações, é oportuno dizer que o conflito entre a lei e o regulamento não enseja representação por inconstitucionalidade.

dade, por situar-se no plano infra-constitucional, como decidiu o Procurador-Geral da República ao determinar o arquivamento do processo administrativo autuado sob o nº PGR 54.457/83, que veiculava arguição de inconstitucionalidade da Resolução da SUNAMAM nº 4.417, de 1973, conflitante com dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho e com a Lei nº 6.288/75, que dispõe sobre a utilização, movimentação e transportes, inclusive intermodal, de mercadorias em unidades de carga denominada internacionalmente "container". Enquanto o ato administrativo da SUNAMAM entregava aos estivadores os serviços de manobra de caminhões de carga operando no sistema "roll-on-roll-off", entrando e saindo dos porões dos navios, a empresa suplicante sustentava, forte em decisões favoráveis que obtivera nos Juízos Federais do Espírito Santo e de Santa Catarina, que a CLT (art. 254, 255 e 261) e a lei mencionada asseguravam ao armador registrado o direito de dispensar, com real economia de dinheiro e tempo, os serviços de estiva, considerando-se ainda a sua responsabilidade direta sobre a carga.

Emiti parecer preliminar favorável à acolhida da arguição de inconstitucionalidade, com o conseqüente encaminhamento de representação ao Supremo Tribunal Federal, inspirado no regime de legalidade, onde toda a atividade dos cidadãos e do Poder Público está condicionada a normas gerais preexistentes. O parecer não foi acolhido, à consideração de que o conflito encontrava-se em plano inferior ao da Constituição (despacho publicado no DJ, de 29-9-83, p. 14.835).

11. Exame de questão de fato em representação por inconstitucionalidade

Em intrincada questão técnico-administrativa, gerada pela Lei Complementar paulista nº 106, de 19-9-1974, com veto rejeitado e promulgada — a parte vetada — pela Assembléia Legislativa, os oficiais legislativos foram enquadrados de forma privilegiada em relação aos oficiais administrativos, daí a arguição de inconstitucionalidade do Governador do Estado, encampada pela Procuradoria-Geral da República, que ofereceu a representação sustentando que o ato legislativo conflitava com os artigos 13, inciso V, 98 e 108 da Constituição, isto porque operava retificação de enquadramento no quadro da Secretaria do Poder Legislativo fugindo à paridade "que se embasara em cautelosa verificação da similitude dos cargos, particularmente dos dados fornecidos pela própria Assembléia. De par com a ofensa àqueles comandos constitucionais, a malsinada lei complementar conflitara com o artigo 13 da Lei federal nº 6.091/1974, proibitivo de qualquer provimento ou readaptação em cargo público no período de 90 dias anteriores às eleições parlamentares, e nisso versara direito eleitoral, da exclusiva competência legislativa da União" (sic, RTJ 82/31). Nas informações da representada procurou-se demonstrar as dessemelhan-

ças entre os cargos do Legislativo com os aparentemente idênticos do Executivo.

Ao se pronunciar sobre o mérito, a Procuradoria-Geral da República entendeu que a espécie “refugia ao âmbito da representação, cujo escopo não condiz com o exame de questão constitucional dependente de especializada prova de fatos os mais complexos” (RTJ 82/32). O Relator da Representação, autuada sob o número 927, o Ex.^{mo} Sr. Ministro Thompson Flores, adotando como razões de decidir as do próprio parecer, julgou-a improcedente em razão da inviabilidade da pretensão através da ação direta”, que requer a existência de pressupostos aqui não verificados. Em voto proferido após pedido de vista, o Ex.^{mo} Sr. Ministro Leitão de Abreu, após longas considerações analíticas da situação espelhada nos autos, asseverou:

“O rigor que a Carta Política imprime à regra da paridade exige que, em caso de controvérsia acerca da coincidência, ou não, entre as atribuições de cargo do Poder Executivo e de cargo situado na área de um dos outros Poderes, se pronuncie, apreciando o mérito da contenda, o órgão judiciário, não importando o grau de dificuldade oferecido pela solução da *questio facti*.”

Outro pedido de vista foi feito pelo Ministro Rodrigues Alckmin que também prestigiou a regra constitucional da paridade e analisou toda a situação fática posta nos autos. A representação foi julgada procedente por maioria de votos, sendo Relator para o Acórdão o Ministro Leitão de Abreu.

Na esteira desse *leading case* foram julgadas representações semelhantes em que leis complementares do Estado de São Paulo atribuíram melhorias a servidores das Secretarias do Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Alçada.

O Supremo Tribunal Federal voltou a examinar a situação fática objeto da referida Representação nº 927, já agora na Representação nº 1.126-7-SP, de que foi Relator o Ex.^{mo} Sr. Ministro Aldir Passarinho (RTJ 110/490): Na ementa S. Ex^ª assinalou:

“.....”

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 927 (...) decidiu que o enquadramento dos cargos de Oficial Legislativo, pela Lei Complementar nº 106, de 18-9-74, colocava aquela carreira em situação superior à daqueles funcionários de situação correspondente, ao âmbito do Poder Executivo — os Oficiais de Administração — o que feria o princípio da paridade fixado no artigo 108, § 1º, da Constituição federal. — Se agora outra Lei Complementar, a de nº 267, de 30 de outubro de 1981,

pelo seu art. 2º, inciso II, estabelece princípio que, no seu ponto central, renova o preceito já declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, caberia então ter sido demonstrado cabalmente que a situação fática se alterara substancialmente, no sentido de que as atribuições dos cargos de Oficial Legislativo, que foram criados, não eram idênticas ou assemelhadas às de Oficial de Administração do Serviço Público federal. Se o argumento de desidentificação de atribuições não foi aceito quando do julgamento da Representação nº 927, em referência à Lei Complementar nº 16, de 18-4-74, não poderia sê-lo agora se não houve prova de que houvera modificação na situação fática, *sob pena de, sem qualquer motivo, alterarem-se as razões no julgamento anterior, sobre o mesmo tema.*”

12. Exame da “questio juris interna corporis”

No calor das discussões sobre projetos de lei ou decretos legislativos nas corporações legislativas, as minorias derivam, às vezes, como última tentativa de fazer prevalecer suas idéias, utilizando-se da via judicial, seja através de mandado de segurança, seja por ação direta de inconstitucionalidade. Se, entretanto, o pedido de prestação jurisdicional ataca interpretação de normas regimentais, o Supremo Tribunal Federal repele a investiva.

Assim ocorreu na Representação nº 1.160-SP (RTJ 108/505), de que foi Relator o Ex.^{mo} Sr. Ministro Décio Miranda, que lavrou, assim, a ementa do Acórdão:

“**Constitucional.** Prefeito da Capital do Estado. Nomeação pelo Governador, com prévia aprovação da Assembléia Legislativa. Controvérsia sobre se o ato de aprovação podia integrar-se por voto duplicado do Deputado-Presidente do órgão Legislativo, da segunda vez utilizado por motivo de empate na votação. Ato concreto, despedido de qualquer atributo de abstração, generalidade ou normatividade. Descabimento da representação.”

Discutira, a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, sobre a aprovação do nome do ex-Deputado Mário Covas, então indicado para Prefeito de São Paulo. Houve empate na votação: dos 84 membros do colegiado, 42 votaram a favor e 42, contra. O Presidente, que votara como Deputado, desempatou a favor da aprovação, como Chefe do Poder Legislativo. A questão, então, seria a de interpretar o regimento interno, típica *interna corporis*. Não se ultrapassou, aí, a preliminar de cabimento da representação porque o ato impugnado não era normativo.

Funcionei pelo Ministério Público Federal e considere, a propósito, no parecer (RTJ 108/513):

“Mesmo que ultrapassada fosse a preliminar de admissibilidade, enredar-se-ia, no exame da ação, no tormentoso tema do controle jurisdicional dos *lura interna corporis*, posto que o suplicante impugna o ato do Poder Legislativo bandeirante, apenas sob o aspecto do *quorum* de votação, matéria disciplinada no Regimento Interno da Casa legislativa.

Del Vecchio condena o aprofundamento do controle da constitucionalidade das leis, quando o juiz, ultrapassando os lindes da *averiguação extrínseca* e formal, adentra no aspecto intrínseco, na gênese do ato. E preleciona:

.....
Ele (o juiz) não é competente, por exemplo, para examinar a validade dos procedimentos internos da Câmara e do Senado, a regularidade das votações etc. (*interna corporis*).

Para as irregularidades intrínsecas, funcionamento dos órgãos legislativos, falta ainda o remédio judicial. O único meio que nos resta é fiarmo-nos na correção dos próprios órgãos e, como *ultima ratio*, no tribunal de história, isto é, nas sanções da consciência jurídica popular” (obra citada).

Recentes acórdãos do Supremo Tribunal Federal, agora em ações mandamentais, definem o não cabimento do controle jurisdicional em atos *interna corporis*. No Mandado de Segurança nº 20.471-1—DF, de que foi Relator o Ministro Francisco Rezek, lavrou S. Ex.^ª unânime acórdão do colendo Plenário, com a seguinte ementa:

“Mandado de Segurança.

Processo Legislativo no Congresso Nacional.

Interna corporis.

Matéria relativa à interpretação, pelo Presidente do Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*.

Pedido de segurança não conhecido.” (DJ, de 22-2-85, p. 1.589.)

Também do Tribunal Pleno é o venerando Acórdão, lavrado pelo Ex.^{mo} Sr. Ministro Aldir Passarinho e assim ementado:

“Constitucional.

Comissões Parlamentares de Inquérito.

Substituição do Presidente de CPI.

A Constituição federal, quanto à composição da CPI, apenas prevê que deve ser assegurada, tanto quanto possível, "a representação proporcional dos Partidos Políticos que participem da respectiva Câmara". Não dispõe sobre a forma de nomeação ou afastamento de seus membros, diferentemente do que ocorre com os componentes da Mesa Diretora que exercem um mandato por prazo certo: dois anos. Os membros da CPI representam os Partidos Políticos e, assim, se a estes não mais interessar manter determinado representante seu na Comissão, a questão é *interna corporis*, e se o Regimento não prevê expressamente como resolver a questão, cabe fazê-lo o órgão competente para interpretar as normas regimentais." (DJ, de 19-4-85, p. 5.455.)

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à impossibilidade de prestação jurisdicional em tema de *iura interna corporis* enseja-nos afirmar que não cabe representação por inconstitucionalidade dos atos internos dos órgãos colegiados que digam respeito à sua própria atividade.

13. Eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal

Até 1974 o Supremo Tribunal Federal adotava comunicar ao Senado Federal as decisões relativas à declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto, mesmo as proferidas nas representações.

Estabelecia, então, o art. 180 do Regimento Interno do Tribunal (de 15 de outubro de 1970):

"Declarada a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, o Presidente do Tribunal, imediatamente, a comunicará aos órgãos interessados, e, transitado em julgado o acórdão, remeterá cópia autêntica da decisão ao Presidente do Senado Federal, no caso do art. 42, VII, da Constituição." (Regimento de 15 de outubro de 1970.)

Tinha-se, até aí, que a eficácia do julgamento da representação estava a depender da participação, no processo de ab-rogação da lei ou decreto, do Senado Federal, ao qual incumbiria suspender a execução do ato.

Naquele ano, ao examinar o Processo Administrativo nº 4.477/72, decidiu o Tribunal, reunido em sessão administrativa, que a adequada interpretação do texto constitucional era a de que, somente nos casos concretos, isto é, nas declarações de inconstitucionalidade incidentais, caberia a comunicação à Câmara Alta. A decisão incidental tinha força vinculativa somente entre as partes em demanda; para a sua repercussão *erga omnes*, era indispensável a formalização da suspensão da execução do ato pela Câmara Representativa da Federação. Quanto

à representação, soluções distintas foram recomendadas: se representação interventiva (a de que trata o art. 11, § 1º, letra c, da Constituição), o Tribunal entendeu que o provimento dela devia determinar officio ao Presidente da República, para eventual intervenção no Estado; se representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em tese (art. 119, inciso I, letra I), o julgado que declara a procedência da representação e, em consequência, a inconstitucionalidade, devia ser comunicado aos Poderes Políticos que promulgaram a lei assim como às autoridades encarregadas de sua execução.

O ato do Senado Federal, de suspensão da execução da lei, foi definido pelo Supremo Tribunal Federal como ato de natureza quase-legislativa porque obriga, como a lei, a todas as pessoas, naturais ou jurídicas, e tem vigência em qualquer parte do território nacional.

Tal definição ocorreu no julgamento da Reclamação nº 691-SP, feita paralelamente a um mandado de segurança em que a impetrante e reclamante irressignava-se contra Resolução do Senado Federal que, modificando Resolução anterior de suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, teria dado ao dispositivo tido como inconstitucional, uma extensão menor, distinguindo, na realidade, onde o Tribunal não distinguira. Esta foi a ementa do venerando Acórdão, publicado na RTJ 38/61:

“Ato do Senado Federal de suspensão de execução de lei ou decreto. Aplicação do art. 64 da Constituição. Reclamação — Mandado de Segurança — O ato praticado pelo Senado Federal, com base no art. 64 da Constituição, é de natureza quase-legislativa; contra ele não cabe a reclamação de feição correicional, nem o mandado de segurança, porque de caráter normativo.”

Afirmou o Ex.^{mo} Sr. Ministro Carlos Medeiros Silva, Relator da referida Reclamação:

“Como ato autônomo, do Senado Federal, no uso de uma atribuição constitucional, a sua execução fica sujeita ao controle jurisdicional, como os demais emanados do Poder Legislativo, ou Executivo, pela via judicial que comporta a impugnação, excluídos, porém, a reclamação porque restrita contra o executor, em cada caso concreto, medida com feição correicional, criada em Regimento Interno, para assegurar o cumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, bem como o mandado de segurança, dado o caráter normativo da resolução senatorial” RTJ 38/63).

Atualmente, sendo julgada procedente a representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em tese, o Supremo Tribunal Federal faz a comunicação à autoridade ou órgão responsável pela

expedição do ato normativo impugnado e, uma vez publicado o acórdão, os efeitos da declaração já são *erga omnes*. Todos devem abster-se da prática de atos calcados no diploma normativo ab-rogado.

Como afirmado antes, é cabível a medida cautelar na representação, cujo objeto é a suspensão temporária da eficácia da norma impugnada até o julgamento: se procedente a representação, face aos efeitos *ex tunc* da declaração, restou que referida norma não teve eficácia desde a origem; se improcedente a representação, fica prejudicada a liminar concedida.

Sobre a eficácia da medida cautelar, dispõe o Código de Processo Civil que ela é conservada na pendência do processo principal, podendo, porém, ser revogada ou modificada a qualquer tempo (art. 807). Cessa dita eficácia se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento de mérito (art. 808). Por sua vez o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, cujo rito procedimental é o aplicável à representação por inconstitucionalidade, define como finalidade precípua da medida cautelar *garantir a eficácia da ulterior decisão da causa* (inciso IV do art. 21, parte final).

Logo, não há dúvida sobre o termo *ad quem* da eficácia da medida cautelar: a data da publicação do acórdão lavrado no julgamento da representação, salvo se entender o Tribunal de suspendê-la antes, para o que indispensável nova decisão do Plenário quanto à liminar.

Embora considere o Supremo Tribunal Federal *não conhecível* a representação se revogado o ato sob o controle antes do seu ajuizamento, entende também que, se revogado no curso do processo, ela (a representação) poderá ser considerada prejudicada ou não, conforme o caso (Rp. 1.134-SP), isto é, em função da verificação de prejuízo para qualquer interessado. Veja-se, a propósito, o que decidiu a Alta Corte nas Representações 971-RJ (DJ de 7-11-78), e 1.148-8-RJ, ambas relatadas pelo Ex.^{mo} Sr. Ministro Djaci Falcão:

Rp. 971-RJ

“I — A decisão que em ação direta declara a inconstitucionalidade de lei tem efeito *ex tunc*. Assim sendo, não se julga prejudicada a representação quando a lei inquinada de inconstitucional é revogada no curso da ação. Decisão tomada por maioria de votos.

II —

Rp. 1.148-8-RJ

“Representação de inconstitucionalidade da Lei nº 570, de 15-9-82, do Estado do Rio de Janeiro. Revogada pela Lei nº 606, de 25-11-82, sem ocorrer prejuízo para qualquer

interessado, torna-se prejudicada a representação por falta de objeto."

LÓCIO BITTENCOURT ensina que a inconstitucionalidade da lei, uma vez reconhecida e declarada pelos tribunais, tem como consequência necessária ou a sua **revogação**, ou a sua **inexistência**, ou a sua **ineficácia**.

A **revogação** se dá não como no campo do conflito intertemporal entre duas leis da mesma hierarquia, mas porque, sendo de vigência anterior à Constituição, é com esta incompatível. Este é, também, o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Entende-se por **inexistente** a lei quando, em sua elaboração, "não foram obedecidas ou observadas as formalidades constitucionais prescritas para o processo legislativo".

Uma outra consequência, argüida por LÓCIO BITTENCOURT em face da declaração de inconstitucionalidade é a da **ineficácia** do ato legislativo, pela recusa dos tribunais em aplicá-lo aos casos concretos que lhe são submetidos. "Ocorre a ineficácia quando a lei posterior à Constituição e elaborada com perfeita observância do processo e das fórmulas por esta prescritas é, no seu contexto, incompatível com a lei suprema" (**O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**, 2.^a ed., Forense, 198, pp. 133-134).

A Excelsa Corte, ao que se viu, tem entendimento semelhante, porém com tempero, isto porque não há que se falar em lei **inexistente** quando ela, mesma viciada, foi promulgada, ingressando no mundo fático-jurídico; se é injurídica e, assim, não reconhecida, nunca mais deixará de ser fato, mesmo que apenas histórico (tatbestand).

Conclusão

Embora alongado com adensados elementos históricos, sobre o que peço escusas, o presente trabalho não tem outro objeto senão o de oferecer depoimento do que se tem feito no Ministério Público Federal em matéria de representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, processo político da mais alta significação no equilíbrio das relações supraconstitucionais entre a Nação e o Estado brasileiros.

Sob essa ótica de relevância da guarda da Constituição, que exige processo solene de atuação do sobredireito, gostaria de registrar minha preocupação com a modificação que se pretendeu operar no disciplinamento constitucional da representação através da chamada Emenda Figueiredo, que foi retirada pelo seu autor, o então Chefe do Poder Executivo federal: propôs-se, ali, que as arguições de inconstitucionalidade promovidas pelos Chefes dos Poderes Políticos, quer em linha vertical ou horizontal, e também pelo Conselho Federal da Ordem dos

Advogados do Brasil, tivessem livre trânsito na Procuradoria-Geral da República, com encaminhamento obrigatório pelo Procurador-Geral.

A motivação de tal iniciativa seria a eventual exacerbação da discricionariedade do Procurador-Geral da República, ele que é nomeado pelo Presidente da República, hoje sem a anuência do Senado Federal, como antes, e demissível ao nuto do Chefe do Governo. Se é válida tal preocupação para que se atinja, mais aproximadamente, o ideal da Justiça, o tema merece consideração de outra ordem, que faço, aqui e agora, tendo em vista os anseios da Nação e a iminente convocação da Assembléia Nacional Constituinte: a nobreza do processo de representação não deve admitir tipos distintos de arguição de inconstitucionalidade que, fatalmente, seriam classificados em representações de 1ª e de 2ª categoria. Tal concepção distoa, *data maxima venia*, da natureza jurídica do processo, como o vemos, de que a impugnação se opera em plano de *sobredireito*, entre *representados* e *representantes*, entre Nação e Estado.

Dir-se-á que, por isso mesmo, não se justifica a interferência do Procurador-Geral da República, cargo da confiança do Poder Executivo. Não vejo dessa forma, entretanto. No sistema adotado pelo Brasil, de controle jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal tem *supremacia* sobre os demais Poderes Políticos, segundo a construção de Marshall. E o Procurador-Geral da República, em simetria de conceitos, tem a missão de Procurador-Geral do Povo.

Deve-se repensar, entendo, a forma de provimento do cargo da Chefia do Ministério Público Federal: e, é nesse campo que, me parece, devem as transformações operar-se; primeiro, restabelecendo a exigibilidade constitucional da anuência do Senado Federal na escolha do nome que deverá ocupar o cargo; mas não só esse restabelecimento se faz necessário; o cargo de Procurador-Geral da República, pela especial e nobre missão que tem no controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico, deveria deixar de figurar no elenco de cargos que merecem a anuência da Câmara dos Estados-Membros e, em destaque, no capítulo próprio do Ministério Público Federal, que também carece de revisão constitucional, estabelecer-se que a escolha do Procurador-Geral envolverá a participação das duas Casas do Congresso, porque, para atuar em nome dos Representados, é indispensável que os Representantes daqueles examinem referida escolha. E mais: que a sua investidura seja por mandato certo.

A instituição de duas categorias de representação, como se fossem comboios ferroviários, um expresso e o outro paradoro, um de luxo e o outro comercial, um cargueiro e o outro "flexa-de-prata", fere o sentimento ideal de Justiça porque vai contra um dos direitos fundamentais do Homem, como tal, dispositivo materialmente constitucional: o da igualdade de todos perante a lei, aqui no sentido mais amplo e universal do termo, ou seja, o próprio direito.

BIBLIOGRAFIA

- VANOSI, Jorge Reinaldo A. *Teoria Constitucional*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1975.
- MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais*. Traduzidas por AMÉRICO LOBO. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1903.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John e MADISON, James. *O Federalista*. Tradução de REGGY ZACCONI DE MORAES. Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1959.
- DÓRIA, A. Sampalo. *Direito Constitucional (Teoria Geral do Estado)*. 5ª ed. São Paulo, Ed. Max Limonad.
- MELLO, José Luiz de Anhala. *Da Separação dos Poderes à Guarda da Constituição (As Cortes Constitucionais)*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1968.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed., Rio, Forense, 1968.
- OLIVEIRA NETO, Cândido. "Representação de Inconstitucionalidade", volume XLIX, verbete in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, org. por J. M. CARVALHO DOS SANTOS e outros. Rio de Janeiro, Editor Borsol.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio, Forense, 1966.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional — Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil — Artigos 796 a 812 — Processo Cautelar*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense.
- FERREIRA, Pinto. *Princípio da Supremacia da Constituição e Controle da Constitucionalidade das Leis — Função Constitucional do Supremo Tribunal Federal do Brasil*. *Revista de Direito Público*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 17/17.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1974.
- LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro, Forense, 1960.
- LOUREIRO JUNIOR, Luiz. *Da Constitucionalidade das Leis*. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da USP como candidato à livre docência da cadeira de Direito Constitucional. São Paulo, Guanumby, 1949.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Aspectos do Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Separata da *Revista Forense*, volume 277 (Rio de Janeiro).
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado — Parte Geral*. Rio de Janeiro, Editor Borsol, 1954.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de J. BAPTISTA MACHADO. 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

Da inconstitucionalidade do art. 175 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

PAULO NAPOLEÃO N. B. NOGUEIRA DA SILVA

Professor de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado nas Faculdades Castello Branco — São Paulo, Professor de Direito Processual Civil e Chefe do Departamento de Prática Forense nas Faculdades Franciscanas — Bragança Paulista, SP

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. DO ESTADO
 - 2.1 *A natureza do Estado*
 - 2.2 *A Constituição como corporificação do Estado*
 - 2.3 *O poder do Estado*
 - 2.4 *A divisão das funções do Estado*
 - 2.4.1 *Das críticas à independência dos Poderes*
 - 2.4.2 *Da independência e da harmonia à luz da hermenêutica constitucional*
 - 2.4.3 *Dos limites ao princípio da harmonia*
3. DO SENADO FEDERAL
 - 3.1 *Do Senado como órgão federativo*
 - 3.2 *Do art. 42, VII, da Constituição*
 - 3.2.1 *Da expressão "privativamente"*
 - 3.3 *Do procedimento para edição das resoluções do Senado Federal*
 - 3.3.1 *Das proposições e da sua tramitação*
 - 3.3.2 *Da discricionariedade atribuída ao Presidente do Senado Federal*
 - 3.4 *O Senado e o controle da constitucionalidade*
 - 3.4.1 *Da doutrina e da jurisprudência*
 - 3.4.2 *Da competência do Senado*

4. DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- 4.1 *Do exercício da jurisdição*
- 4.2 *Da competência do Supremo Tribunal Federal*
- 4.3 *Breves considerações sobre a coisa julgada judicial*
- 4.4 *Sobre a eficácia da coisa julgada na declaração de inconstitucionalidade*
- 4.5 *Da natureza do Supremo Tribunal Federal*
- 4.6 *Da inconstitucionalidade do sistema adotado pelo Supremo Tribunal Federal*

5. CONCLUSÕES

1. INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho é a inconstitucionalidade do art. 175 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, examinada à luz do papel destinado pela atual Constituição brasileira ao Senado Federal, no controle repressivo da constitucionalidade das leis. Para tanto, fez-se necessária uma incursão ao tormentoso problema de precisar a natureza desse controle, se jurisdicional ou política.

Para uma melhor abordagem da matéria, também foram necessárias algumas considerações prévias sobre a natureza do Estado e do seu poder; tais considerações, entretanto, importam sempre na tarefa incidental de oferecer respostas às questões que despontam ao longo do caminho a ser palmilhado, motivo pelo qual, embora não se constituam em novidade, nelas tivemos que nos deter, por vezes, demoradamente.

Cumprе esclarecer que a seqüência escolhida para os capítulos não obedeceu à idéia de verticalidade, mas, como ocorre com certa freqüência na elaboração racional da hermenêutica, à necessidade de conciliarem-se diversas conclusões preliminares.

Finalmente, também cumprе deixar consignado o agradecimento a todos quantos cursaram a cadeira "Direito Constitucional I", durante o segundo semestre de 1984, no curso de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e bem assim ao Professor Doutor Michel Temer, titular, e seu Assistente, Dr. Cleómenes Dias Batista, cujas inteligências e cultura contribuíram decisivamente, e serviram de permanente estímulo a que se nos descortinasse uma visão mais ampla do sistema constitucional brasileiro.

2. DO ESTADO

2.1 *A natureza do Estado*

O Estado é um ente político. Quer seja visto e definido como forma de organização, ou como corpo social, parece inquestionável que, sob qualquer enfoque, avultará sempre o elemento político como essencial à sua natureza. E, ainda mesmo se definido como conjunto de normas jurídicas integrando uma dada ordenação, presente se fará a lição de KELSEN, indicando que toda norma tem conteúdo político. Estas noções, aliás, já se incorporaram ao conhecimento comum, sendo desnecessárias, em conseqüência, citações que nos remetam à doutrina autorizada, tanto em sede da sua teoria geral, como no âmbito do direito constitucional.

2.2 *A Constituição como corporificação do Estado*

Se o Estado é um ente político, sua estrutura, sua corporificação é a Constituição, lei fundamental, de natureza político-jurídica, como se depreende do aludido ensinamento do mestre de Viena. Por evidenciar a "particular maneira de ser do Estado" (1), a Constituição congrega a substância do conjunto de regras de natureza política que informam à existência e atuação do Estado, segundo os contornos que lhes são dados pela ciência jurídica, particularmente pelo direito constitucional (2). Reúne ela, portanto, reitera-se, ao mesmo tempo, as características materiais e procedimentais da pessoa político-jurídica que é o Estado.

2.3 *O poder do Estado*

A estrutura político-jurídica do Estado, a Constituição, é produto da manifestação do poder constituinte. Tal poder político, uno por definição, ao estruturar o Estado por via da Constituição produzida, transmuda-se, através da representação, em poder constituído, como querem vozes autorizadas ou, como preconizam outras, constitui, cria esse poder. De qualquer modo, poder político na sua natureza, e uno na sua essência. O poder do Estado.

2.4 *A divisão das funções do Estado*

Se o poder do Estado, além de político, é uno, distintas são as naturezas das funções mediante as quais é exercido; desta circunstância resulta, em parte, a consagração da teoria da tripartição do poder, devida modernamente a MONTESQUIEU. Dizemos que essa consagração resulta em parte daquela circunstância, porque também é resultante de outra, a de o pensador francês

(1) CELSO BASTOS. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, p. 38.

(2) Cf. KARL LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*. Trad. ALFREDO GALLEGU ANABITARTE. Barcelona, Ed. Ariel, 1962, pp. 152/154.

haver concebido sua teoria como um sistema de contenção do poder pelo próprio poder, visando à proteção dos direitos individuais, o que só se torna possível através da recíproca fiscalização entre os órgãos encarregados de exercê-lo.

Precisamente, porque são distintas as naturezas fático-político-sociais das funções mediante as quais o Estado exerce o seu poder, órgãos distintos são encarregados dessas funções. São os denominados "Poderes" do Estado.

O tema é de difícil precisão. Trata-se de órgãos pertencentes, ou integrantes de uma só pessoa política, exercendo funções que, embora distintas na sua natureza, são todas inerentes ao exercício de um único poder. E, se para a garantia dos direitos individuais dos cidadãos faz-se imprescindível que o poder do Estado seja dividido no exercício de funções distintas pela sua natureza, e cometidas a Poderes independentes organicamente, e na sua atuação, menos necessária não é, tendo em vista os fins do Estado na promoção do bem comum, atuarem de forma coordenada, isto é, harmonicamente. A dificuldade reside, portanto, em distinguir a linha demarcatória entre a independência e a harmonia, a cooperação.

Em conseqüência da dificuldade apontada, não só as posições doutrinárias se dividem, como se extremam: é comum encontrar maior ou menor dose de conteúdo ideológico na formulação das soluções; e, em outros casos, tão absoluta é a ausência de ideologia na análise do tema — em holocausto a um excesso de tecnicismo jurídico — que, até mesmo a conceituação do que seja jurídico, ou do que seja político, ou, ainda, a própria conceituação de Estado democrático se torna difícil e imprecisa. PONTES DE MIRANDA, v.g., com sua indiscutida autoridade, depois de dizer que "democracia é a existência de regras jurídicas que dêem ao povo o direito de atuar na formação da ordem estatal", afirma que "a separação de poderes não é essencial às democracias, e constitui técnica à parte, com os seus problemas próprios, os seus fins e meios..." (3)

2.4.1 *Das críticas à independência dos Poderes*

Não é possível aceitar, todavia, a posição assumida por alguns autores contemporâneos, que brandem uma pretendida defasagem da teoria da divisão face à realidade. Tais autores pregam a inexistência de divisão entre os Poderes do Estado, vendo, ao contrário, uma integração entre as funções; pregam, mais, a inexistência de fiscalização, na acepção da palavra, preferindo identificar

(3) Aut. cit. *Democracia, Liberdade, Igualdade*, Saraiva, 1979, respectivamente, pp. 139 e 163.

essa atividade, simplesmente, como uma "colaboração" entre os órgãos do Estado (4).

No fundo, o que parece ser perceptível é uma dialética que parte de posição bem mais extremada do que aquela sobre a qual foi calcada a teoria de MONTESQUIEU: pois, tudo indica façam vistas grossas ao óbvio, ou seja, à realidade da existência de funções típicas e atípicas, ou principais e secundárias; esquecendo-se, aliás, de que o próprio pensador francês previra que os três Poderes teriam que caminhar *de concert*. E, a partir de tal disposição, afirmam a superação da teoria, ou a impossibilidade de sua exata aplicação. Isto nos parece uma tendência — ao que tudo indica, não produzida pela época atual, mas vinda de longínquas gerações políticas — ao casuismo: comparativamente, seria como se uma Constituição não devesse conter somente ditames gerais, mas descer ao esmiuçamento dos efeitos de cada fato abrangido pelos diversos ramos do direito, e da ciência política, ao invés de, através da conciliação de seus princípios gerais se adequar à evolução da consciência social. Ocorre, entretanto, que a teoria de MONTESQUIEU, cujos fundamentos e objetivos continuam tão válidos e atuais, hoje, como na época em que foi escrita a sua obra clássica, atua, exatamente, do modo como o fazem as Constituições: pela consagração de princípios basilares, cuja aplicação, no entanto, poderá variar de acordo com a modificação da consciência político-jurídica, vale dizer, de acordo como as gerações passem a entender este ou aquele princípio. Com adequação a lição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, aliás, ao dizer que "a idéia da divisão do poder em seu exercício, foi e é a solução mais engenhosa inventada até hoje para garantir a liberdade do indivíduo em face do Estado" (5).

Trata-se, portanto, de uma idéia diretriz, de um princípio a ser observado; já houve quem ressaltasse, v.g., que as mesmas palavras, contidas na Constituição norte-americana, têm hoje um sentido diverso do que tinham há duzentos anos atrás, quando foram escritas, e, porém, continuam válidas. Se o pensamento de MONTESQUIEU contém uma teoria de como deve se processar a Administração Pública e, em última análise, uma teoria de como deve ser exercida a soberania, pergunta-se: o que é, por sua vez, uma Constituição senão uma teoria que se procura pôr em prática, de como deve ser a estrutura do Estado, e de como devem ser as relações sociais e políticas sob esse Estado? Nem é outro o pensamento da doutrina, quando diz que "o sistema constitucional pede o emprego de métodos hermenêuticos que possam de perto

(4) V.g., PAULO FIGUEIREDO, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 18, n. 70, pp. 11 e seguintes.

(5) Aut. cit. *Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, 1984, p. 63.

acompanhar as variações dinâmicas da Constituição, presos atentamente ao critério evolutivo, sempre de fundamental importância para a análise interpretativa" (6).

Negar a independência dos Poderes, sob o fundamento de que cada um exerce secundária ou atipicamente funções que dentro de um rigor extremado e utópico — contrário à própria independência — deveriam ser cometidas aos demais, parece-nos mero jogo de palavras.

Por outro lado, há que se admitir não ser possível haver integração, sem que haja divisão: a própria circunstância de se integrar coisas ou funções importa em reconhecer previamente a sua separação; ademais disso, e por conseqüência, se essa integração é permanentemente praticada, isto só será possível na medida em que houver uma permanente separação de partes, cuja dinâmica de atuação possa ser integrada. Assim, o próprio argumento da "integração" atesta a separação.

De outra parte, a colaboração eventual não exclui a permanente fiscalização, ao contrário: a colaboração se dá para com os fins do Estado. SANTI ROMANO sintetizou-o, ao falar em coordenação entre os Poderes, objetivando a unidade de atuação do Estado (7). Dentre esses fins, avulta a preservação dos direitos e garantias individuais; preservação, essa, precisamente, para cuja consecução as funções são exercidas por órgãos distintos e independentes. E, não é por outra razão que a Constituição destina o seu art. 6º para determinar de forma expressa essa independência e harmonia; de resto, como fazia, no seu texto original de 1967 (art. 6º, também), assim como o estatuiu a Constituição de 1946 (art. 36, *caput*), de idêntica forma como a de 1934 (art. 3º), e de 1891 (art. 15). Em comentário a esta última, aliás, AMARO CAVALCANTI lecionava (8):

"Poderes independentes, nos termos da Constituição federal, quer dizer — poderes que deliberam e agem, em esferas determinadas, por autoridade própria (*ex propria auctoritate*) não reconhecendo nenhum superior entre si. Poderes harmônicos, quer dizer, por sua vez, poderes que se entendem, se auxiliam, que colaboram para um mesmo fim".

Não se deve esquecer, além disso, que qualquer deficiência na interpretação do art. 6º, *caput*, seria definitivamente afastada pelo

(6) PAULO BONAVIDES. *Direito Constitucional*. Rio, Forense, 1980, p. 132.

(7) *Aut. cit. Princípios de Direito Constitucional Geral*. Trad. MARIA HELENA DINIZ. São Paulo, RT, 1977, pp. 227/228.

(8) Apud LUIS AUTUORI. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Vol. 31, p. 78.

que dispõe o seu parágrafo único; de idêntica forma como ocorria no texto original de 1967, e com os §§ 1º e 2º do art. 36 da Constituição de 1946. Aliás, as razões desses dispositivos são bem claras, e apontam para a imprescindibilidade da independência e da fiscalização. Pois: a) o Estado é ente político, suas funções são essencialmente políticas, seus órgãos preenchidos e as respectivas atividades desenvolvidas por pessoas naturais, agentes públicos, com interesses pessoais e políticos diversificados; b) a lei é impessoal e abstrata, sua execução e efeitos necessitam ser implementados por esses agentes públicos; c) não teria sentido, além disso, fiscalizar a atuação de órgãos abstratos, sem existência palpável a não ser no texto da lei; d) em consequência, a fiscalização só pode ter como objeto o desempenho que a esses órgãos é pessoalmente dado pelos respectivos ocupantes, que os agilizam; e) para que o desempenho desses órgãos esteja em conformidade com os fins do Estado na sua concepção de ente destinado a promover o “bem comum”, considerada a diversificação de interesses pessoais e políticos dos agentes, é imprescindível que haja fiscalização *externa* e recíproca entre os três órgãos denominados Poderes do Estado, segundo as regras e os meios a cada um deles destinados pela Constituição na repartição de competência que formula; e, f) finalmente, para que seja possível tal fiscalização, faz-se necessário que os Poderes sejam independentes, efetivamente, como quer a mesma Constituição.

Vale lembrar, aliás, a observação crua, mas de inafastável precisão, com que o eminente CARLOS MAXIMILIANO inicia seus comentários ao art. 36, da Constituição de 1946 (9):

“Não parece fácil modificar a natureza humana e arrancar da alma do indivíduo as paixões e os apetites. Procura-se a garantia dos interesses gerais do Estado em uma organização tal que as diferentes aspirações dos homens em conflito com o bem público cheguem a inutilizar-se umas às outras.”

Além de tudo isso, não é possível deixar de lembrar que a independência decorre, precisamente, da diferença essencial nas naturezas das funções típicas exercidas pelos Poderes, e é exigência dessa mesma diferença. Caso contrário, ficariam frustrados a própria razão de ser e o objeto da Constituição, que é o de corporificar, através do sistema político-jurídico que adota, um Estado “democrático”; ou seja, um Estado que garanta o exercício e a satisfação de todos os direitos individuais, públicos e privados.

As razões dos que defendem uma pretendida integração, em lugar da harmonia, e a inexistência da fiscalização recíproca, de-

(9) *Aut. cit. Comentários à Constituição Brasileira*, vol. I, Freitas Bastos, 1948, p. 390.

corrente da independência, que seria substituída pela “cooperação”, nada representam senão colocações de natureza eminentemente ideológica, sem maior preocupação com os ditames do sistema constitucional; como tal, *exclusivamente* calcadas numa dada concepção político-ideológica. Porém, a análise da Constituição — carta político-jurídica — e da sua sistemática, não pode ser feita somente à luz de um desses elementos, mas, sempre, de ambos. Por mais que se pense na necessidade, cada vez mais acentuada, de meios rápidos e eficazes à disposição do Executivo contemporâneo, que, propriamente dito, *é o governo*, de nada servirão essas considerações, se não se tiver como premissa fundamental a preservação do livre exercício, e da satisfação dos direitos individuais, públicos e privados.

A independência, como bem ressalta MICHEL TEMER, se manifesta inquestionavelmente através de dispositivos constitucionais específicos, cujo conjunto e intuito, mais do que conferir imediatamente privilégios e garantias aos titulares dos cargos, objetiva, mediatamente, preservar o Poder a que pertençam tais cargos⁽¹⁰⁾. Assim, entre outros, os arts. 30, 32 e 34, relativamente ao Legislativo; e, 113, 114 e 115, quanto ao Judiciário. Vale notar, por outro lado, que o Executivo é um Poder historicamente dotado de um maior número de competências e de meios, embora nem por isso superior aos demais; pois, a questão resume-se, é de ser reiterado, em repartição orgânica de competências. No entanto, a amplitude de suas funções torna possível eventuais incursões desse Poder à esfera de atuação, sobretudo, do Legislativo; por tal razão, o constituinte não se preocupou em lhe assegurar a independência através de dispositivos específicos. A propósito do tema, aliás, não se pode perder de vista a observação de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, lembrando que o Executivo moderno é o sucessor do rei absoluto, mal contido dentro das limitações que o primado da lei lhe impõe⁽¹¹⁾.

2.4.2 *Da independência e da harmonia à luz da hermenêutica constitucional*

Lecionando em sede de hermenêutica constitucional, ensinava CARLOS MAXIMILIANO que, dentro da letra rigorosa do texto, há que ser procurado o objetivo da norma suprema; e, acrescentou o mestre, “seja este atingido, e será perfeita a exegese”, para finalizar dizendo que “quando as palavras forem suscetíveis de duas interpre-

(10) Aut. cit. *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo, RT, 1982, pp. 130 e seguintes.

(11) Aut. cit. conferência ainda não publicada, proferida no plenário da Câmara Municipal de São Paulo, por ocasião do “III Curso de Extensão Universitária em Direito Tributário”, 1978.

tações, uma estrita, outra ampla, adotar-se-á aquela que for mais consentânea com o fim transparente da norma (12)

No mesmo sentido imprimido por CARLOS MAXIMILIANO à expressão "fim transparente da norma", agora em sede de Ciência Política, o entendimento de KURT SONTHEIMER (13).

Examinadas as objeções ao princípio da independência, e à conseqüente fiscalização recíproca entre os Poderes, bem como ao princípio da harmonia segundo o entendimento de que *visa exclusivamente os fins globais do Estado, não nos parece possam elas ser acolhidas. Pelos seguintes motivos:*

a) a Constituição é o instrumento através de que se corporifica juridicamente o Estado;

b) num Estado que se pretende democrático, sua razão de ser e objeto se consubstanciam na realização do bem comum através da assecuração do livre exercício e da satisfação dos direitos individuais;

c) dada a circunstância de que os órgãos do Estado são preenchidos, e suas atividades implementadas por pessoas, com interesses individuais e políticos diversos, essa assecuração só pode ser conseguida através do mecanismo de contenção do poder pelo próprio poder, que se traduz na recíproca fiscalização entre os órgãos ou conjunto de órgãos através dos quais o Estado desempenha suas funções;

d) essa fiscalização só pode existir efetiva e eficazmente se esses órgãos forem independentes.

Conseqüentemente, buscar significados outros para a expressão "independentes", contida no art. 6º da Constituição, e daí partir para a afirmação de que não há independência, mas "integração", e nem fiscalização, mas "colaboração" é, sem dúvida, pré-vincular ideologicamente a exegese da norma, adotando interpretação que não é consentânea com o seu "fim transparente".

2.4.3 *Dos limites ao princípio da harmonia*

Comentando o princípio constitucional da harmonia entre os Poderes, o eminente BARBALHO ensinava que, "a Constituição os estatui harmônicos, devendo cada qual respeitar a esfera de atribuições dos outros e exercer as próprias de modo que nunca de

(12) Aut. cit. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 5ª ed., Freitas Bastos Livraria, 1961, p. 378.

(13) Aut. cit. *Ciencia Política y Teoría Jurídica del Estado*. Tradução de LUIS G. VILLAGRA. B. Aires, Eudeba Editorial, 1971, pp. 53 e segs.

embaraço, mas de facilidade e coadjuvação, sirvam às dos demais, colaborando todos assim a bem da comunhão" (14).

Aí está, pois, tal como na lição anteriormente citada do insigne AMARO CAVALCANTI a colaboração para com os fins do Estado. Esta colaboração, contudo, não pode ser feita à custa da diminuição ou perda de prerrogativas, ou da inércia no exercício de atribuições, de funções típicas de cada Poder; menos, ainda, poderia essa colaboração ser efetivada por meio de verdadeira delegação, ou de delegação "branca" das funções cometidas a cada Poder, respeitadas as ressalvas da própria Constituição. Aliás, é como estatui o parágrafo único do art. 6º, que reproduz dispositivos constantes dos textos constitucionais anteriores. Este, portanto, deve ser o marco divisório de até onde pode operar a harmonia entre os Poderes: a estrita observância e preservação da independência e da competência constitucionalmente atribuídas a cada qual dentre eles.

Não há dúvida de que se observa no mundo moderno uma tendência à ampliação da área de alcance das funções do Executivo; e essa tendência traduz uma realidade das exigências postas à Administração Pública, em decorrência do crescimento demográfico e da gama variada de efeitos que este fenômeno — um, entre muitos — ocasiona. Entretanto, todas essas ocorrências não estão, por outro lado, fora do alcance da Constituição; não será o fato de o Executivo ser obrigado a desempenhar maior número de atividades uma válida justificativa para o aviltamento dos demais Poderes.

Lecionando a propósito da relação de proporcionalidade entre as funções executivas e legislativas, PONTES DE MIRANDA observava que, sendo independentes e harmônicos os Poderes, não há, em princípio, predominância de qualquer um sobre os demais; porém, "o exercício de cada um dos três é que pode fazer um deles preponderar". E, lembra o autor que "Não é ao Poder Executivo que incumbe dar importância ao Poder Legislativo, ou reconhecer-lhe supremacia: só o próprio Poder Legislativo pode fazer-se tão importante quanto a Constituição de 1946 estatuirá que deva ser" (15)

De igual maneira, prelecionando sobre o Judiciário, diz AGUSTIN GORDILLO que "a posição do Poder Judiciário acha-se em geral bastante deteriorada, em primeiro lugar, a nosso modo de ver, com desacerto, porque tem uma certa responsabilidade política na conduta do governo, e sob esta impressão julga muito benevolmente os atos do mesmo, entendendo estar assim colaborando com ele. Deste modo, não só deixa de exercer sua função, que não é

(14) JOAO BARBALHO. *Comentários à Constituição Federal de 1891*. Vol. 3, 1902, p. 163.

(15) *Aut. cit.* Independência e Harmonia dos Poderes. *Revista de Direito Público*. Ano V, v. 20, pp. 9 e seguintes.

governar, mas julgar a aplicação do direito aos casos concretos, além de também perder pouco a pouco critério diretor do que deveria ser sua atribuição específica". E, conclui o autor, falando sobre o controle da constitucionalidade, que o Judiciário "só declarará a inconstitucionalidade quando esta seja *clara e manifesta*, como se não fosse seu dever declará-la quando existe, seja ou não manifesta" (16).

Ao tratar da posição do Legislativo face ao Executivo, o autor ultimamente citado já fizera referência à posição de peticionário mais ou menos submisso, em que se coloca o parlamentar que vai à Administração Pública solicitar a nomeação de um apadrinhado seu (17).

Evidentemente, se as observações de GORDILLO se referem à atividade dos Poderes no seu país, notório é que tais observações não se constituiriam em "aberratio" se expendidas em relação a nós, como à maioria dos países. Ora, se é assim que se passam as coisas, e — mesmo não sendo apropriado generalizar — sabemos-lo ser, carradas de razão a mais para que a Constituição imponha a independência, e conseqüentemente, a recíproca fiscalização entre os Poderes; visando, como já ficou dito, à atuação que lhes é imposta pelos agentes que ocupam os respectivos cargos.

A evidência, as considerações ultimamente desenvolvidas são informadas por algo de conteúdo eminentemente político, ou seja, de prática política, tendo em vista o *modus procedendi* dos agentes; nada têm a ver com o *modus procedendi* jurídico de um Poder em si mesmo considerado, face à competência que lhe é constitucionalmente reservada. Justificam-se, no entanto, de vez que aqui se trata dos limites ao princípio da harmonia, havendo que se considerar o fundo material da Constituição, que é político, e a sua sistemática, procedimental, que é jurídica. Juridicamente, como assentado, o limite à operatividade da harmonia será encontrado na fiel observância da independência, e na preservação da competência constitucional de cada Poder: até enquanto estas estiverem íntegras, será possível a colaboração objetivando os fins do Estado; mas, com sacrifício, ou com privação ou diminuição temporária dessa competência e independência, tal harmonia não poderá operar. Diante de uma hipotética escolha — independência ou harmonia — a primeira deve sobrepor-se à segunda. Como observa MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "o que é essencial à independência é que, por motivos de pura apreciação política, por mero desagrado quanto a decisões tomadas, um dos Poderes não possa extinguir o mandato de outro, ou destituir de suas funções os que as

(16) Aut. cit. *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. MARCO AURELIO GRECO. São Paulo, RT, 1977, p. 56.

(17) Aut. e ob. cit., p. 11.

exercem legalmente. Muito menos, que um Poder possa juridicamente determinar como o outro deve decidir no exercício de suas funções" (18). Havendo que incorrer em qualquer dessa diminuição de suas prerrogativas constitucionais de independência, para que seja mantida a harmonia, esta não será possível, em que pese ao risco de uma cisão institucional.

3. DO SENADO FEDERAL

Cumprido examinar, agora, a figura do Senado Federal, no contexto do sistema constitucional brasileiro. Conforme dispõe a atual Constituição, compõe-se ele de representantes dos Estados e do Distrito Federal (art. 41, *caput* na redação da Emenda, 25, de 1985). Também assim dispunha a Constituição de 1946 (art. 60). A de 1937, sob cuja vigência não chegou ele a ser convocado, nem preenchido, denominava-o "Conselho Federal", e também falava em representantes dos Estados — um para cada Estado — eleitos pela respectiva Assembléia Legislativa; além disso, incluía na sua composição dez membros nomeados pelo Presidente da República (arts. 50 e 52). A Constituição de 1934, falando em representantes dos Estados e do Distrito Federal (art. 89), modificava a sua competência em relação ao texto de 1891, aumentando-a na medida em que lhe atribuía a coordenação dos Poderes federais entre si, e a manutenção da continuidade administrativa e diminuindo-a na medida em que o transformava em auxiliar da Câmara dos Deputados na feitura de leis. E a Constituição de 1891 não dizia expressamente que os membros do Senado eram representantes dos Estados e do Distrito Federal (art. 30 — O Senado compõe-se de cidadãos elegíveis nos termos do art. 26 e maiores de 35 anos, em número de três Senadores por Estado e três pelo Distrito Federal, eleitos pelo mesmo modo por que o forem os Deputados).

3.1. *Do Senado Federal como órgão das vontades das ordens jurídicas parciais*

A questão sobre ser ou não o Senado, no nosso sistema, órgão das vontades das ordens jurídicas parciais — em que pese à terminologia da Constituição — não é tão simples quanto à primeira vista aparenta ser.

Comentando o art. 60 da Constituição de 1946, PONTES DE MIRANDA afirmou ser falha a representação das Unidades da Federação, porque os Senadores eram eleitos pela mesma forma como o eram os Deputados; ou seja, pela circunstância de os Deputados também serem eleitos por Estados-Membros. E, acrescentou que a representação atribuída ao Senado só teria eficácia se os Deputados

(18) Aut. cit. Comentários à Constituição Brasileira, Ed. Saraiva, 1984, p. 64.

fossem de duas espécies, ambas com base e origem eleitoral diversas das dos Senadores: uma, a de Deputados eleitos por zonas, representando dois ou mais Estados; e, outra, a de Deputados gerais, eleitos por todo o País (19).

Em comentário ao mesmo artigo do texto de 1946, CARLOS MAXIMILIANO deixou em aberto qualquer referência explícita à representação dos Estados, limitando-se a observar que a composição paritária do Senado destinava-se a contrabalançar o peso dos grandes Estados, pelos pequenos; e, à luz dos artigos 59 e 67, § 1º, destacou o papel do Senado como Câmara revisora, além de ser também moderadora, em razão da maior experiência e prudência dos seus integrantes, resumidas em razão do seu menor número, e de sua idade mínima (20).

Ao comentar o art. 43 da Constituição de 1967, que, com a exclusão dos Senadores pelo Distrito Federal, repete o art. 60 da Constituição de 1946, PONTES DE MIRANDA renova *ipsis literis* o que dissera quanto a este último, relativamente à representação dos Estados (21).

CELSO BASTOS, após indicar a função moderadora de contenção dos impulsos da "Câmara Baixa", em decorrência da idade mais avançada dos Senadores, e de sua maior distância em relação ao eleitorado, em razão da duração do mandato, reconhece que a função do Senado é representar os Estados-Membros, tornando efetiva a participação destes no processo legislativo federal, tendo condições de impedir emendas constitucionais que ameacem a repartição constitucional de competências (22).

MICHEL TEMER afirma que os Senadores são representantes dos Estados; estes encontram no Senado o seu equilíbrio, por força da participação igualitária de todos eles nas decisões nacionais. E distingue competências privativas e individuais dessa Casa legislativa, *pari passu* com outras, decorrentes de sua situação de parte componente do Congresso Nacional (23).

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO reconhece no Senado uma Câmara de moderação, em razão do prestígio e experiência políticos dos seus membros, decorrência prática da exigência contida no

(19) Aut. cit. *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*. Vol. II, ed. Max Limonad, 2ª ed., 1953, p. 278.

(20) Aut. cit. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. II, Freitas Bastos, 1948, pp. 100/102.

(21) Aut. cit. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III, São Paulo, RT, 1967, p. 75.

(22) Aut. cit. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1975, pp. 107 e 109.

(23) Aut. cit., *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo, RT, 1982, p. 138.

art. 41 da Constituição, o que faz com que funcione como um freio aos impulsos da Câmara dos Deputados. Mas, embora apontando atribuições de natureza federativa, como a fiscalização dos Estados e Municípios no que tange a empréstimos externos (art. 42, IV) e bem assim a aprovação dos nomes para o mais Alto Tribunal do País e para as Embaixadas permanentes junto aos governos estrangeiros (art. 42, III), nega-lhe a condição de Câmara representativa dos Estados, por não serem os seus membros indicados pelas autoridades responsáveis das Unidades federadas, tal como ocorria nos Estados Unidos até 1903, e como ocorre até hoje na Alemanha Federal (24).

De todo o exposto, verifica-se por essas autorizadas opiniões uma certa concordância quanto ao papel de Câmara moderadora, desempenhado pelo Senado; assim como quanto à sua função de manutenção do equilíbrio entre as Unidades federadas. Por outro lado, registram-se-lhe competências individuadas como órgão, as quais parecem não se confundir com aquelas de que dispõe por sua condição de casa integrante do Congresso Nacional; e, essas competências também parecem ser de caráter federativo, assim entendidas as matérias que digam respeito de modo particular às Unidades federadas, não só em razão do interesse destas no tocante à condução política e administrativa da União que integram, mas, correspondentemente, em razão do seu direito de fazerem sentir suas opiniões, e de influir nas decisões no que tange a tais matérias.

Verificado que há nas funções individuadas do Senado um conteúdo de natureza federal que escapa àquelas outras próprias de Casa integrante do Congresso Nacional, poder-se-ia dizer, *lato sensu*, que o Senado é Câmara federativa. O que cumpre examinar, portanto, é se ele será, *stricto sensu*, esse órgão da vontade das ordens jurídicas parciais. Se os seus membros são ou não representantes dos Estados. Pois, quanto a este aspecto, a doutrina não é concorde: taxativamente, uns reconhecem-lhe, e outros negam-lhe essa condição.

Se é certo que há em algumas de suas funções, senão na maior parte delas, um conteúdo de natureza federal, importa examinar, então, as objeções que têm sido feitas à condição de Câmara onde se fazem ouvir as vozes dos Estados. Essas objeções cingem-se, basicamente, a dois pontos: o da origem dos seus membros, e o da sua representatividade que não é diversa da dos Deputados, por serem uns e outros eleitos pelos mesmos Estados; ou, o de não serem os Senadores indicados ou escolhidos pelas autoridades responsáveis pelos Estados.

(24) Aut. cit., Comentários, p. 226; Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Saraiva, 1964, p. 165.

A primeira dessas objeções, em que pese à autoridade com que foi levantada, resolve-se pela comparação entre a forma de eleição dos Deputados, e a dos Senadores embora cada Estado eleja os seus Deputados e os seus Senadores, é certo que para os primeiros a eleição é proporcional, isto é, varia de acordo com a quantidade numérica do respectivo eleitorado, cabendo a cada Partido o número de vagas, correspondente à proporção de sufrágios desse eleitorado, por ele obtida; enquanto que para os Senadores, o número de vagas é fixo e igual para todos os Estados, invariável em razão do aumento ou diminuição do eleitorado, ou em razão de qualquer outra circunstância, e, também não é proporcional em relação aos sufrágios obtidos por um determinado Partido, mas majoritários (26). Assim, aliás, já era sob a vigência da Constituição de 1946 (arts. 56 e 58, com respeito aos Deputados, e art. 80 e seu § 1º, em relação aos Senadores); por igual, na Constituição de 1967, art. 41 e seu § 2º, em relação aos Deputados, e art. 43 e § 1º, com respeito aos Senadores; como continua sendo sob o texto emendado vigente, art. 39 e seu § 2º, para os Deputados, e art. 41 e seu § 1º, para Senadores. Conseqüentemente, se a origem de Deputados e Senadores é a mesma, ou seja, estadual, não se pode dizer que idênticos sejam os critérios para suas respectivas escolhas; menos, ainda, considerados os critérios que estabelecem essa escolha, e o número de vagas por Estado, que a natureza dos cargos seja a mesma.

Não se chegando ao ponto de concordar com o egrégio PONTES DE MIRANDA, quanto aos Deputados "zonais" ou distritais, *de lege ferenda* não há dúvida acerca de que, talvez, mais nitidamente ficassem caracterizadas a natureza federativa do Senado e a das suas competências, se os Deputados fossem "gerais" ou "nacionais"; isto é, se fossem eleitos por todo o País, podendo cada candidato ser votado pelos eleitores de todos os Estados, permanecendo tal como atualmente é o critério para a eleição dos Senadores. Esta consideração, no entanto, não invalida o que ficou dito. Nem teria sentido, aliás, que cargos com a mesma natureza fossem providos através de processos tão diferentes; e, se a natureza dos cargos não é a mesma, não se pode afirmar como falha a representação dos Estados, no Senado, somente porque Senadores e Deputados são eleitos pelo eleitorado dos Estados.

A segunda das objeções quanto à natureza do Senado como Câmara representativa das Unidades federadas consiste em não

(26) Relembre-se, a propósito, a despeito da vinculação de votos para Governador, Vice-Governador e Senador, nas eleições gerais de 1982, a possibilidade do vulgarmente denominado "voto camarão", consistente em o eleitor sufragar somente o nome do candidato a Senador, deixando de votar para Governador e Vice-Governador.

serem os Senadores indicados pelas autoridades responsáveis dos Estados: a circunstância de serem eleitos por intermédio de Partidos Políticos, no entender já mencionado, faz com que a Casa se transforme numa "segunda Câmara de representação do povo"; sendo certo, ainda, que os Senadores não estão vinculados, "de nenhuma forma à representação dos interesses dos Estados, enquanto Estados" (26). Estes argumentos, porém, no nosso entender, não se prestam a desqualificar o Senado como Câmara representativa dos Estados, nem a equipará-lo à condição de segunda Câmara de representação do povo.

Em primeiro lugar, desde que os Partidos Políticos existem — e, a nível constitucional — permeando a atividade política no País, não parece ter sentido exigir que os Senadores, para representar as Unidades federadas, fossem escolhidos pelas autoridades responsáveis estaduais; menos, ainda, pretender que por essa via estivessem os candidatos alheios a compromissos partidários. Como pretendê-lo, aliás, se as autoridades responsáveis pelos Estados também são eleitas por uma legenda, pertencem a um Partido Político? Poder-se-ia, acaso, esperar que tais autoridades escolhessem alguém de Partido contrário? Evidentemente, não, pelo menos como regra, e só eventual e esporadicamente como exceção. De outra parte, seria viável, *de lege ferenda*, que fossem obrigadas a indicar alguém apartidário? Os exemplos em que se funda o argumento ora em análise, parecem servir, precisamente, para desfazer o próprio argumento; pois, acaso não existem Partidos Políticos — e, fortes — na Alemanha Federal, cujos Senadores são indicados pelas Assembléias Legislativas estaduais? Ou, por outra, perdeu o Senado norte-americano a sua característica federalista, após 1913, quando os seus membros deixaram de ser escolhidos pelas Assembléias Legislativas estaduais, e passaram a sê-lo pelo voto popular? Tudo indica que não. Assim, também esse segundo argumento não nos parece suficiente para negar ao Senado a condição de Câmara representativa dos Estados.

O que parece importar é que o exame deste tema, como de tantos outros a nível constitucional, não pode ficar preso a figurinos preconcebidos por delineamento doutrinário rígido: o arcabouço doutrinário é uma diretriz, não um fim. No nosso sistema constitucional, os mecanismos estão condicionados ao célebre sistema de freios e contrapesos — embora até certo ponto adaptado às nossas circunstâncias peculiares — cuja incidência, em maior ou menor medida, sempre pode ser detectada a nível de direito positivo. Como, de resto, nos demais sistemas constitucionais onde vigoram os princípios federativo e da tripartição do poder

(26) MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários*, loc. cit.

O Senado é órgão *sui generis*: embora integrando o Poder Legislativo, participando do processo legislativo como Câmara moderadora aos excessos de ímpeto da Câmara dos Deputados, exerce competências próprias e privativas, que não se confundem com aquelas que desempenha ordinariamente como integrante daquele Poder. Nem se pode objetar, por outro lado, que também a Câmara dos Deputados exerce competências que lhe são exclusivas e não se confundem com as de Casa integrante do Poder Legislativo: se o número das diferenças entre essas competências privativas, de uma e de outra Casa do Congresso, já poderia servir como indicador da distinção entre as naturezas de ambas, é, sobretudo, na natureza mesma dessas competências privativas que reside a diferença entre os dois órgãos: as da Câmara (art. 40, I e II da Constituição) são, histórica, tradicional e doutrinariamente cometidas aos Paramentos; enquanto que as do Senado são por essência federativas, de interesses das vontades de todas e de cada uma das Unidades federadas, não se confundindo com o interesse que é próprio da representação popular.

Se analisarmos a evolução do papel destinado ao Senado nos diversos textos constitucionais desde 1891, verificamos que, com avanços, recuos e retificações, como se se tratasse de um aprendizado prático da comunidade política brasileira em relação ao federalismo, o rumo que vem sendo perseguido é, precisamente, o de aprimorar esse papel, ao mesmo tempo de Câmara moderadora, no âmbito interno do Congresso Nacional, como de Câmara de representação dos Estados, no âmbito da Federação (27). Não é por outro motivo, aliás, que autoridades como MICHEL TEMER identificam no Senado essas duas espécies distintas de competências, uma como parte integrante do Congresso, e outra, particularizada, como órgão de representação das ordens jurídicas parciais (28).

Não vemos, pois, como desconsiderar a natureza do Senado no contexto da Federação. E por outro lado, embora seja o óbvio que se vai lembrar, se se trata de órgão das vontades das ordens jurídicas parciais, pessoas com capacidade política, sobretudo por esta circunstância, só poderia ser um órgão político.

3.2. Do art. 42, VII, da Constituição

O art. 42, VII, da Constituição, determina a competência privativa do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou

(27) Abstraido, obviamente, o período revolucionário, a partir de 1964, em que o intuito dominante tem sido, precisamente, o de centralização do poder, em detrimento da federação. Note-se, aliás, que neste período, até mesmo em extinguir o Senado se pensou.

(28) Aut., ob. e loc. citis.

em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

De imediato, verifica-se tratar-se de norma constitucional de eficácia plena, por independe de legislação infraconstitucional para produzir integralmente os seus efeitos (29).

3.2.1. *Exegese da expressão "compete privativamente"*

Comentando a competência "privativa" da Câmara dos Deputados (art. 40, *caput*, da Constituição) MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO anota: a) que é competência privativa aquela que a Constituição defere com exclusividade a uma pessoa jurídica de direito público; e, b) que, em virtude disso, a Câmara dispõe sobre certas matérias sem a participação ou interferência de qualquer outro órgão institucional (30). O mesmo autor, ao tratar da competência "privativa" de que trata o art. 42, *caput*, da Constituição, diz que em decorrência da natureza dessa competência o Senado dispõe soberanamente sobre as matérias enumeradas no dispositivo, sem participação ou interferência de outro órgão (31). Disso resulta, como é óbvio, que tanto a Câmara, como o Senado dispõem soberanamente sobre as matérias enumeradas nos dispositivos constitucionais citados, ou seja, dispõem sem a participação ou interferência de qualquer outro órgão.

O que importa distinguir, porém, são os efeitos dessa competência privativa, ou exclusiva, tendo em vista ser ela determinada por normas constitucionais de eficácia plena. E, neste passo, só podemos concordar parcialmente, ou com uma observação, com a autorizada lição do mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA, quando afirma que tais normas "implicam, por um lado, a proibição de outras entidades ou órgãos exercerem aquelas atribuições e, por outro lado, impõem ao titular da competência uma conduta na forma prevista, se ocorrerem certos pressupostos..." (32). Pois, o caso específico do art. 42, VII, da Constituição, não se enquadra nos de competência de natureza administrativa, que, possibilitaria a vinculação, isto é, a prática obrigatória do ato; ao contrário, o ato de suspender a execução de um diploma legal parece ser eminentemente político, e portanto, de conveniência. E, tanto assim que nenhuma sanção ou consequência positiva de qualquer natureza se conhece, para o caso de tal ato deixar de ser praticado. Então, parece ser pertinente para o assunto em tela que as normas de eficácia plena podem ou não vincular a prática do ato pelo órgão competente, dependendo

(29) Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", São Paulo, RT, 1982, pp. 76 e seguintes, especialmente p. 88.

(30) Aut. cit., *Comentários cit.*, p. 224.

(31) Aut. e ob. cit., p. 228.

(32) Aut. e ob. cit., p. 77.

da medida em que tal ato for de natureza administrativa, ou política; e, o caso do art. 42, VII, da Constituição, parece ser exemplo bastante.

Por tais razões, partindo da premissa de que a competência do Senado para suspender a execução da lei se contém em norma de eficácia plena e não vinculativa, preferimos reconhecer em sua integralidade a disposição soberana a que se referiu MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. Aliás, se a disposição, além de soberana, se faz sem a interferência ou participação de qualquer outro órgão, e, no entanto, a atuação do Supremo Tribunal Federal está expressamente mencionada no próprio corpo do inciso VII do art. 42, tudo leva a crer, sempre neste primeiro exame, que essa atuação do Supremo não vincula: antes, é *requisito* para o exercício da competência constitucional atribuída privativamente ao Senado, em caráter discricionário.

3.3. *Do procedimento para edição das resoluções no Senado Federal*

Os arts. 410 a 412, do Regimento Interno, disciplinam a forma de conhecimento da declaração de inconstitucionalidade, e o procedimento, pelo Senado, para suspender total ou parcialmente a lei ou decreto inquinados pelo Supremo Tribunal Federal.

Da análise do art. 410 do Regimento Interno do Senado, verifica-se que a notícia da inconstitucionalidade pode ocorrer por três vias: por comunicação do Presidente do Supremo Tribunal Federal; por representação do Procurador-Geral da República; ou, por projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição e Justiça da Casa. Quando se tratar da comunicação ou da representação aludidas, qualquer delas terá que ser lida em Plenário, para que possa ser encaminhada à Comissão de Constituição e Justiça, a fim de que esta formule projeto de resolução suspendendo a execução da lei ou decreto inconstitucional (art. 412). Do exposto, resulta que em qualquer hipótese a notícia da declaração de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo, deverá ter o ponto inaugural de sua trajetória objetiva na Comissão de Constituição e Justiça do Senado.

Trataremos de observar, a seguir, alguns pontos de interesse no tratamento dado pelo Senado às notícias de declaração de inconstitucionalidade, a partir do ingresso destas na Comissão de Constituição e Justiça.

3.3.1. *Das proposições e sua tramitação*

O art. 234 do Regimento Interno enumera as espécies de proposições, das quais a primeira (inciso I) é constituída pelos projetos. Por sua vez, o art. 235 explicita as espécies de projetos,

entre os quais (letra c) os de resolução sobre matéria da competência privativa do Senado; entre estes estão, naturalmente, os projetos de resolução oriundos da Comissão de Constituição e Justiça, que suspendem a execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda de acordo com o disposto no art. 188, § 4º, letra b, nº 3, tais projetos de resolução serão incluídos na Ordem do Dia.

3.3.2. *Da discricionariedade atribuída ao Presidente do Senado Federal*

Segundo o *caput* do art. 188 do Regimento Interno, as matérias serão incluídas na Ordem do Dia, “a juízo do Presidente”, segundo sua antigüidade e importância, de acordo com a ordem de precedência determinada no corpo do mesmo dispositivo.

Sem nos determos em maiores comentários, parece claro que o *caput* do artigo citado concede um ilimitado grau de discricionariedade ao Presidente do Senado, no tocante às matérias que, a seu juízo, devam ou não ser incluídas na Ordem do Dia. Uma primeira consequência disso, a ser apontada, é que, por razões que o aconselhem, poderá o Senado deixar — até, indefinidamente — de suspender a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais pelo Supremo.

3.4. *O Senado e o controle da constitucionalidade*

Examinados o papel desempenhado pelo Senado como órgão federativo, o significado da competência a ele atribuída pelo art. 42, VII, da Constituição, e mais alguns aspectos relativos à edição de suas resoluções, cumpre, agora, enfrentar o problema crucial de concluir sobre a extensão da sua competência no controle repressivo da constitucionalidade.

3.4.1. *Da doutrina e da jurisprudência*

A doutrina autorizada, de forma tanto quanto possível pacífica, vem iterativamente negando ao Senado um papel de maior relevância. De modo geral, duas são as opiniões dominantes: a que sustenta ser meramente executiva ou homologatória da decisão do Supremo a competência estatuída no art. 42, VII, da Constituição; e a que reconhece ao Senado apenas a competência para examinar o aspecto formal de validade da decisão daquela Alta Corte, isto é, verificar se todos os requisitos de regularidade estiveram presentes ao processo em que foi declarada a inconstitucionalidade. Assim, v. g., MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, relativamente ao texto constitucional vigente (33); PONTES DE MIRANDA, ao

(33) Curso cit., p. 41.

comentar a Constituição de 1967 ⁽³⁴⁾; ROBERTO ROSAS, também relativamente a essa Constituição ⁽³⁵⁾; LÚCIO BITTENCOURT ⁽³⁶⁾, THEMÍSTOCLES CAVALCANTI ⁽³⁷⁾ e novamente PONTES DE MIRANDA ⁽³⁸⁾, sobre a Constituição de 1946. O eminente ALFREDO BUZARD, em sua obra clássica, também na vigência da Constituição de 1946, embora colocando com a habitual precisão seu entendimento de que “não se trata de operação ou ofício puramente mecânico que reduz o Senado a simples cartório de inconstitucionalidade”, termina por dizer que, presentes todos os requisitos legais, não pode o Senado recusar a suspensão ⁽³⁹⁾.

Ao lado destas, porém, outras vezes autorizadas afirmaram a competência do Senado, não para reapreciar a decisão do Supremo, o que seria ofensivo ao princípio da tripartição do poder, mas para julgar da conveniência ou inconveniência, política e social, de suspender ou não, numa dada oportunidade, a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional. Assim, v.g. JOSAPHAT MARINHO, em artigo conciso, mas abrangente nos aspectos que enfrenta, escrito sob a vigência da CF 46, ao dizer que, “se o Supremo Tribunal procede com rigorosa prudência... o Senado há de ser igualmente cauteloso, senão mais exigente”; e, em continuação, “para ser procedimento compatível com a responsabilidade e a independência de um Poder, o ato de suspensão requer fundamentação segura. Não deve consistir, passivamente, no reconhecimento de efeito incondicional da sentença judiciária”. Concluindo, afirma que “vedar a apreciação das consequências políticas e sociais do julgado, não para afrontá-lo ou alterá-lo, mas para dizer da conveniência e da oportunidade de suspender a executoriedade da lei ou decreto, é, praticamente, constranger o Senado a *simples cartório de registro de inconstitucionalidade*” ⁽⁴⁰⁾.

De outra parte, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é forte no sentido de afirmar a competência do Judiciário para declarar a inconstitucionalidade. Assim, entre diversos outros, o

(34) Ob. cit., p. 86.

(35) In *Revista de Informação Legislativa*, a. 5, n. 19, jul./set. 1968, p. 32.

(36) *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 2ª ed., 1968, pp. 145/146.

(37) *Do Controle da Constitucionalidade*, Forense, p. 163.

(38) *Comentários à Constituição de 1946*. Vol. II, São Paulo, Max Limonad, 1953, pp. 283/284.

(39) *Aut. cit.*, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, 1958, p. 89.

(40) *Aut. cit.*, “O art. 64 da Constituição e o papel do Senado” in *Revista de Informação Legislativa*, a. 1, n. 2, abr./jun. 1964, pp. 5/12.

acórdão relatado pelo Min. Luiz Gallotti, no julgamento do RMS nº 16.519, em vigor a CF 46 cuja ementa reza:

“Não pode o Senado, ao exercer a atribuição que lhe confere o art. 64 da Constituição, rever, em sua substância, a decisão do Supremo Tribunal” (in RTJ nº 38/569).

Vale notar, no entanto, que essa posição do Supremo está perfeitamente de acordo com a doutrina constitucional da tripartição do poder, reafirmando a exclusividade da competência do Judiciário para o exercício da jurisdição, sem exorbitar ao ponto de deixar de considerar a competência constitucional atribuída a um outro Poder, no caso, para apreciar a oportunidade de suspender a execução da lei. De outro lado, há que se ter em mente, tal posição da Alta Corte em hipótese alguma se conforma à posição dos autores inicialmente citados, que reduzem o Senado a mero homologador ou executor de suas decisões; nem, também, pode ser vista como um desacordo com JOSAPHAT MARINHO e a corrente doutrinária por ele esposada. Aliás, vozes das mais respeitáveis entre quantas tiveram assento no Supremo Tribunal Federal reconheceram a competência do Senado; assim, v.g., diversos votos colhidos no julgamento do RE nº 38.538-SP, em 16-6-61, a saber:

a) Do Min. Aliomar Baleeiro:

“... o Senado, na minha opinião, tem discricionarismo político de suspender ou não. Se convier, ele suspende; se não convier, ele, ao invés de prestigiar a decisão do Supremo Tribunal, pode tomar a iniciativa de uma emenda à Constituição, ou ficar inerte...”;

b) Do Min. Victor Nunes Leal:

“... entendo, como o Sr. Ministro Baleeiro, que o Senado pode, a meu ver, julgar da oportunidade de suspender ou não a execução de lei que tenhamos declarado inconstitucional”;

c) Do Min. Luiz Gallotti:

“Estou de acordo com os eminentes Ministros Victor Nunes Leal e Aliomar Baleeiro em que o Senado, atendendo a razões de conveniência e oportunidade, pode suspender, ou não, a execução da lei declarada inconstitucional, estendendo ou não, *erga omnes*, os efeitos da decisão do Supremo”; e

d) Do Min. Gonçalves de Oliveira:

“... estou com os eminentes Ministros que consideraram que o Senado Federal tem discricção, tem oportunidade

para suspender a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A matéria é de ordem política...”.

Não há dúvida, porém, de que sob o texto original da Constituição de 1946, o sistema era outro: a representação do Procurador-Geral da República ao Supremo, regulada inicialmente pela Lei nº 2.271/54, e depois pela Lei nº 4.337/64, era destinada somente aos casos previstos no art. 7º da Lei Maior, correspondente ao art. 10, do atual texto; ou seja, à inconstitucionalidade contida em lei ou atos emanados de autoridades estaduais, propiciando ato interventivo da autoridade federal. Não tinha a representação a amplitude que hoje tem, e que mesmo sob a Constituição de 1946 passou a ter, após a edição da Emenda Constitucional nº 16/65. A extensão do âmbito da representação do Procurador-Geral da República, tornando-se meio idôneo para provocar a declaração direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual introduziu no controle repressivo da constitucionalidade um elemento novo, que terminou por acarretar certas modificações no sistema até então adotado. E também não há dúvida de que os votos acima transcritos foram proferidos antes da existência e vigência da Emenda nº 16/65.

Cotejando tais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, e pela autoridade das vozes que os manifestaram utilizando-os como amostragem do pensamento jurídico dominante, verifica-se que:

a) sob a vigência do texto original da Constituição de 1946, antes da introdução da representação do Executivo, THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, ALFREDO BUZARD e PONTES DE MIRANDA negavam ao Senado qualquer competência, além da de executor, ou de homologador da decisão do Supremo. JOSAPHAT MARINHO, e vozes das mais respeitáveis dentro do próprio Supremo, reconheciam ao Senado competência para apreciar a conveniência e oportunidade de suspender a execução da lei declarada inconstitucional;

b) após a Emenda Constitucional nº 16/65, introduzida no sistema a representação, esses mesmos autores, além de ROBERTO ROSAS continuaram negando ao Senado o reconhecimento de outra competência senão a de examinar os requisitos formais da decisão do Supremo; e outros, simplesmente, a de fazer executar tal decisão, sem qualquer tipo de apreciação;

c) sob a vigência da Constituição de 1967, PONTES DE MIRANDA continuou com o mesmo ponto de vista.

Por outro lado, no entanto, não será demais lembrar que o art. 101, I, *k*, da Constituição de 1946, com a redação que lhe foi

dada pela aludida Emenda nº 16/65, encontrou sucedâneo e correspondência de princípio no art. 114, I, l, da Constituição de 1967, e no art. 119, I, l, do texto constitucional vigente. E, sob este, a jurisprudência legislativa se firmou no sentido da competência do Senado para apreciar da oportunidade e conveniência de suspender, ou não, a execução da lei ou ato declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, o Parecer nº 154/71 da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, relatado pelo Senador Accioly Filho, de cuja fundamentação vale destacar os seguintes tópicos (41):

“

5) Ao Senado Federal, na atribuição que lhe foi dada de suspender a execução de lei ou decreto declarado inconstitucional (art. 42, VII, da Constituição), não só cumpre examinar o aspecto formal da decisão declaratória da inconstitucionalidade, verificando se ela foi tomada por *quorum* suficiente e é definitiva (art. 116 da Constituição), mas também indagar da conveniência dessa suspensão.

6) Posto em face de uma decisão do STF, que declara a inconstitucionalidade de lei ou decreto, ao Senado não cabe tão-só a tarefa de promulgador desse decisão. (...)

7) Integra-se, assim, o Senado numa tarefa comum com o STF, equivalente àquela da Alta Corte Constitucional da Áustria, do Tribunal Constitucional Alemão e da Corte Constitucional italiana. Ambos, Supremo e Senado, realizam, na Federação brasileira, a atribuição que é dada a essas Cortes européias.”

.....

8)
A razão dessa atribuição privativa do Senado para participar do resguardo da Constituição federal, juntamente com o Supremo Tribunal, é de realizarem esses dois órgãos a tarefa de verdadeira Corte Constitucional.

.....”

Ainda além, embasados na competência do Senado para apreciar em profundidade a conveniência *política* de suspender ou não a execução de lei, entre muitos outros, os Pareceres nºs 282/71 e 471/73, aprovados pela mesma Comissão de Constituição e Justiça do Senado, relator, por igual, o Senador Accioly Filho (42).

(41) In *Revista de Informação Legislativa*, a. 12, n. 48, 1975, pp. 266/270.

(42) Ob. cit., pp. 279/281 e 281/286.

3.4.2. *Da competência do Senado*

Examinados todos estes aspectos, as posições doutrinárias e jurisprudenciais, entendemos caber ao Senado a competência de apreciar da conveniência ou inconveniência de suspender a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A esta conclusão, nos levam:

a) o método histórico de interpretação. Embora os textos constitucionais anteriores nem sempre houvessem se utilizado da expressão “privativamente”, na praxe constitucional efetiva não se questionava essa competência;

b) como o método histórico por si só não é suficiente, pois os princípios basilares de um sistema podem ser modificados, em que pese à experiência histórica, recorremos ao método lógico-sistemático. E também este aponta para o exercício efetivo, pelo Senado, da competência privativa que lhe é atribuída pelo art. 42, VII: não há em todo o sistema da Constituição um outro exemplo em que um Poder seja incumbido do mero papel de homologador das decisões de outro Poder;

c) em conseqüência, somos remetidos ao reconhecimento da literalidade do texto constitucional.

Acrescente-se que a apreciação da oportunidade e conveniência, pelo Senado, não envolve intromissão na tarefa cometida ao Supremo, ou seja, intromissão no mérito e no procedimento.

E, vamos além, entendendo que essa competência atribuída ao Senado pelo art. 42, VII, da Constituição, está perfeitamente concorde com a doutrina da tripartição do poder, e em nada diminui — ao contrário do que querem muitos — a competência jurisdicional do Supremo, ou do próprio Poder Judiciário. De idêntica forma, é plenamente concorde com a doutrina constitucional da tripartição o acórdão supramencionado (RMS 16.518), da lavra do Ministro Luiz Gallotti, de quem também se transcreveu o voto expresso no sentido de reconhecer ao Senado a competência de que estamos tratando. E, assim é, porque o controle repressivo da constitucionalidade tem conteúdo eminentemente político e respeita os estritos limites de atuação e competência demarcados pela Constituição a cada Poder, ao mesmo passo que faz com que os três Poderes integrantes do Estado participem desse controle.

Indagando, ainda, sobre a competência do Senado, observa CELSO BASTOS que a posição que defende a discricionariedade do Senado “esbarra com a seguinte dificuldade: para que entregar a Constituição ao Supremo o julgar da inconstitucionalidade das leis,

se pretende, a seguir, substituir tal pronunciamento por uma declaração política do Senado?" (43)

A esta pergunta respondemos com uma outra: por que elencaria de forma expressa a Constituição, entre as competências privativas de um órgão político como é o Senado, a de suspender a execução da lei declarada inconstitucional, se não quisesse que o controle repressivo fosse político?

Essas duas questões só podem ter uma resposta: a de que o sistema de controle repressivo é político, como, aliás, também o é o controle preventivo: *E, tanto um, como outro, só poderiam ter a mesma natureza: pois, sendo a mesma a finalidade de ambos, critérios de idêntica essência devem informá-los.*

Avançamos mais, até, ao dizer que tanto é político o controle repressivo que a Constituição procura fazer com que os três Poderes que integram o Estado dele participem (art. 119, III, I, da CF). Diga-se, além disso, que o sistema também procura observar o equilíbrio de competências que deve prevalecer entre eles: concede discricionariedade ao Procurador-Geral da República, nos casos em que tem iniciativa, para representar, ou não (44), ao Supremo para declarar, ou não; e, ao Senado, para suspender, ou não.

Estas perguntas, e suas respostas, prejudicam uma outra, que, no entanto, poderia ser formulada em sentido inverso: se é político o controle, por que nele incluir o Supremo? A resposta, como adiante se demonstrará, é no sentido de que a atividade jurisdicional do Supremo e de todo o Judiciário, quando examina a validade ou aplicabilidade de uma lei ou ato face à Constituição, só é essencial e caracteristicamente judicial no seu procedimento formal, não no seu conteúdo material, que é político; característica e propriamente judicial será a dos demais órgãos judiciários, ao exercerem a jurisdição em relação a todas as demais questões que não envolvam a aplicabilidade de uma lei ou ato face à Constituição. Em consequência, a jurisdição do Supremo é sempre de conteúdo material de natureza política.

Estas conclusões levam a uma outra, a de reconhecer que, como apontado por ACCIOLY FILHO no Parecer nº 154/71 da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, e por vários autores, no nosso sistema o controle da constitucionalidade é exercido complemen-

(43) Aut. e ob. cit., p. 59.

(44) Discricionariedade, diga-se, reconhecida pelo próprio Supremo, apaziguando polêmicas; mas, contestada por boa parte da doutrina (a nosso ver, sem razão, pois, no caso de recusa do Procurador-Geral em representar, sempre restará ao interessado a via do mandado de segurança para a pretensão *in concreto*).

tarmente pelo Supremo e pelo Senado, que, juntos, desempenham a função cometida em outros países à Corte Constitucional.

Finalmente, entendemos não competir ao Senado o exame dos requisitos formais do processo (art. 116 da Constituição, entre outros) em que foi declarada a inconstitucionalidade: tal procedimento importaria em intromissão numa questão *interna corporis* da Alta Corte, o que feriria o princípio da tripartição. No sistema constitucional brasileiro, somente o próprio Judiciário pode ser encarregado de tais questões, inclusive no que diz respeito aos atos dos demais Poderes. Admitir o contrário, além de incoerente com aquele princípio e com a exclusividade de exercício da jurisdição atribuída ao Judiciário — aqui, no seu aspecto procedimental — seria reabrir possibilidade de volta à malsinada doutrina que ameaçou vicejar nos primórdios da República, mas, em boa hora e no sentido do aperfeiçoamento do sistema, foi abandonada, a qual atribuía competência ao Senado para reexaminar as decisões do Supremo, quando este condenava a Fazenda Nacional a pagar.

4. DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Examinados a natureza do Senado, e o seu papel no controle repressivo da constitucionalidade das leis, cumpre, agora, passar ao exame da posição do Supremo Tribunal Federal.

4.1. *Do exercício da jurisdição*

Ao Poder Judiciário compete, com exclusividade, exercer a jurisdição. Esta é a função típica que exerce com o “*traço marcante da definitividade e com a utilização da força institucional do Estado*”, no dizer de MICHEL TEMER (45).

A definitividade é atributo da coisa julgada judicial; outro atributo é a força institucional do Estado, ou seja, o poder de *requisitar a colaboração, irrecusável*, das demais instituições estatais, para que façam cumprir uma decisão sua.

Por oportuno, convém ressaltar que perfilhamos o sentir de que as discussões em torno de pretendidas exceções ao princípio que atribui exclusividade de jurisdição ao Poder Judiciário, no nosso sistema constitucional, a rigor, não têm cabimento. Isto, na medida em que todas as decisões dos contenciosos administrativos existentes — e, segundo a melhor hermenêutica do texto constitucional vigente, dos que eventualmente possam ser criados com base no mesmo texto — são passíveis de revisão no Judiciário; e, ainda, na medida em que o Senado, de acordo com a conveniência política, pode deixar de aplicar a sanção — o que não poderia ocorrer no

(45) Aut. e ob. cit., pp. 189/190.

processo judicial — ao julgar por crime de responsabilidade as autoridades públicas arroladas no art. 42, I e II, da Constituição.

4.2. *Da competência do STF*

Órgão de cúpula do Poder Judiciário, com jurisdição sobre todo o território nacional, compete ao Supremo a função de guarda da Constituição, e do direito federal em geral; essa função, “de proteger os direitos individuais e a própria lei magna contra as paixões da maioria parlamentar e o arbítrio do Poder Executivo”⁽⁴⁶⁾, ele a exerce através do elenco de competências que a Constituição lhe atribui no art. 119, a par com outras que também emanam do texto constitucional (v.g., no art. 11, § 1º, letras a, b, c), e de outras que a Alta Corte se atribui no seu Regimento Interno (v.g., o julgamento da Reclamação).

É, portanto, como cúpula do Poder Judiciário, o mais alto órgão jurisdicional do País. Assim sendo, e como ocorre de resto com todos os órgãos jurisdicionais, suas decisões têm definitividade, e também têm ao seu dispor a força institucional do Estado, que, reitera-se, são os dois elementos caracterizadores da coisa julgada judicial.

4.3. *Breves considerações sobre a coisa julgada judicial*

Sem nos alongarmos sobre as diversas teorias que se ocupam da coisa julgada, sua autoridade e eficácia, o que exorbitaria do objeto deste trabalho, fixar-nos-emos em dois pontos que nos parecem fundamentais.

Como ficou exaustivamente assentado, além da sua definitividade, também denominada imutabilidade, a coisa julgada tem em si a força institucional do Estado. Assim o é, porque, como enfatiza LIEBMAN, “contém a sentença a formulação da vontade do Estado no caso concreto”⁽⁴⁷⁾. Em consequência disso, o Poder que detém constitucionalmente o monopólio da jurisdição, e, logo, o de produzir a coisa julgada, detém também a faculdade de requisitar a colaboração, irrecusável, de todas as instituições do Estado, a fim de fazer com que sua decisão, sobre a qual se operou a coisa julgada, além da eficácia que traz em si, tenha efetividade, ou seja, a fim de fazer com que seja executada nos exatos limites com que foi proferida. Parece importante frisar que a colaboração requisitada é irrecusável, e que a decisão deve ser executada nos exatos limites com que foi proferida.

(46) Cf. CARLOS MAXIMILIANO, *Comentários* cit., p. 305.

(47) ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Eficácia e Autoridade da Sentença*. Trad. ALFREDO BUZARD e BENVINDO AIRES. Rio, Forense, 1961, p. 144.

Este, pois, é o resultado da prestação jurisdicional, é a coisa julgada judicial; faltando a uma decisão qualquer desses dois atributos — a definitividade, e a possibilidade de ser executada mediante o irrecusável concurso da força institucional do Estado —, poderemos estar diante de uma outra espécie de decisão, mas não de decisão de natureza jurisdicional.

4.4. *Sobre a eficácia da coisa julgada na declaração de inconstitucionalidade*

Na declaração de inconstitucionalidade, o Judiciário não tem meios para fazer executar, ou seja, fazer valer *erga omnes* a sua decisão. Não tem competência para requisitar de forma irrecusável a colaboração de outros órgãos do Estado, no caso a colaboração do Senado, ao contrário do que ocorre quando decide com a força institucional do Estado, que ampara a coisa julgada que se cria sobre decisão jurisdicional. Se não é uma decisão cuja eficácia está contida em si mesma, mas depende de complementação de eficácia por outro órgão da tripartição, não pode ser caracterizada como coisa julgada judicial. Tem ela, simplesmente, um dos atributos da coisa julgada, a definitividade; e, assim mesmo, só em termos, face ao que dispõe o próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no seu atual art. 103.

Lecionando sobre a matéria, observa CELSO BASTOS:

“A força do decisório ora examinado não vai, contudo, ao ponto de suspender a eficácia da lei, porque esta só se dá pela intervenção do Senado Federal, que desfruta de competência exclusiva para tal. A despeito, pois, dos seus efeitos *erga omnes* e de coisa julgada, a decisão do Pretório Excelso não tem o condão de privar a lei de sua executividade, vale dizer, da produção de conseqüências que a tornam eficaz.”

.....

Ora, se é o Senado quem paralisa a norma, tem-se que admitir que esta, até o momento da suspensão por aquele, encontra-se ainda em fase de produção de efeitos — não se pode suspender a aplicação de lei, que já era inexecutável”⁽⁴⁸⁾.

Assim, também, OROZIMBO NONATO, na Representação nº 700/66, citado pelo autor ultimamente mencionado⁽⁴⁹⁾:

“Fundado o regime no sistema de equilíbrio entre os poderes do Estado, pecaria de franca desarmonia a conti-

(48) Cf. CELSO BASTOS, ob. cit., pp. 55/56.

(49) Aut. e ob. cit., p. 56.

nuidade de uma situação desta sorte; no diploma legislativo é recusada aplicação, toda vez que invocado, mas, persistindo porque formalmente votado, continua como lei, embora a inaplicabilidade. A fim de obviar a tal inconveniente, incumbe ao Senado Federal (art. 64) suspender a execução do dispositivo que o Supremo Tribunal haja declarado inconstitucional, por decisão definitiva. Assim ocorrendo, a lei deixa de ser aplicável e não mais pode ser invocada. A diferença de efeitos é notória, a declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário implica . . . recusa de aplicação a cada hipótese, a suspensão de sua execução pelo Senado importa . . . sua ininvocabilidade e inaplicabilidade em tese.”

Nada obstante, porém, negar o Supremo — pendente a suspensão da execução da lei pelo Senado — a aplicação de uma lei declarada inconstitucional, se novamente invocada por parte interessada. Aplica-se, aqui, o ensinamento de RUI BARBOSA, cujos princípios, aliás, estão insculpidos no texto constitucional vigente, quando trata da competência do Supremo⁽⁵⁰⁾:

“Os tribunais só revogam sentenças de tribunais. O que eles fazem aos atos inconstitucionais de outros Poderes é coisa tecnicamente diversa. Não os revogam; desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos atos do Executivo; mas a cada indivíduo, por eles agravado, que vem requerer contra eles proteção, ou reparação, que demanda a manutenção de um direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante que usa, com esse fim, do meio judicial, os magistrados, em homenagem à lei, violada pelo governo, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir, e deferir.”

Tem-se, portanto, que a decisão definitiva que declara a inconstitucionalidade de uma lei equipara-se a algo como decisão pendente de condição resolutiva; conseqüentemente, não se pode tratar de coisa julgada decorrente de atividade jurisdicional. Mesmo quando se tratar de declaração proferida em via de exceção, coisa julgada fará o *decisum* quanto às pretensões deduzidas pelas partes, ou seja, quanto ao bem da vida; não a declaração em si mesma.

4.5. *Da natureza do Supremo Tribunal Federal*

Como cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição: toda a sua atividade é voltada para a Constituição, e também para o direito federal em geral.

(50) RUI BARBOSA. *A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. Rio, 2ª ed., p. 101.

Se toda norma jurídica tem conteúdo político, a Constituição é, por excelência, Carta política; ou seja, Carta que contém em essência os princípios políticos abraçados pelo Estado, nela colocados com a configuração e segundo os mecanismos que lhe dão a experiência acumulada do sistema jurídico. Sistemas e mecanismos, aliás, por ela mesma confirmados, quem sabe aperfeiçoados, na medida em que os adota.

Em conseqüência, a forma de se expressar do Supremo é jurisdicional; mas, a natureza de sua competência — o objeto da sua jurisdição — é política (51); é sempre político o objeto de sua jurisdição, por se voltar para a defesa da Constituição, Carta política, que contém a estrutura do Estado, ente político.

Por ser político o objeto da jurisdição do Supremo, é que à coisa julgada produzida por suas decisões em matéria de controle da constitucionalidade falta um dos atributos que, no entanto, tem a coisa julgada judicial propriamente dita: a força institucional do Estado, isto é, a capacidade de fazer ser executada pelo próprio Poder de que emana, o qual, quando se trata de coisa julgada judicial propriamente dita, tem competência para *requisitar*, de forma irrecusável, o concurso dos demais órgãos do Estado — que se põem a seu serviço — para fazê-la cumprida. Na decisão sobre inconstitucionalidade, ao contrário, o Supremo depende não do simples concurso, ou da colaboração, mas da *concordância* de outro órgão para fazer cumprida a sua decisão.

É, pois, como órgão político, e não como órgão judicial, que o Supremo julga sobre a inconstitucionalidade das leis.

4.6. *A inconstitucionalidade do sistema adotado pelo Supremo Tribunal Federal*

Em 18-4-77, com base em Parecer da Comissão de Regimento do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Min. Moreira Alves, o Ministro-Presidente Thompson Flores exarou despacho em virtude do qual a Alta Corte passou a adotar o seguinte tratamento aos acórdãos que declaram inconstitucionalidade (52):

a) se proferido em ação direta, relativamente a lei ou ato de autoridade estadual, comunicação à autoridade interessada, logo após a decisão; e, à Presidência da República, depois de transitada em julgado a decisão, para efeito do que dispõe o art. 11, § 2º, da Constituição federal;

(51) Bastante precisa parece ter sido, portanto, a terminologia da Constituição Imperial de 1824, ao falar, explicitamente, em poderes políticos (art. 9º).

(52) Cf. *Processo Legislativo*, SARA RAMOS DE FIGUEIREDO, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 3ª ed., 1982, pp. 184/185.

b) se proferido em ação direta, relativamente a Constituição estadual, lei ou decreto federal, estadual ou municipal, resolução de órgãos judiciários ou legislativos, atos normativos federais, estaduais ou municipais, atos de autoridades da administração direta ou autárquica (Instruções, portarias, resoluções etc.), comunicação somente à autoridade responsável, dispensada a comunicação ao Senado;

c) nas mesmas hipóteses da precedente letra b, se proferido o acórdão em via de exceção (processo contencioso), comunicação às autoridades interessadas, logo após a decisão; e, ao Senado Federal, para os fins do art. 42, VII, da Constituição, após transitada em julgado a decisão.

Este "sistema", adotado a partir do despacho aludido, incorporou-se ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na reforma regimental que se seguiu, através dos arts. 175 e 178.

Como se observa, dentro do mais estrito critério de ciência jurídica, qual o de classificação das decisões jurisdicionais, tudo faz crer que o Supremo tenha-se atido à natureza exclusivamente declaratória da decisão que reconhece a inconstitucionalidade. E, como a decisão exclusivamente declaratória esgota-se em si mesma, não ensejando em tese a execução, mas produzindo efeitos, optou por não mais comunicar ao Senado as decisões proferidas por provocação do Procurador-Geral da República, como vinha ocorrendo até então. Tratou, pois, a Alta Corte, ao que tudo indica, de dar ao controle repressivo um contorno eminentemente jurisdicional, afastando a participação do órgão político.

Sem adentrarmos o mérito científico dessa posição, pois uma decisão declaratória — que, pode ser constitutiva ou desconstitutiva — nem sempre se basta, o que não deixa dúvida é que o Supremo eliminou o exercício de uma competência privativa do Senado, ao arrepio do que dispõe a Constituição (arts. 69 e 42, VII), ferindo a tripartição do poder e a repartição constitucional de competências. Trata-se, pois, de ato flagrantemente inconstitucional; além disso, é de notar que a Alta Corte distinguiu, pois manteve a comunicação para outros casos, enquanto o art. 42, VII, da Constituição não distingue. Não podendo o Senado Federal tomar *ex officio* a iniciativa de suspender leis ou decretos declarados inconstitucionais, ou seja, fazê-lo sem prévia comunicação da declaração pelo Supremo, o sistema adotado por este no despacho presidencial, de 18 de abril de 1977, impede o Senado, na prática — sob pena de também essa Casa federativa incorrer em violação da Constituição — de exercitar sua competência constitucional de suspender a execução de diplomas inconstitucionais com a amplitude irrestrita que lhe confere a Lei Maior.

É, pois, inconstitucional o art. 175 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em virtude da omissão relativa à comunicação ao Senado.

Dir-se-ia que o Supremo, em certa medida impedido de exercer diretamente a sua competência de conhecer das notícias de inconstitucionalidade pela discricionariedade de que se reveste a apreciação do Procurador-Geral da República, resolveu compensar essa perda, operando de modo a impedir, também, ao Senado exercer parte da competência que a Constituição a este atribui, numa verdadeira "cassação branca", que ofende de modo global ao princípio da tripartição do poder, e vulnera frontal e claramente o texto expresso da Constituição.

Evidentemente, não se deve ter dúvida quanto ao exato alcance do que seja a jurisdição exercida pelo Judiciário, quer se trate daquela judicial propriamente dita, caracteristicamente judicial, como da que tem fundo material de natureza exclusivamente política, quando esse Poder, por qualquer dos seus órgãos, decide sobre a adequação de uma lei ou ato face à Constituição. Exerce ele, em ambas as hipóteses, a função de cidadela última, perante a qual se apaziguam as tensões sociais e políticas de todas as espécies. Segundo a repartição constitucional de competências, para o Judiciário, sob certo ponto de vista, acima dos demais Poderes: porque se a todos a Lei Maior oferece a primazia quanto ao exercício das competências que lhes atribui, só o Judiciário tem competência, em última análise e instância, para dirimir as questões entre os demais Poderes, e para dizer como se traduz a independência e harmonia destes, face ao outro.

O somatório dessas circunstâncias, no entanto, longe de conferir ao Supremo a faculdade de amputar ou estender a faculdade de qualquer dos dois outros Poderes, impõe-lhe a obrigação de, em todos os seus atos, velar pela preservação das competências desses Poderes, de modo a serem elas exercidas efetivamente, segundo a rigorosa aplicação do texto constitucional de que é guardião. Se a Constituição diz que compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais, e o Supremo passa a pretender que a sua simples declaração produza o efeito prático de fazer com que esses atos não mais possam ser invocados por quem quer que seja, tornando desnecessária a suspensão pelo Senado, está amputando a competência deste, e contrariando o "fim transparente" da lei, a que se referiu CARLOS MAXIMILIANO. No caso, o fim transparente do texto constitucional, que lhe compete preservar.

Por outro lado, não se pode deixar de lembrar que é, precisamente, em função da tripartição do poder, que a Constituição

deferir aos Tribunais competência para legislar, elaborando os seus próprios regimentos internos. Mas, não será por isso que esses órgãos do Judiciário poderão formular estatutos inconstitucionais. Nem será porque a Constituição distingue o Supremo como seu guardião e intérprete máximo, que essa Alta Corte poderá, a seu talante exclusivo, adotar postura relativa à aplicação da Constituição, mesmo que através de norma regimental interna, que importe em amputação da competência de outro Poder. O Supremo é o guardião, e é intérprete máximo: não é juiz da Constituição; menos, ainda, poder constituinte. Além disso, o art. 42, VII, do texto constitucional vigente, é norma de eficácia plena e não vinculativa: como tal, não depende de legislação infraconstitucional para ter aplicação imediata; e, se não o fosse, se dependesse de legislação infraconstitucional, não seria o Supremo o órgão competente para editar tal legislação.

Nem se ponha em dúvida a inconstitucionalidade do art. 175 do Regimento Interno, por levada a cabo através de omissão. Trata-se de questão já pacificada, não demandando reforço de argumentos: a omissão pode ser inconstitucional.

Vale lembrar, finalmente, a opinião de ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR⁽⁵³⁾ que, em substancioso estudo da matéria, aponta a omissão da comunicação ao Senado, contida no art. 175, como "o ponto vulnerável do sistema adotado pela Corte de Justiça".

Uma observação, entretanto, não pode deixar de ser acrescentada, a esta altura da análise: a vulneração ao princípio da tripartição e ao texto expresso da Constituição se verifica, precisamente, porque o controle repressivo da constitucionalidade, tal como o preventivo, é político; fosse ele jurisdicional, nada haveria a estranhar na atitude do Supremo. Allás, fosse ele jurisdicional, a Magna Carta não estamparia de forma inequívoca o disposto no seu art. 42, VII.

5. CONCLUSÕES

Como resultado de todo o exposto, chegamos às seguintes conclusões:

5.1. O Senado Federal tem, no sistema constitucional brasileiro, tríplex natureza. Em virtude disso, desempenha funções: a) legislativas ordinárias, como Câmara moderadora dos ímpetos da Câmara dos Deputados; b) de Câmara federativa que proclama as

(53) Aut. cit., "A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais", in *Revista de Informação Legislativa*, a. 15, n. 57, jan./mar. 1978, pp. 223/328 (p. 306).

vontades das ordens jurídicas parciais; e, c) de co-partícipe, juntamente com o Supremo Tribunal Federal, de uma não positivada, mas efetiva Corte Constitucional.

5.2: Nem todas as normas constitucionais de eficácia plena são vinculativas.

5.3. O Senado tem competência para examinar da conveniência e da oportunidade de suspender a execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais.

5.4. O Senado não tem competência para examinar os requisitos formais do processo em que foi declarada a inconstitucionalidade.

5.5 É político o controle repressivo da constitucionalidade das leis.

5.6. Os três denominados Poderes participam do controle repressivo da constitucionalidade das leis.

5.7. O Supremo Tribunal exerce jurisdição sobre matéria essencialmente política.

5.8: A declaração de inconstitucionalidade não tem a eficácia própria da coisa julgada judicial.

5.9. É inconstitucional o art. 175 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY FILHO, Antônio. Pareceres n.ºs 154/71, 282/71 e 471/73, na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. *Revista de Informação Legislativa*. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, a. 12, n. 48, out./dez. 1975, p. 265.

ALENCAR, Ana Valderex Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, a. 15, n. 57, jan./mar. 1978, p. 223.

AUTUORI, Lulz. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. 31.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conferência pronunciada na Câmara Municipal de São Paulo, "III Curso de Extensão Universitária em Direito Tributário", 1978.

BARBALHO, João. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Rio, v. 3, 1902.

———. *Constituição Federal Brasileira: Comentários*. 2ª ed., 1924.

BASTOS, Celso Seixas Ribello. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1984.

———. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1975.

BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*. Rio, 1968.

- BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio, Forense, 1980.
- BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo, 1958.
- CARLOS MAXIMILIANO. *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*. Rio, Freitas Bastos, vols. I e II, 1948.
- . *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio, Freitas, Bastos, 1951.
- CAVALCANTI, Themistocles. *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio, Forense.
- DA SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, RT, 1982.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo, Saraiva, 1984.
- . *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1984.
- FIGUEIREDO, Paulo. Considerações em torno dos Poderes do Estado. *Revista de Informação Legislativa*. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, a. 18, n. 70, abr./jun. 1981, p. 11.
- FIGUEIREDO, Sara Ramos de. *Processo Legislativo*. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 3ª ed., 1982.
- GORDILLO, Agustín. *Principios Gerais de Direito Público*. Trad. MARCO AURÉLIO GRECO. São Paulo, RT, 1977.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. Trad. ALFREDO BUZAID e BENVINDO AIRES. Rio, Forense, 1981.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. ALFREDO CALLEGO ANABITARTE. Barcelona, Editorial Ariel, 1982.
- MARINHO, Josaphat. O art. 64 da Constituição e o papel do Senado. *Revista de Informação Legislativa*. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, a. 1, n. 2, abr./jun. 1964, p. 5.
- PONTES DE MIRANDA, José Francisco. *Democracia, Liberdade, Igualdade*. São Paulo, Saraiva, 1979.
- . *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*. São Paulo, Max Limonad, v. II, 1959.
- . *Comentários à Constituição Brasileira de 1967*. São Paulo, RT, tomo III, 1967.
- . "Independência e Harmonia dos Poderes". *Revista de Direito Público*, a. V, v. 20.
- ROSAS, Roberto. "Inconstitucionalidade/Representação/Resoluções do Senado". *Revista de Informação Legislativa*. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, a. 5, n. 19, jul./set. 1968, p. 35.
- RUI BARBOSA. *A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. 2ª ed., Rio.
- SANTI ROMANO. *Principios de Direito Constitucional Geral*. Trad. MARIA HELENA DINIZ. São Paulo, RT, 1977.
- SONTHEIMER, Kurt. *Ciencia Política y Teoría Jurídica del Estado*. Trad. LUIS G. VILLAGRA. Buenos Aires, Eudeba Editorial, 1971.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo, RT, 1982.

A Súmula 90

— o TST e a Constituição

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA
Juiz do TRT da 3ª Reg.-ap. Prof. da
Fac. de Dir. da UFMG. Advogado em
Belo Horizonte

1. A Súmula 90 do TST e o ordenamento jurídico

2. A legalidade e a constitucionalidade

2.1 *Conquanto a atividade judicante dos tribunais esteja adstrita aos princípios básicos da legalidade e da constitucionalidade, pois lhes incumbe fazer atuar o ordenamento jurídico, seja aplicando a lei ou a fonte a que esta se remeta, seja fazendo observar a Constituição, o problema da Súmula 90, nesses seus seis anos de vida jurígena, acha-se implantado, mais aguda e quase exclusivamente, no plano de sua rebeldia constitucional.*

2.2 *Vem-se levantando a sua inconstitucionalidade, ao fundamento de que ela atenta contra os arts. 8º, XVII, b, 142 e seu § 1º, 153, § 2º e 165, VI, da Constituição federal de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.*

As adversações à Lei Maior centram-se em que a Súmula 90 foi fruto de um ato legiferante, que a competência para legislar sobre Direito do Trabalho não cabe à Justiça do Trabalho, que não há lei impondo ao empregador pagamento de remuneração, a título de horas extras, em razão de fornecimento de transporte e o trabalho *in itinere* é uma ficção e só a lei pode torná-lo, como ficção, suporte de regra vinculante. O furo pelo art. 165, VI, estaria na extralimitação da jornada, que ali se quadra em oito horas.

2.3 Duas observações prévias importa, entretanto, se façam à questão da inconstitucionalidade da Súmula 90. Uma, de ordem preconceitual; a outra, jurídica.

A posição preconceitual, assim dita com certa impropriedade, filia-se à postura psicológica em que se plasma o fetichismo judicial, da supremacia da norma editada pelos órgãos julgadores, sobretudo quando ela resulta em um enunciado compendiador de inúmeras outras decisões anteriores incorporadas no espírito do Tribunal como um *iter* procedimental (cf. em suas linhas básicas, no direito ame-

ricano, a obra de LAMBERT, Edouard. **Le Gouvernement des Juges et la Lutte contre la Legislation Social aux États-Unis**. Paris, Marcel Giard & Cie., 1921, pp. 8 et ss.).

Sob o prisma jurídico, entendida a decisão judicial como um ato de aplicação da lei, no sistema de direito legislativo, não cabe falar, por alta impropriedade e assimetria absoluta, em "inconstitucionalidade de Súmula". A inconstitucionalidade abre-se de um contraste entre uma norma inserida na estrutura do ordenamento, em sua construção escalonada e hierárquica e uma norma constitucional.

A Súmula, como preceito emanado de uma decisão judicial, reduz-se a uma manifestação interpretativa do juiz, relativamente a um dispositivo de lei. Não há interpretação inconstitucional, mas aplicação eventualmente inconstitucional de dispositivo de lei, o que é coisa bem diversa.

Como a interpretação é a atuação da lei aplicada em um certo sentido e ela alcança todas as normas jurídicas (cf. RAO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. São Paulo, Ed. Max Limonad, 1952, v. I, p. 556, nº 358), seguem-se duas inelutáveis ilações: a) o desvio in extremis na direção captadora da lei transmuda a operação do juiz de interpretativa para violadora, eis que deforma o objeto dessa operação (cf. SCHREIBER, Rupert. **Allgemeine Rechtslehre — Zur Einführung in die Rechtswissenschaft**. Berlin — New York, Springer — Verlag, 1969, S. 31, S. 7). O preceito da violação resulta de um pressuposto: viola-se uma lei, quando uma norma jurídica não é aplicada (Constituição federal brasileira fala em "negar vigência", art. 119, III, a) ou é incorretamente aplicada, como vem do magistério da doutrina germânica (*Das Gesetz ist verleizt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist*. Cf. BERNHARDT, Wolfgang. **Das Zivilprozessrecht**. 3. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1968, S. 291, N. 3; LENT, Friedrich u. JAUERNIG, Othmar. **Zivilprozessrecht**. 13. Auflage, München u. Berlin, 1. C. H. Beck sche Verlagsbuchhandlung, 1966, S. 217, N. 2; COSTA, Alfredo Lopes da. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1959, v. I, pp. 238-9); b) sob o prisma da hierarquia das normas jurídicas e do sistema formal-cerrado e legitimador da ordem jurídica, a atuação em desvio de uma norma inferior (lei ordinária) importa em ato violador da norma superior (a lei constitucional), simplesmente porque inexistente aplicação de norma isolada no ordenamento (cf. MANS PUIGARNAU, Jaime M. **Los Principios Generales del Derecho**. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1947, pp. XI-XVIII; e MARQUES, J. Dias. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3ª ed., Lisboa, 1970, p. 69, nº 4).

Na hipótese da Súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho, torna-se imprescindível se observe tal colocação, pois, vem manifestando-se, reiteradamente, o Supremo Tribunal Federal, que não é inconstitucional a Súmula 90, o que aliás, só pode declarar por sim-

ples metonímia, já que vem ligada ao art. 4º da Consolidação das Leis do Trabalho e à competência judicante e interpretativa do Tribunal Superior do Trabalho, inclusive para a edição de súmulas.

Quanto, aliás, à adoção e à prática da atividade sumuladora — inaugurada no Supremo Tribunal Federal —, a sua legitimidade no Tribunal Superior do Trabalho assenta-se, primeiramente, nos arts. 894, b, e 896, a, da Consolidação das Leis do Trabalho, ao aludir a “*jurisprudência uniforme*” do Tribunal, em alternativa com o então “prejulgado” trabalhista. A Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970, em seu art. 9º, faz acompanhar a figura da “*jurisprudência uniforme*” de seu verdadeiro significado: “súmula de *jurisprudência uniforme*”, condensada, na parte final do texto, como “súmula” e a competência específica desse Tribunal, para editá-la ganhou redação substitutiva à do “prejulgado” pela Lei nº 7.033, de 5 de outubro de 1982, que nisso apenas modificou a letra f do nº I do art. 702 da Consolidação (esquecendo-se o atento legislador de atualizar, também, ou revogar o seu § 1º).

A “forma”, pois, da edição das súmulas, no Tribunal Superior do Trabalho, é aquela predisposta em seu Regimento Interno.

Nesse círculo de legitimação (material e formal) esbarram-se as tentativas até agora baldadas de declaração de inconstitucionalidade das súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, notadamente a de número 90.

Esta súmula, contudo, comporta uma especial abordagem, seja sob o prisma da construção formal das regras de direito, seja sob a perspectiva dos elementos que a constituem.

Aqui, poder-se-á vislumbrar senão a sua imediata inconstitucionalidade, ao menos a fragilidade de sua posição no ordenamento jurídico, a nível de legitimação.

É o que se passará a fazer.

2.4 A ideologia da sumulação dos julgamentos nos Tribunais Superiores, de fundo pragmático, atua, em sua formulação, não através da elaboração de preceito normativo autônomo e *impromptu*, mas como o resultado, o fiel compendiação em um enunciado definitivo (daí a sua denominação “súmula”, “pequena suma”, “breve epítome”, do latim *summula* — cf. FONTINHA, Rodrigo. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Porto, Editorial Domingos Brarreira s/d, p. 1960; e FREIRE, Laudelino. **Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1954, vol. I, p. 4.786) de uma série de casos julgados na mesma hipótese (os precedentes).

O espírito matriz que lhe presidiu o estabelecimento como parâmetro de julgamentos, no Brasil, acha-se corretamente transfundido

em sua designação composta, como a planejara o então Ministro Victor Nunes Leal: "Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal" (cf. PEREIRA LIRA, Roberto. **Apresentação Escusada à Obra Direito Sumular de Roberto Rosas**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1978, pp. VIII e IX; ROCHA, José de Albuquerque. **O Procedimento da Uniformização da Jurisprudência**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, pp. 133-136; e ROCHA, Lincoln Magalhães da. **Direito Sumular: Uma Experiência Vitoriosa no Poder Judiciário**. Brasília, 1981, pp. 200 e ss.; GONÇALVES, Emílio. **Direito Sumular**. São Paulo, Editora LTr, 1982, pp. 11-18 e 21-22).

A súmula consiste em uma enunciação, em fórmula condensada (ementa), escrita, pois, de um preceito extraído de decisões de um Tribunal, que representem em seus pressupostos, formais e materiais, a sua jurisprudência predominante **no caso iterativamente julgado**.

O Tribunal Superior do Trabalho, a despeito de, no art. 179, *caput*, de seu Regimento Interno, falar em "consustanciação" de "teses", vincula a construção sumular a precedentes, que resultam em "jurisprudência uniforme".

Não se pode falar, propriamente, em "tese" senão como fixação de uma direção de entendimento **no caso concreto** que já voltou a julgamento em relação de iteratividade.

Inexiste na súmula qualquer desprendimento **in abstracto**, ato **in novo** mas, tão-somente, a declaração, de natureza administrativa, de reconhecimento de uma formulação iterativa como "jurisprudência dominante".

A **tese**, que se enuncia na súmula, como compêndio de casos iterativamente julgados, conquanto venha munida de um sentido **demonstrativo**, na acepção aristotélica e de uma carga **persuasiva**, como a entendera QUINTILIANO, desce de seu campo genérico, originário de apropriação, puramente conceitual, embora dinâmico (propositum), extraído por CÍCERO do vocábulo grego "thesis", a chamada **questão infinita**, para encaminhar-se para a chamada **questão finita**, que é a especial, resultante de um jogo **retórico**, a "arsis".

Em sua evolução conceitual, a **tese** que se plasma de julgados iterativos, na função jurisdicional, ganha nascedouro na expressão moderna "tética", como um "juízo tético", em que "se afirma um sujeito-objeto idêntico a si mesmo com independência de sua referência a outro" (cf. deduzidamente, FERRATER MORA, José. **Dicionário de Filosofia**. Buenos Aires, Editorial Sudamérica, 1975, vol. II, pp. 781, esp. 782). O "outro", aqui, seria o diverso, em componencial próprio.

A abrangência da "tese", cristalizada na súmula, diz respeito a elementos subjetivo-objetivos idênticos, que se submeteram a julgamento no "caso" e repugna à sua concepção como à função jurisdicio-

nal, a sua elaboração "genérica", de captação oscilante, ondeante e que impusesse aos juizes novas operações individualizadoras.

O cometimento da **normatividade** ao Poder Judiciário, para a elaboração de certas espécies de normas, que lhe imprimem às decisões o **caráter normativo**, na expressão de S. BELAID (cf. *Essai sur le Pouvoir Créateur et Normatif du Juge*. Paris, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, p. 296, § 2º), elabora um "princípio de solução", mas que, ainda segundo esse autor, apoiado em MARTY, deve "fazer lei na matéria considerada". São as decisões "de princípio" e que fazem jurisprudência excepcional dessa atividade, não desvinculam o Tribunal do **caso concreto**, decidido de modo iterativo e que apenas se desprende, sob o prisma formal, dos precedentes para viger como norma **permanente**, para os **idênticos casos** futuros. O que se extrai da súmula, a nível de "generalidade", não é o elastecimento de seu campo objetivo de compreensão, mas a sua **permanência**, para além dos casos passados e de que resultou o seu preceito.

A "senda" aberta e palmilhada pela súmula é a "senda casuística", expressa em um compêndio formal "enunciativo de julgamentos uniformes e predominantes", em linha de "precedentes" (cf. VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. "Os Prejulgados, as Súmulas e o TST", in *Direito do Trabalho & Fundo de Garantia*. São Paulo, Edições Ltr, 1978, pp. 255-257).

Para descer-se, porém, ao problema da Súmula 90, em sua indarçável natureza jurídica, é da maior importância se averigüe se o seu enunciado se apresenta, em realidade, como um "conceito-tipo", a descrição de fatos individualizadores retirados do art. 4º da CLT (cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, pp. 526 e ss.), dentro da função jurisdicional, de fixar esses fatos **in concreto** ou se escapa ela do dispositivo que visou a aplicar e ganhou autonomia conceitual e se tornou um autêntico "conceito-objetivo-normativo" (cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1968, pp. 92 e ss., esp. 199-200), passível de "nova interpretação", de outra "operação subsuntiva", para os "casos" que, posteriormente, se submeteram a julgamento.

O Juiz do Trabalho da 3ª Região, ora Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Varginha, Abel Murta de Gouvêa, ao acolher a arguição de inconstitucionalidade da Súmula 90, armou sua decisão no plano conceitual, da natureza da norma jurídica e, em suma, fundamentou:

"A Súmula 90 do Eg. TST consagra, por via jurisprudencial, a ficção do trabalho *in Minore* donde a respectiva inconstitucionalidade, por isso que a ficção jurídica só pode ser de ordem legislativa e restrita aos casos expressamente previstos"

(cf. sua citação em SILVA, Octacílio Paula. Súmula 90, sua Complexidade e Dissensões Interpretativas, in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, n.º 33/34, pp. 93/4; nº 2).

A ficção, a que se refere o magistrado mineiro, vem a ser uma enunciação *in abstracto*, a edição de uma norma jurídica não apenas “genérica”, em seu raio de apresentação, mas, antes de tudo, munida de pressupostos exclusivos e que não se encontrem delineados em outra norma.

Por *ficção* entende-se a norma tomada em sua contextura de “cláusula geral” (cf. ENGISCH, Karl. *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S/A, 1968, pp. 300 e ss. e esp. 342, 377, nota 100), cujos supostos indeterminados, não definidos em seus elementos fáticos concretos e em sua formulação conceitual, exigem do juiz a sua precisão, a sua localização e “definição” em cada caso.

O mesmo ENGISCH, valendo-se do magistério de LARENZ, depois de afirmar que “a determinação concretizadora é uma especificação”, completa seu pensamento ao aludir à “concreção” como “um procedimento que dá aos princípios gerais e aos conceitos valorativos indeterminados da ordem jurídica um caráter determinado” (cf. *La Idea de Concreción*... cit., p. 176).

Não resta a menor dúvida que a súmula, em sua acepção correta e regular, contém um *preceito* jurídico, mas assentado em abstração mínima e nisso, em seu conteúdo, ela se distingue da lei, portadora de abstratividade em leque e que se *situa*, no caso, pelo juiz (cf., quanto à natureza do “preceito jurídico” e seu grau de abstração, STARCK, Christian. *El Concepto de Ley en la Constitución Alemana*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pp. 255 e ss., esp. 259 e nota 14).

A partir do momento em que a norma se reveste de um caráter geral-abstrato, sujeita a operação de individualização, assume ela a sua postura de lei e não se confunde com uma decisão judicial, ainda que sedimentada em preceito autônomo, como o é a súmula.

Com objetividade, expressa-se STARCK:

“O Tribunal exige uma redação geral-abstrata de lei, para que esta possa adaptar-se a um número indeterminado de casos” (ob. cit., p. 90).

A atividade judicante é eminentemente “determinadora” como uma atividade de “seleção dos caracteres do caso”, a que se aplica uma norma. Quem o expende é JOSEF ESSER, para adiantar que a “dupla qualificação do suposto de fato e conceito jurídico é uma parte da interpretação” (cf. sua obra *Princípio y Norma en la Elabo-*

ración Jurisprudencial del Derecho Privado. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1961, p. 333). A essa atividade contrapõe-se a emissão de normas gerais e susceptíveis de ulterior qualificação em seus elementos especificadores.

Nos sistemas do direito codificado (legislado), ao Juiz não se comete a função de criar normas, isto é, fixar pressupostos de fato e conceituais modeladores de uma norma jurídica: **non ponono mai norme giuridiche nuove** — não mais põem (os juizes) normas jurídicas novas, como fala PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA (cf. *Diritto Costituzionale*. 8ª ediz., Napoli, Casa Editrice Eugenio Jovene, 1969, p. 115, c).

Na sentença, o juiz traz para o caso, aplicando-o, o juízo hipotético da lei. Que o faça dentro de um princípio de adequação, é irrelevante. Mas a operatividade, na sentença judicial, conquanto se maneje com dados silogísticos, tende exclusivamente à “concreção”, para o que apenas importa perquirir o “que neste caso é relevante e correto” — **was in diesem Fall wohl “zweckmässig” und richtig (recht) ist** —, como adverte HANS MARTIN PAELOWSKI (cf. *Das Studium der Rechtswissenschaft*. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1969, S. 163).

Não será exaustivo, tal sua clareza e a limpidez de sua exposição, transcrever pequeno texto de HANS Kelsen:

“Mas para que essa norma geral — seja consuetudinária ou seja uma “lei” criada pelos órgãos técnicos competentes — alcance um sentido concreto, necessita da “individualização.”

É preciso estabelecer se é dado **in concreto** o fato que a norma geral determinou **in abstracto**; e se o fato existe, precisa-se estabelecer um ato concreto de coação (isto é, um ato previamente disposto e, depois, realizado), o qual se acha igualmente prescrito **in abstracto** na norma geral. A sentença, o ato no qual se traduz exteriormente a função judicial, recebe o nome de “jurisdição”, que significa “declaração do direito”, como se se limitasse a fazer uma declaração do que já é direito na norma geral. Porém, essa terminologia não serve senão para obscurecer o verdadeiro significado da função **jurisdicional** e da missão de julgar; seguramente andam por meio intenções políticas mais ou menos ocultas, pois a sentença judicial cria por completo uma nova redação: determina que existe um fato concreto, assinala a conseqüência jurídica que deve enlaçar-se nele e verifica concretamente tal enlace. Assim como os dois fatos — condição e conseqüência — vão unidos pela lei no domínio do geral, têm que ser enlaçados no âmbito individual pelas sentenças dita-

das pelo Poder Judiciário" (cf. **Teoría General del Estado**. México, Ed. Nacional, 1959, p. 304, letra E).

Quando se ensina que a norma contém uma natureza e/ou efeito **constitutivo**, quer-se significar que ela contém pressupostos originários de captação da realidade e que os atos-fatos por ela fisionomizados e sobre os quais ela incide não se encontram abstratamente contornados em outra norma.

Nos sistemas do direito codificado, repita-se, como o é o brasileiro, a função jurisdicional parte, necessariamente, do princípio da aplicação da lei, ou seja, uma norma preexistente, em que os juízes, na enunciação de BEKAERT, se encarregam de assegurar e de manter a "igualdade de aplicação do direito e sua unidade normativa" (cf. BEKAERT, Hermann. **Introduction a l'Étude du Droit**. Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1973, p. 124).

Todavia, não se perde a perspectiva do **caso concreto**, ainda que emoldurada a decisão em forma de precedente, a que devam atender as decisões dos casos ulteriores.

Sob esse aspecto o juiz

"só exprime o quanto já estava expresso na lei e só deve acertar direitos e deveres, sem os constituir" (cf. ESPOSITO, Carlo. **La Validità delle Leggi**. Milano, Dot. A. Giuffré Editore, 1964, p. 84).

A operação desenvolvida pelo juiz é como que seqüencial, preso aos supostos formais e materiais previstos na lei e, sob tal ângulo, no momento da emanção da norma judicial, "além de atuação ou juízo conforme o direito preexistente", o preceito da sentença

"se substitui à lei e é regra imediata e direta para o caso concreto, nos limites subjetivos e objetivos objeto de exame e de decisão" (ESPOSITO, ob. e p. cit.).

O que importa na questão em exame é distinguir se a Súmula 90, do ilustre Tribunal Superior do Trabalho, se define, por seus **elementos intrínsecos**, como regra de direito autônoma, originária e portadora de supostos gerais, que a afastam de outra qualquer regra legal, especificamente o art. 4º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Como norma emanada de um Tribunal, a súmula jamais perde a sua natureza de sentença, com a característica de agregação e de revestimento para outras sentenças futuras, dentro da **mesma hipótese**.

A força substantiva da súmula é imediata e certa, já que a sua **generalidade** não está contida no preceito ou no juízo hipotético, mas na **permanência**, em função da **sucessão de casos idênticos**, entendendo-se por **idênticos** os que contenham os **mesmos supostos** que propiciaram a sua edição.

Dentro desta perspectiva, a súmula não perde a sua natureza *formal de sentença* e

“normalmente uma sentença é emitida à guisa de resposta a uma pretensão específica e definida; e contém efeitos, ou pode contê-los, sobre direitos e deveres daquele que pretende ou sobre aqueles ou com aqueles em cujo confronto e pretensão é deduzida e *quicá sobre todos aqueles que se encontram em uma situação semelhante à daquela dos precedentes*” (cf. FRIEDMAN, Lawrence M. *Il Sistema Giuridico nella Prospettiva delle Scienze Sociali*. Bologna, Società Editrice Il Mulino, 1978, p. 72).

Conquanto a súmula constitua um salto potencial e indireto na eficácia **subjéctiva** da sentença, **objetivamente** ela não escapa à natureza e à função da sentença, que se limita, pela lei, ao **caso concreto**, como deflui dos arts. 282, III, 286, 459 e 460 do Código de Processo Civil.

Não cabe ao Tribunal a edição da norma desgravitada de um antecedente legal e a tarefa interpretativa externa-se como uma operação de redução dos elementos da *fattispecie* no **caso concreto**, redução essa que não pode partir de outros supostos senão os da lei, como componencial dos fundamentos do pedido.

A contar do momento em que a regra sumulada — além de sua **qualitas juris** de generalidade, na acepção estrita de **permanência** — assume a outra face da **generalidade**, que é a **enunciação de um quadro fático susceptível de multívoca apropriação em outras sentenças**, ela passa a revelar a existência de uma **norma nova, jus novum**, ou, como diz KELSEN, o “**direito de fundo novo**”.

É da maior importância distingam-se as duas operações, a fim de que possa o analista verificar se está diante de uma **súmula, resultante de precedentes in concreto** ou se está sob uma **súmula emoldurada em regra geral**, formada de **supostos próprios** e que não se conjugam, como projeção natural, com aqueles supostos de outra regra legal ante fatos específicos.

Ainda que extenso, o magistério de HANS KELSEN, em obra clássica e decisiva na doutrina jurídica, trará luzes definitivas à elucidação do problema, em sua procura de distinção:

“Uma decisão jurisdicional pode ter caráter de precedente quando o conteúdo da norma posto pela decisão não é predeterminado por uma norma geral criada pela via da legislação ou do costume, ou quando esse conteúdo **não é determinado de uma maneira unívoca**, que deixa aberta a **possibilidade de diferentes interpretações**” (cf. *Théorie Pure du Droit*. Paris, Dalloz, 1962, p. 335).

A advertência do tratadista é manifesta, ao aludir a função dos Tribunais, não apenas no tocante ao cometimento expresso da lei para que se emitam "normas gerais", como, também, no tocante à natureza excepcional e supletiva desse cometimento:

"A função de criação do direito, que os Tribunais exercem em todas as circunstâncias, afirma-se e se manifesta de uma maneira particularmente clara quando eles recebem o poder de criar também normas gerais através de decisões **precedenciais**. Dar este poder aos Tribunais e especialmente a uma jurisdição de última instância, a uma Corte Suprema, é uma solução que vem naturalmente ao espírito quando eles estão habilitados em certas circunstâncias a decidir sobre um caso **de maneira discricionária**, e não fazendo aplicação de uma norma geral de direito já em vigor, isto é, quando eles recebem o poder de criar uma norma individual cujo conteúdo não é predeterminado por uma norma geral de direito positivo. Atribuindo-se a uma tal decisão caráter e valor **precedenciais**, não se faz senão alargar de modo conseqüente a função criadora de direito dos Tribunais.

Se os Tribunais recebem, assim, o poder de criar normas gerais, e não somente normas individuais, eles entram em concorrência com o órgão de legislação instituído pela Constituição; e isto significa uma **descentralização da função legislativa**" (cf. ob. cit., p. 336. Grifos nossos).

Uma penetração maior na Súmula 90 demonstrará que ela representa, no Brasil, um caso típico de **concorrência legiferante** e uma **descentralização da função legislativa**.

A subseqüente análise, que parecerá repetitiva, ver-se-á que a Súmula 90 não se limita em ser um "compêndio de julgados iterativos do caso", mas é uma norma que se desgarrou do art. 4º da CLT (como se fora um parágrafo seu, modificador para hipóteses não definidas em todos os seus contornos fático-jurídicos), ganhou autonomia conceitual e atua na atividade judicante dos Tribunais do Trabalho e até no Supremo Tribunal Federal como uma verdadeira lei, em seu sentido de regra geral, aplicável a uma gama de casos em que se exige ao julgador uma operação de "concreção".

Sob esse aspecto, sim, pode-se falar em inconstitucionalidade, mas por incompetência do Tribunal Superior do Trabalho para editar regras gerais e abstratas oriundas de dissídios individuais. Os artigos afetados da Lei Maior são o 6º, parágrafo único, última parte, 8º, XVII, b, e especialmente o 142, caput.

A demonstração do que ora se sustenta está nas decisões mesmo dos Tribunais do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal, de que se transcreverão, por amostragem, ementas bastante elucidativas. Trata-

se de uma dissecação da Súmula 90, em seu enunciado “continuístico” (KELSEN) e como preceito jurídico autônomo (STARCK).

2.6 Sabe-se que, ao recusarem a declaração da institucionalidade da Súmula 90, os Tribunais do Trabalho retêm a abordagem da questão no plano formal e que toca ao objeto do pedido maior, com sustentarem que a súmula não é lei ou ato normativo do Poder Público:

“Súmula é enunciado de jurisprudência predominante. Como é da essência da atividade judicante produzir jurisprudência, é juridicamente inconsistente a argüição de inconstitucionalidade de Súmula” — TRT — 3ª Reg. 1ª T. Proc. RO-1.735/84. Rel. Juiz Luiz Carlos Avelar. In **DJ-MG** — 31-8-84, p. 55.

“Súmula não é lei, não obriga, portanto não há falar em inconstitucionalidade, máxime a de número 90, cujo embasamento legal é evidente no art. 4º da CLT” — TRT — 3ª Reg. 2ª T. Proc. RO-1.499/84. Rel. Juiz Aldair Lázaro Trindade. In **DJ-MG** — 31-8-84, p. 59.

“Súmula não é lei, nem ato normativo do Poder Público, estando, pois, imune ao controle de inconstitucionalidade pelo Judiciário, donde ser imprópria a argüição de inconstitucionalidade da Súmula 90, do TST, que estratifica jurisprudência uniforme sobre horas *in itinere*” — TRT — 3ª Reg. 2ª T. RO-1.930/84. Rel. Juiz Michel Melin. In **DJ-MG** — 19-10-84, p. 56.

Desde a Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, a Carta de 1967 elasteceu o conceito de regra de direito suscetível de declaração de inconstitucionalidade, ao aditar à “lei” propriamente dita o “ato do Poder Público”, como se lê da redação anterior do art. 116.

Com a Emenda Constitucional nº 7/77, o texto em vigor sofreu encurtamento na qualificação do objeto da declaração, que passou a ser “lei ou ato normativo do Poder Público” (verbis).

PONTES DE MIRANDA, ao comentar o então art. 111 da Constituição de 1967 — que fala em “lei ou ato do Poder Público” —, alerta o estudioso que a visualização do ato sob o prisma formal (sentença ou preceito resultante de sentença) não exclui a inconstitucionalidade:

“Quando no Supremo Tribunal Federal, ou noutro Tribunal, se exerce atribuição administrativa, não se julga; a “decisão” não é sentença, é ato administrativo. Não importa se foi envolvido em forma sentencial” (cf. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1967, Tomo III (arts. 34-112), p. 600).

Ora, a edição de súmulas, sob esse ângulo refoge ao normal procedimento dos Tribunais, atendendo-se, sobretudo, que ela obedece a um **iter** administrativo especial e que não se circula no julgamento de um **caso**. Deixa o Tribunal a função judicante e passa à função tipicamente administrativa, que é a elaboração (não a consubstanciação de preceitos reiterados) de uma regra de direito: a súmula. A contextura regimental da forma e procedimento do Tribunal escapa, em todas as suas etapas, do que se observa no julgamento do **caso**.

Daí à **normatividade** vai um pulo:

2.7 É relevante, pois, insista-se no conceito do "normativo", já que a súmula contém "carga normativa", embora se procure negar essa sua virtualidade, tão gritante.

A índole normativa de uma "norma" jurídica supõe dois referenciais suficientemente nítidos: a) pelo primeiro, quer-se significar que, com ser **normativa**, ela expande eficácia para além do caso decidido; b) pelo segundo, a **normatividade**, além de significar uma vinculação (direta ou indireta, dependendo da espécie de norma), diz com sua aplicação a todos os **casos concretos**, dentro de seus supostos.

Em se tratando da **súmula**, o aparentemente paradoxal é que, através dela, se consagra uma **tese** dentro de uma **hipótese**, ou seja, o preceito enunciado pela súmula assenta-se em pressupostos formais e materiais **cerrados**, de uma tipicidade indedobrável e segundo a qual o que nela se contém de **fattispecie** é a **singularidade e a individualidade do caso**, que se repetem em outros e sucessivos casos com os mesmos **elementos-tipos**.

A aplicação da súmula aos julgamentos ulteriores vem a ser uma simples operação subsuntiva.

A natureza da súmula, como norma individual, oriunda do caso concreto, com força vinculante (e não meramente persuasiva) para hipóteses idênticas, parte de sua própria fonte, o órgão que edita e das específicas condições de sua germinação, de seu amadurecimento e de sua finalidade, que são os mesmos casos concretos futuros.

Indo-se à frente, nota-se que a **redução** (não a **conversão**, pois não é o direito que se sumula) do caso à súmula não pode fugir ao seu suposto dinâmico, que é a **iteratividade**, a **seqüencialidade** (a **communis opinio** do Tribunal sobre a direção exegética dada a hipóteses idênticas, que se sucedem todos os dias em processos a serem julgados).

Tem-se na uniformização da jurisprudência uma necessidade de segurança e de previsão no modo de aplicar-se uma norma legal para o caso com seus contornos típicos, individualizados, em seus elementos constitutivos determinados.

Então, atinge-se o ponto crucial do problema e que mais expõe a Súmula 90 à vulnerabilidade constitucional e que é haver ela resultado ou não de uma operação interpretativa do art. 4º da CLT.

A interpretatividade é inerente na súmula (o “entendimento predominante”). Por ser, porém, direção interpretativa que se sedimenta e peculiarmente se formaliza, não deixa de ser operação interpretativa, isto é, o juiz, com executá-la, não pode fugir do núcleo da regra legal interpretada. Não se desgarra dos supostos desta; dá-lhes tão-só, ou a um deles, o sentido que lhe pareça correto (*richtig*) no caso.

Mais precisamente, o juiz, a despeito da maior ou menor extensão exegética extraída da norma legal, permanece **preso** em seus pressupostos formais e materiais. Com individualizá-la, no caso, a sua operação “criadora” não ignora o cordão umbilical ou os cordões umbilicais que continuam haurindo a seiva originária daquela norma.

O juiz, na operação, na fixação da direção *in concreto* de uma regra não pode desgravitar-se da lei, ou seja, a pretexto de extensiva ou analogicamente interpretar, é-lhe defeso armar, para o caso a ser decidido, um juízo normativo hipotético que não contenha os pressupostos da lei interpretada.

A partir do momento em que o Tribunal constrói uma norma concreta (decisão) munindo-se de pressupostos que não se encontram no dispositivo legal aplicado ou interpretado, ele estará legislando, pois fugiu do círculo da regra interpretada, por mais amplo que seja ele.

2.8 Vejam-se os enunciados do art. 4º da CLT e da Súmula 90:

“**Art. 4º** — Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.”

“**Súmula 90** — O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador até o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte regular público, e para o seu retorno, é computável na jornada de trabalho.”

É inquestionável que o enunciado da súmula parte de um suposto **concreto, individualizado** — “... O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador...”. Antes de fechar, porém, o seu juízo hipotético (“... é computável na jornada de trabalho”), o preceito enche-se de duas cláusulas gerais, duas formulações abstratas e que, como a todo instante ocorrendo, impõem nova operação exegética: “até o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte regular público...”.

Acontece que os três pressupostos básicos fáticos da súmula — o primeiro, individualizado (“condução fornecida pelo empregador”) e o segundo e terceiro, gerais — não encontram qualquer raiz na norma

legal a que se refere (o art. 4º). A desgravitação (relewa-se manifesta e a essa criação de pressuposto normativo soma-se a agravante, segundo a qual dois pressupostos da Súmula 90 são "gerais", "abstratos", o que é característico indeclinável das normas legais e não das sentenças judiciais. E a ninguém é dado negar à sumula uma sentença, que se cristalizou e alcançou "normatividade", no sentido vincutivo acima exposto.

Quem, na realidade, confessa essa vulnerabilidade da Súmula 90 são os próprios Tribunais, ao se remeterem a ela em cada julgamento de pedidos de horas extras *in itinere*, sempre partindo da ocorrência ou não de seus pressupostos.

É inédito uma decisão judicial julgar procedente ou improcedente uma reclamação baseada na existência ou não de pressupostos de outra decisão judicial, embora sumulada!

Por aí, verifica-se, mais, que a Súmula 90 vem sendo constante objeto de interpretação, dada a sua insita perspectiva de norma geral — como se lei fosse.

E mais: o julgamento das horas extras *in itinere* como que transita de um pólo a outro, em que se procuram precisar ("individualizar", "singularizar", "particularizar"), os pressupostos *in concreto*, os limites e, o que é mais significativo, quais os fatos-suportes que preenchem a Súmula 90.

A natureza móvel, perto de genérica, para não dizer-se difusa, da Súmula 90, vem acarretando um fenômeno mais estranho ainda na atividade jurisdicional trabalhista "com desditosas incursões do próprio Supremo Tribunal Federal): para decidir um caso concreto, concernente a horas extras *in itinere*, a Justiça do Trabalho profere duas decisões, que se superpõem ou se interconexionam: a já representada pela Súmula 90 e a que se emprega no caso concreto. Esta última, "interpretando" a regra da súmula no sentido do *concreto*, naturalmente interpretou, antes, o art. 4º da CLT, aplicou-o ao seu art. 5º e seu § 1º

Para julgar-se, portanto, o pedido de horas extras *in itinere* são necessárias duas decisões, cristalizada uma, mas genérica, preenchida de "cláusulas gerais" e *in concreto* a outra.

Tão patente é a interpretação entre a Súmula 90 e o disposto na letra c do art. 7º da Lei de Acidentes do Trabalho, que ao preceito daquela se aproveita o comentário de MIGUEL AUGUSTO GONÇALVES DE SOUZA àquele inciso legal, até em sua qualificação:

"Serão ressarcíveis os acidentes *in itinere* desde que a locomoção do assalariado se fizer, necessariamente, por vias e meios que ofereçam reais perigos, a que não esteja sujeito o público em geral" (cf. sua obra *Acidentes do Trabalho*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1964, 1º vol., p. 87, nº 50).

E se alcança uma posição dilemática: ou a Súmula 90 se configura como um preceito especificador de fatos-suportes (Tatbestanden) do art. 4º da Consolidação das Leis do Trabalho e que nele não se encontram, ou então nada mais representa ela do que uma aplicação extensiva ou analógica dos arts. 6º, c, e 7º, c, da Lei de Acidentes do Trabalho.

Basta que se atente a que a ordem jurídica somente estabelece supostos jurídicos de tempo de serviço através de lei, criando a **fattispecie** que será objeto de interpretação e aplicação pelos Tribunais do Trabalho. A irreverência constitucional, aqui, é ao § 2º do art. 142, da CF.

Do ponto de vista do princípio da legalidade nacional, em sua focagem político-jurídica, a Súmula 90, em avanço inédito, trouxe para a relação de emprego, como hora extra, um suporte só delimitado em regra legal de outra natureza, com objetivo específico e diverso de tutela, a do acidentado.

Como se o legislador de acidentes passasse a legislar também para o direito do trabalho, **stricto sensu**.

Nessa perspectiva, a Súmula 90 erige-se em norma legal, como se fora um parágrafo do art. 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho, cobrindo-lhe campo extensivo de aplicação.

Não se desconhece a função do parágrafo, que, em dogmática jurídica, compõe o corpo do dispositivo legal em seu ou seus desdobramentos peculiares. Valha-nos, uma vez mais, o magistério de VICENTE RAO:

“... mas, em sentido técnico-legislativo (indica o parágrafo) a disposição secundária de um artigo, ou texto de lei, que, de qualquer modo, **completa ou altera a disposição principal, a que se subordina**” (ob. e v. cit., p. 326, nº 207. Grifos nossos).

Nada mais fez o Tribunal Superior do Trabalho, ao lançar a Súmula 90 no tráfego jurídico, que o legislador de então, em **situação jurídica idêntica**, mas para a tutela do empregado acidentado, ao dispor, desde o Decreto-Lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944 (Lei de Acidentes do Trabalho), em seu art. 6º:

“**Art. 6º** — Ficam igualmente abrangidos por esta Lei, considerados como produzidos pelo exercício do trabalho ou em consequência dele, embora ocorridos fora do local e do horário de trabalho, os acidentes sofridos pelo empregado:

a) ...

b) ...

- c) em viagem a serviço do empregador, seja qual for o meio de locomoção, inclusive veículo de sua propriedade" (verbis).

Logo em seu art. 7º, o mesmo diploma abre não menos especificadora ressalva:

"Art. 7º — Não é acidente do trabalho:

- a) ...
- b) ...
- c) o que ocorrer na ida do empregado para o local de sua ocupação ou na volta dali, salvo se houver condução especial fornecida pelo empregador, ou se a locomoção do empregado se fizer necessariamente por vias e meios que ofereçam reais perigos, a que não esteja sujeito o público em geral" (verbis).

Tanto é certo que os fatos-tipo especiais e concernentes a considerar-se o empregado em serviço ou não devem estar previstos em norma legal (aditando-se que a Súmula 90 vai além, pois, a dois fatos-tipo sotopõe cláusulas gerais, que são situações fáticas sujeitas a localização e/ou individuação), que os arts. 6º e 7º, em sua letra c, do Decreto-Lei nº 7.036/44, acabaram por ter outros suportes expressamente consignados na Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976, em que, em seu art. 2º, § 1º, nº V, prevê:

"§ 1º — Equiparam-se ao acidente do trabalho, para os fins desta Lei:

III — o acidente sofrido pelo empregado ainda que fora do local e horário de trabalho:

- a) ...
- b) ...
- c) em viagem a serviço da empresa, seja qual for o meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do empregado;
- d) no percurso da residência para o trabalho ou deste para aquela" (verbis).

Eis a qualificação fixada por lei, do que se considera situação jurídica *in itinere*, em fato-teor simplificado, conquanto abrangente.

Algo aí não está se conjugando bem dentro da estrutura do ordenamento jurídico e da função jurisdicional.

Os exemplos jurisprudenciais são inúmeros e por eles melhor se estenderá o exotismo judicante imbricado na Súmula 90, na incontida e árdua tarefa de se qualificarem os seus pressupostos, quando se

patenteia que ela é norma **geral**, pois até **precisão**, a inclusão, a exclusão e a identificação desses pressupostos oscila caso a caso:

“A regra da Súmula 90 do TST deve ser aplicada com prudência, dentro de seus pressupostos, para que a interpretação nela contida não tenha campo de incidência de amplitude perigosa” — TRT — 3ª Reg. — RO-2.550/80. Rel. Juiz Fernando Pessoa Junior. In **DJ-MG**, 3-6-81, p. 38.

* * *

“Horas extras *in itinere*. Devidas quando preenchidos os pressupostos da Súmula 90, do Colendo TST. O transporte público, quando existente, deve ser em horário compatível e até o local de trabalho ou a distância razoável de modo a garantir frequência regular, sem muito esforço diário” — TRT 3ª Reg. 1ª T. RO-1.688/84. Rel. Juiz José T. G. da Silva. In **DJ-MG**, 31-8-84, p. 55.

* * *

“Se o local de trabalho é servido por condução fácil, o tempo de condução não deve ser exigido como horas extras” — TRT — 3ª Reg. 1ª T. Rel. Juiz Freitas Lustosa. In **DJ-MG**, 24-3-82, p. 42.

Note-se a operação subinterpretativa e a invocação da Súmula 90 como regra geral de direito, no primeiro enunciado abaixo:

“Devidas as horas extras, quando configurados os requisitos da Súmula 90 do TST” — TRT — 3ª Reg. 1ª T. Rel. Juiz José T. G. da Silva — RO-1.888/84. In **DJ-MG**, 31-8-84, p. 56.

O vário jogo, porém, dos pressupostos permanece como tônica de captação da Súmula 90, seja na qualificação do fato (adjetivação diversa, situação específica, multiplicidade de elementos formativos, avaliação de um maior ou menor benefício do empregado ou da empresa). Os desdobramentos são inúmeros:

“Mesmo servido de transporte regular público, o local continua de difícil acesso, se, para alcançá-lo o empregado ainda teria que percorrer grande distância a pé, porque distante da rodovia e, além disso, o transporte regular público é insuficiente para atender toda a demanda” — TRT — 3ª Reg. 2ª T. RO-1.891/84. Rel. Juiz José Caldeira. In **DJ-MG**, 31-8-84, p. 58.

* * *

“As horas de transporte são devidas, tanto para a ida como para a volta do serviço, quando se verifica que, já num e já noutro sentido, não há possibilidade de utilização, cômoda e eficaz, da rede pública de transporte” — TRT — 3ª

Reg. 2ª T. TRT — RO-2.352/84. Rel. Juiz Gabriel Mendes de Freitas. In **DJ-MG**, 12-10-84, p. 49.

* * *

“Quando o transporte público regular não coincide com os horários do trabalhador, às horas gastas em condução da empresa constituem horas extras *in itinere*” — TRT — 4ª Reg. 1ª T. RO-1.490/81. Rel. Juiz Ivésio Pacheco. In **BOM-FIM B. Calheiros & SANTOS, Silvério dos. Dicionário de Decisões Trabalhistas**. 18ª ed., Rio de Janeiro, 1982, p. 338, Ementa nº 2.268.

* * *

“Onera-se a empresa com o pagamento de horas extras, quando verificada incompatibilidade de horário no fornecimento de condução e a jornada de trabalho do reclamante” — TRT — 3ª Reg. 2ª T. RO-4.331/80. Rel. Juiz José T. G. da Silva. In **BONFIM & SANTOS. Dic. Dec. cit.**, 1982, p. cit., Ementa nº 2.266.

* * *

“Se há fornecimento de transporte pelo empregador, viabilizando a chegada do empregado ao local de trabalho de difícil acesso porque o transporte público não se afina com o horário e necessidade de trabalho, o tempo dispendido é computável na jornada de trabalho a teor da Súmula 90 do TST” — TRT — 3ª Reg. RO-3.634/80. Rel. Juiz Edmo de Andrade. In **DJ-MG**, 10-6-81, p. 36.

* * *

“Horas *in itinere*. As linhas regulares de transporte público que servem no local de trabalho devem funcionar em horários compatíveis com os da jornada de trabalho e, na medida do possível, cumprir o mesmo itinerário do ônibus da empresa. Não é servido por linha regular de transporte, nos termos da Súmula 90, o local que obrigue o empregado a tomar várias conduções para substituir a fornecida pela empresa” — TRT — 4ª Reg. 2ª T. RO-5.658/79. Rel. Juiz João A. G. Pereira Leite. In **BOMFIM & SANTOS. Dic. Dec. Trabs. cit.**, 17ª ed., 1981, p. 126, Ementa nº 864.

* * *

O próprio fato de a empresa cobrar passagem do empregado dá lugar a dissensão jurisprudencial:

“O fato de o empregador cobrar simbolicamente, pelo transporte que fornece, não afasta a aplicação da Súmula 90/TST, mesmo porque isto faria do *summum jus a summa*

injuria" — TRT — 3ª Reg. 2ª T. RO-2.078/84. Rel. Juiz Edson F. Gouthier. In DJ-MG, 12-10-84, p. 50.

* * *

"Quando há transporte público próximo, fornecimento de transporte, pelo empregador, a título de liberalidade, não impõe a aplicação do disposto na Súmula 90" — TST — 2ª T. RR-4.435/84. Rel. Min. Marcelo Pimentel. In TEIXEIRA FILHO. "Repertório de Jurisprudência Trabalhista" cit., nº 2, 1983, p. 965, Ementa nº 4.858.

* * *

Mesmo no casuísimo de aplicação da Súmula 90, chega-se a elaborar norma exegética a seu respeito:

"Horas *in itinere*. O que se deve entender por local de difícil acesso e por transporte público regular (Súmula 90 do TST). A longa distância do local de trabalho se traduz em "difícil acesso". E transporte público regular é aquele que permite ao trabalhador uma razoável sintonia entre os horários de sair de casa e chegar ao trabalho, sair do trabalho e chegar em casa" — TRT — 3ª Reg. 2ª T. RO-4.070/81. Rel. Juiz Michel Melin. In TEIXEIRA DE FREITAS, ob. e ano cits., p. 966, Ementa nº 4.864.

* * *

Quando as situações são parcialmente previstas, quebra-se a Súmula 90 pelo meio, em julgamento agora de equidade:

"Horas extras *in itinere*. Embora o local de trabalho seja servido por transporte regular público, o empregado faz jus à hora extra *in itinere* de retorno, se quando termina a jornada, já não há horário de ônibus que faz o itinerário" — TRT — 3ª Reg. 1ª T. RO-2.446/80. Rel. Juiz José Rotsen de Mello. In DJ-MG, 5-8-81, p. 28.

* * *

"Se a jornada de trabalho, que é prestada em local de difícil acesso, vai até um determinado horário em que já não há transporte regular público, nesta faixa tem plena aplicação a Súmula 90 do TST" — TRT — 3ª Reg. RO-2.388, de 1980. Rel. Juiz Edmo de Andrade. In DJ-MG. 13-5-81, p. 34.

* * *

Do quanto se viu, ao observador precatado não passará despercebido esse paradoxo: enquanto o espírito idealizador e até executor da súmula visou e vem visando a certeza jurídica, uma garantia maior

contra o arbítrio e as soluções contraditórias nas decisões judiciais no encaixo dos casos comuns, que se reiteram diariamente nos Tribunais, a Súmula 90 criou um patamar de neo-subjetivismo judiciário, gerando julgamentos desencontrados e indefinidos quanto a seus "supostos".

Ora, quando se erige uma norma individual (que é a sentença) em norma-padrão (que é a súmula), com poder vinculante indireto, e essa norma-padrão extrapola a norma legal aplicada no tocante a pressupostos, sente-se esse observador ante uma figura típica de inconstitucionalidade, mas não da norma-padrão em si, porém em razão de incompetência do órgão que a editou para assim proceder.

É o que primeiro concluímos, com toda a dedução acima exposta.

2.9 Ainda que se reconheça, em princípio, a vigência (não a "validade", na acepção kelseniana) da Súmula 90, cabe ao analista perscrutar o espírito que lhe presidiu a elaboração, para, além de seus contornos formais, verificar se o quadro fático exposto na consulta tem força fisionômica bastante para captar-lhe o preceito.

Não resta a menor dúvida que a revelação do princípio abrigado na Súmula 90 e sua finalidade e sua esfera de gravitação somente poderão ser encontradas na própria construção da doutrina judiciária, na evolução atualizada dos julgados dos Tribunais, mormente o Supremo Tribunal Federal.

É interessante atentar a que o Supremo Tribunal, a despeito de não acatar a inconstitucionalidade da Súmula 90, desce-lhe nos meandros e dá-se à tarefa de capitular os fatos que compõem seus pressupostos, como que neles identificando seu raio operativo, seu campo de incidência e sua própria finalidade.

Ao descer o Supremo Tribunal Federal aos meandros da Súmula 90, analisando-lhe os supostos de fato, chega-se a uma inelutável conclusão intermédia: ou a mais alta Corte do País, passando a julgar matéria de fato, ganhou a atribuição de aplicar norma do Tribunal Superior do Trabalho, esmiuçar o campo de captação desses supostos ou a Súmula "constitucionalizou-se".

* * *

Concluímos, portanto, que a Súmula 90, como norma desgravitada de qualquer dispositivo legal, portadora de *fatispecie* própria e autônoma, à força de incompetência, de invasão de funções entre os Poderes da República, contém, em sua emanção, o germe da inconstitucionalidade, por irreverência aos arts. 89. parágrafo único, 8.º, XVII, 142 e seus parágrafos, 153, § 2º, e 165, VI, da Constituição federal, concernentemente, este último, à extralimitação de jornada, consagrada pelo preceito incondicionado do Tribunal Superior do Trabalho.

Aspectos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o sistema de recursos no direito processual civil

EDSON ROCHA BONFIM

Assessor de Ministro e Ex-Diretor da
Secretaria do Supremo Tribunal Federal

O tema escolhido resultou de uma realidade. Realidade essa comprovada no desempenho do cargo de Assessor de *Ministro do Supremo Tribunal Federal*, durante oito anos, e, também, no meu curto período de magistério, ou seja: a necessidade de se orientar o futuro advogado que, como é natural, começará sua atividade profissional perante a primeira instância, preocupado com a feitura da petição inicial, com as diversas fases do processo de conhecimento e, frente a uma sentença desfavorável aos interesses do seu cliente, certamente por falta de vivência e atuação junto às instâncias superiores, como acontece na maioria dos casos, encontrará dificuldade na elaboração do recurso cabível e na adequada manifestação da sua pretensão recursal.

O advogado, no exame preliminar de uma causa, deve visualizar a aplicação da lei, na solução do litígio, independente do grau de jurisdição. Essa projeção que antecede a sua aceitação, é indispensável porque, sem dúvida, é a decisão final mais importante para o seu cliente, pois, em caráter definitivo, resolverá a demanda ensejando a garantia constitucional da coisa julgada.

Conferência proferida na Universidade Federal do Estado de Mato Grosso, nos dias 30 e 31 de maio de 1985.

Sob esta perspectiva, verifica-se, portanto, que é fundamental o permanente acompanhamento da jurisprudência dos Tribunais.

No que diz respeito aos pronunciamentos dos órgãos que compõem a estrutura do Poder Judiciário, deve-se conceber a observância do princípio do duplo grau de jurisdição como sendo uma forma de aprimoramento da decisão recorrida.

Com efeito, a jurisprudência sobre o sistema de recursos reveste-se de significado especial porque proporciona aos advogados conhecimentos específicos que contribuem para assegurar a possibilidade do reexame da matéria objeto da decisão impugnada.

A consolidação dessa jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal é engrandecida por ser ele o órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional.

Aliás, a importância das decisões da nossa Suprema Corte foi historicamente evidenciada pelo Presidente dos Estados Unidos, Dwight Eisenhower, em 24 de fevereiro de 1960, quando, em visita oficial, afirmou:

“Penso que as decisões e os votos do Supremo Tribunal Federal são mais do que simples decisões; são votos relacionados com a obrigação de resguardar o direito do indivíduo para impedir que a lei extravie do processo constitucional. Estas decisões e estes votos constituem uma lição não somente para a própria Corte, mas para a Nação inteira, porque a verdadeira força da democracia reside no coração dos homens que a compõem.”

Recentemente, o então Presidente, Ministro Cordeiro Guerra, no relatório referente às atividades da Corte em 1984, aduziu:

“(. . .) o valor do poder decisório do Supremo Tribunal Federal está, não no número de casos individuais resolvidos, mas, antes, na clareza e precisão do ensinamento jurídico que é fornecido aos Tribunais de Justiça estaduais e à Justiça federal de todos os graus e à própria Administração Pública.”

O futuro advogado precisa conviver com os Tribunais; conhecer as peculiaridades dos julgamentos perante os órgãos colegiados; familiarizar-se com a terminologia própria de cada recurso e, principalmente, saber interpor o recurso adequado que, de acordo com a lei, ensinará a defesa dos interesses do seu cliente nas instâncias superiores.

A tarefa de recorrer, repito, não é fácil e pode ser considerada como integrante de uma nova especialização do direito processual.

Na elaboração de um recurso, a primeira preocupação do advogado consiste na análise da decisão a ser impugnada que, conforme con-

signou o Ministro Alfredo Buzaid, na ementa do acórdão referente aos Embargos de Declaração opostos no Recurso Extraordinário nº 97.432, representa o convencimento do juiz:

“A decisão sobre o objeto litigioso é a resposta do juiz ao pedido do autor” (RTJ 110/728).

A sentença consubstancia a vontade do Estado, e por esta razão — de acordo com as codificações processuais modernas — tem de ser motivada.

CALAMANDREI, na conhecida obra **Eles, os Juizes, Vistos por Nós, os Advogados**, com muita propriedade assim se refere à fundamentação da sentença pelo magistrado:

“A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de Justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar a sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.”

Ao examinar os fundamentos de uma decisão, em qualquer grau de jurisdição, o advogado que dela pretende recorrer deve, inicialmente, identificar a extensão da parte dispositiva do julgado, isto é, a abrangência da conclusão da razão de decidir do magistrado.

Este exame é fundamental porque, de acordo com o art. 469, I, do Código de Processo Civil, os motivos que determinam o alcance da parte decisiva da sentença não fazem coisa julgada. Nesse sentido, encontra-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o acórdão dos Embargos de Declaração opostos no Recurso Extraordinário nº 94.530, julgados pela Primeira Turma, em 21-5-82. Na oportunidade, invocando os ensinamentos de CHIOVENDA, o Ministro Alfredo Buzaid delimitou a ação do magistrado na exteriorização de uma sentença, enfatizando:

“O juiz, enquanto razoa, não representa o Estado; representa-o, enquanto lhe afirma a vontade. As razões de decidir preparam, em operação lógica, a conclusão a que vai chegar o juiz no ato de declarar a vontade da lei” (RTJ 103/759).

O direito processual brasileiro assegura à parte inconformada duas possibilidades de reapreciação da demanda: aquela que, pressupondo a existência da *res judicata*, é exercida fora do processo, de forma autônoma — Ação Rescisória e a obtida dentro do mesmo processo através da interposição de recursos com o objetivo de evitar o trânsito em julgado.

Na definição de SERGIO BERMUDES, in **Comentários ao Código de Processo Civil**, editora Revista dos Tribunais, vol. VII, p. 25, recurso é

“o direito de provocar, no mesmo processo, o reexame de uma decisão judicial, pelo órgão que a proferiu, ou por outro, hierarquicamente superior, visando a obter sua reforma total ou parcial, e a impedir a formação da coisa julgada”.

No entendimento de BARBOSA MOREIRA, in **Comentários ao Código de Processo Civil**, editora Forense, vol. V, p. 191, é

“o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugne”.

O Ministro Moreira Alves, ao assumir a Presidência do Supremo Tribunal Federal, em 25 de fevereiro último, assim se pronunciou no seu discurso de posse:

“É da natureza do homem não se conformar com um único julgamento.

Dessa irresistível tendência psicológica e da falibilidade das decisões humanas resultaram os recursos judiciais.

Eles, no entanto, têm, necessariamente, de ser limitados.

Para proteger o direito das partes é suficiente o duplo grau de jurisdição.”

Na frase incisiva do Prof. SÉRGIO COSTA — Università di Sassari — legitimado ativamente para recorrer é o sucumbente — **Manuale di Diritto Processuale Civile**, editora Torinese, p. 437.

No nosso sistema, além do reconhecimento da **legitimidade** e do **interesse** da parte inconformada, exige-se, como requisito indispensável à apresentação de qualquer recurso, a ocorrência de um **prejuízo** ou **gravame** resultantes, no entender do recorrente, da decisão a ser impugnada.

Esses requisitos intrínsecos dos recursos, juntamente com os extrínsecos, como, p. ex., a tempestividade, o preparo, a regularidade formal, isto é, a observância da forma legalmente estabelecida para a interposição, serão examinados, de acordo com a lei processual, pelos juízos de admissibilidade dos recursos.

Por esta razão, segundo BARBOSA MOREIRA (ob. cit., nº 113):

“O juízo de admissibilidade é essencialmente declaratório. Ao proferi-lo, o que faz o órgão judicial é verificar se

estão ou não satisfeitos os requisitos indispensáveis à legítima apreciação do mérito do recurso.”

Com efeito, em face dessa natureza declaratória, o juízo de admissibilidade dos recursos poderá ser exercido pelo órgão onde ocorreu a interposição do recurso e, também, perante o órgão que o examinará.

Em 13-11-81, ao ser julgado o Recurso Extraordinário nº 95.235, pela Primeira Turma, o Ministro Soares Muñoz destacou no seu voto a consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “(...) para recorrer, não basta ter legitimidade; é preciso também ter interesse (RT 471/167), e este decorre do prejuízo que a sentença ou o acórdão possa ter causado...”.

Este entendimento é importante porque, como se observa, não basta a parte ter interesse em recorrer, mas, também, legitimidade e demonstrar que sofreu prejuízo. São, portanto, requisitos indispensáveis à apreciação do recurso que, obrigatoriamente, devem estar *interligados*.

Com estas considerações preliminares, indaga-se:

— Quem possui legitimidade para recorrer?

Dispõe o art. 499 do Código de Processo Civil:

“O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.”

Por sua vez, o interesse surge, como condição subjetiva de admissibilidade dos recursos, da situação desvantajosa do recorrente que é provocada pela decisão recorrível e, conseqüentemente, ensejará a possibilidade, em tese, da obtenção de proveito resultante do novo julgamento.

Quanto ao prejuízo jurídico ou gravame, indispensável à interposição do recurso, deverá ter sido causado pela decisão que se pretende impugnar. Caberá, portanto, ao recorrente a demonstração desse prejuízo. Daí a melhor compreensão dos princípios inseridos pelo legislador nos arts. 503 e 512 do Código de Processo Civil:

“Art. 503 — A parte, que aceitar, expressa ou tacitamente, a sentença ou a decisão, não poderá recorrer.”

“Art. 512 — O julgamento proferido pelo Tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto do recurso.”

Como era de esperar, logo após a vigência do Código de Processo Civil — Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 —, o Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, pronunciou-se sobre a aplicação dos princípios de direito intertemporal suscitados pela substancial modificação do sistema de recursos.

O Pretório Excelso consagrou a melhor exegese do art. 1.211 do Código de Processo Civil, no sentido de que os recursos são regidos pela lei ao tempo da decisão impugnada (entre outros, RE 83.169, publicado na RTJ 81/862).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, apreciando o Recurso Extraordinário nº 82.902, decidiu que, em execução, a força executória da sentença decorre da lei sob cuja vigência foi prolatada.

Elucida a ementa do respectivo acórdão:

“Embora o novo Código de Processo Civil tenha aplicação imediata (art. 1.211), não pode ele atingir atos pretéritos já perfeitos e acabados, dado o princípio constitucional de respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito” (RTJ 78/274).

Sem dúvida, a adequação dos recursos, ou seja, a previsão legal da correta impugnação das decisões recorríveis, foi a grande conquista da nova codificação visando à redução da variedade de recursos existentes no Código de 1939.

Inicialmente, o legislador, de forma simplificada, definiu os atos que o juiz poderá praticar no processo (art. 162 e seus parágrafos). Em seguida, especificou os recursos cabíveis. Assim, da **sentença**, que é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa, caberá **apelação** (art. 513); da **decisão interlocutória**, ato pelo qual, no curso do processo, o juiz resolve uma questão incidente caberá **agravo de instrumento** (art. 522); finalmente, contra os despachos, que são todos os demais atos praticados pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, cuja lei não estabelece forma, não caberá qualquer recurso (art. 504).

Como se observa, o Código de Processo Civil consagrou o **princípio da unicidade ou unirecorribilidade**, segundo o qual a lei estatui um só recurso adequado para cada espécie de decisão recorrível.

O legislador, portanto, afastou a invocação do **princípio da fungibilidade**, expressamente previsto no CPC de 1939, art. 810, que tornava possível o exame de um recurso inadequado quando a sua interposição não decorria de má fé ou erro grosseiro.

Na doutrina há vários autores de renome que são favoráveis à aplicação desse princípio. BARBOSA MOREIRA, após condicioná-lo aos casos duvidosos, sustenta (ob. cit., p. 233):

“(. . .) a solução não repugna ao sistema do novo Código, que não leva (nem poderia levar) a preocupação do formalismo ao ponto de prejudicar irremediavelmente o interesse substancial das partes por amor ao tecnicismo.”

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, através de reiteradas decisões, consolidou, definitivamente, a subsistência da adoção do **princípio da fungibilidade** dos recursos, como regra geral de processo, ficando a sua aplicação condicionada aos casos de dúvida fundada (entre outros precedentes: RE's 91.047 e 99.334 publicados, respectivamente, na RTJ 102/637 e 106/863).

Apenas para ilustrar, um exemplo de dúvida fundada, que ensejou a aplicação do **princípio da fungibilidade**, oriunda da disposição contida no § 2º do art. 1.013 do CPC, consistiu em saber qual é o recurso cabível contra a decisão que, no processo de inventário e partilha, julga o cálculo do imposto de transmissão *causa mortis*. Isto porque, durante muito tempo, essa indagação suscitou divergências na Doutrina e na Jurisprudência dos Tribunais. PONTES DE MIRANDA e ERNANE FIDELIS DOS SANTOS, dentre outros, sustentam que o recurso cabível é a apelação; HAMILTON DE MORAES E BARROS, que anteriormente se filiava a esse entendimento, passou a defender o cabimento do agravo de instrumento porque a decisão que julga o cálculo do imposto referido não tem a finalidade de pôr fim ao processo. Neste sentido firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 86.947, rel. Min. Djaci Falcão — RTJ 87/295 e RE 94.537, rel. Min. Cordeira Guerra — RTJ 98/1237).

O art. 496 do Código de Processo Civil enumera os recursos existentes no nosso sistema. São eles, apelação (art. 513); agravo de instrumento (art. 522); embargos infringentes (art. 530); embargos de declaração (art. 535) e recurso extraordinário (art. 541).

Além desses recursos há, na nova codificação, referência a outros que não possuem denominação própria e são mencionados apenas com a indicação de serem recursos. É o caso, apenas para exemplificar, do art. 532 e seus parágrafos que cuidam do recurso que deverá ser interposto contra o despacho do relator que, por entender incabível, indefere, de plano, os embargos infringentes. No parágrafo único do art. 557 do Código de Processo Civil, o legislador prevê o cabimento de recurso do indeferimento, pelo relator, de agravo considerado manifestamente improcedente.

* * *

I — Apelação

Consultando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal verifica-se que foram apreciadas poucas causas envolvendo temas de natureza processual, relacionados com o recurso de apelação.

Com relação ao art. 514, a Segunda Turma examinando o AgRg 74.105, relator Ministro Moreira Alves, cujo acórdão está publicado no

Diário da Justiça de 1-12-78, decidiu que as razões em cota nos autos, sem petição, não ensejam o conhecimento da apelação:

“Apelação.

— É razoável, até porque encontra apoio na doutrina e na jurisprudência, a interpretação de que, segundo o art. 514 do CPC, as razões em cota nos autos, sem petição, não bastam a que se conheça da apelação. Aplicação da Súmula 400.

— Falta de prequestionamento (Súmula 356) da matéria concernente ao art. 244 do CPC. Ademais, é de convir que a simples interpretação de que o art. 514 do CPC exige, para o conhecimento da apelação, a existência de petição, que não pode ser suprida por cota nos autos — e interpretação essa que é acolhida por autores e Tribunais —, não nega vigência ao princípio geral contido no art. 244 da mesma Codificação, princípio esse que, por sua natureza, só pode ter a sua observância, ou não, aferida casuisticamente.

Agravo regimental a que se nega provimento.”

Com o julgamento do RE 83.450, relator Ministro Cordeiro Guerra, a Segunda Turma afastou a intempestividade decretada pelo Tribunal **a quo** porque, apesar de o recurso de apelação ter sido protocolizado no prazo legal, os autos foram devolvidos tardiamente pelo patrono do apelante:

“Apelação. Protocolado o recurso com as razões, no prazo legal, a demora na devolução dos autos pelo advogado acarreta as sanções do art. 195 do CPC, que não incluem a intempestividade do recurso.”

No mesmo sentido, o RE 79.378, relator Ministro Bilac Pinto, publicado no **Diário da Justiça**, de 22-11-74, com a seguinte ementa:

“Apelação. Apresentação no prazo. Autos devolvidos após. Correndo o prazo de apelação em Cartório, é ela tempestiva quando, apresentada oportunamente, só foi anexada aos autos que se encontravam com o apelante, depois de findo o prazo para recurso” (RTJ 71/904).

Também quanto ao reconhecimento da tempestividade, pelo Supremo Tribunal Federal, há um caso que, por sua peculiaridade, merece registro (RE 92.884, relator Ministro Rafael Mayer, publicado na RTJ 96/454): conforme consta do relatório, a Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo considerou intempestiva a apelação entregue em cartório, sem despacho, no último dia do prazo legal, mas somente protocolizada no dia seguinte. O advogado do recorrente obteve o ganho de causa no Supremo Tribunal Federal porque, no momento

da entrega da apelação, apesar de o expediente do Cartório ter-se encerrado mais cedo, exigiu que fosse certificado na cópia da petição o dia e a hora da entrega do recurso.

“Apelação. Prazo. Entrega em Cartório. Protocolização fora do prazo. Código de Processo Civil, art. 172 — É tempestiva a apelação entregue em Cartório às 17h15m do último dia do prazo, quando encerrado o expediente do Protocolo antes das 18h, sob pena de inobservância do tempo facultado à parte para a prática de ato dispositivo. Recurso Extraordinário conhecido e provido.”

Outra questão interessante é a da observância, pelo advogado, dos requisitos da petição do recurso de apelação.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, negou provimento ao Agravo Regimental nº 96.918-7, cujo acórdão foi publicado no **Diário da Justiça**, de 13-4-84 com a seguinte ementa:

“1. **Processo Civil.** Os requisitos da petição da interposição da apelação estão expressos no art. 514 do Código de Processo Civil, inclusive a protocolização na Secretaria ou despacho no prazo legal.

2. O Tribunal apreciará tal matéria como preliminar na forma do art. 560 do Código de Processo Civil.

3. Agravo Regimental a que se nega provimento.”

O relator, Ministro Alfredo Buzaid, sustentou no seu voto:

“No processo civil, o recurso de apelação deve conter, em peça única, todas as condições de sua admissibilidade.

A circunstância de o Juízo de primeiro grau haver recebido a apelação em seu duplo efeito não vincula o Tribunal. Qualquer preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, dele não se conhecendo, se incompatível com a decisão daquela.” (Código de Processo Civil, art. 560.)

Nesse caso, o advogado do apelante apresentou, apenas, três laudas sobre as razões de recorrer e, mais tarde, depois de vencido o prazo recursal, complementou o pedido de nova decisão através de quatro laudas.

Por esta razão, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento constante do acórdão recorrido no sentido de que o recurso não pode ser conhecido quando inexistentes, dentro do prazo de interposição, todas as peças referentes às razões.

O futuro advogado deverá ficar atento às conseqüências advindas do conhecimento inequívoco da decisão recorrível. A retirada dos autos do Cartório antes da publicação oficial, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, poderá implicar o início da contagem do prazo recursal (RE 88.697, rel. Ministro Xavier de Albuquerque, publicado na **RTJ 88/1.071**):

“Tempestividade de apelação. De regra o prazo para apelar conta-se da intimação da sentença. Hipótese à qual não tem aplicação a jurisprudência que, em casos especialíssimos, admite seja afastada a regra geral, para considerar-se intimada, antes da publicação, a parte que, indubitavelmente, haja tomado ciência inequívoca da decisão. Recurso extraordinário conhecido e provido para que, afastada a preliminar de intempestividade, seja apreciada a apelação, e julgada como for de direito.”

Por sua vez, publicada a decisão, durante a fluência do prazo legal da interposição do recurso cabível, o advogado não precisa, necessariamente, ter os autos em mãos para recorrer. Evidencia-se, no entanto, que dependerá de prova qualquer espécie de obstáculo capaz de justificar eventual pedido de restituição de prazo, como, p. ex., a retirada indevida dos autos pelo advogado **ex adverso**.

Assim decidiu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (RE 94.919, rel. Ministro Cunha Peixoto, in **RTJ 104/354**):

“**Recurso**. Intempestividade. Não provado o obstáculo judicial, o prazo para recurso não pode ser devolvido nem se interrompe.

Recurso extraordinário não conhecido.”

Examinando o Recurso Extraordinário nº 103.144, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu (Acórdão publicado no **Diário da Justiça**, de 8-11-84):

“**Apelação**. Causa impeditiva do fluxo do prazo para apelar (obstáculo criado pela parte contrária, ao retirar de Cartório autos com prazo comum para apelação).

Ao negar eficácia à restituição de prazo deferida pelo juiz de primeiro grau com a estrita observância do teor do art. 180 do CPC, o acórdão recorrido negou vigência a esse dispositivo legal.”

O relator, Ministro Moreira Alves, ao afastar a preliminar de intempestividade e, em conseqüência, ao determinar o prosseguimento do julgamento da apelação, concluiu o seu voto afirmando:

“É indiscutível, portanto, que, no caso, houve obstáculo criado pela parte contrária, obstáculo esse que impediu que

o prazo começasse a fluir razão por que o Dr. juiz de primeiro grau determinou a sua restituição, a partir do momento em que a ora recorrente fosse intimada da devolução dos autos ao Cartório.”

A apresentação do recurso de apelação suscitou vários pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, principalmente durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939, quando, em decorrência do disposto no artigo 823, considerava-se interposta a apelação mediante a sua simples entrega no cartório dentro do prazo legal. Na prática, como observa o Desembargador Luis Antonio de Andrade, in **Aspectos e Inovações do Código de Processo Civil**, ed. 1974, p. 237, freqüentemente surgiam dúvidas sobre a tempestividade do recurso.

Em conseqüência, o Supremo Tribunal Federal aprovou duas súmulas relacionadas com o assunto:

Súmula 320. “A apelação despachada pelo juiz no prazo legal não fica prejudicada pela demora da juntada por culpa do Cartório”.

Súmula 428. “Não fica prejudicada a apelação entregue em cartório no prazo legal, embora despachada tardiamente.”

Esta última súmula, no entender de THEOTÔNIO NEGRÃO, está revogada (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 1979, p. 147). No entanto, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal não acolheu esse entendimento em duas oportunidades — inicialmente com o julgamento do RE 93.851 e, depois ao examinar o RE 93.017, rel. Ministro Décio Miranda, cujo acórdão está publicado na RTJ 101/304 e contém a seguinte ementa:

“**Processo Civil.** Prazo judicial. Apelação. O parágrafo único do art. 514 do vigente Código de Processo Civil não revogou o enunciado 428 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. O protocolo, a que se refere o parágrafo, não é necessariamente um protocolo mecânico, inexistente na maioria das Comarcas, mas também o representado pelo recibo do Escrivão. Entendimento contrário levaria a que, nas Comarcas sem protocolo mecânico, e em que o juiz estivesse ausente no último dia do prazo, não teria o apresentante da apelação como documentar a observância deste.”

Esclareça-se, no entanto, que o renomado autor mudou de opinião, conforme se verifica da décima quarta edição da referida obra, atualizada até 10-1-85, p. 191.

Atualmente, o Código de Processo Civil prevê duas formas de apresentação do recurso de apelação:

“Art. 514 —

Parágrafo único — No prazo para a interposição do recurso, a petição será protocolada, ou, depois de despachada, entregue em Cartório.”

Sobre a exegese dessa norma, há uma decisão do Supremo Tribunal Federal que merece menção. A Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu que:

“Não supre a exigência do parágrafo único do art. 514 do Código de Processo Civil a nota lançada pelo Escrivão, ou por alguém do Cartório, de haver recebido o recurso.

Necessário que a petição seja protocolizada, ou despachada pelo juiz, “porquanto a este, e não ao Escrivão, compete verificar a temporaneidade do ajuizamento de tal petição” (...).”

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, que reformou esse entendimento através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 95.839. rel. Ministro Alfredo Buzaid, cujo acórdão está assim ementado (RTJ 103/829):

“**Processo Civil.** Inteligência do parágrafo único do art. 514 do Código de Processo Civil. A petição de interposição da apelação, no prazo legal, deve ser protocolizada onde houver Protocolo; onde não houver, nem há juiz na Comarca, pode ser entregue em Cartório, ainda que sem despacho judicial.

2. Esta solução corresponde a uma interpretação teleológica do preceito legal e atende às peculiaridades da realidade nacional.

3. Recurso extraordinário a que se dá provimento.”

Posteriormente, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 97.049, também de Santa Catarina, o Ministro Oscar Corrêa advertiu no seu voto (acórdão publicado na RTJ 103/888):

“(...) o recebimento em Cartório não implica em recebimento do recurso, missão que é do juiz; nem retira deste a competência, que é sua, para verificar-lhe as condições de interposição, inclusive e desde logo, a tempestividade.

O que não é possível é sujeitar-se as partes à incúria ou desídia dos serventuários; nem exigir delas que se disponham a afrontá-los, reclamando e cobrando providências que, os que advogamos, sabemos impossíveis.”

Sem dúvida, a grande garantia do advogado é o recibo comprobatório da tempestiva entrega do recurso no cartório, conforme

decidiu a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (RE 81.440, publicado na **RTJ** 78/233):

“Prazo recursal. Comprovação, mediante recibo, passado na cópia da petição da apelação, de que esta foi entregue no cartório dentro do prazo. Não prejudicada, diante disso, a apelação por ter sido despachada tardiamente.

Recurso conhecido e provido.”

Através de reiteradas decisões, o Supremo Tribunal Federal definiu os limites do recurso de apelação expressos nos arts. 515 e 516 do Código de Processo Civil.

A respeito, como ficou decidido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 87.327, rel. Ministro Cunha Peixoto, in **RTJ** 92/773, “a extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação”.

O Ministro Oscar Corrêa, durante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 96.965 (**RTJ** 106/330), com a clareza de estilo que lhe é peculiar, após reproduzir no seu voto os referidos artigos, assim se pronunciou:

“Desde logo, à primeira vista se concluiu que:

I — a apelação devolve ao conhecimento do Tribunal a matéria impugnada: vale dizer, não a que não foi objeto de impugnação porque não se deu a controvérsia, ou porque não posta em discussão;

II — serão apreciáveis, assim, todas as questões suscitadas e discutidas no processo — mesmo se por inteiro não as julgou a sentença;

III — o Tribunal conhecerá de toda a controvérsia ainda que o juiz só tenha acolhido um dos fundamentos do pedido, ou da defesa;

IV — decidirá o Tribunal as questões anteriores à sentença final, salvo as impugnáveis por agravo de instrumento — e obviamente porque para estas o recurso cabível deveria ter sido interposto, oportunamente — o agravo.”

Delimitada a extensão do efeito devolutivo do recurso de apelação, merece a atenção do advogado o despacho que será dado pelo juiz de acordo com o art. 518 do Código de Processo Civil.

Esse despacho, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, não está sujeito à reconsideração (RE nº 90.000, rel. Ministro Soares Muñoz, publicado no *Diário da Justiça* de 14-12-79):

"Apelação. Despacho que a recebe. Imodificabilidade.

Não pode o juiz a **quo**, depois de receber a apelação, reconsiderar o despacho, negando seguimento ao recurso. Decisão cassada pela segunda instância para determinar o processamento da apelação. Recurso extraordinário conhecido pela letra **d**, mas improvido."

Esse despacho de recebimento, no entanto, não vincula o Tribunal **ad quem** que, livremente, apreciará os requisitos de admissibilidade do recurso de apelação, conforme consignou o Ministro Moreira Alves na ementa do acórdão do Recurso Extraordinário nº 85.516, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (RTJ 86/596):

"Ainda quando o juiz de primeiro grau recebe o recurso, e conseqüentemente, o dá como admissível, esse recebimento não vincula o Tribunal **ad quem**, que pode dele não conhecer por entender indevida a republicação da sentença e intempestivo o apelo."

Finalmente, quanto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o recurso de apelação, convém esclarecer que, apesar da desvinculação há pouco referida, perante a segunda instância somente poderá ser objeto do julgamento do recurso de apelação o mérito das questões apreciadas pelo juiz na sentença. Este princípio foi inserido pelo Ministro Thompson Flores na ementa do acórdão do Recurso Extraordinário nº 93.157, publicada no *Diário da Justiça*, de 24-10-80:

"A apelação devolve, apenas, o conhecimento da matéria suscetível de ser impugnada, não o seu mérito, não apreciado. Fazendo-o, julga em instância única, sendo inválido, no particular, o veredito.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

Aplicação dos arts. 512 e 515 do Código de Processo Civil."

* * *

II — Agravo de Instrumento

Como se evidenciou, a intenção do legislador, sob o aspecto sistemático, visou à simplificação dos meios de impugnação das decisões judiciais, ao contrário do que ocorria na legislação processual civil anterior, na qual havia enorme variedade de recursos.

Com efeito, foram eliminados o agravo de petição, das decisões terminativas, e, também, o agravo no auto do processo, previstos,

respectivamente, nos arts. 846 e 877 do Código de Processo Civil de 1939.

De acordo com o atual, de toda e qualquer decisão interlocutória (art. 162, § 2º) caberá agravo de instrumento, que terá subida imediata ou, então, quando a requerimento do agravante, ficará retido nos autos a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação (art. 522, § 1º).

Poucos casos foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal sobre questão relacionada com o agravo de instrumento. A maioria deles cuidou de hipóteses de seu cabimento.

Em 23-2-79, a Primeira Turma, apreciando o Recurso Extraordinário nº 90.103, cujo acórdão foi publicado na RTJ 93/400, entendeu que da decisão que julga exceção de incompetência, quer acolhendo-a, quer rejeitando-a, cabe agravo de instrumento. No mesmo sentido, a Segunda Turma, em 11-4-80, julgou o Recurso Extraordinário nº 90.069, acórdão publicado na RTJ 94.337. Na oportunidade, como esclareceu o relator Ministro Décio Miranda, a partir da retificação do art. 309 pela Lei nº 5.925, de 1-10-73, ficou assentado, definitivamente, que não se trata de sentença, mas de decisão interlocutória, aquela que acolhe ou rejeita a exceção de incompetência.

No que diz respeito à possibilidade da interposição de agravo retido (art. 522, § 1º), decidiu o Supremo Tribunal Federal ser ele cabível somente perante o juízo da apelação (RE 89.212), rel. Ministro Leitão de Abreu, in RTJ 90/659):

“Agravo retido. É incabível o agravo de instrumento a que se refere o art. 522 do CPC para o Supremo Tribunal Federal. Somente em caso de apreciação pelo Tribunal é que a matéria poderia ser suscitada na instância extraordinária, mediante o apelo extremo. Embargos de declaração. Decisão que, a pretexto de reparar contradição, altera substancialmente as conclusões do acórdão embargado. Violação do art. 535, I, do CPC.

Recurso conhecido e provido em parte.”

Finalmente firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a formação do traslado, disciplinada pelo parágrafo único do art. 523 do CPC, não está sujeita à aplicação da Súmula nº 288 que, posteriormente, será objeto de comentários (RE 84.660, RTJ 99/1.384 e RE 104.488-8, rel. Ministro Cordeiro Guerra, julgado em 8-3-85).

Cabe registrar, no entanto, que, na hipótese de o traslado estar incompleto, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entendia

competir ao agravante a fiscalização da formação do instrumento do agravo no tocante à cópia das peças indicadas no parágrafo único do art. 523 (Agravos Regimentais n.ºs 68.906, 68.933 e 68.944, todos publicados no **Diário da Justiça**, de 18-3-77).

O relator do Recurso Extraordinário 94.660, há pouco referido, Ministro Rafael Mayer, enfatizou no seu voto (RTJ 99/1.387):

“Hipótese diversa, segundo o entendimento consagrado naquele julgado (RTJ 87/855), é a do agravo de instrumento que visa a deslocar a causa, ou parte dela, de um para outro grau da instância ordinária submissa, por inteiro, à disciplina do art. 523 do Código de Processo Civil. A inconcussa obrigatoriedade de traslado, no instrumento, das peças indicadas no parágrafo único desse artigo, está em correlação com o art. 557 do CPC, onde se confere ao relator, na instância superior, a faculdade de converter desde logo, por despacho, em diligência, para complementação se o agravo estiver insuficientemente instruído. Esse dispositivo ordenatório do processo nos tribunais ordinários não tem correspondência com o procedimento do agravo na instância do Supremo Tribunal, segundo a regulação do seu Regimento Interno (art. 315), e constitui, portanto, preceituação que se subtrai à compreensão e aos propósitos da citada súmula.”

* * *

III — Embargos Infringentes

Os embargos infringentes são cabíveis das decisões proferidas, por maioria de votos, em apelação e ação rescisória (art. 530 — primeira parte — do CPC).

Essa condição indispensável à interposição dos embargos infringentes, ou seja a não unanimidade, é melhor entendida pelo objetivo que se pretende alcançar com a revisão da decisão embargada. Assim, mediante a apresentação dos embargos infringentes, visa-se a obter, com o novo julgamento, a prevalência do voto vencido que, evidentemente, é mais vantajoso para o embargante.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagrou algumas hipóteses de cabimento ou não dos embargos infringentes.

A Súmula n.º 597, por exemplo, consolidou o entendimento de que “não cabem embargos infringentes de acórdão que em mandado de segurança, decidiu por maioria de votos a apelação”.

A partir do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 89.490 — sessão plenária de 5-4-79 —, firmou-se a jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal no sentido de que, por analogia com o juízo da apelação, cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgamento do reexame necessário, disciplinado pelo art. 475 do Código de Processo Civil, ainda que não interposta a apelação voluntária (acórdão publicado na **RTJ 91/1.079**).

A segunda Turma, examinando o Recurso Extraordinário número 91.097, rel. Ministro Cordeiro Guerra, decidiu que do acórdão do agravo retido, apreciado em preliminar do julgamento da ação rescisória, caso seja decidida matéria de mérito, cabem embargos infringentes.

A Primeira Turma decidiu que no processo falimentar são incabíveis embargos infringentes (RE 93.955 — **RTJ 100/885**). Isto porque a Lei de Falências, ao determinar seu sistema de recursos, que é específico, não contempla a admissibilidade dos referidos embargos. O relator, Ministro Rafael Mayer, sustentou no seu voto que

“(. . .) a Lei nº 6.014/73, que adaptou ao novo CPC os recursos previstos em lei especial, ao alterar o art. 207 da Lei de Falências, substituindo o agravo de petição pelo recurso de apelação, enunciou apenas que o processo e os prazos da apelação e do agravo de instrumento seriam os do CPC, não fazendo qualquer menção ao recurso de embargos infringentes . . . ”.

Há, no mesmo sentido, o Recurso Extraordinário nº 94.336, rel. Ministro Cordeiro Guerra, julgado pela Segunda Turma, cujo acórdão está publicado na **RTJ 99/925**.

A segunda parte do art. 530 do Código de Processo Civil dispõe:

“Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.”

Verifica-se, portanto, que o efeito devolutivo produzido pelos embargos infringentes se opera no âmbito da divergência ocorrida.

Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 89.063, rel. Ministro Cordeiro Guerra, a Segunda Turma decidiu que (**RTJ 86/367**):

“Não extrapola os limites do art. 530, 2ª parte, do Código de Processo Civil, o acórdão que, em grau de embargos, em havendo total dissídio, os provê em parte, dentro dos limites da controvérsia.”

É importante assinalar, ainda com relação ao julgamento dos embargos infringentes, que o Tribunal deve observar os limites da divergência, mas isso não significa que, necessariamente, deva ficar adstrito

aos fundamentos do voto vencido. Em consequência, o Tribunal poderá dar provimento aos embargos apoiado em fundamento outro não ventilado no julgamento da apelação ou da ação rescisória. Assim decidiu a Segunda Turma (AgRg 72.339, rel. Ministro Moreira Alves, in RTJ 87/476):

“Embargos Infringentes. Âmbito de apreciação da divergência.

A decisão em embargos infringentes está adstrita aos limites da divergência, mas pode julgá-la com base em fundamentação diversa da em que se estribou o voto vencido.

Agravo regimental a que se nega provimento.”

O Código de Processo Civil é omissivo quanto à possibilidade da ocorrência de empate na votação dos embargos infringentes. Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 88.628, rel. Ministro Rafael Mayer, a Primeira Turma aceitou a aplicação da norma contida no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás no sentido de que prevalece a decisão embargada (acórdão publicado na RTJ 91/269):

“Embargos infringentes. Empate na votação. Decisão embargada (prevalência). Código de Processo Civil de 1973 (omissão) — Não induz a nulidade do julgamento dos embargos infringentes pelo Tribunal o fato deste proclamar o resultado através de empate na votação, aplicando o seu Regimento.

.....
Recurso Extraordinário não conhecido.”

Conclui-se, em face do exposto, que a análise do voto vencido é de suma importância para a apresentação dos embargos infringentes. O advogado, durante a elaboração desse recurso, precisa identificar, com precisão, o alcance da matéria divergente. A respeito, cabe evidenciar que o Código de Processo Civil não contém dispositivo que estabeleça a obrigatoriedade da declaração do voto vencido. Por esta razão, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, apreciando o Recurso Extraordinário nº 78.218, rel. Ministro Djaci Falcão, RTJ 69/608, decidiu que, “não havendo declaração do voto vencido, os embargos infringentes devem abranger toda a matéria do julgamento”. O mesmo não acontece com o voto vencido parcial que, também, não esclarece em que parte ocorreu a divergência. Neste caso, o advogado, antes da interposição dos embargos infringentes, deverá opor embargos de declaração, conforme decidiu a Segunda Turma (RE 95.861, acórdão publicado na RTJ 104/796):

“Embargos infringentes.

— Se, no acórdão embargado, há voto vencido parcialmente, sem que seja possível determinar em que parte o foi,

por ser o acórdão absolutamente omisso a esse respeito, é indispensável que essa omissão seja suprida por meio de embargos declaratórios.

— Se tais embargos declaratórios não tiverem sido interpostos, não há como conhecer-se dos embargos infringentes, por impossibilidade de se determinar o âmbito da divergência parcial, o que é indispensável para a observância da segunda parte do art. 530 do CPC.

Recurso extraordinário não conhecido.”

* * *

IV — Embargos de Declaração

Muito se debateu na doutrina sobre a caracterização dos embargos de declaração como recurso. Dentre outros renomados juristas, JOÃO MONTEIRO, LOPES DA COSTA, GABRIEL RESENDE FILHO e JOÃO MENDES JUNIOR negaram-lhes essa conceituação, entendendo que assim não podem ser concebidos porque, tecnicamente, não visam à reforma de decisões judiciais.

Excepcionalmente, porém, esse recurso tem efeito modificativo conforme reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em inúmeros acórdãos (RTJ 40/44; 57/45; 65/869; 63/424; 86/359; 88/325 e 89/548).

Assim, determinada decisão embargada pode conter omissão ou contradição que viciam a inteireza lógica do julgado e, uma vez suprida aquela ou suprimida esta, acarreta, necessariamente, a alteração dessa decisão.

De acordo com o Código de Processo Civil, os embargos de declaração poderão ser opostos à sentença de primeiro grau (art. 464) e aos acórdãos dos Tribunais (art. 535), quando ocorrerem obscuridade, dúvida ou contradição e, ainda, no caso de haver sido omitido ponto sobre que deviam pronunciar-se tais decisões.

SÉRGIO BERMUDEZ, ao comentar o Código de Processo Civil, Ed. Revista dos Tribunais, vol. VII, p. 208, assim se refere à sistematização adotada pelo legislador:

“Sendo ontologicamente idênticas as situações previstas no art. 464 e no artigo ora comentado, nada justifica sejam os embargos, no primeiro caso, tratados como procedimento incidente e, no segundo, alçados à categoria de recurso. A contradição é flagrante. Para que não se possam opor em-

bargos de declaração, para que o legislador declare a natureza dos embargos, neste Código...”

Por causa da finalidade dos embargos de declaração, logo no início da fluência de qualquer prazo recursal, o advogado tem que examinar a fundamentação da decisão recorrível que não deve conter omissões, obscuridade e nem suscitar dúvidas ou contradição. Esta, conforme decidiu a Primeira Turma, é de natureza formal e ocorrerá quando a decisão embargada apresentar proposições que são inconciliáveis entre si (RE 81.015, rel. Ministro Soares Muñoz, RTJ 84/201).

Configurado algum desses vícios a decisão recorrível deverá ser previamente corrigida mediante a interposição de embargos de declaração para, depois, sujeitar-se à interposição do recurso cabível. Aliás, convém esclarecer que as partes possuem legitimidade para opor embargos de declaração, desde que demonstrado o seu cabimento. Quanto à possibilidade de os embargos de declaração serem opostos por terceiro prejudicado, esclarece o Ministro Moreira Alves (Ag. 77.713 (EDce) — RTJ 98/152):

“Tendo em vista que o caput do art. 499 do CPC alude a recurso, sem qualquer restrição, e que são os embargos de declaração uma das modalidades de recurso, não tenho dúvida de que, em tese são cabíveis embargos de declaração interpostos por terceiro prejudicado, até como providência necessária à interposição de outro recurso.

É preciso, porém — caso o exija o § 1º do citado artigo —, que o terceiro demonstre “o nexó de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”.”

A utilização de embargos de declaração antecede, obrigatoriamente, à manifestação de outro recurso que, de acordo com a lei, terá seu prazo suspenso enquanto não for publicado o julgamento dos referidos embargos. Essa suspensão alcança o prazo para a interposição de recurso de qualquer das partes (RE 70.235, RTJ 85/821, e RE 88.958, RTJ 86/359).

Vários recursos extraordinários foram encaminhados ao Supremo Tribunal Federal visando ao reconhecimento ou não de intempestividade de recurso, cujo prazo de interposição teria sido suspenso com a apresentação de embargos de declaração.

Houve, inclusive, quem sustentasse que o verbo **suspender**, constante do art. 538 do Código de Processo Civil, está empregado pelo legislador no sentido de **interromper**, interpretação afastada pela

Segunda Turma (AgRg 70.977, rel. Ministro Moreira Alves, RTJ 85/846).

A respeito, o Ministro Alfredo Buzaid, ao pedir vista do Agravo Regimental nº 92.973, consignou no seu voto o seguinte (RTJ 108/1.112):

“Que significa suspender?”

O verbo suspender, que tem várias acepções, é empregado no art. 538 do Código de Processo Civil, do mesmo modo que nos arts. 179, 180 e 465, no sentido de sustar temporariamente o curso do prazo que está fluindo.”

Em conseqüência, duas questões suscitadas perante o Supremo Tribunal Federal merecem a atenção dos advogados.

Consistem em saber:

— se o dia da interposição dos embargos de declaração é computado na contagem do prazo que sobejar;

— a partir de quando será reiniciado o prazo para a interposição de outro recurso, após a publicação do acórdão dos embargos de declaração.

Quanto à primeira, por sua importância, cabe registrar o testemunho do autor do anteprojeto do Código de Processo Civil, Ministro Alfredo Buzaid (RTJ 108/1.111):

“Converte-se neste pleito uma das questões mais difíceis do direito processual civil: a da contagem do prazo para interpor recurso extraordinário de acórdão contra o qual foram opostos embargos de declaração.”

E conclui em seguida:

“... sendo de cinco dias o prazo para opor embargos de declaração, se estes são apresentados no quarto dia, só fluíram, na verdade, três dias, porque o dia da interposição paralisa temporariamente a fluência do prazo; e, como nesse dia, a parte exerceu o direito de recorrer, não pode ele ser computado, porque envolveria uma contradição em termos.”

É interessante a advertência de BARBOSA MOREIRA citada na RTJ 102/667:

“... à vista do prazo de cinco dias para recorrer em procedimentos sumaríssimos, que, se interpostos embargos de declaração no quinto dia, nada restaria do prazo, após a publicação do acórdão.”

Conclui-se, portanto, que o dia da interposição dos embargos de declaração não será incluído em nenhum prazo, isto é, nem no suspenso nem no prazo que remanesce para a interposição de outro recurso, após a publicação da decisão proferida nos embargos de declaração.

Com efeito, consta da ementa do acórdão do Agravo Regimental nº 92.973, rel. Ministro Rafael Mayer, o seguinte (RTJ 108/1.107):

"I. O entendimento prevalecente é o de que na contagem do prazo do recurso extraordinário não se computa o dia da interposição dos embargos de declaração, que suspende desde logo o seu curso. Assim, quando opostos os embargos no quinto dia, consideram-se consumidos apenas quatro, para efeito de calcular o prazo sobejante."

Por sua vez, quanto à segunda questão, ou seja a do início da contagem do prazo que resta para a interposição de outro recurso, depois da publicação dos embargos de declaração, indagou-se no Supremo Tribunal Federal se o prazo suspenso seria reiniciado no dia dessa publicação ou no primeiro dia útil subsequente, de acordo com a regra estabelecida pelo art. 184 do Código de Processo Civil.

O Ministro Alfredo Buzaid, relator do Recurso Extraordinário nº 97.707 (acórdão publicado na RTJ 106/770), evidenciou no seu voto que a doutrina brasileira, entendendo que os embargos de declaração não interrompem o prazo, mas apenas o suspendem, sustenta que o remanescente é iniciado no dia da publicação do acórdão dos embargos de declaração — SÉRGIO BERMUDEZ, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Rev. Trib., vol. VII, nº 210; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, vol. VII, p. 426; e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, 4ª Ed., vol. V, p. 630.

Durante certo tempo, este entendimento prevaleceu em ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma: RE 82.897, RTJ 84/925; RE 99.362, *Diário da Justiça*, de 18-3-83; Segunda Turma: RE 86.457, RTJ 82/313; RE 87.262, RTJ 94/1.171; RE 88.738, RTJ 95/739).

Posteriormente, firmou-se a jurisprudência no sentido da aplicação da regra estabelecida no art. 184 do Código de Processo Civil (RE 92.781, rel. Ministro Cunha Peixoto, Tribunal Pleno, acórdão publicado na RTJ 102/664).

Dentro deste assunto tão relevante para o advogado — **contagem de prazo** — só agora abordado, abro um parêntese para referir-me ao prazo que a lei confere ao Ministério Público para recorrer nos

processos em que é parte e naqueles em que oficia como fiscal da lei.

Dispõe o art. 188 do Código de Processo Civil:

“Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer, quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.”

Por esta razão, argüiu-se no Supremo Tribunal Federal sobre a contagem em dobro para o Ministério Público recorrer quando atua como fiscal da lei. Em duas oportunidades, a Primeira Turma firmou o entendimento de que “não é possível, na exegese do art. 188 do CPC, estabelecer distinção, quanto ao prazo em dobro, que nesse dispositivo se garante ao Ministério Público, conforme seja parte ou assuma a posição de fiscal da lei” (RE 94.064, rel. Ministro Nery da Silveira, **RTJ** 106/207 e RE 93.531, rel. Ministro Oscar Corrêa, **RTJ** 106/1.036).

Outro assunto que merece ser abordado diz respeito às repetidas interposições de embargos de declaração. Como já foi mencionado, toda a decisão judicial está sujeita à oposição de embargos de declaração. Não há, portanto, limitação legal à utilização desse recurso. O que não é admissível, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por causa dos efeitos de preclusão, é a sua apresentação sucessiva contendo matéria não invocada nos primitivos embargos (**Tribunal Pleno**, Embargos de Declaração opostos ao Recurso Extraordinário nº 91.132, rel. Ministro Moreira Alves, **RTJ** 97/328).

Também não se aceitam reiterações de questões devidamente apreciadas pelo órgão julgador mediante anterior interposição de embargos de declaração (RE 94.487 (EDcl), rel. Ministro Alfredo Buzaid, **RTJ** 102/767):

“Embargos de Declaração.

Não havendo na nova decisão proferida nos embargos declaratórios, obscuridade, dúvida, contradição ou omissão, são inadmissíveis novos embargos de declaração, porque haveria *bis in idem*.

2 — O processo civil caminha para a frente mediante superamento das questões preclusas; não volta para trás; por isso dispôs o Código de Processo que “é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão” (art. 473).

3 — Embargos de declaração não conhecidos.”

Outro aspecto refere-se à interposição de embargos de declaração com o único objetivo de corrigir ementa que, no entender do embar-

gante, está em contradição com o que consta do corpo do acórdão. Para o Supremo Tribunal Federal, a fundamentação dos votos prevalece sobre o enunciado da ementa. A recente decisão, neste sentido, encontra-se publicada na RTJ 110/382 (RE 101.127 (EDc1), rel. Ministro Oscar Corrêa):

“Embargos de declaração. A divergência acaso existente entre a ementa e o acórdão — representado pelo enunciado dos votos — há de resolver-se, obviamente, pela prevalência destes. A ementa é síntese, sumário, e, como tal, não precisa conter todo o decidido.”

Acrescente-se, com relação aos embargos de declaração, que o legislador autoriza a aplicação de multa quando, reconhecidamente, são eles protelatórios. A Primeira Turma, apreciando o Recurso Extraordinário 103.108-5, decidiu (Diário da Justiça, de 7-12-84):

“Embargos de declaração. Multa. Art. 538, parágrafo único, do CPC.

A rejeição dos embargos de declaração, por não ocorrerem os defeitos apontados, não importa, só por si, na imposição da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, posto que se há de exigir, para tanto, demonstração específica do seu caráter manifestamente protelatório.

Recurso Extraordinário conhecido e provido.”

Na oportunidade, esclareceu o relator, Ministro Rafael Mayer:

“A lei exige, como pressuposto para a aplicação da multa, que os embargos sejam manifestamente protelatórios, assim declarado expressamente pelo Tribunal.

Há exigência, portanto, de que eles sejam de todo impertinentes, para que seja manifesto o propósito procrastinatório, e que dê a razão por que neles se apreende esse objetivo, que não basta o simples motivo de serem improcedentes.

A protelação, que aí vem sancionada, é vista como abuso de direito e como dano processual à contraparte, tanto que em benefício desta é que se impõe a multa.”

* * *

V — Agravo de Instrumento da Inadmissão de Recurso Extraordinário

De acordo com a nossa legislação processual civil, o Recurso Extraordinário é interposto perante o Presidente do Tribunal recorrido. Este, através de despacho motivado, o admitirá ou não.

O Prof. JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS considera a exigência de fundamentação desses despachos como sendo a primeira tentativa, de uma série de quatro, destinada a minorar a então chamada "Crise do Supremo Tribunal Federal" (Conferência proferida na Universidade Católica de Goiás, em agosto de 1977).

A primeira tentativa, enfatizou o renomado processualista "... ocorreu com a Lei nº 3.396, de 1958, permitindo a triagem de recursos extraordinários, pela instância local. Atribuiu-se aos presidentes dos tribunais de justiça dos Estados competência para exame dos requisitos de admissibilidade do recurso, podendo denegá-lo. Ainda quando permitido o reexame, pelo Supremo, dessa decisão, ainda assim, a inovação representou um freio, desencorajando alguns litigantes, fazendo morrer no nascedouro muitos recursos extraordinários".

Esclareça-se que o despacho do Presidente se restringe ao exame da admissibilidade do Recurso Extraordinário.

Segundo BARBOSA MOREIRA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª edição, p. 556):

"Não compete ao Presidente examinar o mérito do recurso extraordinário, nem lhe é lícito indeferi-lo por entender que o recorrente não tem razão: estaria, ao fazê-lo, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal."

Conforme decidiu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, "a petição de recurso extraordinário deve ser apreciada nos termos em que é deduzida" e, em conseqüência, o Presidente do Tribunal, ao decidir sobre a sua permissibilidade, não pode invocar fundamento não alegado pelo recorrente (RE 74.889, in RTJ 90/861).

Da mesma forma, na elaboração do agravo de instrumento disciplinado pelo art. 544 do Código de Processo Civil, cabe ao advogado ater-se à impugnação do despacho do Presidente. Assim decidiu a Segunda Turma (Ag. 77.013 (AgRg), rel. Ministro Moreira Alves, RTJ 95/874):

"Agravo de instrumento contra despacho que não admitiu recurso extraordinário.

— É de negar-se seguimento ao agravo em cujas razões não se ataca fundamento suficiente para a não admissão do recurso extraordinário ..."

O agravo de instrumento será formado com o traslado das peças indicadas pelo agravante, na própria petição de interposição do agravo, e das peças que são obrigatórias nos termos do parágrafo único do

art. 544 do CPC: o despacho denegatório; a certidão de sua publicação; o acórdão recorrido e a petição de interposição do recurso extraordinário.

É de fundamental importância o acompanhamento da formação do traslado, em face da Súmula 288:

“Nega-se provimento a agravo para a subida do recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia.”

Como se verifica, o agravo de instrumento deverá subir para o Supremo Tribunal Federal com todas as peças indicadas pela parte, inclusive com aquelas que obrigatoriamente, segundo a lei, deverão integrar o instrumento. Caso haja alguma deficiência na sua composição, ela não poderá ser suprida no Supremo Tribunal Federal que, consoante reiterada jurisprudência, aplica a mencionada Súmula.

Muito se insurgiu contra o rigor da aplicação da Súmula 288, principalmente quando o agravo de instrumento é arquivado pelo Ministro-relator por não conter peça obrigatória, cujo traslado foi oportunamente requerido.

Nestes casos, cogitou-se da possibilidade de permitir-se a conversão em diligência com o objetivo de ser providenciada a complementação do traslado no Tribunal de origem. Sustentou-se, também, a inaplicação da referida Súmula após a vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Todas essas ponderações foram amplamente debatidas no Supremo Tribunal Federal, merecendo referência as palavras do Ministro Xavier de Albuquerque, no Plenário, em 1975 (RTJ 87/856):

“Tem-se considerado que, para abrir a instância excepcional, é dever da parte propiciar ao Supremo Tribunal os elementos necessários ao exame da viabilidade, em tese, do recurso extraordinário denegado, do mesmo modo que exercer vigilância para que o instrumento de agravo, quando afinal formado, não se mostre deficiente.”

Com efeito, prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento jurisprudencial firmado no sentido de que compete à parte fiscalizar a formação do traslado do agravo de instrumento (Ag 81.744 (Agrg), rel. Ministro Djaci Falcão, RTJ 102/1.022).

“**Agravo de Instrumento.** Traslado deficiente. O Plenário do STF já decidiu que o verbete nº 288 da Súmula prevalece mesmo após o advento do CPC/73, por estar a

cargo da parte o dever de vigilância na formação do instrumento de agravo (RTJ 87/855). Outrossim, não cabe suprir a omissão na fase do agravo regimental.

Agravo regimental desprovido.”

Conclui-se, portanto, que a atuação dos advogados nos Estados de origem é valiosa para propiciar, no Supremo Tribunal Federal, a apreciação do agravo de instrumento, ora examinado.

* * *

Prosseguindo, eu quero pedir licença a todos para sugerir que o Recurso Extraordinário, em razão de sua complexidade, seja apreciado em outra oportunidade.

No entanto, parece-me válido fazer algumas considerações sobre uma de suas condições de admissibilidade que, no meu entender, é do maior interesse dos advogados que têm a responsabilidade de recorrer extraordinariamente para o Supremo Tribunal Federal. Refiro-me ao **prequestionamento da questão federal**.

Causa surpresa àqueles que acompanham as decisões do Supremo Tribunal Federal o número elevado de recursos extraordinários que não são conhecidos por falta de prequestionamento da questão federal.

O Ministro Alfredo Buzaid, na sessão plenária realizada em 12 de maio de 1983, prestou valiosa contribuição quando, em substancial voto, discorreu sobre a origem e evolução do requisito do prequestionamento. Esse modelo de acórdão, cuja leitura recomendo a todo advogado que deseja recorrer para o Supremo Tribunal Federal, está publicado na **Revista Trimestral de Jurisprudência** 109/299.

O Recurso Extraordinário é eminentemente técnico e formal. Assim sendo, “o Supremo Tribunal Federal não pode suprir omissão do postulante no deduzir sua impugnação extraordinariamente” (RE 72.364, RTJ 88/121).

Com efeito, antes de recorrer para o Supremo Tribunal Federal, o advogado, se necessário, precisa saber prequestionar a questão federal. Neste caso, pergunta-se:

— **Como ocorre o prequestionamento pela decisão recorrida?**

De acordo com a Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, será provocado mediante a apresentação de embargos de declaração:

“O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de

recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

Além do necessário prequestionamento da questão federal suscitada, o advogado, na elaboração do Recurso Extraordinário, tem que fazer a indicação precisa dos textos legais invocados (Ag 82.999-7, rel. Ministro Cordeiro Guerra, *Diário da Justiça*, de 11-9-81).

Com estas considerações preliminares, cabe outra indagação:

— **Qual a idéia que se deve ter do momento em que surge o prequestionamento?**

Responde o Ministro Alfredo Buzaid no voto proferido no julgamento do Agravo Regimental 91.690 (RTJ 109/590):

“Na verdade, uma coisa é o prequestionamento; outra, bem diversa, é a violação dos preceitos constitucionais. O prequestionamento supõe, não apenas que, na petição do recurso, a parte vencida mencione os cânones constitucionais violados, mas que a matéria tenha sido ventilada e discutida no Tribunal a quo, onde ficaram vulnerados.”

Aliás, perante o Supremo Tribunal Federal, usa-se com certa freqüência a expressão **ventilar a questão federal**. Isto decorre da Súmula 282:

“É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

— **Mas o que se deve entender por “ventilar a questão federal”?**

Esclarece o Ministro Alfredo Buzaid (RE 97.358 (EDcl), RTJ 110/717):

“... as partes, que interpuseram o recurso extraordinário, não manifestaram os necessários embargos de declaração para ventilar a questão federal suscitada (Súmula nº 282). Ventilar quer dizer debater, discutir, tornar a matéria **res controversa**. Não basta, pois, que seja apenas afastada, por não ter aplicabilidade ao caso concreto. Quando isto ocorre, pode dizer-se que não houve prequestionamento. Está em controvérsia a norma constitucional, quando o Tribunal a quo a aprecia em seu merecimento, quando a seu respeito há uma **res dubia**, quando se litiga sobre a sua aplicabilidade; não, porém, quando é excluída de qualquer julgamento por não incidir a cláusula constitucional. A mera referência a artigo ou artigo da Constituição, **incidenter tantum**, não tem, portanto, o dom de prequestionar a matéria constitucional.”

Como se observa, é imprescindível a correta demonstração de ofensa à Constituição para o êxito da causa perante o Supremo Tribu-

nal Federal. Aliás, esclareça-se que não se admite a alegação de ocorrência de prequestionamento implícito de questão constitucional (Ag 76.844 (AgRg), RTJ 95/670 e Ag 75.355 (AgRg), RTJ 93/154, ambos relatados pelo Ministro Moreira Alves).

Há, no entanto, situações excepcionais em que o Supremo Tribunal Federal dispensa a exigência do prequestionamento (RE 94.499, rel. Ministro Soares Muñoz, RTJ 105/1.113):

“Pquestionamento não exigido. Direito superveniente. Seu reconhecimento não configura decisão *ultra petita*.

— Não incide o óbice da falta de prequestionamento do art. 460 do Código de Processo Civil, quando a oportunidade de invocá-lo surgiu somente com o acórdão que teria, ultrapassando os lindes do pedido, deferido o mandado de segurança em extensão maior do que a pleiteada na inicial.”

No Recurso Extraordinário 91.405, relator para o acórdão Ministro Moreira Alves, decidiu a Segunda Turma (RTJ 99/728):

“Mandado de Segurança. Litisconsórcio passivo necessário.

— Impossibilidade de prequestionamento, uma vez que os recorrentes só ingressaram nos autos depois de prolatado o acórdão, e o fizeram para insurgir-se contra a ausência de sua citação como litisconsortes necessários.

— Ocorrência, no caso, de litisconsórcio passivo necessário.

Recursos extraordinários conhecidos e providos em parte.”

Em outra oportunidade, o Ministro Xavier de Albuquerque, após referir-se à hipótese acima, evidenciou (RE 74.347, RTJ 87/490):

“Temos também provido recursos extraordinários em mandados de segurança nos quais não se fez a comunicação do feito à pessoa diretamente atingida pela concessão da providência.

Nesses casos, tenho entendido, e creio que o Tribunal também o tem, que deve ser relevado o requisito de prequestionamento. Em outros casos, ainda é mais expressiva a necessidade dessa relevação. Quando, por exemplo, o acórdão é acusado de haver violado o preceito legal processual relativo à publicação regular da pauta, temos dispensado a

falta do prequestionamento, porque, na verdade, aquele vício processual não poderia ter sido examinado pelo acórdão, pois ele próprio é que o teria perpetrado.

Tenho aqui, nos seus registros, outra hipótese de relevação do requisito de prequestionamento, em caso de acórdão que se acoima de nulo por falta de motivação. Quer isso significar que o próprio acórdão, tal como proferido, traduz ou encerra a violação à lei, sem que seja possível exigir-se que haja ele reconhecidamente violado a lei.

Essas hipóteses têm sido, em casos anteriores, consideradas como de relevação recomendável."

O Supremo Tribunal Federal, apesar de reconhecer que, em princípio, a alegação de coisa julgada pode ser feita e, em consequência, examinada em qualquer instância, excetua a sua apreciação mediante interposição de Recurso Extraordinário quando inócua o indispensável prequestionamento (Tribunal Pleno: RE 87.879, rel. Ministro Cunha Peixoto, RTJ 98/754):

"Coisa julgada não prequestionada perante as instâncias ordinárias.

Embora, em princípio, possa a coisa julgada ser argüida a todo tempo perante qualquer instância, ou mesmo ser reconhecida de ofício, excetua-se da amplitude da regra geral a via recursal extraordinária, vez que, nos termos da Constituição, este recurso, por sua natureza, pressupõe sempre o prequestionamento da matéria ventilada na petição do apelo.

Embargos de divergência conhecidos mas rejeitados."

O mesmo ocorre com a invocação preliminar de incompetência absoluta (Tribunal Pleno: RE 89.554 (AgRg), rel. Ministro Xavier de Albuquerque; Primeira Turma: RE 91.395, rel. Ministro Rafael Mayer, RTJ 92/1.383; Segunda Turma: Ag 79.601 (AgRg), rel. Ministro Décio Miranda e RE 94.601, rel. Ministro Djaci Falcão, RTJ 102/775).

Evidencie-se, finalmente, que o requisito do prequestionamento é tão importante para o esperado êxito da causa perante o Supremo Tribunal Federal que, inclusive na hipótese de ter sido acolhida Arguição de Relevância, poderá não ser conhecido o recurso extraordinário, na época do seu julgamento, por faltar o prequestionamento da questão federal suscitada.

Infelizmente, como ficou demonstrado, tem sido comum, perante o Supremo Tribunal Federal, o insucesso de uma demanda atribuído à inobservância de pressupostos recursais.

Da natureza jurídica do "software"

ARNOLDO WALD

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade do Rio de Janeiro.

I. INTRODUÇÃO

1. Tanto a doutrina como o legislador e os magistrados se têm preocupado, no Brasil e no exterior, com o problema da natureza jurídica e da proteção legal do "software" que tem adquirido dimensão crescente nos últimos anos, ensejando inclusive a elaboração de projetos legislativos recentes em nosso País e na França.

II. DO TEMA

2. A questão suscitada é de enorme relevância, nos dias que correm, devendo merecer criteriosa análise por ser inegável que a autêntica "revolução tecnológica", ocasionada pela crescente utilização dos computadores, tem acarretado problemas jurídicos de difícil solução.

3. A linguagem própria da máquina, que só executa as instruções que lhe são transmitidas se estiverem adequadamente codificadas, em sistemas eletrônicos expressos, sob a forma de dígitos, assim como a lógica dos sistemas de computação expressa em linguagem artificial, pode, à primeira vista, causar um impacto desmedido sobre os profissionais do direito, levando-os, algumas vezes, a uma certa perplexidade. Tal atitude, com efeito, caracteriza-se pela tendência em acreditar que o sistema jurídico não comporta soluções para os novos problemas trazidos pela utilização do computador.

4. Exige-se do jurista, porém, posição de prudência, que se caracteriza pela tentativa de adequar a solução dos novos problemas aos princípios já existentes no sistema jurídico, pelo menos em um primeiro momento, tendo em vista a necessária *continuidade* do direito. Na realidade, diversamente do que pode ocorrer com outras áreas do conhecimento, o direito evolui lenta e gradativamente, o que é próprio aos sistemas normativos, que não podem admitir, em princípio, a existência de lacunas e rupturas à sua consistência interna de logicidade e de organização.

5. Nesse sentido, cabe observar que, conforme notou TULLIO ASCARELLI, o direito em muitos aspectos evolui vagarosamente, adaptando velhos institutos a novas funções. A aparente "inércia jurídica" não é somente o fruto de um misoneísmo, muitas vezes peculiar a certos ambientes jurídicos ao qual se referia GEORGES RIPERT, mas também se prende ao objetivo de *conciliar as novas exigências da vida prática à certeza e segurança da disciplina legal*, ou seja, à "continuidade" do direito.

6. Seguidamente, as necessidades sociais e econômicas emergentes são satisfeitas com os institutos jurídicos tradicionais, os quais oferecem, à nova matéria, um arcabouço legal já conhecido e seguro. Em tais casos, a "inércia jurídica" é de utilidade incontestável pois permite que fenômenos novos sejam convenientemente disciplinados com a utilização de institutos jurídicos já conhecidos, preservando, assim, a continuidade do desenvolvimento histórico do direito e evitando rupturas bruscas no arcabouço legal existente (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, 1969, pp. 91-93).

7. Nesse sentido, ASCARELLI observou que, diante de tais hipóteses,

"as novas necessidades são, então, satisfeitas, mas o são com velhos institutos. Nessa adaptação, a nova exigência é satisfeita através de um velho instituto que traz consigo as suas formas e a sua disciplina, e oferece à nova matéria, ainda em ebulição, um velho arcabouço já conhecido e seguro. As velhas formas e a velha disciplina não são abandonadas de chofre, mas só lenta e gradualmente, de maneira que muitas vezes, por longo tempo, a

nova função vive dentro da velha estrutura, e assim se plasma, enquadrando-se no sistema" (*ob. cit.*, p. 93).

8. A proteção legal do "software", conforme veremos, pode ser adequadamente provida mediante a aplicação de institutos jurídicos já existentes, vinculados ao *direito do autor*, tal como demonstra a experiência de outros países. O recurso ao direito comparado, no presente caso, é de inegável relevância, posto que a matéria, que começa agora a ser a florada entre nós, tem sido objeto de importantes evoluções legislativa, jurisprudencial e doutrinária, nas últimas décadas, nos Estados Unidos e em vários países da Europa.

9. Para a análise mais detalhada do sistema legal de proteção ao "software", importa mencionarmos, brevemente, qual a relevância econômica da matéria. Cabe inicialmente ponderar que, dada a importância do "software", nos dias que correm, defender a tese de que tal proteção somente poderá ser provida mediante legislação específica, significa, concretamente, não dar solução ao problema. Conforme veremos, a solução pode e deve ser buscada mediante a aplicação de institutos jurídicos existentes e que são perfeitamente adequados à disciplina do amparo aos direitos dos produtores de programas de computação.

10. Na linguagem da informática, há dois termos de singular importância: o "hardware" e o "software", que ainda não foram devidamente traduzidos para nosso idioma, mas que são correntemente utilizados pelos profissionais de computação.

11. Por "hardware" entende-se a constituição e estrutura física do computador e seus acessórios, isto é, o conjunto de partes, peças, componentes, circuitos etc.. O "hardware" é, pois, o conjunto de materiais e peças que formam a máquina.

12. Já o "software" significa o conjunto de programas e procedimentos que permitem o processamento de dados no computador e comandam o seu funcionamento, segundo os objetivos do usuário. O *programa de computador*, tal como legalmente definido no direito norte-americano, constitui um conjunto de afirmações e instruções para serem utilizadas, direta ou indiretamente, em computador, com vistas à obtenção de um certo resultado ("1980 Amendments", 17 U.S.C. 101). O "software" é constituído por um conjunto de instruções, expressando idéias, as quais são veiculadas mediante a gravação num bem tangível, como, por exemplo, um disquete ou uma fita magnética ou uma pastilha semicondutora. Assim, a substância do "software" é intangível, embora a sua expressão e veiculação sejam processadas em bens tangíveis.

13. À primeira vista, poderia parecer simplesmente que o "software" é o programa e o "hardware" é o computador. Na realidade, a noção de

"software" é um pouco mais ampla do que a do simples programa de computador.

14. Com efeito, o International Bureau of the World Intellectual Property Organization divide o "software" em três categorias: 1) o programa de computador; 2) a descrição do programa; 3) e o material de apoio ou suporte para o entendimento ou aplicação do programa. Tais categorias, nos termos do "Model Provisions on the Protection of Computer Software" (WIPO Publication nº 814), são assim descritas:

a) Computer program means a set of instructions capable, when incorporated in a machine readable medium, of causing a machine, having information-processing capabilities, to indicate, perform or achieve a particular function, task or result;

b) Program description means a complete procedural presentation in verbal, schematic or other form, in sufficient detail to determine a set of instructions constituting a corresponding computer program;

c) Supporting material means any material, other than a computer program or a program description, created for aiding the understanding or application of a computer program, for example, problem descriptions and user instructions."

15. Assim, o "software" abrange não só o programa de computador, mas também a sua apresentação verbal ou esquemática, ou por qualquer outra forma, e ainda os materiais descritivos e instruções para os usuários.

16. A importância fundamental da proteção do "software" reside no fato de ser sua elaboração tarefa altamente criativa, normalmente realizada a custos bastante significativos. Conforme foi observado, a indústria do "software" tornou-se, nos últimos anos, de enorme relevância econômica. Apenas para se dar uma idéia de sua magnitude, cabe observar que, em 1981, a indústria de vendas de programas de computador representou, nos Estados Unidos, um volume de oito bilhões de dólares.

17. Embora a elaboração e desenvolvimento dos programas de computador requeiram meses de esforços e custos calculados em milhares de dólares, a sua cópia é evidentemente fácil e barata. Nesse sentido, cabe ser notado que a prática de "pirataria" em matéria de "software" tem acarretado prejuízos significativos. Assim, observou-se que, nos Estados Unidos, cerca de quarenta a sessenta milhões de dólares foram perdidos pelas empresas que legalmente desenvolveram seus programas devido aos "programas piratas". (SHANNON, Copycatting in the Software Patch, N. Y. Times, 9 de maio de 1982). No mesmo sentido, estimou-se que, para cada cópia de programa de computador legalmente vendida, dez são vendidas

ilegalmente (RICHARDS, Computer software writers struggle to jail pirates, *San Jose Mercury News*, 14 de fevereiro de 1983).

18. Dados os custos envolvidos na elaboração do "software", assim como atendendo à facilidade de ser copiado determinado programa, justifica-se, evidentemente, a proteção legal do "software". É certo, por outro lado, que a caracterização da cópia é tarefa a ser desempenhada por pessoa especializada em computação. Com efeito, deve ser distinguida a *compatibilização da cópia*. Considera-se que dois computadores são compatíveis se os mesmos programas das suas memórias externas puderem ser utilizados em ambos, sem necessidade de maiores alterações. A elaboração de programa compatível com outro pressupõe trabalho de criação. Já a cópia não supõe nenhuma criação, mas simples apropriação de trabalho desenvolvido por outrem.

19. O desenvolvimento de um "software", normalmente, requer a utilização de material humano altamente qualificado, por um longo período de tempo. Esses dois fatores tornam tal empreendimento altamente dispendioso. Assim, é natural que as empresas que investiram no desenvolvimento de um programa estejam interessadas na defesa dos investimentos realizados, cabendo ao sistema jurídico estabelecer mecanismos de proteção adequados, punindo os que, mediante a cópia dos programas, apropriam-se de propriedade alheia, bem como permitindo aos prejudicados a recuperação dos prejuízos sofridos.

III. A PROTEÇÃO DO "SOFTWARE" NO DIREITO COMPARADO

A) *Considerações gerais*

20. Há, portanto, razões econômicas relevantes que exigem o estabelecimento de mecanismos jurídicos de proteção ao "software". Em primeiro lugar, o lançamento constante de produtos novos e a emergência dos "mercados" de informática, com profundas alterações na própria estrutura das empresas, demonstram a necessidade de uma tutela legal do "software". Nesse sentido, referiu-se que:

"L'industrie du Logiciel présente actuellement des signes de rationalisation ou de consolidation imminente. Tout d'abord, la commercialisation de masse d'ensembles logiciels tend à remplacer le logiciel sur mesure. . . De toute évidence, il est plus profitable d'accaparer un produit de la concurrence pouvant être largement commercialisé que d'accaparer un produit sur mesure et il est plus important pour le premier vendeur d'éviter ce genre d'aventure dans le cas d'un produit largement commercialisé.

Certains prédisent que cette tendance conduira à des regroupements dans l'industrie du logiciel. Si ces prévisions sont confirmées par les événements, les têtes de file industrielles s'aperce-

vront sans doute qu'elles ont beaucoup à gagner d'une protection du logiciel" (R. H. STERN, *La Protection Juridique du Logiciel et des Innovations en Rapport avec l'Informatique aux Etats Unis d'Amérique*. 1982, p. 186).

21. Ademais, conforme antes referido, a indústria de informática defronta-se, diariamente, com problemas de "pirataria" de programas. Vários exemplos podem ser mencionados, particularmente na Europa e Estados Unidos, a propósito dos "programas piratas" e de suas conseqüências: nos EUA, para cada programa vendido durante o ano de 83, seis cópias foram colocadas ilicitamente no mercado, sendo o prejuízo financeiro das indústrias de informática estimado em nove milhões de dólares, naquele ano; estima-se que 50% (cinquenta por cento) dos produtos da empresa APLE são copiados; considera-se que cerca de 90% (noventa por cento) dos disquetes em circulação nos Estados Unidos constituem contrafações; em 1963, por violação de "copyright", a empresa *Data Equipment* teve de pagar duzentos e oitenta mil dólares à Micrope Digital Research; no mesmo ano, na Alemanha, duas empresas daquele país tiveram de indenizar concorrentes suas em quinhentos mil dólares, por venda sem autorização de programas de computador (YVES PONTIDA, *Réflexions sur une Protection des Logiciels*, Université des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales et de Technologie de Strasbourg, s/d, pp. 16-17).

22. Além de razões econômicas, há também, razões jurídicas relevantes para o estabelecimento de princípios e técnicas de proteção ao "software", porque os programas de computador constituem o fruto de pesquisas e resultam de uma criação intelectual.

23. Nesse sentido, vale referir que o programa de computador caracteriza-se por um duplo aspecto: um aspecto material, na medida em que ele é incorporado em determinados suportes, tais como cartões magnéticos, discos, circuitos integrados, cassetes, etc., e um aspecto imaterial, posto que resulta de um trabalho de criação. Tal distinção, inclusive, tem causado certa perplexidade, na doutrina, quanto à natureza jurídica dos programas de computador, bem como tem levado alguns autores a concluir que, dada a inexistência de proteção legal específica ao "software", poderíamos estar diante de uma lacuna do direito (A. LUCAS, *La protection des programmes*, *Rev. Jur. Comm.*, 1977, p. 478).

24. Na realidade, porém, conforme já declarado pelas autoridades governamentais francesas, estamos diante de um caso de diversidade de textos legais aplicáveis, mas não de lacuna do direito (*Rép. Min. de la recherche et de l'industrie*, Quest. éc. 11-7-83, PIBD, 1983, 336, I, 93).

25. Com efeito, conforme vemos em seguida, não existe, no caso, uma lacuna do direito, posto que as normas referentes ao direito do autor são plenamente aplicáveis aos programas de computador.

26. No direito comparado, verificamos que a matéria vem sendo objeto de discussão há cerca de duas décadas, particularmente nos Estados Unidos, dado o desenvolvimento acelerado da indústria de computação naquele país. Na maioria dos sistemas legais, conforme veremos em seguida, a proteção aos programas de computador está vinculada às normas de amparo aos direitos do autor.

27. Cabe mencionar, inicialmente, algumas evoluções importantes no plano do direito internacional. A problemática da proteção ao "software" foi objeto de estudos na Organização Mundial de Propriedade Intelectual — OMPI (World Intellectual Property Organization) em 1978, a qual sugeriu, como diretriz para os países interessados, uma lei típica específica, prevendo a existência de depósito dos programas de computador, das descrições dos programas e da sua documentação auxiliar.

28. Conforme referido na doutrina, a sistematização elaborada pela OMPI segue os mesmos princípios do direito de autor, amenizando apenas o prazo de duração do privilégio e impondo o registro prévio, a exemplo da orientação anglo-americana, e em contraposição à facultatividade do registro, que entre nós prevalece (CARLOS ALBERTO BITTAR, Enquadramento jurídico do "hardware" e do "software" no plano dos direitos intelectuais, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, a. 19 n. 73 jan./mar. 1982, p. 315).

29. No plano do direito internacional, o Tratado da "União de Paris" (Convenção Internacional para Proteção da Propriedade Industrial de Paris), que cuida das patentes, não estabelece especificamente proteção aos programas de computador. Por outro lado, a "União de Berna", que cuida do direito de autor, em seu art. 11.º, estabelece que a Convenção aplica-se a "... todas as produções no campo literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou forma de sua expressão". Concluiu-se, assim, que, embora a Convenção de Berna, por si só, não proteja diretamente os programas de computador, fornece o quadro para a sua proteção pelos diferentes sistemas jurídicos nacionais (LUIZ OLAVO BAPTISTA. A proteção dos programas de computador em direito comparado e internacional, *Revista de Direito Mercantil*, n. 50, p. 37).

30. Tal orientação foi confirmada, recentemente pela World Intellectual Property Organization (WIPO), em reunião de seu "Committee of Experts on the Legal Protection of Computer Software", realizada em Genebra, em junho de 1983. No relatório da referida Comissão, tendo em vista a situação existente nos diferentes países representados, ficou evidenciado que os programas de computador encontram amparo adequado, nas diferentes legislações nacionais, fundamentado nos direitos do autor, daí decorrendo, inclusive, a conclusão no sentido de não ser necessário um tratado internacional específico sobre "software".

31. Na mesma linha, o Relatório da WIPO, acima mencionado, considerou desnecessário o estabelecimento de um sistema internacional de depósito de programas de computador, concluindo que:

“68. It was generally stated that, if a copyright approach for the protection of software was adopted, an international system of deposit or registration of computer software should not be provided for, *in view of the fact that most copyright laws granted an automatic protection to works without formalities.* A system of deposit was also questioned on the ground that it would involve classification problems and publication costs and would be without practical value.”

32. Verifica-se, portanto, que a tendência, no plano do direito internacional, é no sentido de vincular a proteção dos programas de computador aos princípios do direito de autor, ainda que considerando a implementação de tal diretriz como sendo da competência do direito interno de cada país.

33. Da análise do direito de alguns países europeus, assim como da legislação norte-americana, conforme veremos em seguida, verifica-se igualmente nítida tendência no sentido de considerar como direito de autor aquele decorrente do desenvolvimento de programa de computador.

B) *Do diritto francés*

34. Na França, conforme referido pela doutrina, o conceito de obra intelectual é extensivo, daí decorrendo que a expressão literária de um trabalho científico ou técnico merece a proteção do direito de autor, considerando-se que os programas de computador e respectivos formulários e instruções devem ser incluídos em tal proteção (ROBERT PLAISANT, *Le Droit des Auteurs et des Artistes Exécutants*. Paris, Delmas, 1970, p. 12 e seguintes).

35. O art. 2º da lei francesa de 11 de março de 1957, que disciplina a propriedade literária e artística, assim dispõe:

“Les dispositions de la présente loi protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.”

36. No art. 3º da lei de “copyright” francesa, são enumerados determinados exemplos de obras do espírito suscetíveis de proteção, considerando a doutrina que, por se tratar de elenco exemplificativo, podem nela ser incluídos os programas de computador. Com efeito, a lei francesa visa proteger não somente as obras com valor estético, mas também as obras com valor científico, enquadrando-se o “software” nesta última categoria

(P. COLOMBET, *Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Dalloz, 1980, pp. 39 e seguintes).

37. A jurisprudência dos tribunais franceses vem, ademais, manifestando inequivocamente a orientação no sentido de considerar matéria de direito do autor a proteção ao "software". Nesse sentido, considera-se que os programas não são passíveis da proteção concedida às patentes (lei de 2 de janeiro de 1968, modificada pela lei de 13 de julho de 1978), mas sim daquela conferida pela lei de 11 de março de 1957, que trata do direito de autor.

38. Assim, no caso "Soc. Apple Computer Inc. c.S.A.R.L. Segimex e S.A.R.L.C. Data", julgado em 22-9-83, pelo Tribunal de Grande Instance de Paris, decidiu-se que não há diferença entre o programa de computador e as "obras de espírito", tuteladas pela lei de 11 de março de 1957.

39. A referida decisão tem a seguinte ementa:

"TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS
21 septembre 1983

1^o à 4^o — PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE E ARTISTIQUE,
Ordinateur, Programme, Protection, Bénéfice, Étendue. Programmes produits. Programmes d'exploitation. Auteurs. Salariés. Société américaine. Loi applicable. — 5^o MARQUES, Imitation. Emblème, Couleurs, Faute.

Si les programmes d'ordinateur ne sont pas immédiatement perceptibles par les sens de tout un chacun, ils sont néanmoins accessibles et intelligibles grâce à leur transcription sur divers supports matériels et si leur lecture n'est pas à la portée de tous et requiert une technicité certaine, cette seule particularité n'est pas de nature à les exclure de la catégorie des œuvres de l'esprit, pas plus que n'en sont exclues les compositions musicales (1);

L'apport personnel du créateur de programme d'ordinateur est déterminant dans le résultat obtenu, comme peut l'être celui du compositeur de musique et l'évidence commande de conférer le caractère d'œuvre de l'esprit au programme d'ordinateur (2);

Il n'y a pas de différence de nature entre les programmes-produits et les programmes d'exploitation et la protection accordée aux premiers par la loi du 11 mars 1957 doit être reconnue aux seconds (3);

Les créateurs des logiciels, de nationalité américaine, étant les salariés de la société américaine demanderesse, au regard

de la loi américaine qui, comme la loi du contrat, régit les conditions d'acquisition de la qualité d'auteur, cette société est fondée, en application de la Convention de Genève, à invoquer en France cette qualité qui est la sienne aux États-Unis (4).

L'imitation tant de la forme emblématique d'une marque que de la séquence des couleurs qui la décorent est fautive et justifie une demande de réparation (5)."

40. A decisão, cuja ementa foi acima transcrita, consolidou a tendência da jurisprudência, na França, no sentido de adotar uma interpretação extensiva dos direitos do autor. Assim, após um período em que a tendência dominante, na doutrina e na jurisprudência, manifestava-se pela adoção de uma proteção particular e privativa, consolidou-se a orientação jurisprudencial no sentido de estender os princípios do direito do autor aos novos fenômenos de manifestação cultural ou científica, entre os quais aqueles relacionados ao desenvolvimento de programas de computador.

41. Nesse sentido, nos casos "Atari" (Trib. corr. Paris, 8-12-82) e "Williams Electronics c. Presotto" (Trib. corr. Paris, 9-3-82), referentes aos jogos de vídeo, manifestou-se a aceitação da interpretação extensiva dos direitos de autor. Mais tarde, no caso "Pachot", trazido ao tribunal de comércio e, depois, à Corte de Apelação de Paris, admitiu-se expressamente que um programa de computador constitui uma "obra de espírito", no sentido consagrado pela lei de 11 de março de 1957 (CHRISTIAN LE STANC, Note, *Recueil Dalloz Sirey — Jurisprudence*, 1984, p. 80).

42. No caso "Pachot", o tribunal considerou que a elaboração de um programa constitui uma "obra de espírito" original na sua composição e na sua expressão, comparando-o a uma composição musical, de tal sorte que a contribuição do criador do programa deve ser considerada determinante para a obtenção dos resultados desejados.

43. O tribunal enfatizou, no referido caso "Pachot", que o programa do computador constitui efetivamente uma obra do espírito original, merecendo, portanto, o título do direito de autor. Nesse sentido, estabeleceu que:

*"Considérant que l'élaboration d'un programme d'application d'ordinateur est une œuvre de l'esprit originale dans sa composition et son expression allant au-delà d'une simple logique automatique et contraignante, qu'il ne s'agit pas d'un mécanisme intellectuel nécessaire, qu'en effet les analystes programmeurs ont à choisir comme les traducteurs d'ouvrages entre divers modes de présentation et d'expression, que leur choix porte ainsi la marque de leur personnalité" (Aff Pachot c. Babolat Maillot Witt. *Dossiers Brevets*, 1982, VI 1).*

44. Na mesma linha, o Ministro da Justiça de França declarou que a ausência de um valor estético nos programas de computador não os exclui da proteção do "copyright" enfatizando que:

"L'absence de caractère "esthétique" n'exclut pas, en effet, que les logiciels informatiques bénéficient de la protection de cette législation (loi du 11 mars 1957) en tant qu'œuvres de l'esprit exprimées dans une forme les rendant accessibles à autrui et gardant les empreintes des personnalités de leurs auteurs par le caractère originale de leurs compositions" (Rép. Min. de la Justice, Quest. éc. 11 juillet 1983, apud YVES PONTIDA, ob. cit. p. 75).

45. No caso "Apple Computer Inc c.S.A.R.L. Segimex et S.A.R.L. C. Data", o tribunal estabeleceu alguns princípios fundamentais, que poderiam ser assim resumidos: a) se os programas de computador não são facilmente perceptíveis ao senso comum, como ocorre com as obras plásticas ou literárias, por outro lado, eles são acessíveis e inteligíveis graças à sua transcrição em suportes materiais, tais como as telas e as fitas magnéticas; b) se a sua leitura não é acessível a todos e requer determinados conhecimentos técnicos, tal particularidade não pode excluir os programas de computador da categoria de "obras do espírito", da mesma forma que não são excluídas, por exemplo, as composições musicais, as quais são expressas em uma linguagem codificada e complexa, cuja compreensão pressupõe igualmente uma formação especializada; c) que os programas de computador tornam-se inteligíveis pela utilização de um instrumento, o computador, da mesma forma que a voz humana ou o instrumento musical revelam o conteúdo das partituras musicais; d) por conseguinte, a contribuição pessoal do criador de programas é determinante para a obtenção dos resultados desejados, como ocorre com o compositor de uma música; e) a experiência demonstra que programas com as mesmas funções, uma vez postos em prática por operadores diferentes, apresentam numerosas variações. Em suma, toda a argumentação expendida pelo tribunal evolui no sentido de acentuar o caráter *criativo* do desenvolvimento de "software", assim como a importância da contribuição pessoal do seu criador, nada justificando, portanto, a sua exclusão do conceito de direito de autor.

46. Dada a evolução jurisprudencial na França, em matéria de proteção ao "software", considerava-se, naquele país, dispensável uma legislação específica. Nesse sentido, comentou-se, referentemente às eventuais imperfeições e limitações da aplicação do direito do autor aos programas de computação, que:

"Ocorre, todavia, que, recentemente, ao reformular a legislação sobre o direito do autor e direitos conexos, para tratar da proteção do audiovisual, o Parlamento francês decidiu incluir na

lei de 1957 um título a respeito do "software". O projeto explicita que os programas de computador são considerados direitos de autor. Sobre a matéria já houve pronunciamento favorável da Assembléia e do Senado, tendo o projeto voltado à Câmara para apreciar as emendas do Senado que foram objeto de manifestação da Comissão de Constituição e Justiça em 15-5-1985."

C) *Do direito inglês*

47. Na Inglaterra, observa-se um desenvolvimento similar ao que ocorre presentemente na França. Tendo em vista as reformas no vigente "Copyright Act", de 1956, um comitê especial, o "Committee to Consider the Law of Copyright and Designs" foi formado e preparou um relatório intitulado "Whitford Report", apresentado ao Parlamento em 1977 e amplamente discutido.

48. O relatório não recomendou a adoção de legislação especial para a proteção aos programas de computador, considerando que a expressão "trabalhos literários", contida no "Copyright Act", de 1956, é suficientemente ampla para abranger o "software".

49. Da mesma forma, o estudo apresentado pelo governo inglês, em 1981, conhecido como "Green Paper", sugeriu explicitamente que os programas de computador deveriam ser considerados como direito de autor. Nesse sentido, foi referido no "Green Paper" que:

"It may be questioned whether copyright is the right vehicle for the protection of programs. However, as Whitford remarked, it is probable that programs are already protected under the 1956 Act and the Government accepts that there is much to be said for dealing with programs under copyright law, since the essential need is for protection against copying. To remove any uncertainty that may exist it is proposed to make explicit in new legislation that computer programs attract protection under the same conditions as literary works. In these circumstances considerations such as term and ownership, and, indeed, the basic question of whether a program possesses sufficient originality to attract copyright protection, will apply to programs in the same way as to other copyright works" (*Reform of the Law Relating to Copyright, Designs and Performer's Protection*, HMSO, 1981, pp. 33 e seguintes).

Em 22-2-1985, a Câmara dos Comuns estendeu ao "software" a proteção dos direitos do autor (Copyright Act).

D) *Do direito alemão*

50. Na Alemanha, a "Associação de Propriedade Industrial e Direito do Autor", após analisar detalhadamente o "Model Provisions", elaborado

pelo "International Bureau of the World Intellectual Property Organization" (WIPO), já mencionado, concluiu que, ao invés de ser promulgada uma lei especial de proteção aos programas de computador, caberia, no caso, a aplicação da lei de direito do autor.

51. A jurisprudência, após algumas decisões conflitantes, tem seguido, ultimamente, a mesma orientação. Deve ser mencionada, a propósito, uma decisão da Sétima Câmara da Corte Distrital de Munique, de 21-12-82, que tem merecido especial atenção da doutrina. O caso envolvia uma grande "software house" norte-americana, que acionou uma empresa competidora alemã, baseada na alegação de que esta última havia infringido o seu direito de autor do programa intitulado "VISICALC". A Corte, considerando procedente a ação, concluiu que os programas de computador devem ser considerados como trabalhos literários e representações de natureza científica ou técnica, merecendo, portanto, a proteção do direito de autor. Ao discutir o requisito da "criação intelectual pessoal", necessário à caracterização do programa como direito do autor, o tribunal referiu que, na elaboração do programa, há elementos que caracterizam a *criatividade pessoal*, tais como o trabalho de pesquisa, levantamento, seleção e organização (EUGEN ULMER e GERT KOLLE. *Copyright Protection of Computer Programs*, IIC, vol. 14, n. 2, 1983, pp. 167 e seguintes).

E) Do direito dos países escandinavos

52. Nos países nórdicos, observou-se, igualmente, que não se espera, nos próximos anos, modificações de vulto nas legislações nacionais, visando a adoção de normas específicas de proteção aos programas de computador. Nesse sentido, a doutrina considera como mais provável uma evolução jurisprudencial no sentido de considerar os programas como inseridos no sistema de proteção conferido aos direitos de autor (JORGEN BULL, *Legal Protection of Computer Programs*, in *A Decade of Computers and Law*, ed. por JON BING e KNUT S. SELMER, Oslo, Universitetsforlaget, 1980, p. 429).

F) Do direito japonês e de algumas outras legislações

53. No Japão não existe nenhum preceito na legislação de "copyright" referente à proteção de programas de computador. Um caso recente, porém, permitiu a aplicação dos princípios que regem o direito de autor ao "software". No caso, uma empresa havia alugado um mecanismo de "video-game" de outra, copiado o programa de computador respectivo e então produzido um vídeo similar para vender ao público. A empresa prejudicada, alegando que tal procedimento feria o seu "copyright", acionou a outra pelos prejuízos causados. Em sua decisão, o tribunal reconheceu que um programa de computador deve ser considerado como um trabalho protegido pelo "copyright", condenando a ré a pagar uma

indenização à autora pela utilização indevida de seu programa (IIC, vol. 14, n. 2, 1983, seção "News and Information", pp. 304 e 305).

54. Da mesma forma, na Dinamarca, Itália, Finlândia, Áustria, Hungria e Índia, considera-se que o programa de computador é passível de proteção pela legislação referente aos direitos do autor (Relatórios do "Committee of Experts on the Legal Protection of Computer Software", cit. e *Rapport* da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Francesa dos Deputados de 15-5-85).

G) Do direito norte-americano

55. Nos Estados Unidos, a questão vem sendo objeto de intensa discussão, nos últimos vinte anos, manifestando-se claramente a jurisprudência no sentido de considerar os programas de computador como amparados pelo sistema de "copyright".

56. No sistema legal norte-americano, o "copyright" de determinado trabalho assegura ao seu titular o direito exclusivo de sua reprodução e distribuição, de elaborar outros trabalhos derivados, bem como de apresentá-lo (quando for o caso) e dispor do mesmo.

57. De acordo com o "Copyright Act", de 19-10-76, há dois requisitos básicos para que um trabalho determinado possa ser considerado como sujeito à proteção do direito autoral: 1) deve ser um trabalho original; e 2) constar de um meio de expressão tangível. Nesse sentido, o § 102(a) da lei estabelece que:

"Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device."

58. Embora a Seção 102(a), acima transcrita, não mencione expressamente os programas de computador como trabalhos de autor, a jurisprudência considera que a própria história legislativa sugere que os programas sejam considerados como "trabalhos literários" (conforme a decisão do "Apple-Franklin Case", in *BNA's Patent, Trademark & Copyright Journal*, vol. 26, pp. 433 e seguintes).

59. Efetivamente, conforme se verifica pela leitura dos debates no Congresso norte-americano, os programas de computador estão incluídos na categoria de "trabalhos literários", posto que significam a expressão de idéias originais de seus autores (House of Representatives Report 94-1476 of the 94th Congress, Second Session, p. 54).

60. Na realidade, a definição de “trabalhos literários” da lei é suficientemente ampla para abranger os programas de computador. Com efeito, a redação do § 101 da lei de 1976 é a seguinte:

“Literary works”, are works, other than audiovisual works, expressed in words, numbers, or other verbal or numerical symbols or indicia, regardless of the nature of the material objects, such as books, periodicals, manuscripts, phonorecords, films, tapes, disks, or cards, in which they are embodied.”

61. Criada pelo Congresso norte-americano, a “Commission on New Technological Uses” (CONTU), voltada para o estudo dos programas de computador como “copyright”, em seu relatório final, recomendou que a lei de 1976 fosse emendada, tornando explícito que os programas de computador, na medida em que importam em criação original de autor, gozam da proteção do “copyright”. No relatório da CONTU, foram propostas duas medidas concretas, ambas adotadas nas Emendas de 1980 à Lei de Copyright: a) que fosse adotada uma norma limitando os direitos de exclusividade em programas de computador, para assegurar que os possuidores legítimos de cópias de programas possam utilizar ou adaptar tais cópias para o seu uso; b) que fosse adotada uma definição de programa de computador e introduzida na redação do § 101 da lei de 1976.

62. Assim, as Emendas de 1980 definiram o programa de computador da seguinte forma:

“A computer program is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result.”

63. Ainda que as Emendas de 1980 não tenham expressamente considerado os programas como passíveis de “copyright”, a jurisprudência tem reconhecido que a redação de seus dispositivos permite que se chegue a tal conclusão.

64. Nesse sentido, no caso “Apple Franklin”, antes mencionado, a Corte referiu que:

“The language of the provision, however, by carving out an exception to the normal prescription against copying, clearly indicates that programs are copyrightable and are otherwise afforded copyright protection” (*BNA's Patent, Trademark & Copyright Journal*, cit., p. 437).

65. Da mesma forma, na decisão do caso “William Electronics, Inc. v. Artic International, Inc.”, a Corte concluiu que:

“The copyrightability of computer programs is firmly established after the 1980 amendments to the Copyright Act” (685 F 2 d at 875).

66. Conforme já referido, os dois critérios básicos estabelecidos no "Copyright Act" para que um trabalho seja considerado "copyright" são: originalidade e fixação em um meio de expressão tangível. Referentemente ao segundo requisito, a lei (Section 102 a) estabelece que o trabalho é "fixo" quando está incorporado em uma cópia de natureza suficientemente permanente que permita a sua reprodução, por um período de tempo não transitório. Nos casos "Williams", acima mencionado, e "Tandy Corp. v. Personal Micro-Computers, Inc." (524 F. Supp 171, 173 – ND. Cal. 1981), as Cortes consideraram que o "código objeto", que significa a tradução de um programa de alto nível para a linguagem da máquina, depositado em mecanismo de memória do computador, *do qual ele pode ser reproduzido*, satisfaz o requisito da "fixação", estabelecido na Seção 102(a) da lei de 1976 (*Harvard Law Review*, vol. 96, 1983, pp. 1727-28).

67. Referentemente ao critério da *originalidade*, considera-se que a expressão "original", contida igualmente na Section 102(a) da lei, significa apenas que um trabalho, para ser passível de "copyright", não pode ser substancialmente copiado de outro, devendo, portanto, apresentar um "modicum of intellectual labor". Assim, programas desenvolvidos independentemente e escritos diretamente em forma de "código objeto" são suficientemente "originais" para satisfazer o respectivo requisito legal (*Harvard Law Review*, cit. p. 1.728).

68. Cabe ser notado que um direito assegurado com exclusividade ao autor consiste na preparação de subprodutos, ou trabalhos derivados da obra original, tais como sua reprodução, condensação, resumo, em qualquer forma de expressão. Assim, no direito norte-americano, considera-se que a proteção ao "copyright" abrange não só o programa original, mas também traduções ou adaptações em outras línguas.

69. Ademais, considera-se que a cópia não significa apenas a repetição, englobando também casos de adaptações ou imitação de conteúdos. Nesse sentido, a jurisprudência dos tribunais norte-americanos tem fixado tal entendimento, como se verifica no caso "Addison Wesley Publishing Co. v. Brown", no qual a Corte considerou que:

"Copying is not confined to a literary repetition, but includes various modes in which the matter of any publication may be adopted, imitated, or transferred with more or less colorable alteration. . . we do not think it avoids infringements of the copyright to take the substance off the idea, and produce it through a different medium and picturing it in shape and details in sufficient imitation to make it a true copy of the character though of by the appellant's employee" ("Addison Wesley Publishing Co. v. Brown", 233 F. Supp.).

70. Assim, considera-se objeto do "copyright" todos os tipos de "software" (sistemas operativos e suas aplicações), em qualquer das línguas

gens (de alto nível, "assembler" ou linguagem de máquina), em qualquer dos códigos e em qualquer das formas de expressão (escritos, impressos, em disquete ou em "ROM", que significa a área da memória interna da máquina, onde estão gravadas as instruções básicas do computador). A obra consiste no código-fonte original, do qual o programa de computador é a expressão. Ademais, todas as formas de "software" pelas quais uma versão do programa original possa ser obtida, reproduzida ou comunicada com auxílio do computador são consideradas "cópias" e sujeitas igualmente à proteção do "copyright" (Protecting Computer Software, in *Arizona State Law Journal*. 1983, p. 663).

71. Ademais, menciona a doutrina que os manuais e documentação que acompanham um pacote de "software" são igualmente amparados pelo "copyright". Quando há vários manuais ou documentos de instrução, cada um deles é suscetível de proteção independente com base na legislação de direito autoral (SAIDMAN, STERNE & KESSLER. *The Law of Computer Software in the United States*, 1983, p. 5).

72. Portanto, é pacífico no direito norte-americano que nos programas de computador é assegurada a proteção do "copyright". Cabe notar, a propósito, que, nos termos da seção 302(a) do "Copyright Act", o direito do autor existe a partir da criação do trabalho, seja ele revelado ao público ou não. O depósito do trabalho no "Copyright Office", normalmente para uso da Biblioteca do Congresso, não é uma condição para assegurar a proteção do direito do autor, posto que o respectivo registro tem função declaratória de direito existente a partir da criação do trabalho (Section 407(a) do "Copyright Act").

II) Considerações finais de direito comparado

73. Conforme a análise até aqui desenvolvida, verificamos que o "software" tem merecido a proteção, como direito do autor, nos diversos sistemas jurídicos, seja pela via legislativa, seja pela construção jurisprudencial. Cabe referir, ademais, que considera-se, no direito comparado, que o direito do autor não é infringido apenas nos casos de cópia do programa, visto que o "copyright" estende-se também às adaptações, tais como traduções e condensações. Nesse sentido, a doutrina refere que:

"A copyright is infringed of course not only in those cases where the program has been copied as it stands. Copyright in a program extends to adaptations such as translations, abridgments and other derivative uses where the protected program can be recognized in its essential features. Accordingly Sec. 5 of the WIPO Model Provisions reads as follows: "The proprietor shall have the right to prevent any person from... (IV) using the computer program to produce the same or a substantially

similar computer program or a program description of the computer or of a substantially similar computer program”, and “(V) using the program description to produce a corresponding computer program” (EUGEN ULMER e GERT KOLLE, artigo citado, p. 182).

74. Da lição do direito comparado, podemos então concluir que os programas de computador, suas adaptações, condensações, bem como outros subprodutos, constituem matéria de “copyright”, devendo tal orientação, conforme veremos em seguida, ser consagrada no direito brasileiro.

IV. O “SOFTWARE” NO DIREITO BRASILEIRO

75. A questão da proteção ao “software”, no Brasil, ainda não tem sido objeto de muita atenção. Com efeito, por enquanto, não temos notícia de nenhum caso julgado pelos tribunais. Na doutrina, verificamos que o assunto começa a despertar interesse nos últimos anos (cf. os artigos de CARLOS ALBERTO BITTAR e LUIZ OLAVO BAPTISTA, antes citados e JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES, Proteção dos Programas de Computadores, in *Revista de Direito Mercantil*, nº 17, pp. 39 e seguintes).

76. CARLOS ALBERTO BITTAR, a propósito, manifesta a sua orientação no sentido de considerar o “software” como direito do autor, nos seguintes termos:

“Analisando a espécie, concluímos, no entanto, seja quanto ao aspecto doutrinário, seja quanto ao aspecto prático, que se deve reconhecer a integração dessas criações ao campo dos direitos intelectuais, na proteção de bens ligados à própria personalidade humana e para a fruição, pelos titulares, dos proventos decorrentes de sua utilização, no sentido da própria expansão do setor e a conseqüente contribuição para o desenvolvimento geral do País” (artigo citado, p. 325).

77. Na mesma linha de pensamentos, CLÁUDIO AMARAL conclui que, se o “hardware”, quando se trata de aparato novo, original e útil, deve ser amparado pelo direito da propriedade industrial, o “software” deve ser defendido pelo direito do autor, quando expressamente descrito ou explicitado sob forma literária (Proteção Jurídica de Programas de Computadores, in *Telecom*, 1979, nº 32, pp. 648).

78. Idêntico é o pensamento de HENRIQUE GANDELMAN, para quem:

“Desde logo abandonamos a idéia de considerar o “software” como patente, preferindo qualificá-lo como direito autoral, já

que segredo ou propriedade industrial estariam mais de acordo com o "hardware". Aliás, este é o entendimento que vem sendo aceito pelos países industrializados e com "know-how" avançado na matéria" (*Guia Básico de Direitos Autorais*, Porto Alegre, Globo, 1982, p. 17).

79. Assim, verificamos que igualmente, em nosso País, a doutrina inclina-se no sentido de considerar a proteção do "software" como matéria de direito autoral. Trata-se, com efeito, de opinião dominante entre os estudiosos do assunto, podendo ser referido que a posição de JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES, que afirma não haver possibilidade de inserção do "software" no âmbito do direito autoral, dada a sua natureza de obra técnica (artigo citado, pp. 41 e 42), é inequivocamente minoritária.

80. Com efeito, o direito brasileiro, em matéria de direito autoral, adotou um conceito amplo do que sejam as *obras intelectuais*, que constituem o objeto do direito do autor.

81. Há dois requisitos fundamentais para que se possa caracterizar determinado trabalho como "obra intelectual", passível, por conseqüência, da proteção do direito autoral: 1) a "criação do espírito"; 2) a exteriorização (Lei nº 5.988/73, art. 6º).

82. Considera-se, inicialmente, que a obra deve ser necessariamente humana. Assim, por definição, uma forma natural não constitui obra literária ou artística. Ademais, "criações do espírito" são basicamente *idéias criativas*, nas quais esteja manifestada a *originalidade* de seu autor. Não basta, porém, a existência de uma "idéia criativa" para a caracterização da obra intelectual. Tal idéia deve, necessariamente, ser exteriorizada ou manifestada. Se permanecer no foro íntimo do seu criador, não configura uma obra intelectual, no sentido técnico-jurídico da expressão. Portanto, na feliz síntese de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO:

"A obra é a exteriorização da criação do espírito" (*Direito Autoral*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 12).

83. Havendo, portanto, uma obra intelectual, qualquer que seja a sua expressão, desde que manifeste ela a criação do espírito, ou seja, a originalidade, caberá ao seu autor invocar a proteção conferida pelo sistema jurídico ao seu direito.

84. Os requisitos da lei brasileira (Lei nº 5.988, de 14-12-73, art. 6º) são, portanto, bastante abrangentes, conferindo um caráter amplo ao objeto do direito autoral. Nesse sentido, EDUARDO VIEIRA MANSO observou que:

"O objeto do direito autoral, assim, é a própria obra intelectual, manifestação inteligente de seu criador, qualquer que seja

sua forma de expressão, seu valor artístico, literário ou científico e sua destinação, contanto que tal obra se revista de *originalidade* (quanto à sua forma interna, com referência ao seu "corpus mysticum"), merecendo proteção, pois, tanto o soneto de Guilherme de Almeida, o romance de Jorge Amado, como uma ficha para atendimento do recém-nascido, ou o folheto da Loteria Esportiva" (*Direito Autoral*, São Paulo, José Bushatsky, 1980, p. 10).

85. O art. 6º da Lei nº 5.988/73, inserido no Capítulo I do Título II, que trata das "obras intelectuais protegidas", dispõe, em seu inciso I, que:

"Art. 6º — São obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como:

I — os livros, brochuras, folhetos, cartas-missivas e outros escritos

II —

86. Ora, o "software" é tipicamente uma "obra do espírito", na medida em que requer criatividade do seu autor. Com efeito, a elaboração de programa de computador é altamente criativa e pessoal, não havendo mesmo a possibilidade de que técnicos especializados em computação, trabalhando separadamente e sem qualquer contato, possam elaborar um programa idêntico.

87. Ademais, ainda que a substância do "software" seja um intangível, enquanto atividade criativa, por definição é ele *exteriorizado* em um bem tangível, em um disquete, em uma pastilha semicondutora ou mesmo em uma fita magnética.

88. Assim, o "software" tipicamente constitui obra do espírito exteriorizada, estando pois incluído na categoria dos "outros escritos" (art. 6º, I, da Lei nº 5.988/73) e merecendo, portanto, a proteção do direito autoral.

89. Nesse sentido, HENRIQUE GANDELMAN afirma igualmente que:

"Assim sendo, parece-nos que a Lei nº 5.988/73 é abrangente, fornecendo as diretrizes para a proteção jurídica do "software" brasileiro. Inicialmente, porém, é preciso que haja o consenso e entendimento do "software" como um "escrito", isto é, sua aceitação generalizada como um direito autoral. Para este fim, diz o art. 6º da Lei nº 5.988: "São obras intelectuais (protegidas) as criações do espírito, de qualquer maneira exteriorizadas, tais como: I — os livros, brochuras, folhetos, cartas-missivas

e outros *escritos*." Pergunta-se: seria o programa de computador um "escrito"? É evidente que a resposta é positiva" (*Guia Básico de Direitos Autorais*, cit., p. 17).

90. "Escrito", na sua acepção substantiva e mais ampla, significa:

"Tudo o que está expresso por sinais gráficos, em papel ou outro veículo apropriado" (AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, Rio, Nova Fronteira, p. 557).

91. O programa de computador, conforme já analisado, é *necessariamente* expresso em sinais gráficos, sob a forma de dois algarismos — o 1 e o 0 —, que constituem os "dígitos". É indiscutível, portanto, que constitui um "escrito", estando, assim, tutelado o direito de seu criador pelo sistema estabelecido na Lei nº 5.988/73.

92. É importante ressaltar que, no direito brasileiro, o registro ou depósito da obra intelectual tem caráter meramente *declaratório*, constituindo, apenas, prova de anterioridade e de eventual primazia. Isto porque, nos termos do art. 17 da Lei nº 5.988/73, o registro é considerado *facultativo*; assim, a obra *poderá ser registrada pelo autor, para segurança de seus direitos*. Da própria redação do art. 17, verificamos, claramente, que os direitos do autor preexistem ao registro. Com efeito, os direitos do autor nascem no momento em que a obra é, por qualquer forma, exteriorizada.

93. O art. 20 estabelece uma presunção de autoria decorrente do registro. Dispõe a referida norma que:

"Art. 20 — Salvo prova em contrário, é autor aquele em cujo nome foi registrada a obra intelectual, ou conste do pedido de licenciamento para a obra de engenharia ou arquitetura."

94. Tal não significa, porém, que os trabalhos não registrados deixem de conferir, aos seus criadores, o direito autoral. Não há, na doutrina, qualquer dúvida quanto ao efeito *meramente declaratório* do registro da obra (BRUNO JORGE HAMMES, *Elementos Básicos do Direito de Autor Brasileiro — Um exame especial da questão da isenção de formalidades*, 1976, p. 147, apud JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, cit., p. 96).

95. Cabe notar, a propósito, que a Convenção de Berna, da qual o Brasil é signatário, em seu art. 5º estabelece que a pessoa que primeiro publica determinada obra, sem que haja notícia de "copyright" do mesmo trabalho em qualquer país signatário, é titular do direito de autor em todos os países membros da Convenção. Assim, não se exige, no plano internacional, qualquer formalidade de registro da obra para o nascimento do direito do autor.

96. Conforme referido pela doutrina, no caso de "software", o problema fundamental reside em saber quando um programa é efetivamente uma criação, posto que a originalidade constitui um pré-requisito indispensável do "copyright". Tal verificação de originalidade, porém, não compete ao registro, dado o seu caráter meramente declaratório, mas sim aos analistas especializados, no caso de qualquer disputa atributiva de autoria de determinado programa (HENRIQUE GANDELMAN, ob. cit., p. 17).

97. Nos termos da Constituição federal, é assegurado aos autores, na forma definida na legislação específica, o direito exclusivo de utilizarem as respectivas obras. Nesse sentido, o § 25 do art. 153 da Constituição federal dispõe que:

"§ 25 – Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar."

98. No caso dos "software", é possível que se trate de obra coletiva, cabendo a sua autoria à empresa que a produziu e em seu nome a comercializa. Nesse sentido, o art. 15 da Lei nº 5.988/73 expressamente dispõe que:

"Quando se tratar de obra realizada por diferentes pessoas, mas organizada por empresa singular ou coletiva e em seu nome utilizada, a esta caberá a sua autoria."

99. Conforme refere a doutrina, a legislação brasileira, da mesma forma que ocorre no direito comparado, reconhece e tutela, expressamente, os direitos da pessoa jurídica à autoria. Assim, o Código Civil atribui ao Estado as obras encomendadas e publicadas às custas dos cofres públicos (art. 661, inciso II), da mesma forma que a Lei nº 5.988/73 confere à pessoa jurídica a condição de autora de obra coletiva por ela organizada e comercializada (CARLOS ALBERTO BRITAR, *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*, São Paulo, RT, 1977, p. 79).

100. A cópia de determinado programa de computação constitui violação ao direito de autor, constitucionalmente assegurado ao seu titular, acarretando conseqüências de considerável gravidade nos campos do direito penal e do direito civil.

101. Há, inicialmente, as sanções de ordem penal, sendo tipificada, no art. 184 do Código Penal, a figura da violação do direito de autor, que constitui crime punido com detenção (de três meses a um ano) ou multa.

102. Nos termos do art. 127 da Lei nº 5.988, o titular dos direitos de autor pode requerer à autoridade policial competente a interdição da representação, execução, transmissão ou retransmissão de obra intelectual,

bem como a apreensão, para a garantia de seus direitos, da receita bruta faturada pelo infrator com a exploração da obra do autor.

103. Cabem, ainda, sanções de natureza civil. Inicialmente, o autor, cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer outra forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da utilização da obra. Assim, o autor de programa de computador que venha a ser copiado pode requerer a medida de suspensão da utilização do referido programa, nos termos do art. 123 da Lei nº 5.988/73, que assim dispõe:

“Art. 123 – O autor, cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá, tanto que o saiba, requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos com a suspensão da divulgação da utilização da obra, sem prejuízo do direito à indenização de perdas e danos.”

104. Ademais, o autor, nos termos do art. 223, *in fine*, tem o direito a receber, daquele que se utilize do seu “software”, indenização por perdas e danos, abrangendo os danos emergentes e os lucros cessantes. Estes últimos, *in casu*, devem ser calculados tomando como base todas as vendas do “software” copiado pelo infrator.

105. A questão do tratamento legal da informática, conforme amplamente noticiado, foi objeto de importantes discussões, entre nós, particularmente nos últimos anos, que resultaram na recente edição de disciplinas normativa e regulamentar específicas.

106. Nesse sentido, foi promulgada a Lei nº 7.232, de 29-10-84, que dispõe sobre a Política Nacional de Informática e os seguintes Decretos: nº 90.754, de 27-12-84, que dispõe sobre a organização e funcionamento do Conselho Nacional de Informática e Automação; nº 90.755, de 27-12-84, que dispõe sobre a Secretaria Especial de Informática; e nº 90.756, de 27-12-84, que aprova o Estatuto da Fundação Centro Tecnológico para Informática.

107. A legislação editada, porém, embora disciplinando aspectos importantes da política governamental para o setor de informática, não tratou especificamente de definir a natureza jurídica do “software”, nem de estabelecer os contornos legais para a sua proteção.

108. A única referência ao assunto pode ser encontrada no art. 43 da Lei nº 7.232/84, que assim dispõe:

“Art. 43 – Matérias referentes a programas de computador e documentação técnica associada (“software”) e aos direitos relativos à privacidade, como direitos de personalidade, por sua

abrangência, serão objeto de leis específicas, a serem aprovadas pelo Congresso Nacional.”

109. Assim, enquanto não for elaborada lei específica referente ao “software”, é inequívoco que a sua proteção é tutelada pela legislação referente ao direito do autor. Admitir, no caso, uma lacuna do direito, até a promulgação de lei específica, constituiria, evidentemente, uma legitimação de procedimentos de “pirataria”, inteiramente incompatíveis com a função do direito de prover a adequada segurança às relações comerciais, particularmente àquelas verificadas em setor de fundamental importância econômica, como é o da informática.

110. Mesmo que a lei nova venha a instituir algum tipo de registro para o “software”, evidentemente não poderá ter ela o condão de eventualmente prejudicar situações jurídicas já criadas e consolidadas no regime jurídico vigente, pelo qual, conforme demonstramos, a empresa produtora de “software” é tida como autora, para todos os efeitos legais.

V. CONCLUSÕES

111. Em face da análise desenvolvida, podemos concluir que:

a) diante da importância crescente da informática, bem como diante dos abusos que, presentemente, ocorrem na utilização indevida de “software” por parte de pessoas ou empresas que não são seus legítimos titulares, verifica-se uma tendência inequívoca, nos diversos sistemas jurídicos nacionais, bem como no plano do direito internacional, no sentido de proteger o direito dos proprietários dos programas de computação de ações de “pirataria”;

b) no direito internacional, bem como no direito comparado, é pacífico o entendimento de que o “software” atribuí, ao seu titular, o “copyright” devido, sendo, portanto, utilizados os princípios do direito do autor na defesa dos interesses dos proprietários de programas de computador e seus produtos derivados;

c) entre nós, dada a conceituação ampla da obra intelectual, para efeitos do direito autoral, é o “software” igualmente enquadrado na disciplina do “copyright”;

d) tratando a proteção ao “software” de matéria submetida ao direito autoral, é manifesto que não há necessidade de registro do programa para que sejam tutelados os direitos de seu autor;

e) e a cópia de determinado “software”, como infração ao direito do autor, constitucionalmente tutelado, acarreta, para o infrator, consequências na esfera penal, bem como a obrigação de indenizar o autor, pelos danos emergentes e lucros cessantes.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas (*)

A venda na SSETEC (Senado Federal — 22º andar)

Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal) ou pelo reembolso postal.

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 26, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 86.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 80)

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E DECRETOS-LEIS”

Volumes à venda: 6º a 16º

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

Quadro Comparativo

(4ª edição — 1982)

Texto constitucional vigente (incluindo a Emenda Constitucional nº 22/82) comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Carta de 1946.

(*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

Em adendo: Emendas Constitucionais n.ºs 23 e 24, de 1983, e 25, de 1985.

152 notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático do texto constitucional vigente.

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

(formato de bolso) (9ª edição – 1984)

Texto consolidado da Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 2/73 a 24/83. Em adendo: Emenda Constitucional n.º 25/85.

“REFORMA ADMINISTRATIVA – ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL” (4ª edição – 1984)

Decreto-Lei n.º 200/67 – Texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

“CÓDIGO DE MENORES” (2ª edição – 1984)

Lei n.º 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa). Informações.

“SEGURANÇA NACIONAL” (2ª edição – 1982)

– Lei n.º 6.620/78 – texto, índices sistemático e temático

– Textos constitucionais e legislação ordinária

– A lei de 1978 comparada à legislação anterior

– Anotações (opiniões e legislação correlata)

– Histórico da Lei n.º 6.620/78 (tramitação legislativa)

“SEGURANÇA NACIONAL” (edição – 1984)

– Lei n.º 7.170, de 14-12-1983 – texto com índice temático.

– Quadro comparativo da Lei n.º 7.170/83 com a Lei n.º 6.620/78.

- Anotações.
- Histórico (tramitação legislativa) da Lei nº 7.170/83.
- Subsídios para a elaboração da Lei nº 7.170/83.

"CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS"

(edição 1984) 4 volumes

Constituição da República Federativa do Brasil – texto constitucional vigente (consolidado, anotado e indexado)

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade) Remissões à Constituição federal.

Leis Complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.

"PROCESSO LEGISLATIVO" (4ª ed. atualizada e ampliada – 1985)

- Iniciativa das leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.
- Sanção, promulgação e veto.
- Emendas à Constituição. Leis Complementares. Leis Ordinárias. Leis Delegadas. Decretos-Leis. Decretos Legislativos. Resoluções.
- Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência. Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.
- Competência privativa do Senado Federal.
- Requerimentos que podem ser apresentados, no Senado Federal.
- Comissão Parlamentar de Inquérito.
- Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.
- Impedimento de parlamentar.
- Nova designação do número de ordem das Legislaturas (histórico do Decreto Legislativo nº 79, de 1979).
- Votação de matéria no Congresso Nacional reunido.

"LEIS COMPLEMENTARES A CONSTITUIÇÃO FEDERAL" (edição 1985)

3 volumes

Leis Complementares n.ºs 1/67 a 48/84.

Textos

Legislação citada

Histórico (tramitação legislativa)

Índice temático

"EXECUÇÃO PENAL" (edição 1985)

Lei n.º 7.210, de 11-7-1984 — Texto anotado e indexado

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU)

Anteprojetos (Cândido Mendes; Oscar Stevenson; Roberto Lyra; Benjamin Moraes Filho; Cotrim Neto)

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.210, de 11-7-84.

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da *Revista de Informação Legislativa*.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).

Assinatura anual: n.ºs 85 (janeiro/março de 1985) a 88 (outubro/dezembro de 1985.)

Preço: Cr\$ 48.000

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70160

Atende-se também pelo reembolso postal.

Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdades de Direito