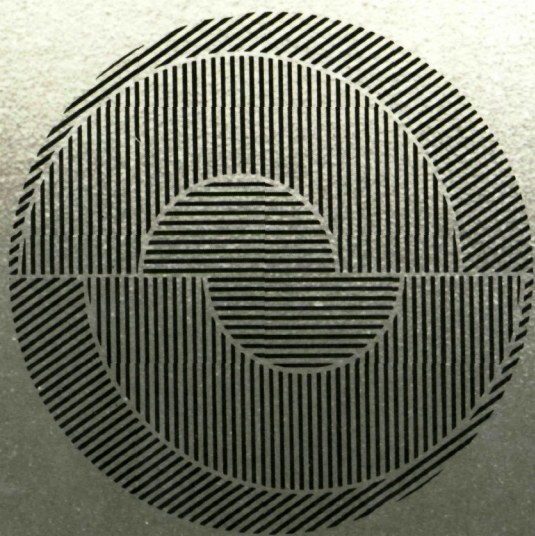


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1991

ANO 28 • NÚMERO 110

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 28 n. 110 abril/junho 1991

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

Fundadores:

Senador AURO MOURA ANDRADE

Presidente do Senado Federal
(1961-1967)

Dr. ISAAC BROWN

Secretário-Geral da Presidência
do Senado Federal
(1946-1967)

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Diretora da R. Inf. Legisl.
(1964-1968)

Direção:

ANNA MARIA VILLELA

Chefe de Diagramação e Revisão:

JOÃO EVANGELISTA BELÉM

Capa de **GAETANO RÉ**

Composição e Impressão:
Centro Gráfico do Senado Federal

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

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 28	n. 110	abr./jun. 1991
-----------------	----------	-------	--------	----------------

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

Encomendadas 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 3-8,
n. 11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- n. 34- publ.
pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

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

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

	Pág.
COLABORAÇÃO	
A primeira Constituição Republicana do Brasil — <i>Alcides de Mendonça Lima</i>	5
Tarefa dos partidos políticos no processo de integração da América Latina — <i>André Franco Montoro</i>	15
Os actos legislativos no Direito Constitucional Português — <i>Jorge Miranda</i>	31
Konrad Hesse: Uma nova crença na Constituição — <i>Inocência Martires Coelho</i>	51
Os Direitos Humanos como limitações ao poder constituinte — <i>Leonar Barros Amorim de Sousa</i>	69
Revisão constitucional — <i>Geraldo Ataliba</i>	87
Direito Constitucional Brasileiro (Reflexões sobre aspectos elementares) — <i>Sebastião Baptista Affonso</i>	91
Mandado de injunção — <i>Marcelo Duarte</i>	127
As Medidas Provisórias no Sistema Jurídico-Constitucional Brasileiro — <i>Fran Figueiredo</i>	137
Aspectos do Regime Constitucional da Desapropriação — <i>Vitor Rolf Laubé</i>	153
A liberdade de expressão e a propaganda eleitoral ilícita — <i>Geraldo Brindetto</i>	175
Questões e direitos relativos à mulher nas Constituições do Brasil e de Minas Gerais — <i>Anamaria Vaz de Assis Medina</i>	181
Fundações privadas instituídas pelo Poder Público — <i>Adilson Abreu Dallari</i>	199
Auditoria e avaliação da execução — <i>Rosmethe Monteiro Soares</i>	211
Soberania do Poder Judiciário — <i>Antônio de Pádua Ribeiro</i>	219
O Poder Normativo da Justiça do Trabalho — <i>Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena</i>	227
A Escola Judicial — <i>Sálvio de Figueiredo Teixeira</i>	235
Da constitucionalidade do bloqueio de valores — <i>Adriano Perácto de Paula</i>	257
O Programa Brasileiro de Privatização de Empresas Estatais — <i>Marcos Juruena Villela Souto</i>	261
Tratamento jurídico dispensado no Brasil ao capital estrangeiro — <i>Werter R. Faria</i>	275

Agricultura e inflação sob o capitalismo periférico — <i>Mauro Márcio Oliveira</i>	283
A pau e pedra: notas sobre o vandalismo — <i>José Arthur Rios</i>	305
Dois momentos decisivos na vida de Rui Barbosa — <i>Rubem Nogueira</i>	331
PESQUISA — DIREITO COMPARADO	
Lei inglesa de proteção ao consumidor, 1961	341
Lei inglesa de segurança do consumidor, 1978	349
Emenda à lei inglesa de segurança do consumidor, 1986	375
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	393

A Primeira Constituição Republicana do Brasil

ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (*)

Em memória de Alcides Lima, meu avô
Constituinte Federal

A Proclamação da República

No Império, o Partido Republicano era inexpressivo eleitoralmente. Valia apenas pelo idealismo e pela pregação cívica de um pugilo de jovens brilhantes e ardorosos. No Rio Grande do Sul, nunca houve representante republicano na Câmara de Deputados Gerais. Apenas Assis Brasil foi eleito para a Assembléa Provincial, apesar de concorrerem outros candidatos de grande valor. Havia vários grêmios ou centros agrupando simpatizantes da idéia republicana, mas não partido propriamente dito, com organização definida e força política. Existia, porém, imprensa republicana.

Esta a situação também no resto do Brasil, com exceção, apenas, de São Paulo e de Minas Gerais, mas sem maior significação. O movimento não prenunciava a implantação da República em breve tempo. A rigor, o Trono nem se preocupava com os republicanos! A República nasceu, assim, independentemente do partido que a pregava, que, apenas, se tornou grande e poderoso após o advento do novo regime. Não foi o partido, pois, que criou a República, mas, sim, a República que criou o partido! A idéia da Federação, mesmo no Império — a partir do Manifesto de 1870 de Itu —, era mais consistente do que a da República. Rui Barbosa chegou a afirmar que, antes de ser republicano, era federalista.

(*) Professor Emérito da Universidade Federal de Pelotas e Catedrático aposentado da Faculdade de Direito. Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Instituto dos Advogados Brasileiros, Instituto Brasileiro de Direito Processual e Instituto Ibero-Americano de Direito Processual — Advogado.

Não havia conspiração ou trama secreta que culminariam na implantação da República, com ou sem luta armada, como ocorre normalmente em situação análoga. O movimento era aberto, sem maiores repressões ou perseguições. O espírito republicano ainda não se consolidara no povo para amparar a idéia com pujança e ímpetos de vitória. Não havia, assim, o estopim cívico necessário à deflagração de uma revolução, se necessária. A pregação tinha laivos românticos, que preparava, lentamente, a mutação da mentalidade para o triunfo fatal, mas previsivelmente apenas a longo prazo. A nossa Monarquia não era despótica, opressora, violenta, sangüinária, gerando a animosidade popular e insuflando a luta armada com os heróis à frente, sem medir as conseqüências. Apenas a abolição da escravidão, com a Lei Áurea, de 13-5-1888, é que deu maior impulso à República, como revanche dos usineiros e fazendeiros, perdendo o concurso do braço escravo gratuito.

Não se notava malquerença ou ódio contra o Imperador, como o símbolo da Monarquia. Daí dizer-se que, “para proclamar a República, fazia-se mister destronar um santo. Ninguém ousaria propô-lo à multidão, que adorava o *Velho*, como carinhosamente chamavam ao Imperador” (CARLOS MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira*, 1.ª ed., p. 59, n.º 47). Predominava a mentalidade que pretendia aguardar a morte de Dom Pedro II, para, então proclamar-se a República, implantando o novo regime. Este era o ambiente psicológico, sentimental e político a 15 de novembro de 1889.

Como problema para o Imperador e para o Gabinete, havia a chamada *Questão Militar* e a *Questão Religiosa*. Nada, porém, vinculado à proclamação da República.

Deodoro da Fonseca, herói da Guerra do Paraguai e comandante de grande prestígio nas Forças Armadas, colocou-se a favor dos Coronéis Cunha Matos e Madureira, que se rebelaram contra ordens do Ministro da Guerra, cujo titular era civil. O incidente, com origem em 1887, se prolongou até 1889, mas, agora, contra o Visconde de Ouro Preto, Presidente do Conselho. Em plena Escola Militar, durante conferência pronunciada por Benjamin Constant, esse vulto insigne e prestigioso no meio da mocidade assacou críticas acerbas ao governo monárquico, na frente do Ministro da Guerra. A reação da assistência foi violenta, sendo Ouro Preto acoimado de “aventureiro ousado e atrevido”; o Imperador de “um espectro de rei”; e o Governo de “uma banca de jogo”. Segundo AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, “era evidente que o Trono cambaleante não resistiria por muito tempo ao impacto de tais acontecimentos” (*Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, v. II, p. 123, n.º 186).

Apesar de várias providências do Governo (as pastas castrenses foram confiadas a militares; distribuição de títulos e condecorações a mancheias

e a dispersão de forças do Exército para regiões longínquas), foi tudo inútil para assegurar a autoridade do Ministro. A preocupação do Governo não era a de combater qualquer movimento republicano, que, aliás, não existia, mas, somente, manter a ordem e a disciplina.

O alvo da sedição também não era a de mudar o regime, adotando a República. Os acontecimentos, no seu turbilhão e nos seus imprevistos, precipitaram o desfecho que, na verdade, ninguém esperava!

Por motivo de segurança, o Gabinete de Ouro Preto se reuniu no Quartel-General, guardado por forças consideradas fiéis, sob o comando de Floriano Peixoto. Mas Deodoro, que estava enfermo, e, mesmo assim, levantou-se e assumiu o comando das forças que invadiram o local, sem resistência dos guardiães, que ainda prestaram continência ao invasor. O Imperador desceu de Petrópolis e foi preso juntamente com a Família Imperial. Aproveitando a ocasião perturbada, Benjamin Constant insinuara a Deodoro a proclamar a República, mas efetivado o ato, em comunicação ao povo, por José do Patrocínio na sacada da Câmara Municipal. Tudo foi feito e executado sem um plano prévio para a alta relevância do resultado. Na palavra de PAULO LACERDA, "a Monarquia estava morta e feita a República" (*Princípios de Direito Constitucional Brasileiro*, v. I, p. 224). Nem sediciosos — restritos a uma ação contra somente o Gabinete, cujo Presidente Dom Pedro ainda tentou substituir por Silveira Martins, mas que estava no Rio Grande do Sul — nem a Coroa sequer imaginaram que, naquele episódio, quase de caserna, o destino do País se havia inteiramente transformado de modo decisivo. Surgia, assim, um novo ciclo na História do Brasil. E tudo começou, apenas, como mera "parada de força" (PONTES DE MIRANDA — *Comentários*, 1946, 2.^a ed., v. I, p. 9).

O Governo Provisório

Com a queda da Monarquia e, conseqüentemente, o destronamento do Imperador Dom Pedro II, "o magnânimo", o País ficou acéfalo. Era preciso organizar, celeremente, suas instituições, mormente pela alteração completa do regime: de Monarquia para República. Quando apenas o rei é deposto, o príncipe herdeiro o sucede normalmente, ou um outro nobre. Mas, no nosso caso, a *debacle* foi total.

Pelas circunstâncias, Deodoro, como chefe vitorioso do espetáculo no qual "o povo estava bestificado", na chistosa descrição célebre de ARISTIDES LOBO, assumiu as rédeas do poder, formando o Governo Provisório, com a cobertura do Exército e da Marinha, e sem qualquer resistência dos Presidentes das Províncias, que se demitiam espontaneamente ou deixavam o cargo mediante simples telegrama de comunicação sobre o novo regime. Tudo tinha de ser feito com pressa, de improviso, por falta de um plano pré-estabelecido, salvo se os fatos fossem o resultado de movimento revolu-

cionário organizado, como, por exemplo, em 1930 e 1964, embora nesses a situação não fosse tão drástica, como a mudança de um regime por outro.

O Governo Provisório foi constituído de: Deodoro, Chefe; Rui Barbosa, Vice, Fazenda; Benjamin Constant, Instrução, Correios e Telégrafos; Wandenkolk, Marinha; Floriano Peixoto, Guerra; Campos Sales, Justiça; Faria Alvim, Interior; Glicério, Agricultura, Comércio e Obras Públicas; Quintino Bocayuva, Exterior.

Como fato insólito, todos os Ministros civis passaram a ostentar o título de "General", enquanto Deodoro, o de "Generalíssimo"... Primeiro ato do Governo Provisório foi expedir o Decreto n.º 1, no próprio dia 15 de novembro, declarando que "ficava proclamada provisoriamente e decretada a República Federativa"; elevava as províncias a estados; os estados fossem governados provisoriamente por delegados do Governo Provisório. A redação, evidentemente, coube a Rui, o cérebro pensante do órgão, "que deve ser considerado, assim, o autor da primeira lei constitucional republicana", na observação de AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO (op. cit., p. 124, n. 186).

Continuando sua tarefa de normalizar o País, foi nomeada a chamada "Comissão dos Cinco", composta de: Saldanha Marinho, Rangel Pestana, Américo Brasiliense, Santos Werneck e Magalhães Castro. Foram incumbidos de elaborar Anteprojeto da Constituição, para base dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. Iniciados os trabalhos a 3-12-1889, a 23-6-1890, após a revisão, o projeto foi solenemente assinado pelos membros do Governo Provisório. Na mesma data, pelo Decreto n.º 510, foi convocada a Assembléia Constituinte, sendo a eleição regulada pelo Decreto n.º 511, do mesmo dia, pleito realizado a 15-11-1890, data do primeiro ano da proclamação da República. E já a 24-2-1891, a Constituição era promulgada, sendo Presidente o paulista Prudente de Moraes.

Estava encerrado, assim, o período transitório entre a Monarquia e a República.

A elaboração da Constituição

A Assembléia Constituinte se serviu do Anteprojeto da Comissão dos Cinco, que o Governo Provisório encampou, tornando-o no projeto oficial, no qual, afinal, se converteria o texto definitivo da primeira Constituição Federal Republicana do Brasil.

Aquele anteprojeto, depois de elaborado pela douta comissão, formada de grandes juristas e todos republicanos históricos, sofreu o crivo de RUI BARBOSA, já a maior expressão jurídica brasileira. Sua formação de Direito Constitucional era essencialmente norte-americana, em época em que a cultura francesa dominava, inclusive no campo jurídico. Os grandes vultos nacionais pouco conheciam os autores norte-americanos. Isso dificultava a

adoção do sistema presidencial e a própria Federação em nosso meio, cujo modelo era a Constituição dos Estados Unidos, que inseria aqueles dois princípios básicos.

Não se pode afirmar que RUI apenas retocou o teor da Comissão, como sustentam alguns autores que lhe são hostis. Por sua posição cultural e pelo seu temperamento, RUI não se submeteria ao "papel secundário de retocador e burilador de períodos alheios, como o artista veneziano, criando apenas com o sopro as formas de cristal transparente e sonoro" (HOMERO PIRES, Prefácio aos *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, v. I, p. XXIX). Esse insigne jurista, que, pacientemente, coligiu, na imensa obra de RUI, os fragmentos, excertos, trechos que formariam, no seu conjunto, a interpretação mais autorizada de todo o texto da primeira Constituição Republicana. Tão precisa foi sua defesa quanto à participação decisiva de RUI na feitura da Lei Magna, que AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO reconhece que, "a partir, porém, do estudo de HOMERO PIRES, no prefácio aos *Comentários* do ilustre jurista, o assunto ficou devidamente esclarecido" (op. cit., p. 118, n.º 195). Da mesma opinião, admitindo a interferência completa e decisiva de RUI, CLOVIS BEVILAQUA, RODRIGO OCTÁVIO, PEDRO CALMON, entre outros de igual nível. O próprio RUI não se arriscaria a proclamar da tribuna do Senado, na presença de vários opositores, com ênfase: "Essa Constituição que aí está, que todos discutem, que todo o mundo conhece melhor do que eu, essa Constituição, que aí está, deve-se principalmente ao meu trabalho, à minha influência e às minhas idéias" (apud HOMERO PIRES, p. XXX).

A Assembléia não aceitou todas as sugestões de RUI, embora deformando, às vezes, a pureza da norma. Houve exagero, por exemplo, no conceito de federação, criando um falso federalismo, um federalismo exaltado, um ultrafederalismo, dominando grande porção da Assembléia. Foi considerado o maior problema com que se defrontou a Constituinte, passando a existir duas correntes de prosélitos: *unionistas* e *federalistas*. Entre esses últimos, os gaúchos JÚLIO DE CASTILHOS e BORGES DE MEDEIROS. Mas a vitória ficou com os unionistas pela supremacia da União sobre os direitos dos estados, inclusive quanto às rendas.

Alguns constituintes, segundo parece, não percebiam a diferença entre a origem da Federação nos Estados Unidos e a nossa; lá foram colônias independentes que preexistiam à União, que foi formada pelo consenso expresso de cada uma, no interesse comum recíproco, não abdicando nenhuma de direitos, prerrogativas e situações locais peculiares, de um modo geral, pois nem união geográfica e política se mantinham entre elas. Aqui, porém, as antigas províncias já se constituíam num todo geográfico e político, submetidas ao poder central do Império. Logo, esta situação tinha de ser mantida, em suas linhas gerais, apenas como que a adaptando em

face da República. Não era possível afrouxar, portanto, os elos históricos das províncias, mesmo mudando o nome dessas para estados.

Na lúcida observação de AGENOR DE ROURE, em portentosa e meticulosa obra, extraída dos *Anais*: “Felizmente, todas as loucuras federalistas propostas à Constituinte foram rejeitadas, mas ainda ficaram na Constituição, como resultado dessa rajada furiosa, alguns artigos que prejudicaram a obra de RUI BARBOSA. Procurava-se confessadamente preparar a futura independência dos Estados” (*Constituinte Republicana*, p. 21).

Como exemplos do exagero federalista, podem ser citados os seguintes fatos: aos Estados foi outorgada competência para legislar sobre direito processual (na época denominado de direito adjetivo), mas à União cabia legislar sobre direito material (na época denominado de direito substantivo), como o Código Civil, Penal, Comercial e similares. Era arremedo do sistema norte-americano, porque, lá, o direito processual e o direito material cabem aos Estados até hoje. Os titulares do Poder Executivo dos Estados se chamavam de presidentes e, não, de governadores; os Estados, além das Assembléias Legislativas, podiam ter Senado, como ocorreu com São Paulo e Minas Gerais; os membros do mais alto Tribunal das Justiças dos Estados não mantinham uniformidade de denominação, pois, em São Paulo, eram tratados de ministros; e os próprios Tribunais não tinham a mesma nomenclatura. Tudo isso desapareceu, apenas, com a Constituição Federal de 1934, pela uniformidade de normas impostas aos estados, sem quebra da autonomia.

A Constituinte teve como sede a *Quinta da Boa Vista*, em São Cristóvão, Rio de Janeiro (hoje museu) e durou apenas três meses e nove dias. A de 1934, oito meses (15-11-33 a 16-7-34); a de 1946, sete meses e 17 dias (1.º-2 a 18-9-1946), a de 1988, mais de ano e meio! Em 1937 não houve, porque a Carta foi imposta à Nação pela fala ao microfone por Getúlio Vargas, que se intitulou de “Presidente da República”, rasgando a Constituição de 1934, que prometera manter e cumprir e sob cuja égide tinha sido eleito para aquele cargo pela própria Assembléia, derrotando Borges de Medeiros (“a criatura contra o criador”!). E a de 24-1-1967, depois alterada pela Emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969, teve feitura anômala: o Congresso Nacional ordinário foi transformado, em passe de mágica, em Poder Constituinte...!

A de 1891 foi a de menos tempo de elaboração e a de maior duração (24-2-1891 a 3-11-1930), mas a melhor de todas.

A Constituição Federal de 1891

A Constituição Federal de 1891 foi a segunda do Brasil, antecedida da Imperial, de 1824, essa com a longa vivência de 67 anos. Seu texto era sintético, sem entrar em minúcias como as subsequentes, principalmente

as de 1934 e 1988 (essa bate o recorde!). Como chiste, chegou a ser afirmado, quanto à de 1934, que somente faltou inserir o horário dos trens da Central do Brasil. . . A ora vigente, na mesma linha daquela, adaptada à época, apenas não tem o horário das companhias aéreas. . .

A nossa primeira Carta Magna republicana traduzia o espírito liberal dentro do surto mundial, ainda impregnado das idéias da Revolução Francesa. Os chamados direitos sociais, que somente se transformaram em cânones constitucionais com a Constituição alemã de Weimar em 1919, e, daí, alastrarem-se para as demais Cartas do Ocidente que iam surgindo. A matéria, pela sua complexidade e extensão, exigia longa série de dispositivos, procurando o legislador prever, o mais possível, todas as garantias asseguradas aos hipossuficientes, que, aqui, em cada Lei Maior foram sempre ampliadas, e com a criação de novas, para tornar a ordem social mais humana. Mas um texto prolixo, como o nosso atual, estratifica o ordenamento jurídico, pois qualquer mudança exige emenda com os requisitos rígidos da própria Constituição. Isso levou, presentemente, a uma situação inédita no mundo: já ser marcado, no próprio corpo, o prazo de 5 anos para a revisão constitucional, fato que revela a dubiedade dos constituintes quanto à subsistência longeva, normalmente, de suas normas e princípios (art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Melhor seria, como fez a Constituição de 1891 e, de certo modo, também, a de 1946, embora essa bem mais detalhada do que aquela, como era natural, pela diversidade dos problemas surgidos com a moderna mentalidade, não contemplar minúcias. O aconselhável é indicar o assunto em suas linhas gerais bem amplas, ficando o resto para a legislação ordinária ou complementar regularem. Das Constituições brasileiras de 1934 à de 1988, a melhor foi a de 1946 indubitavelmente pelo conteúdo e técnica.

A Constituição de 1891 contemplou apenas 91 artigos permanentes e sete das Disposições Transitórias. Mas, sobretudo para corrigir as deformações com que o Poder Executivo aplicava o texto, em detrimento dos direitos individuais, RUI BARBOSA, apesar de seu principal autor, pregava, com ardor, a reforma já no fim da primeira década (1909), com a plataforma da campanha presidencial conhecida como "civilista". Reite-rou seus propósitos em entrevista ao *Correio do Povo*, de Porto Alegre, em 1919: "Em todos meus discursos, escritos e atos públicos sobressai constantemente a nota da revisão constitucional como assunto inadiável, urgente, predominante a todos os outros".

De qualquer forma, a Constituição Federal de 1891, embora com defeitos que sua aplicabilidade revelou, pode ser considerada verdadeiro monumento legislativo. Teve o papel relevante de substituir a Monarquia pela República, de estrutura e objetivos tão díspares, como é óbvio. Basta ressaltar a mudança do parlamentarismo pelo presidencialismo, no molde

norte-americano. Note-se, aliás, que a adoção do presidencialismo não gerou maiores controvérsias, pois a Assembléia Constituinte era maciçamente presidencialista, mas não totalmente. Os mais ilustres defensores do parlamentarismo foram ROSA E SILVA, NILO PEÇANHA, CESAR ZAMA e LUIS MURAT. Esse, com a derrota de sua idéia, deixou de assinar a Constituição, como protesto. Grande influência exerceu para consolidar o novo sistema — concepção genial dos norte-americanos — a obra *Do Governo Presidencial*, de lavra de ASSIS BRASIL, na qual foram sugeridas alterações de cunho parlamentarista e que vieram a ser acolhidas na Carta de 1934 e nas subseqüentes: comparecimento dos Ministros ao Congresso Nacional, por convocação ou espontaneamente; presença dos partidos oposicionistas nas comissões permanentes do Congresso Nacional; voto proporcional nas eleições (v. AFONSO ARINOS, op. cit., p. 135, n.º 212). ASSIS BRASIL, apesar de presidencialista convicto e ardente, sempre foi tolerante, a ponto de, ao fundar-se o Partido Libertador, no Congresso de Bagé de 1928, e redigir o programa, deixou a questão em aberto para a nova agremiação poder abrigar presidencialistas e parlamentaristas, esses oriundos do Partido Federalista de SILVEIRA MARTINS. Mas esta situação deixou de existir quando, em 1945, o Partido Libertador voltou a funcionar, depois de fechado com os demais pelo famigerado Estado Novo, cujo novo programa foi intransigente com a adoção expressa do parlamentarismo. Com isso, vários libertadores não puderam voltar ao partido, por manterem suas convicções presidencialistas, salvo se as abjurassem em favor do parlamentarismo, em falsa posição ideológica.

A organização do Poder Judiciário originou discussões doutrinárias por causa da Federação. No Império, havia a unidade da magistratura — todos os órgãos submetidos ao poder central — e no regime federativo, *entendia-se que deveria existir a dualidade: Justiça Federal e Justiça Estadual*. Tal situação exigiria a dualidade legislativa processual: um processo para a Justiça Federal e um para cada Estado, sem importar a uniformidade de normas. Isso perdurou, em parte, até a Constituição de 1934, que manteve a dualidade de justiça (extinta na Carta de 1937 e na de 1946, mas restaurada em 1965, por emenda a essa última), porém, criou a unidade processual — Código de Processo Civil e Penal para todos os Estados, que subsiste até agora. Dentro de linhas gerais adotadas pela Constituição de 1934 até à presente de 1988, cada Estado elabora a sua organização judiciária própria, embora, agora, sujeita à Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), de 1979, que será substituída pelo Estatuto da Magistratura (art. 93 da CF, de 1988).

Na Constituição de 1891, as garantias previstas apenas incidiam para os magistrados federais, cabendo a cada Estado prescrever os preceitos para os seus juizes e órgãos. O Supremo Tribunal Federal, porém, as estendia aos juizes estaduais. Entretanto, a Constituição de 1934, seguida

pelas demais *subseqüentes*, estatuiu, expressamente, que as clássicas garantias — vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos — se aplicavam também aos Estados.

Tudo, na primeira Carta republicana, era corolário do exagero na concepção federalista, pouco a pouco atenuado e, até, restringido.

Como órgão proeminente do Poder Judiciário, foi instituído o Supremo Tribunal Federal, que substituiu o Supremo Tribunal de Justiça do Império. Seu modelo foi o da Corte Suprema dos Estados Unidos.

Sua criação foi decorrência inelutável do regime federativo com a dualidade judiciária e a competência da União de legislar sobre o direito material e dos Estados quanto ao direito processual.

Sua função máxima era a de resguardar a inteireza, pureza e autoridade da legislação federal, pela aplicabilidade dispersa por meio das justiças estaduais. Sem um controle único e superior, aquela legislação — e a própria Constituição Federal, como a Lei Maior — poderia ficar fragmentada, perdendo a unidade necessária à força de suas normas. Para isso, foi concebido o recurso extraordinário, pelo qual, nas violações pelos tribunais dos Estados, seria preservada a autoridade da lei federal afrontada. Tornou-se, assim, o Supremo o “guardião da Constituição”. Na verdade, porém, pelas vicissitudes passadas ao longo de todas as Constituições Republicanas, que, cada vez, ampliavam a competência do Supremo, deformando a idéia de sua criação, somente a Carta de 1988 é que lhe assegurou aquela altíssima função. O que antes, praticamente desde a Constituição de 91, era de sua dilatada competência passou agora para o novo Superior Tribunal de Justiça (art. 105).

Graças ao gênio de RUI BARBOSA, transplantando para cá doutrina e prática norte-americanas, foi admitida, mesmo sem texto expreso até a Carta de 1934, a competência do Poder Judiciário, por qualquer dos seus órgãos, para declarar a inconstitucionalidade de lei que vulnerasse a Constituição Federal, sem que houvesse quebra do secular princípio da independência dos Poderes.

A Constituição — elaborada por 63 senadores (até hoje três representantes por Estado, agora com 81 em nome de 27) e 205 deputados — resistiu por 35 anos incólume. Mas, depois de três décadas de vigência, na pureza de seu texto, já se prenunciava certa a advertência de RUI BARBOSA no seu último discurso no Senado: “Convenci-me de que, sem a revisão, a Carta Republicana de 1891 está perdida.”

No governo do Presidente ARTUR BERNARDES, na abertura da primeira sessão da 12.^a Legislatura, em 1924, foi aventada a revisão cons-

titucional pela primeira vez, oficialmente, com esta justificativa na mensagem presidencial: "A prática, porém, de mais de um ano de governo convenceu-nos da alta conveniência, senão da necessidade, de alguns retoques e modificações que suprimam obstáculos opostos ao progresso do Brasil". Os trabalhos decorreram, no Congresso Nacional, de 3 de julho de 1925 a 7 de setembro de 1926, data em que foi promulgado o novo texto, que, em síntese, tinha as seguintes emendas ao teor original: 1. Intervenção federal nos Estados; 2. Atribuições ao Poder Legislativo; 3. Feitura das leis; 4. Competência da Justiça Federal; e 5. Direitos e Garantias Individuais. A nova redação de nossa primeira Carta Republicana durou até 11-11-1930, quando foi expedido o Decreto n.º 19.398, após a vitória da Revolução, regulando a competência do Governo Provisório de Getúlio Vargas. AFONSO ARINOS alça aquele decreto aos páramos de "Constituição Provisória, outorgada por um poder de fato" (op. cit. p. 172, n.º 267). A primeira República, assim, começou com o Decreto n.º 1, de 15-11-1889, e terminaria também com um decreto.

Como fato histórico relativo ao Rio Grande do Sul, evocaremos os gaúchos que subscreveram a Constituição de 1891, formando, mesmo jovens, a mais luzida plêiade de nossa gente pelo valor cultural, espírito cívico e pendor político:

Senadores — Ramiro Fortes Barcellos, Júlio Anacleto Falcão da Frota e José Gomes Pinheiro Machado.

Deputados — Victorino Riberto Carneiro Monteiro, Joaquim Pereira da Costa, Antônio Gonçalves de Faria, Júlio de Castilhos, Antonio Augusto Borges de Medeiros, Alcides de Mendonça Lima, J. F. de Assis Brasil, Thomaz Thompson Flores, Joaquim Francisco de Abreu, Homero Baptista, Manoel Luiz da Rocha Osório, Alexandre Cassiano do Nascimento, Fernando Abbott, Demétrio Nunes Ribeiro e Antonio Adolpho de Fontoura Menna Barreto.

Castilhos integrou a comissão mista de 21 para estudar o projeto. Todos participaram da propaganda republicana, mesmo sem resultados imediatos, somente conseguidos com o desfecho de inopino a 15 de novembro de 1889. Mas os obstáculos de então não lhes arrefeciam o idealismo, que os levava à pregação permanente junto ao povo, impulsionados pela esperança da vitória de seus princípios mesmo em tempo incerto.

A Constituição de 1891, mesmo com seus possíveis defeitos, assim como as cinco (34, 37, 46, 67 e 88) que a sucederam, refletindo cada uma a média mentalidade da respectiva época, foi valioso instrumento jurídico e político, para garantir os direitos individuais e preservar as instituições democráticas, dentro da concepção de RUI BARBOSA: "As Constituições não se adotam para tiranizar, mas para escudar a consciência dos povos" (*Oração no Colégio Anchieta*, 1903).

Tarefa dos Partidos Políticos no Processo de Integração da América Latina

ANDRÉ FRANCO MONTORO

Presidente do Instituto Latino-Americano (ILAM), Brasil. Ex-governador e senador do Estado de São Paulo. Membro da Junta Diretiva do Instituto de Estudos Sociais da OIT (Genebra)

SUMÁRIO

1. *Integração da América Latina como imperativo histórico.*
2. *A integração da América Latina nos programas dos partidos políticos da região.*
3. *A função mobilizadora dos partidos políticos.*
 - *Na focalização e debate de problemas de interesse público.*
 - *No acompanhamento e fiscalização da execução de programas.*
 - *Na promoção de entendimento ou concertação social para superação de crises.*
4. *Tarefas que podem ser desempenhadas pelos partidos no processo de integração da América Latina.*
 - *Estudo e discussão de problemas importantes para o desenvolvimento e integração latino-americana: dívida externa, tecnologia adequada, potencial energético dos trópicos, defesa do meio ambiente, desafio da informática, outros temas.*

Trabalho apresentado no Seminário sobre "O Papel dos Parlamentos Regionais no Processo de Integração da América Latina", promovido pelo Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), Brasília, 18, 19 e 20 de setembro de 1989.

- Acompanhamento e fiscalização da execução de programas de cooperação e integração; os 23 Protocolos do Tratado Argentina—Brasil; outros programas.
 - Atuação no sentido de assegurar a participação dos grandes setores da sociedade no processo de integração; participação dos governos, partidos, empresas, trabalhadores e comunidade cultural (ciência, tecnologia, arte).
5. *Parlamento Latino-Americano, órgão específico para a participação dos partidos no processo de integração.*
- Organização e fins do Parlamento Latino-Americano.
 - Tratado de institucionalização do Parlamento Latino-Americano.
 - Eleição direta dos membros do Parlamento Latino-Americano pela população de cada país.
6. *Conclusão.*
- Importância da decisão política.
 - Democracia social, participativa e pluralista.

1. *Integração da América Latina como imperativo histórico*

1.1 — A integração da América Latina não é apenas a aspiração ou o ponto de vista de alguns grupos. Não é também uma opção facultativa. Ela é hoje um imperativo histórico e caminho inafastável para o desenvolvimento real dos países da região e de sua inserção competitiva na economia mundial.

Apesar dos obstáculos e da dificuldade que enfrenta, esse processo de integração progressiva está em marcha. Por vários caminhos, o antigo isolacionismo e a confrontação estão sendo substituídos pelas iniciativas de cooperação e entendimento no plano regional e sub-regional.

Várias razões explicam e justificam amplamente esse processo de união.

1.2 — Em primeiro lugar, há uma exigência de maiores mercados para a expansão normal de importantes setores da economia ligados a novas tecnologias. E a América Latina possui uma população superior a 400 milhões de habitantes. Por outro lado, a junção de esforços pode multiplicar a capacidade das instituições e das empresas locais na corrida tecnológica e na solução de problemas comuns.

1.3 — É por essa razão que, em todas as partes do mundo, nações vizinhas estão se unindo em blocos continentais para melhor assegurar seu progresso e segurança. Aí estão os grandes exemplos da Comunidade Euro-

péia unindo 12 países, o Mercado Comum acordado pelos Estados Unidos e Canadá, o entendimento entre o Japão e os países de recente industrialização do Sudeste Asiático e, no mesmo sentido, o acordo firmado entre Austrália e Nova Zelândia.

Diante desse quadro, as nações da América Latina não podem continuar isoladas, fragmentadas e em atitude de confrontação ou conflito. Sua posição vem se modificando. Na mesma linha da constituição de blocos continentais, elas tomam consciência cada vez mais clara da necessidade de sua união. Juntas, as nações da América Latina possuem população, recursos naturais e peso político, que, se adequadamente combinados, colocarão a região entre as economias mundiais. Separadas e divididas, elas se reduzirão a um conjunto de populações miseráveis e regimes políticos instáveis.

1.4 — Cresce, por isso, entre as lideranças e os múltiplos setores da população, a convicção de que a progressiva integração econômica, cultural, política e social da América Latina é uma exigência básica para o fortalecimento regional, o desenvolvimento real dos diversos países e sua integração efetiva na economia mundial. Até mesmo no Brasil, que por suas dimensões continentais, poderia alimentar a ilusão de um crescimento isolado, esse sentimento integracionista é muito forte. Uma pesquisa de opinião pública, realizada pelo IBOPE (Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística), em agosto de 1987, aponta os seguintes resultados:

1. 88% da população são favoráveis à participação do Brasil em uma comunidade de países da América Latina;

2. essa percentagem sobe para 91,5% na camada da população mais jovem, entre 18 e 24 anos;

3. de forma semelhante, em relação ao grau de instrução, a percentagem favorável se eleva de 78%, entre os de educação primária, para 89%, entre os que cursaram o segundo grau, para chegar a 96%, entre os de nível superior de educação.

Em resumo e significativamente, os mais jovens e os de maior cultura são os mais favoráveis à integração latino-americana.

1.5 — Com base nos fatos apontados e nas aspirações nacionais, as novas Constituições dos países começam a incluir, entre as normas disciplinadoras de suas relações internacionais, o imperativo da cooperação e da integração regional.

Assim, a Constituição do Peru, de 1979, em seu art. 100, fixa essa norma nos termos seguintes: "El Perú promueve la integración económica, política, social y cultural e los pueblos de América Latina con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones".

Na mesma linha, a Constituição do Uruguai, de 1971, estabeleceu como preceito básico: "La República procurará la integración social y económica

de los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a defensa común de sus productos y materias primas" (Sección 1, Capítulo 4, artículo 6).

E a Constituição brasileira, de 1988, fixou essa norma imperativa nos termos seguintes: "A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações" (Artigo 4, parágrafo único).

Em conclusão, a integração da América Latina, apesar das dificuldades que enfrenta, não é o sonho de alguns homens, mas um processo histórico que está em marcha.

2. *A integração da América Latina nos programas dos partidos políticos da região*

Em quase todos os programas dos partidos políticos da região inclui-se a luta pela integração da América Latina.

Entre as primeiras manifestações nesse sentido situa-se o programa do APRA, lançado no Peru por HAYA DE LA TORRE. Mas foi a CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina), criada em 1947, a principal instância com que o subcontinente contou para sua conscientização e ação conjunta, em face do problema da integração.

Partidos de diferentes matizes políticos e ideológicos assumiram a bandeira integracionista e tomaram iniciativas importantes no sentido de seu fortalecimento.

Em 1957, realiza-se em São Paulo o II Congresso Internacional da Democracia Cristã, com a participação dos partidos políticos da região e dedicado ao estudo da "Integração econômica, social e política da América Latina". Com esse título foi publicado um livro (Editora Agir, Rio de Janeiro, 1958) com trabalhos de ALCEU AMOROSO LIMA, JOSE MUSALEM SAFFRE (Chile), FRANCO MONTORO (Brasil) e VENANCIO FLORES (Uruguai). No livro consta a seguinte definição programática: "Os partidos democratas-cristãos declaram que o atraso cultural, a debilidade política, o limitado desenvolvimento econômico, o baixo nível de vida e as agudas tensões sociais, que ameaçam a América Latina, são consequência inevitável da fragmentação de suas economias e só poderão ser corrigidas pela rápida aplicação de formas concretas de integração" (página 25). E a luta por essa integração constitui um dos objetivos expressos do programa da ODCA (Organização Democrata Cristã da América), fundada em 1949.

Na mesma linha, foram constituídos o Bureau Latino-Americano da Internacional Socialista e outros organismos regionais, reunindo partidos políticos e lideranças locais em defesa da democracia, dos direitos humanos

e do desenvolvimento integrado. Entre essas novas organizações está o Comitê Permanente dos Partidos Políticos da América Latina (COPPPAL), criado por iniciativa do PRI mexicano e outros partidos de inspiração democrática e socialista.

No Brasil, os principais partidos incluem no seu programa a luta pela união da América Latina, nos termos seguintes:

— “O Brasil deve esforçar-se para que a cooperação entre os povos alcance seu grau mais elevado na América Latina, promovendo a integração econômica, social e cultural de seus povos, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. O recente programa de integração com a Argentina e Uruguai deve ser aperfeiçoado e intensificado de maneira a constituir o núcleo de atração para os demais países da área” (PSDB, 1989).

— “Fortalecimento dos entendimentos para acelerar a integração da América Latina” (MDB, 1967).

— “Lutar pela unidade e independência dos países latino-americanos, objetivando a conquista e a consolidação da democracia através da solidariedade com as lutas de seus movimentos populares e o apoio a todas as reivindicações fundamentais de seus povos, desenvolvendo no plano econômico relações destituídas de pretensões hegemônicas de qualquer ordem” (PDT, 1980).

— “Defender uma política externa que promova maior integração da América Latina nos planos político e econômico, buscando o fortalecimento dos pactos regionais e da comunidade continental” (PDS, 1980).

— “O partido lutará pela organização dos países do Terceiro Mundo e pelo maior entendimento entre as nações latino-americanas em sua luta comum pela afirmação soberana de seus interesses nacionais, inclusive na negociação profunda de uma dívida externa contraída por governos ilegítimos já paga pela espoliação secular de nossos povos” (PSDB, 1988).

— “O Brasil deve defender a maior integração da América Latina, buscando o fortalecimento dos pactos regionais e a criação de uma comunidade continental” (PL, 1988).

A luta pela integração da América Latina é, assim, um quase consenso dos partidos políticos da região.

3. A função mobilizadora dos partidos políticos

3.1 — Como formações sociais orientadas para a conquista e o exercício do poder político, os partidos exercem ampla função mobilizadora. Podemos apontar, entre outras, três grandes linhas de atuação que podem ser desempenhadas modernamente pelas agremiações políticas: primeiro, no debate dos problemas nacionais, segundo, no controle e execução de programas e, terceiro, na realização de pactos ou entendimentos, unindo os

grandes setores da sociedade para a superação de crises ou solução de problemas mais graves.

3.2 — Em primeiro lugar, é função dos partidos focalizar os grandes problemas do país, promover o seu estudo e o debate das soluções possíveis, através de conferências, simpósios, reuniões de trabalho e discussão, cursos, etc. Esses debates e sua divulgação pela imprensa, rádio, televisão e demais meios de comunicação desempenham importante tarefa de conscientização da opinião política.

3.3 — Além disso, os partidos, quer estejam no exercício do poder ou na oposição, podem desempenhar relevante papel no controle e execução de programas econômicos, sociais, políticos e culturais. No exercício do poder, é sua tarefa executar os planos de governo e enfrentar os obstáculos que lhes forem opostos. Se na oposição, os partidos podem acompanhar e fiscalizar a execução dos programas, zelando por sua fidelidade ao interesse público.

3.4 — Finalmente, cabe aos partidos políticos nos dias atuais uma nova tarefa: a promoção do entendimento entre as grandes forças representativas da sociedade no sentido de um "pacto" ou "concertação social", destinado a unir esforços na solução de graves problemas de interesse nacional. Sob formas diferentes, essas experiências de "concertação social" vêm se multiplicando nas democracias da Europa e da América Latina. Como exemplo podem ser citados: o Pacto de Moncloa, na Espanha, o Compromisso Histórico, dos principais partidos, na Itália, e as múltiplas experiências de "concertação social" documentadas em dois recentes volumes da revista *Travail et Société*, do Instituto Internacional de Estudos Sociais, da OIT, Genebra, 1987.

Como participantes desses entendimentos ou pactos nacionais, figuram habitualmente representantes dos seguintes setores da sociedade:

1. Empregados e trabalhadores;
2. Empresários ou empregadores;
3. Governo, representado pelo Poder Executivo;
4. Partidos políticos e representação parlamentar.

Além desses setores, outros podem ser convocados. Por sua importância cada vez maior na vida e desenvolvimento das nações, impõe-se em muitos casos a participação de representantes da comunidade cultural, incluindo os diversos setores da ciência, arte e tecnologia. E, em algumas experiências de ação conjunta, tem havido, ainda, a participação ativa de instituições representativas da sociedade civil. No Brasil, algumas experiências de concertação têm tido como atores a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), a CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), a ABI (Associação Brasileira de Imprensa) e outras entidades semelhantes.

4. *Tarefas que poderão ser desempenhadas pelos partidos no processo de integração da América Latina*

4.1 — No exercício das funções mencionadas os partidos podem desempenhar importantes tarefas no processo de cooperação e integração regional, especialmente debatendo problemas, acompanhando a execução de programas se promovendo a “concertação social” ou entendimento conjunto das forças sociais.

4.2 — Podem os partidos, em primeiro lugar, promover o estudo e o debate de problemas fundamentais ao desenvolvimento e integração da América Latina, tais como os desafios da dívida externa, do avanço tecnológico, do meio ambiente, da informática e outros.

A dívida externa é hoje o grande obstáculo ao desenvolvimento da região. Os estudos e debates que vêm sendo realizados no âmbito regional apontam aspectos da maior gravidade e alcançam repercussão internacional. O próprio ex-Secretário de Estado norte-americano, HENRY KISSINGER, reconheceu essa situação nos seguintes termos: “Desde fins de 1982 a América Latina pagou aproximadamente 235 bilhões de dólares em juros. Mas sua dívida aumentou 50 bilhões de dólares. Hoje, a América Latina, uma região subdesenvolvida, se transformou em exportadora de capital, o que constitui uma situação injusta e insustentável” (BUSH y la deuda latino-americana, *Clarín*, Buenos Aires, 8 de fevereiro de 1989).

Por sua importância e complexidade, o problema da dívida deve ser amplamente examinado e debatido não apenas nos seus aspectos econômicos e financeiros, mas, também, do ponto de vista ético, social, jurídico e político. É o que vem sendo feito em sucessivos estudos, conferências, congressos e seminários ⁽¹⁾. Eles demonstram que o problema da dívida externa chega a pôr em risco a consolidação do regime democrático no continente e ameaçar a paz internacional.

Outro tema que pode e deve merecer a atenção dos partidos, e ser objeto de um debate continental, é o desafio tecnológico. A tecnologia é

(1) Ver, entre outros, Embaixador ESPECHE GIL (Argentina), “Illicitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa” (1989); Senador FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, relatório final da Comissão Especial do Senado, “A ditadura da dívida”, Editora Brasiliense, São Paulo; FERNÃO BRACHER, “A problemática do endividamento externo do ponto de vista de um país em desenvolvimento”, Brasília, janeiro, 1989; PARLAMENTO LATINO-AMERICANO, “Assembleia Parlamentar Latino-Americana para a Dívida Externa”, Brasília, dezembro, 1987; CEPAL, “La evolución del problema de la deuda externa en América Latina y el Caribe”, março, 1988; BOLIVAR ROCHA, “La crise de l'endettement: nouvelles tendances”, Milão, 1988; FUC RIO, “O Rio discute a dívida”, Seminário sobre a dívida externa, 1987; GONZALO BIGGS, “A crise da dívida latino-americana e alguns precedentes históricos”, Editora Paz e Terra, 1988; Ministro BRESSER PEREIRA, “Da crise fiscal à redução da dívida”, “Brasil: uma dívida muito alta”, “A dívida da ONU”, 1988; OSVALDO HURTADO, “Deuda y Concertación: seis años después”, 1989; FRANCO MONTORO, “Uma Visão Global da Dívida Externa da América Latina, Aspecto Financeiro, Social, Ético, Jurídico e Político”, Roma, 1987.

instrumento fundamental do desenvolvimento. E constitui hoje um dos pontos críticos do processo de crescimento e integração da América Latina. Esse assunto foi focalizado e debatido no Curso sobre problemas e perspectivas de integração da América Latina, promovido em Brasília pelo ILAM e o Grupo Brasileiro do Parlamento Latino-Americano. No decorrer desse curso, ao falar sobre "Dependência Tecnológica da América Latina", o Professor BAUTISTA VIDAL abordou alguns pontos que demonstram a importância do problema e merecem ser lembrados. Temos adotado o processo de "transferência" de tecnologia, trazendo para nossos países estruturas industriais elaboradas para os países centrais e adequadas às suas condições e interesses, que freqüentemente não coincidem com os nossos. Assim, na fabricação de um automóvel interferem aproximadamente 30 mil itens tecnológicos de componentes e peças, cuja escolha e determinação ficam na dependência de decisão de órgãos centrais situados no exterior e são naturalmente adequados às circunstâncias e preferências dos países-sede. São opções e decisões tomadas no exterior e embutidas nos pacotes tecnológicos em uso na estrutura produtiva de nossos países.

Na mesma linha, nossa indústria siderúrgica adotou a tecnologia mais moderna disponível, que era a japonesa. Mas o Japão, tendo em conta suas características, disponibilidades e interesses, havia optado por uma siderurgia fundada no carvão mineral, importado principalmente da Austrália, nação mais próxima. O Brasil, que tem algumas das maiores reservas de minério de ferro do mundo, não poderia adotar essa tecnologia, porque não dispõe de carvão mineral adequado, mas possui o mais elevado potencial mundial de carvão vegetal, para cuja utilização é necessária, não a "transferência" de tecnologia complexa e cara, mas a elaboração e desenvolvimento de tecnologias adequadas. Como diz o citado professor da Universidade de Brasília e ex-Secretário de Tecnologia Industrial, "jamais uma solução siderúrgica brasileira poderia se fundamentar no uso do carvão mineral importado em vez do carvão vegetal abundante e de altíssima produtividade, por estarmos localizados nos trópicos".

Das conclusões do Prof. Bautista Vidal devemos nos fixar naquilo que é essencial, ou seja, a busca de soluções próprias e adequadas à nossa realidade.

Da mesma forma, adverte, no campo da energia, quase toda a indústria moderna e demais modalidades de desenvolvimento das grandes potências estão fundamentadas no uso de petróleo. Situadas em regiões temperadas e frias, elas não dispõem do potencial energético dos trópicos. Tiveram que optar, por isso, pelo uso da energia fóssil, que é uma forma limitada de energia e leva 500 milhões de anos para se formar. Caminharam, assim, na direção suicida de concentrar toda sua capacidade na produção de uma forma de energia definitivamente limitada e concentrada em alguns pontos do planeta. Como modalidade de energia não renovável, as reservas de petróleo atualmente conhecidas estarão esgotadas para o consumo comercial

no prazo de 30 anos aproximadamente. Mas as grandes fontes de energia têm o sol por origem. Estão nesse caso o próprio petróleo, o gás natural, o carvão mineral e outras formas fósseis, mas também a biomassa e demais formas renováveis de energia. A geometria, a energia das marés e a energia nuclear são as únicas exceções de fontes energéticas utilizadas pelo homem que não têm o sol por origem. Para que se tenha idéia do imenso potencial energético da América Latina, basta considerar a quantidade de energia solar que se concentra nos trópicos e é rarefeita nas regiões temperadas e frias em que se localizam os países centrais. Todas as reservas de petróleo conhecidas correspondem a apenas um dia de incidência da energia solar concentrada nos trópicos. A América Latina é o continente que detém as grandes reservas energéticas e renováveis do planeta Terra. Mas ignora esse imenso potencial energético e não sabe como utilizá-lo.

Outro problema que precisa ser estudado e debatido no plano latino-americano é o do meio ambiente. Basta mencionar os casos da Amazônia e do Pantanal, reservas ecológicas de valor e potencialidades que superam nossa imaginação e constituem um desafio direto a um conjunto de nações da América Latina. "A união de vontades da Bolívia, do Brasil, da Colômbia, do Equador, da Guiana, do Peru, do Suriname e da Venezuela faz hoje nascer, para a história, uma nova Amazônia, destinada a ser terra de encontro e de colaboração entre povos da América", com essas palavras foi saudada a assinatura do Tratado de Cooperação Amazônica, em 3 de julho de 1978.

Tarefa desafiadora e gigantesca de utilizar racionalmente as imensas riquezas e potencialidades da região, sem sacrificar a sua ecologia.

Estudo recente do SELA (Sistema Econômico Latino-Americano) nos adverte sobre a importância de outro tema que deve ser focalizado e debatido pelos partidos. "Desafio informático e suas implicações sobre a América Latina" é o título sugestivo dessa publicação⁽²⁾. Ela nos lembra que a informática está na base das profundas transformações que se produzem no mundo atual. O tratamento automático das informações está cada vez mais presente na vida quotidiana e determina em grande parte as mudanças que conduzem a uma nova divisão internacional do trabalho. Mas a informática não é neutra: ela serve ao desenvolvimento ou assenta as bases de uma dependência mais profunda. Sua utilização significa poder. Por isso, a informática não pode ser tratada como questão meramente tecnológica. Para os povos latino-americanos impõe-se a necessidade de examinar as possibilidades de cooperação regional nesse campo, como uma das alternativas para que os países possam incorporar-se à revolução informática dentro de uma perspectiva de desenvolvimento autônomo.

Além dos problemas mencionados, muitos outros, de importância vital para o continente, deveriam ser focalizados e debatidos por iniciativa de

(2) "El reto informático y sus implicaciones sobre América Latina", Papeles del SELA, nº 9, Ed. de la Flor, Buenos Aires, 1987.

nossos partidos. Entre outros, podem ser lembrados o problema da fome e da produção local de alimentos, a importância econômica, social e política das pequenas empresas, a questão do narcotráfico, o quadro das empresas transnacionais dentro da nova ordem econômica mundial, as novas funções do Estado etc.

4.3 — Cabe também aos partidos políticos acompanhar, avaliar a fiscalização, a execução de programas, acordos, protocolos e tratados estabelecidos no âmbito regional e sub-regional.

A tarefa de acompanhar e fiscalizar a execução de programas de interesse público deve ser amplamente exercida. Não basta que os programas sejam fixados ou os acordos solenemente firmados. É preciso zelar para que sejam executados e realmente cumpridos.

Abre-se, nesse campo, amplas oportunidades para a atuação dos partidos. Como amostra, pode ser mencionado o Tratado de Cooperação e Integração entre a Argentina e o Brasil, com seus 23 protocolos já firmados e referentes aos seguintes assuntos:

— equipamentos e demais bens de capital: medidas de cooperação, desenvolvimento tecnológico e intensificação do comércio entre os dois países, com cláusulas preferenciais e isenção tributária (Protocolos 1 e 2);

— trigo: cláusulas de preferência para o abastecimento de trigo argentino para o Brasil (Protocolo 2);

— preferências recíprocas para a complementação do abastecimento alimentar (Protocolo 3);

— novas listas e normas para expandir o comércio entre ambos os países (Protocolo 4);

— estabelecimento de normas jurídicas para a criação e financiamento de empresas binacionais (Protocolo 5);

— criação de um crédito *stand-by* de 200 milhões de dólares, revisto periodicamente, para impedir que se interrompa o intercâmbio comercial entre os dois países (Protocolo 6);

— criação de um fundo de inversões, com a contribuição inicial de 100 milhões de dólares de cada parte, para empréstimos de médio e longo prazos, destinados a promover o crescimento econômico e privilegiando o setor de bens de capital (Protocolo 7);

— cooperação no campo da energia: incluindo o gás, a eletricidade, o petróleo e a energia nuclear; os protocolos prevêm o fornecimento de gás pela Argentina com os estudos de viabilidade do gasoduto São Jerônimo—Porto Alegre; no setor da eletricidade, a dinamização dos projetos existentes e estudos sobre seu impacto ambiental, aproveitamento do poten-

cial hidroelétrico de Garabi, do complexo de Limay-Médio e, especialmente, a interconexão entre os sistemas elétricos brasileiro e argentino; os acordos prevêem, ainda, participação conjunta na exploração do petróleo e intercâmbio de produtos petrolíferos e, finalmente, medidas e cooperação na área nuclear, restringindo seus programas afins totalmente pacíficos e designando organismos responsáveis pela informação e controle de emergências radiológicas (Protocolos 8, 11 e 17);

— biotecnologia: articulação dos núcleos de pesquisas e desenvolvimento já existentes e criação de um Centro, com um fundo comum, destinado à pesquisa aplicada em biotecnologia com o objetivo de alcançar maior independência tecnológica, especialmente nas áreas prioritárias da saúde, agropecuária, agroindústria e energia (Protocolo 9);

— criação de um centro de altos estudos econômicos para observar o comportamento das estruturas econômicas de ambos os países com a publicação e difusão dos respectivos trabalhos (Protocolo 10);

— cooperação técnica, industrial e comercial entre as indústrias aeronáuticas para atender ao mercado interno e ao mercado internacional (Protocolo 12);

— no campo da siderurgia: medidas de cooperação e complementação mediante acordo entre as empresas e entidades locais, com vistas ao desenvolvimento tecnológico e ao maior grau de eficiência econômica (Protocolo 13);

— no tocante ao transporte: medidas de simplificação e racionalização do transporte terrestre e, quanto ao transporte marítimo, implementação de fórmulas que permitam melhor coordenação, especialmente entre os transportes de trigo e minério de ferro (Protocolos 14 e 15);

— no setor das comunicações: cooperação no desenvolvimento tecnológico dos sistemas e meios de comunicação, especialmente na área de redes digitais, serviços telemáticos e sistemas de transmissão (Protocolo 16);

— no campo da cultura: estreitamento dos vínculos de natureza cultural nas áreas de cinema, televisão, rádio, livros, artes visuais, teatro, música, institutos culturais e recursos humanos (Protocolo 18);

— administração pública: medidas de cooperação, tendo como tarefas prioritárias a reforma administrativa, a formação de recursos humanos, planos de carreira, descentralização da administração pública e intercâmbio entre setores específicos (Protocolo 19);

— criação de uma moeda comum, o "gaúcho", e de um fundo de reserva para seu respaldo (Protocolo 20);

— medidas de integração das regiões fronteiriças no âmbito cultural, educativo, técnico-científico, turístico, de transporte e empresarial (Protocolo 23).

Como esses, há inúmeros outros acordos, protocolos e programas de cooperação entre países da América Latina, cuja execução deve ser acompanhada. Mencionamos os protocolos que integram o Tratado de Cooperação Brasil—Argentina, com a participação do Uruguai em alguns casos, por sua importância e significação histórica. Eles constituem o ponto de partida de uma integração continental mais ampla. Na Europa, também, o primeiro passo para a integração foi o entendimento inicial entre duas das maiores nações do continente, França e Alemanha, com a participação de outras menores, na constituição da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA).

Os partidos poderão acompanhar e controlar a execução dos programas de interesse para a integração e desenvolvimento da América Latina, através de sua representação nos Parlamentos nacionais e no Parlamento Latino-Americano, principalmente mediante requerimento de informações, utilização das comissões permanentes e instauração eventual de comissões especiais de investigação.

4.4 — Em outro plano, os partidos podem atuar no sentido de ampliar a participação dos grandes segmentos da sociedade no processo de integração continental. Esse processo não pode se limitar à ação dos governos e às decisões dos administradores e burocratas.

Os “pactos nacionais” ou experiências de “concertação social”, com o objetivo de unir esforços de toda a comunidade para a solução de problemas fundamentais, constituem exemplos que, com as devidas adaptações, podem ser levados ao plano regional.

Nesse sentido, como primeira sugestão deve ser considerada a idéia da criação de um conselho ou comissão parlamentar no seio da ALADI (Associação Latino-Americana de Integração).

O processo de integração não deve ser visto apenas como tarefa do Governo, ou do Executivo, mas sim de toda a sociedade. Os Parlamentos, por sua função representativa, legislativa e fiscalizadora, devem participar desse processo.

Além disso, a ALADI não deveria permanecer à margem da tendência para generalização e consolidação do sistema de democracia representativa na região. Uma comissão ou conselho parlamentar, como expressão institucional da dimensão política do processo de integração regional, contribuiria para superar a visão estritamente comercialista desse processo e levá-lo ao debate público, com a participação da população dos Países-Membros, através de seus representantes.

Por outro lado, essa comissão ou conselho parlamentar, no âmbito da ALADI, viria complementar os trabalhos do fórum mais amplo e geral que é o Parlamento Latino-Americano.

Do ponto de vista de sua organização, o conselho poderia ser criado por uma decisão dos Governos, em nível ministerial. E deveria ser constituído por membros do Parlamento de cada um dos países, com base em alguma proporcionalidade, como no caso do Parlamento Europeu.

Essa proporcionalidade poderia ter como fundamento a população de cada país, estabelecendo-se seis representantes para os países de maior, quatro para os de média e dois para os de menor população.

O conselho deveria reunir-se uma ou duas vezes por ano, na sede da ALADI. Não tomaria decisões no sentido formal do termo, mas daria impulso no mais alto nível às políticas de cooperação e integração regional.

Ao lado da representação política dos Parlamntos, deveria ser instituída alguma representação dos grandes segmentos sociais, que são os principais interessados e atores no processo de integração, a saber: os empresários, os trabalhadores e a comunidade cultural, integrada pelos que se dedicam à ciência, às artes e à tecnologia.

5. *Parlamento Latino-Americano, órgão específico para a participação dos partidos no processo de integração*

Nossas agremiações políticas podem desempenhar todas as tarefas que acabamos de examinar, mas o órgão adequado e específico para a atuação dos partidos no processo de integração regional é o Parlamento Latino-Americano.

Fundado em Lima, em 10 de dezembro de 1964, ele é um organismo permanente e unicameral, constituído pelos Parlamntos da América Latina, representados por delegações compostas por um número máximo de 16 membros designados de acordo com o procedimento interno de cada um deles. Em qualquer caso, essas delegações devem representar proporcionalmente os partidos políticos existentes no respectivo Parlamento nacional.

Os fins do Parlamento Latino-Americano estão assim definidos em seus estatutos vigentes, aprovados na IX Assembléia Ordinária, realizada no México D.F., julho de 1979:

a — promover e encaminhar a integração política, social, econômica e cultural dos países latino-americanos;

b — sustentar o pleno império da liberdade, da justiça social e o exercício efetivo da democracia representativa;

c — zelar pelo respeito absoluto dos direitos humanos;

d — fomentar o desenvolvimento integral da comunidade latino-americana;

e — lutar pela superação de toda forma de colonialismo ou neo-colonialismo na América Latina;

f — contribuir para a afirmação da paz, da ordem jurídica e da segurança internacionais;

g — propugnar por todos os meios possíveis para o fortalecimento dos Parlamentos, a fim de garantir a ordem constitucional dos Estados, assim como para o restabelecimento daqueles que tenham sido dissolvidos.

São órgãos do Parlamento Latino-Americano:

1. a Assembléia, que é seu plenário e órgão soberano; a Assembléia reúne-se ordinariamente a cada dois anos, alternadamente, nos países que integram o Parlamento e, extraordinariamente, quando convocada pela Assembléia ou pela Junta Diretiva;

2. a Junta Diretiva, integrada por um Presidente, seis Vice-Presidentes e seu Secretário-Geral;

3. as Comissões Permanentes e Comissões Temporárias, incumbidas de examinar e dar parecer sobre os assuntos que foram submetidos a seu estudo;

4. a Secretaria Geral, que é o órgão coordenador permanente do Parlamento, integrada pelo Secretário-Geral (com um Alterno e um Adjunto), tantos Secretários Nacionais quantos forem os Parlamentos membros, com sua designação feita pelo respectivo Parlamento, e um Diretor de Departamento Técnico.

Durante o período em que os países da região, em sua maioria, estiveram dominados por regimes autoritários e, quase sempre, com Legislativos dissolvidos, o Parlamento Latino-Americano teve sua atividade grandemente prejudicada. Mas o retorno da democracia, que alcança hoje o continente, abre novas perspectivas para o fortalecimento de sua atuação.

Um primeiro ponto é sua institucionalização por um tratado internacional. Esse tratado foi firmado em Lima, Peru, em 16 de novembro de 1987, pelos representantes, plenipotenciários, devidamente credenciados pelos seguintes países: Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. A ratificação do Tratado vem sendo feita regularmente por todos os países signatários.

Pelo Tratado "os Estados-Partes convêm a institucionalização do organismo regional permanente e unicameral, denominado Parlamento Latino-

Americano". E fixam, como seus objetivos, os seguintes princípios permanentes e inalteráveis:

- a) a defesa da democracia;
- b) a integração latino-americana;
- c) a não-intervenção;
- d) a autodeterminação dos povos para obter, em seu regime interno, o sistema político, econômico e social que livremente decidam;
- e) a pluralidade política e ideológica como base de uma comunidade latino-americana democraticamente organizada;
- f) a igualdade jurídica dos Estados;
- g) a condenação à ameaça e ao uso da força contra a independência política e a integridade territorial dos Estados;
- h) a solução pacífica, justa e negociada das controvérsias internacionais; e
- i) o predomínio dos princípios de direito internacional referentes às relações de amizade e à cooperação entre os Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas.

Nesta nova fase de institucionalização do Parlamento Latino-Americano, coloca-se uma questão de importância fundamental para o processo de integração: como deverão ser escolhidos os membros do Parlamento? Por indicação dos congressos e assembleias nacionais ou pelo voto direto da população de cada país?

No Parlamento Europeu, inicialmente seus membros eram indicados pelos parlamentos nacionais. Mas, a partir de 1979 eles passaram a ser eleitos diretamente pelo eleitorado de cada nação. Parece razoável que processo semelhante se realize no Parlamento Latino-Americano e os representantes de cada país sejam eleitos pelo voto universal, secreto e direto da respectiva população.

As vantagens e benefícios da eleição direta são patentes. Além de sua maior autenticidade, o voto direto e a campanha eleitoral que o precede contribuirão decisivamente para a divulgação dos problemas e soluções vinculados ao tema da integração e para conscientização cada vez maior das populações do continente.

Para avaliar a importância e as perspectivas que se abrem à atuação do Parlamento Latino-Americano, podemos mencionar, entre outras, as sugestões feitas por JAVIER SILVA RUETE, em trabalho preparado para o SELA

(Sistema Econômico Latino-Americano), em abril de 1989. Suas sugestões são, essencialmente, as seguintes:

a) que se dê nascimento a um novo e renovado Parlamento Latino-Americano sobre a base do já existente;

b) que se convoque uma eleição democrática e livre, em cada país, para a escolha de seus representantes no Parlamento Latino-Americano;

c) que esse organismo venha a se constituir na autoridade máxima e última instância em matéria de integração regional.

Essas e outras questões de importância fundamental para o desenvolvimento da região devem ser amplamente estudadas e debatidas. Mas o mais importante são as decisões políticas que devem ser tomadas e cumpridas. Para isso é indispensável a participação ativa dos partidos, dos parlamentos e dos múltiplos setores da sociedade civil, que devem ser continuamente mobilizados para a tarefa histórica da integração regional.

6. Conclusão

É esse um dos méritos do presente Seminário, oportunamente promovido pelo INTAL (Instituto para a Integração da América Latina). Seu caráter dominante é a valorização do fator político e democrático no processo de integração. Daí a presença dos partidos e dos parlamentos no temário deste encontro.

A democracia é o grande valor da sociedade moderna. Seu significado é fundamentalmente político e indica o exercício do "poder" vinculado à "população", isto é, a serviço de uma realidade humana marcada pela dignidade de todas as pessoas que a integram.

Por isso, a democracia — que está na origem e no destino da integração da América-Latina — há de ser necessária e crescentemente social, participativa e pluralista.

"Social", porque voltada para a correção das grandes injustiças e desigualdades que martirizam nossas populações.

"Participativa", porque, em lugar de soluções paternalistas decididas unilateralmente pelos detentores do poder, os caminhos serão abertos com a cooperação responsável dos múltiplos setores da população interessada.

E, finalmente, "pluralista", porque os partidos únicos e as ideologias sectárias já perderam o trem da história. Ficaram para trás. Hoje, ninguém pode se pretender dono da verdade. O respeito, a tolerância, o pluralismo significam democracia.

Esses valores, que crescem cada dia na consciência das populações, hão de iluminar o caminho democrático da construção de uma comunidade de nações da América-Latina.

Os Actos Legislativos no Direito Constitucional Português

JORGE MIRANDA

Professor catedrático da Universidade de Lisboa
e da Universidade Católica Portuguesa

SUMÁRIO

1. Os actos legislativos nas Constituições portuguesas anteriores. 2. Os actos legislativos na Constituição de 1976. 3. O quadro actual. 4. O primado da Assembléa da República. 5. A competência legislativa do Governo. 6. A competência legislativa das Assembléas Legislativas regionais dos Açores e da Madeira. 7. Força de lei e diferenciação de funções legislativas. 8. Leis ordinárias reforçadas e leis ordinárias comuns. 9. Relações de vinculação de carácter especial. 10. Relações de vinculação de carácter geral. 11. O conteúdo possível dos estatutos político-administrativos das regiões autónomas e das outras leis reforçadas. 12. Referendo político vinculativo e limitações de decisão política.

1. Os actos legislativos nas Constituições portuguesas anteriores

I — Em Portugal ⁽¹⁾, as três Constituições do século XIX (de 1822, 1826 e 1838) conferiam o poder legislativo somente às Cortes com a sanção do Rei (verdadeira e própria ou não) e nenhuma admitia a sua delegação ⁽²⁾.

(1) Para um estudo das formas de lei e de competências legislativas ao longo das Constituições portuguesas anteriores, v. JORGE MIRANDA, *Decreto*, Coimbra, 1974.

(2) LOPES PRAÇA, *Estudos sobre a Carta Constitucional*, 2ª parte, II, Coimbra, 1880, págs. 47-48; MARNOCO E SOUSA, *Direito Político — Poderes do Estado*, Coimbra, 1910, págs. 404 e segs.

Apesar disso, a deficiente maneira como o sistema de governo então funcionava ⁽³⁾, conduzia a períodos de ditadura, durante os quais, não estando as Cortes reunidas, o Governo emitia decretos — os chamados decretos ditatoriais — que aquelas ratificavam ou convalidavam, após eleições gerais, através de *bill* de indemnidade (ou de isenção de responsabilidade). E ter-se-á formado mesmo, por via dessa prática reiterada com convicção de obrigatoriedade, um costume constitucional no sentido da admissibilidade destes decretos dentro de certos limites.

II — A Constituição de 1911, mantendo embora o princípio da competência originária exclusiva do Parlamento, agora dito Congresso da República (art. 26.º, n.º 1), consagrou as delegações ou autorizações legislativas (art. 27.º) ⁽⁴⁾.

Em compensação, reagiu-se contra os abusos das ditaduras. Desde logo, instituindo a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis do art. 63.º; pela Lei n.º 266, de 27 de julho de 1914, considerando crime de responsabilidade a publicação de diplomas de caráter legislativo pelo Poder Executivo (art. 8.º, n.º 4); e na revisão de 1919 — que deu ao Presidente da República o direito de dissolver as Câmaras — expressamente proibindo decretos de caráter legislativo no interregno parlamentar, os quais seriam nulos de pleno direito ⁽⁵⁾.

III — Seguiu-se a ditadura militar de 1926, muito diferente de outras que Portugal já conhecera, por contestar os princípios jurídicos liberais e por se prolongar por sete anos. Suspensa a Constituição quanto às relações entre Governo e Parlamento, o que antes era desvio ocasional passou a ser sistema permanente.

Não obstante, o ambiente interno e externo favorável, a Constituição de 1933, no seu teor primitivo, só deu ao Governo a faculdade de elaborar decretos-leis ⁽⁶⁾ no uso de autorizações legislativas ou nos casos de urgência e necessidade pública (art. 108.º, n.º 1), estes sujeitos a ratificação pela Assembléa Nacional (art. 108.º, § 3.º). A competência legislativa normal pertencia à Assembléa (art. 91.º, n.º 1).

Mas como se entendia que a necessidade pública era de apreciação discricionária, na ordem dos factos a situação foi sempre rigorosamente inver-

(3) V. MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6ª ed., Lisboa, 1972, II, págs. 460 e segs.; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, I, 4ª ed., Coimbra, 1990, págs. 276-277.

(4) V. MARNOCO E SOUSA, *Constituição Política da República Portuguesa — Comentário*, Coimbra, 1913, págs. 450 e segs.; FEZAS VITAL, *Autorizações legislativas*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1920-1921, págs. 540 e segs.

(5) § 8º do art. 1º da Lei nº 891, de 22 de setembro de 1919.

(6) A locução *decretos-leis* surgiu com esta Constituição e os primeiros decretos-leis foram publicados no dia da sua entrada em vigor (11 de abril de 1933); anteriormente, falava-se em *decretos com força de lei*.

sa. E apenas seria em 1945 que se viria a pôr finalmente a “verdade formal” de acordo com a “verdade real” ou, dito de outro modo, o preceito constitucional de acordo com a prática (em vez de se tentar pôr a prática de acordo com a Constituição).

Apesar disso, mesmo depois de 1945, certas matérias ficaram reservadas à Assembléa, a título de reserva absoluta (art. 91.º) ou de reserva relativa (art. 93.º); e as revisões constitucionais de 1959 e de 1971 alargaram essa lista.

O carácter autoritário do regime político, o total ou quase total apagamento da Assembléa e a ausência de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade orgânica e formal dos diplomas promulgados pelo Presidente da República (art. 123.º) — entre os quais, portanto, os decretos-leis — explicam que a competência legislativa da Assembléa tenha tido muito pouca efectividade (?).

2. Os actos legislativos na Constituição de 1976

I — A seguir a 25 de abril de 1974, todo o poder legislativo foi atribuído a órgãos não representativos: à Junta de Salvação Nacional e ao Conselho de Estado, bem como, pouco depois, ao Conselho dos Chefes de Estado-Maior; mais tarde, já em 1975, ao Conselho da Revolução que substituiu todos esses órgãos; e, por outro lado, ao Governo Provisório.

Quanto à Assembléa Constituinte, uma vez eleita, nunca teve poder legislativo, por força da Lei n.º 3/74, de 14 de maio (ao contrário do que sucedera com as anteriores assembléas constituintes portuguesas).

Durante este período, chamaram-se leis às leis constitucionais e decretos-leis às leis ordinárias. Foi a única fase da nossa história constitucional desde 1822 em que actos não provenientes de assembléas eleitas receberam o nome de leis⁽⁷⁾.

II — A Constituição de 1976, desde o início, construiu as competências legislativas numa perspectiva fundamentalmente democrática, traduzida em primado do Parlamento ou Assembléa da República e em autonomia legislativa das regiões autónomas dos Açores e da Madeira.

O Conselho da Revolução — que subsistiria até à primeira revisão constitucional — ficou com competência legislativa (reservada) quanto às Forças

(7) V. CARLOS LIMA, *Órgãos de soberania: a Assembléa Nacional*, Lisboa, 1971, págs. 14 e segs. e 43 e segs.; MARCELO CAETANO, *op. cit.*, II, págs. 600 e segs. e 651 e segs.; JORGE MIRANDA, *Decreto*, *cit.*, págs. 13 e segs.

(8) *Sobre as leis no interregno constitucional*, v. JORGE MIRANDA, *A Revolução de 25 de Abril e o Direito Constitucional*, Lisboa, 1976, págs. 58 e segs. e *A Constituição de 1976 — Formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978, págs. 41 e segs.

Armadas (art. 148.º, n.º 1, alínea a, e n.º 2) (9); quanto à sua própria organização (art. 144.º); e quanto à organização, à competência e ao processo da Comissão Constitucional (art. 285.º, n.º 1), podendo, contudo, as normas de processo ser alteradas pela Assembléia (art. 285.º, n.º 2).

O essencial do poder legislativo foi distribuído pela Assembléia e pelo Governo. Não obstante a preocupação dos constituintes de valorizarem o Parlamento, não acharam possível deixar de conferir ao Governo faculdades legislativas originárias, por vários motivos: pelo peso da tradição portuguesa, que sempre, duma sorte ou doutra, tinha feito do Governo órgão legislativo; por a Assembléia, tendo de exercer outras competências, como as fiscalizadoras (art. 165.º), não poder desincumbir-se sozinha das tarefas de legiferação; e por razões de multiplicidade, complexidade e de tecnicidade das leis modernas, comuns a todos os países.

As regiões autónomas dos Açores e da Madeira — então criadas — por meio das suas assembléias regionais eleitas por sufrágio direto e universal (art. 233.º), receberam o poder de legislar sobre matérias de interesse específico (art. 229.º, n.º 1, alínea a).

III — A revisão constitucional de 1982 extinguiu, como previsto (e imposto pela lógica democrática da Constituição), o Conselho da Revolução, e a sua competência legislativa respeitante às Forças Armadas passou para o Parlamento e para o Governo.

Ao mesmo tempo, reforçou a competência legislativa da Assembléia — principalmente, através de um novo preceito de reserva absoluta (o art. 167.º, acrescentado ao art. 164.º) — e a competência legislativa das assembléias regionais (10).

Procedeu ainda a revisões a clarificações de certo alcance: subordinação dos decretos-leis publicados no uso de autorizações legislativas ou de desenvolvimento às correspondentes leis de autorização ou de bases gerais de regimes jurídicos (art. 115.º, n.º 2); definição das leis gerais da República, contrapostas a leis regionais (art. 115.º, n.º 4); clarificação de alguns aspectos dos regimes do veto político (arts. 139.º e 235.º) e da ratificação de decretos-leis (art. 172.º).

IV — Por último, a recente revisão constitucional de 1989 trouxe importantes modificações (bem mais importantes do que a anterior revisão) ao domínio da função legislativa:

— considerações das leis sobre certas matérias — eleições dos titulares dos órgãos de soberania, referendo, Tribunal Constitucional, organiza-

(9) Incluindo a definição dos crimes essencialmente militares e suas sanções e o processo penal militar (art. 167.º, alínea e) e a organização e a competência dos tribunais militares e o estatuto dos respectivos magistrados (art. 167.º, alínea f).

(10) V. JORGE MIRANDA, *Revisão Constitucional e Democracia*, Lisboa, 1983, págs. 124 e segs.

ção da defesa nacional, deveres dela decorrentes e bases gerais da organização, do funcionamento e da disciplina das Forças Armadas e regime do estado de sítio e do estado de emergência (art. 167.º, alíneas *a* a *e*) — como “leis orgânicas” (art. 169.º, n.º 2), dotadas de “valor reforçado” (art. 115.º, n.º 2) e com algumas regras específicas de regime (arts. 171.º, n.º 4 e 5; 278.º, n.º 4 a 7; e 139.º, n.º 3);

— criação do instituto do referendo político vinculativo a nível nacional tendo por objecto questões de relevante interesse nacional que devam ser decididas pela Assembléia da República ou pelo Governo através da aprovação de acto legislativo ⁽¹¹⁾ (arts. 118.º, 137.º, alínea *c*, 139.º n.º 3, 164.º, alínea *l*, 169.º, n.º 2, 170.º, n.ºs 1, 3, 4, 5 e 6, 200.º, n.º 1, alínea *e*, e 225.º, n.º 2, alínea *f*);

— criação do instituto das autorizações legislativas às assembleias legislativas regionais ⁽¹²⁾ em matérias de interesse específico das regiões autónomas e para efeito, aí, de não observância de leis gerais da República (arts. 164.º, alínea *f*, e 229.º, n.º 1, alínea *b*, e n.ºs 2, 3 e 4);

— redistribuição ou ressystematização de algumas das alíneas dos preceitos respeitantes à reserva de competência legislativa da Assembléia da República (arts. 167.º e 168.º);

— consagração das especialidades das autorizações legislativas orçamentais em matéria tributária (art. 168.º, n.º 5);

— exigência de maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, para a aprovação das disposições de leis relativas a círculos eleitorais (art. 171.º, n.º 6);

— reponderação, com diminuição do seu alcance possível, do instituto da ratificação de decretos-leis (art. 172.º);

— consagração do poder das assembleias legislativas regionais de desenvolverem leis de bases (art. 229.º, n.º 1, alínea *c*).

Refira-se ainda noutro plano, mas não menos relevante, a atribuição ao Tribunal Constitucional de competência para conhecer da legalidade de norma constante de acto legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado (arts. 280.º, n.º 2, alínea *a*, e 281.º n.º 1, alínea *b*).

3. O quadro actual

I — São, pois, órgãos legislativos no actual Direito português:

— a Assembléia da República (arts. 164.º, alínea *b* a *i* e *m*, 167.º, 168.º, 169.º, n.ºs 2 e 3, e 170.º a 173.º da Constituição);

(11) Ou (o que não interessa nesta exposição) através da aprovação de convenção internacional.

(12) Novo nome das assembleias regionais.

— o Governo (art. 201.º);

— as assembleias legislativas regionais dos Açores e da Madeira (arts. 229.º, n.º 1, alíneas *a* a *c*, e n.ºs 2 a 4, 234.º e 235.º).

II — A esses órgãos correspondem três formas de lei ou actos legislativos, como diz o art. 115.º:

— a *lei* (lei em sentido nominal, insista-se), vinda da Assembleia da República (arts. 115.º, n.ºs 1 e 2, 122.º, n.º 1, alínea *c*, 164.º e 169.º, n.ºs 2 e 3);

— o *decreto-lei*, proveniente do Governo (arts. 115.º, n.ºs 1 e 2, 122.º, n.º 1, alínea *c*, 186.º, n.º 3, e 201.º);

— o *decreto legislativo regional*, emanado de assembleia de região autónoma (arts. 115.º, n.ºs 1 e 3, 122.º, n.º 1, alínea *c*, 229.º, n.ºs 2 e 3, e 235.º, n.º 1).

As três formas de lei são todas da mesma natureza enquanto formas constitucionais, sem prejuízo da diversificação decorrente das diferenças de competências e de funções que vamos expor⁽¹³⁾.

III — Pode perguntar-se se o aparecimento das leis orgânicas não envolve a formação de um quarto tipo de actos legislativos, a acrescentar aos vindos desde 1976.

Apontariam para isso o falar-se expressamente em “forma de lei orgânica” (novo art. 169.º, n.º 2), a qualificação como leis de valor reforçado (art. 115.º, n.º 2), a prescrição da competência do Tribunal Constitucional para apreciação da contradição de outros actos com essas leis (citados arts. 280.º, n.º 2, alínea *a*, e 281.º, n.º 1, alínea *b*) e o regime do seu processo de formação (arts. 171.º, n.ºs 4 e 5, 278.º, n.ºs 4 a 7, e 139.º, n.º 3, também há pouco referidos).

Não parece, no entanto, que tais notas sejam suficientes. Quando muito as leis orgânicas constituirão uma subcategoria dentro da categoria geral das leis (ordinárias) da Assembleia da República.

Em primeiro lugar, é a disposição fundamental do art. 115.º, n.º 1, que continua a estabelecer a tricotomia *lei* — *decreto-lei* — *decreto legislativo regional*; e o mesmo faz o art. 122.º, n.º 1, alínea *c*.

Em segundo lugar, sem negar a relevância da elevação das leis orgânicas a leis de valor reforçado⁽¹⁴⁾, não são essas leis as únicas que, à face

(13) Sobre os actos legislativos na Constituição de 1976, v., por todos, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 4.ª ed., Coimbra, 1986, págs. 601 e segs.; ou JORGE MIRANDA, *Funções, órgãos e actos do Estado*, Lisboa, 1990, págs. 221 e segs.

(14) Aliás, suscitando certa perplexidade, por, salvo quanto à alínea *e* do art. 167.º, se atender apenas às *matérias*, e não às *funções* das leis.

da Constituição, devem reputar-se de valor reforçado. Também assim devem ser, desde logo, as leis de autorização legislativa e as leis de bases e outras a que, já antes de 1989, chamávamos leis ordinárias reforçadas.

Em terceiro lugar, as regras processuais próprias das leis orgânicas não determinam só por si uma categoria autónoma.

Elas têm de ser objecto de votação na especialidade pelo Plenário da Assembléa da República, e não pelas comissões; mas também o têm de ser as leis que versam sobre as matérias das alíneas *f*, *l*, *n* e *p* do art. 167.º e da alínea *s* do n.º 1 do art. 168.º.

Elas têm de ser aprovadas por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções; mas à mesma maioria qualificada está sujeita a "lei-quadro" das privatizações (arts. 85.º, n.º 1 e 296.º) e a maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, está sujeita, desde 1982, a lei de restrições a direitos dos militares e agentes militarizados (art. 171.º, n.º 6, hoje).

Elas implicam veto qualificado do Presidente da República, veto supérfluo só por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções; mas esse veto implicam também as leis sobre as matérias mencionadas nas alíneas *a*, *b* e *c* do n.º 3 do art. 139.º

A única singularidade irredutível das leis orgânicas é a que se reporta à fiscalização preventiva da constitucionalidade: atribuição de poder de iniciativa, para além do Presidente da República, ao Primeiro-Ministro e a um quinto dos Deputados à Assembléa da República e conseqüente proibição de promulgação durante o prazo conferido para o exercício desse poder. Ela obriga a uma autonomização dos diplomas que versem sobre as matérias das alíneas *a* e *e* do art. 167.º; nada mais.

IV — Muito menos faria sentido falar em leis referendárias. Tal será possível noutros ordenamentos, não no Direito português actual, tendo em conta a opção prudente do legislador da revisão de 1989 e a correcta interpretação do art. 118.º no contexto sistemático da Constituição.

A essa luz, não custa reconhecer, na verdade, que:

a) o referendo vinculativo de âmbito nacional não tem como efeito imediato a feitura de um acto legislativo; o seu efeito imediato é, tão só, a adstrição do Parlamento ou do Governo a praticarem (ou a não praticarem) o acto da sua competência correspondente à questão sobre a qual os eleitores são chamados a pronunciar-se;

b) o referendo é prévio relativamente à aprovação da lei em causa; e a competência para a sua iniciativa em concreto pressupõe a competência para a prática do acto subsequente; não se traduz em sanção ou em veto popular;

c) o referendo não pode incidir sobre certas questões ou matérias enunciadas na Constituição e ainda sobre outras que a lei adite (art. 118.º, n.º 3), se bem que não tantas nem tais que se frustrem o alcance e a própria razão de ser do instituto;

d) nenhuma questão está necessariamente sujeita a referendo; mas, se o órgão competente para a decidir tomar a iniciativa de propor a realização do referendo e o Presidente da República aceitar a proposta (não considerada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional), depois os resultados — sejam positivos ou negativos — do referendo impo-se-lhe-ão, limitando ou condicionando a sua liberdade de prática de actos jurídico-constitucionais;

e) o carácter vinculativo acarreta (pela natureza das coisas, mesmo se falta preceito constitucional específico) conseqüências determinantes quanto a alguns actos do Presidente da República — promulgação, veto e requerimento de fiscalização preventiva da constitucionalidade — os quais, em razão daqueles resultados, terão de ser ou não poderão ser já praticados;

f) a resposta afirmativa ou negativa do eleitorado repercute-se, outrossim, em efeitos para o futuro: não só não podem ser renovadas propostas de referendo recusadas na mesma sessão legislativa, salvo nova eleição da Assembléa da República, ou até a demissão do Governo (art. 118.º, n.º 8) mas também (igualmente pela natureza das coisas e por imperativo do princípio democrático) o acto legislativo aprovado em conseqüência do referendo tem de gozar de uma estabilidade específica;

g) contra o incumprimento da obrigação (resultante do referendo) de não aprovar acto legislativo a reacção há-de consistir na recusa de ratificação ou de promulgação e assinatura do Presidente da República e, para além disso, nos remédios jurídicos adequados de fiscalização da inconstitucionalidade (neste caso, orgânica) dos arts. 207.º, 280.º e 281.º da Constituição;

h) contudo, contra o incumprimento da obrigação de aprovação, só existem os meios gerais de controle político e, em última instância, a responsabilidade política dos titulares dos órgãos representativos perante o povo (art. 120.º, n.º 1) a efectivar em eleições subseqüentes.

4. *O primado da Assembléa da República*

I — A pluralidade de competências e de formas não tolhe o primado legislativo da Assembléa da República como assembléa política representativa (art. 150.º da Constituição).

Este primado traduz-se em:

a) a Assembléa da República dispõe de uma competência legislativa genérica (art. 164.º, alínea d), que apenas não atinge a organização e o funcionamento do Governo (art. 201.º, n.º 2) e o conteúdo essencial da

autonomia legislativa das regiões autônomas (arts. 229.º, n.º 1, alínea *a*, e 115.º, n.º 3);

b) a Assembléia da República dispõe ainda, em face do Governo, de larga reserva de competência, seja em termos absolutos (arts. 164.º, alíneas *b* e *segs.*, e 167.º), seja em termos relativos (art. 168.º);

c) fora da reserva de competência, sempre que a Assembléia defina as bases gerais dos regimes jurídicos, os decretos-leis de desenvolvimento estão-lhes subordinados (art. 115.º, n.º 2);

d) todos os decretos-leis do Governo estão sujeitos a recusa de ratificação e a alteração pela Assembléia da República (arts. 165.º, alínea *c* e 172.º), com excepção dos que caibam na própria reserva do Governo (art. 201.º, n.º 2);

e) o veto político presidencial das leis não é absoluto, mas sim suspensivo (art. 139.º), ao contrário do veto presidencial dos decretos-leis;

f) em caso de veto por inconstitucionalidade derivado de pronúncia do Tribunal Constitucional, o Presidente da República pode promulgar⁽¹⁵⁾ o decreto da Assembléia — mas não o do Governo — se ela o confirmar por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de função (art. 179.º)⁽¹⁶⁾.

II — A introdução do referendo, nos moldes acabados de resumir, não afecta este primado.

As questões políticas mais importantes ficam subtraídas ao referendo (art. 118.º, n.º 3) e as questões de “relevante interesse nacional” são questões de segundo grau. Mantêm-se, sem alteração, as competências em abstracto dos órgãos de soberania e elas apenas são afectadas em concreto, no que toca à prática de certos actos. Não é possível ao eleitorado sub-rogar-se a esses órgãos, quando eles não aprovelem os actos que, por força do resultado positivo do referendo, devam aprovar. Por isso, se evita a coincidência entre a convocação e a efectivação do referendo e qualquer processo eleitoral político (art. 118.º, n.º 5).

5. A competência legislativa do Governo

I — O Governo continua a ser órgão legislativo e a sua competência aparece em diversos graus por referência à da Assembléia da República.

Há, assim, a distinguir, por ordem decrescente de liberdade:

a) competência legislativa reservada — correspondente à organização e ao funcionamento do Governo (art. 201.º, n.º 2) e, designadamente, ao

(15) *Pode* promulgar, não é obrigado a promulgar, como sucede no veto político (em que prevalece, pois, a vontade do órgão legislativo).

(16) Este veto vale também para os decretos legislativos regionais (arts. 235.º, n.º 3, e 279.º, n.º 2).

número, à designação e às atribuições dos Ministérios e Secretarias de Estado, bem como às formas de coordenação entre eles (art. 186.º, n.º 3);

b) competência legislativa concorrential — com a da Assembléia da República em matérias a esta não reservadas (art. 201.º, n.º 1, alínea a);

c) competência legislativa derivada ou autorizada — em matérias de reserva relativa de competência da Assembléia da República (arts. 201.º, n.º 1, alínea b e 168.º);

d) competência legislativa complementar — de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevem (art. 201.º, n.º 1, alínea c).

II — São poderes legislativos muito mais amplos do que os da generalidade dos Governos e órgãos análogos dos Estados ocidentais.

Em contrapartida, frise-se que não tem o Governo hoje, em caso algum, qualquer competência legislativa de urgência e necessidade política, quaisquer poderes legislativos de excepção⁽¹⁷⁾; nem o Presidente da República lhos poderia conferir, porque a Constituição não o prevê e não o autoriza.

6. *A competência legislativa das assembléias legislativas regionais dos Açores e da Madeira*

I — A competência legislativa das assembléias legislativas regionais versa sobre matérias de interesse específico para as respectivas regiões autónomas e não reservadas à Assembléia da República ou ao Governo (arts. 115.º, n.º 3, e 229.º, n.º 1, alíneas a, b e c).

É uma competência exclusiva das assembléias ou de reserva absoluta (art. 234.º), insusceptível, portanto, de delegação ou de ser objeto de autorizações legislativas aos correspondentes governos regionais — o que significa que, a nível regional, se observa mais estritamente o princípio da separação de poderes (decerto, pela menor amplitude dessas matérias e pela natureza puramente parlamentar dos sistemas políticos)⁽¹⁸⁾.

II — Após a revisão constitucional de 1989, esta competência legislativa decompõe-se em:

a) competência legislativa primária — a de legislar, com respeito da Constituição e das leis gerais da República, em matérias de interesse espe-

(17) Como acontece na Itália (art. 77º da Constituição de 1947), na Espanha (art. 86º da Constituição de 1978) ou no Brasil (art. 62 da Constituição de 1988).

(18) Mais ainda: se, ao contrário do que se passa a nível nacional, nunca pode haver autorizações aos governos regionais, também as assembléias regionais têm uma competência regulamentar ignorada a nível nacional — a de fazerem os regulamentos de regulamentação das leis dos órgãos de soberania que não reservem para estes o respectivo poder regulamentar (arts. 229, n.º 1, alínea d, 2ª parte, e 234, n.º 1).

cífico para as regiões autônomas que não estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania (art. 229.º, n.º 1, alínea a);

b) competência legislativa derivada — a de legislar, sob autorização da Assembléia e com respeito da Constituição, em matérias de interesse específico que não estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania (art. 229.º, n.º 1, alínea b, e n.ºs 2, 3 e 4);

c) competência legislativa complementar — a de desenvolver, em função do interesse específico das regiões, as leis de bases em matérias não reservadas à competência da Assembléia da República, bem como as previstas nas alíneas f, g, n, v e x do n.º 1 do art. 168.º — bases do sistema de segurança social e do serviço nacional de saúde, do sistema de proteção da natureza, do equilíbrio ecológico e do património cultural, da política agrícola, do regime da função pública e do estatuto das empresas públicas (art. 229.º, n.º 1, alínea c e n.º 4).

III — As competências derivada e complementar são competências legislativas secundárias e pode estabelecer-se, até certo ponto, paralelismo com as competências do Governo das alíneas b e c do n.º 1 do art. 201.º, se bem que as autorizações legislativas às assembleias legislativas regionais não sejam da mesma natureza das autorizações legislativas da Assembléia da República ao Governo, como resulta à vista desarmada.

Têm de comum as duas espécies de autorizações legislativas traduzirem-se em vicissitudes de competência. Mas a competência legislativa do Governo alarga-se a matérias sobre as quais, à partida, não poderia versar (as do art. 168.º), ao passo que a competência das assembleias legislativas regionais não sofre tal dilatação — elas continuam a não poder legislar sobre matérias que estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania (as dos arts. 164.º, 167.º, 168.º e 201.º, n.º 2 e ainda — porque a organização das forças de segurança é única para todo o território — do art. 272.º, n.º 4). O que aumenta, na previsão do art. 229.º, n.º 1, alínea b, é a liberdade de conformação ou disposição legislativa: as assembleias legislativas regionais não ficam então adstritas ao respeito das leis gerais da República.

Por outro lado, na autorização legislativa clássica, o órgão autorizante possui uma reserva e vem interferir sobre ela, abrindo-a à concorrência do órgão autorizado. Diversamente, na autorização legislativa regional, o acto da Assembléia da República incide sobre matérias já submetidas à concorrência do Parlamento, do Governo e, contanto que haja interesse específico, das próprias assembleias legislativas regionais.

E pode reputar-se ainda um forte sinal da supremacia legislativa da Assembléia da República ser ela, e só ela, em tal domínio, a decidir da possibilidade de esta ou aquela assembleia legislativa regional derrogar lei geral da República (que tanto pode ser lei como decreto-lei); assim como é outro sinal de supremacia poder a Assembléia da República depois apre-

ciar os decretos legislativos regionais autorizados para efeito de recusa de ratificação ou de alteração (arts. 165.º, alínea *c*, 2.ª parte, e 229.º, n.º 4).

IV — Em caso de dissolução pelo Presidente da República dos órgãos regionais, por prática de actos contrários à Constituição, o governo da região é assegurado pelo Ministro da República (art. 236.º, n.º 2).

Todavia, deve entender-se que o Poder Legislativo regional — cerne da autonomia — não é transferido para o Ministro da República. Resulta isto da letra do preceito, da não-previsão de outra forma de acto além do decreto legislativo regional de autoria da assembleia e da circunstância de ser dificilmente configurável uma situação de urgência a nível da região autónoma que não possa esperar pelas novas eleições.

7. *Força de lei e diferenciação de funções legislativas*

I — A força de lei é de todos os actos legislativos — não apenas dos provenientes dos órgãos de soberania (leis e decretos-leis) como dos actos legislativos regionais.

Um decreto legislativo regional está tão subordinado à Constituição como uma lei ou um decreto-lei e não pode ser afectado por nenhum regulamento, seja regional ou nacional (a referência que os arts. 115.º e 229.º fazem a “leis gerais da República” tem também o sentido de excluir qualquer eventual prevalência de “regulamentos gerais da República”).

Além disso, os estatutos político-administrativos regionais tanto condicionam os decretos legislativos regionais como as leis e os decretos-leis (v. arts. 229.º, 280.º, n.º 2, alíneas *b* e *c*, e 281.º, n.º 1, alíneas *c* e *d*). Mas isto leva-nos ao problema não pouco relevante das funções dos actos legislativos.

II — A identidade de força jurídica (e de função geral da lei) não equivale à indiferenciação de funções ou de graus, nem a mútua revogabilidade. Mesmo mantendo, como entendemos dever manter, a unidade essencial da força de lei, pode ser necessário discernir várias funções ou posições relativas das leis dentro do ordenamento.

Uma coisa é a força de lei no respeitante a outros actos jurídico-públicos, outra coisa a relação dos actos sob forma de lei (e, portanto, com força de lei) entre si; e mútua revogabilidade só existe quando seja a mesma a função do acto e se verifique competência concorrential dos órgãos legislativos.

Há aqui, então, que proceder a duas distinções de grande importância: de leis ordinárias comuns e leis ordinárias reforçadas e de leis gerais da República e leis regionais.

Neste estudo apenas iremos tratar, porém, da primeira problemática. A análise da segunda distinção teria de ser feita, para melhor ser compreendida, numa análise global do sistema das regiões autónomas no âmbito da Constituição portuguesa — o que excede o escopo que nos propomos aqui.

8. *Leis ordinárias reforçadas e leis ordinárias comuns*

I — Existe, em primeiro lugar, diferenciação de funções em razão de determinados institutos jurídicos, em razão das finalidades peculiares que a Constituição (e, eventualmente, a lei) assina a certos actos legislativos na dinâmica do sistema.

A estes actos legislativos, a estas leis em sentido formal, liga-se uma posição de proeminência — funcional, não hierárquica — relativamente a outros actos legislativos, a outras leis, a qual se traduz numa específica força formal negativa: na impossibilidade de serem afectadas por leis posteriores que não sejam dotadas da mesma função, com afastamento do princípio geral *lex posterior...*

É isto que permite falar em *leis ordinárias reforçadas* (as que detêm tal posição de proeminência frente a outras) e em *leis ordinárias comuns* (as que a não detêm).

É isto que permite falar em relações de vinculação ou subordinação entre leis formais, trate-se de *heterovinculação* (quando as leis provêm de órgãos diferentes) ou de *autovinculação* (quando as leis provêm do mesmo órgão, *maxime* da Assembléia da República)⁽¹⁹⁾, trate-se de *subordinação de carácter especial* (entre certas leis ordinárias e certas outras leis) ou de *subordinação de carácter geral* (quando nenhuma lei ordinária pode colidir com certa e determinada outra lei).

II — Antes de 1989, o conceito de lei ordinária reforçada era meramente doutrinário, se bem que ancorado em sólidos dados constitucionais positivos⁽²⁰⁾.

A segunda revisão constitucional viria a consagrá-lo expressamente ao conferir “valor reforçado” às leis orgânicas (no mais de uma vez citado art. 115.º, n.º 2) e ao falar-se em “leis de valor reforçado” como padrões de legalidade no âmbito da competência de fiscalização do Tribunal Constitucional (nos arts. 280.º, n.º 2, alínea *a*, e 281.º n.º 1, alínea *b*).

Dir-se-ia *prima facie* registrar-se uma conexão estreita entre “leis orgânicas” e “leis de valor reforçado”. No entanto, uma adequada interpretação sistemática não permite circunscrever às leis respeitantes às matérias das alíneas *a* a *e* do art. 167.º o qualificativo e o regime de leis de valor reforçado.

(19) Claro está, *heterovinculação* e *autovinculação* sempre alicerçadas na Constituição.

(20) O conceito foi lançado por GOMES CANOTILHO (*A lei do orçamento na teoria da lei*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, obra colectiva, II, Coimbra, 1979, págs. 583 e segs.), sendo para esse Autor leis reforçadas as leis que impõem ou pressupõem a sua não-derrogabilidade por leis ordinárias posteriores. E, no seu seguimento, também nós o adoptámos, embora em termos relativamente mais amplos (v. *Funções, Órgãos e Actos do Estado*, 1986, págs. 192 e segs.).

Com efeito, excepto no concernente à lei do estado de sítio e do estado de emergência, não se descobre muito bem como possam as leis orgânicas arrogar-se uma função supra-ordenadora perante outras leis. Sobretudo, são muitas e muito importantes as leis que, para lá delas, postulam correspondência aos escopos que a Constituição assinala ao estatuto de leis de valor reforçado; e, desde logo, é o próprio art. 115.º, n.º 2, a versar, em simultâneo, as leis orgânicas, as leis de autorização legislativa e as leis de bases.

III — As relações especiais entre leis (leis de autorização legislativa e decretos-leis autorizados, leis de bases e decretos de desenvolvimento, etc.) exibem mais um fenómeno de divisão de tarefas e de racionalização do sistema legislativo.

Já as relações de subordinação de carácter geral não só prosseguem esses objetivos como obedecem ainda a fortes imperativos materiais: o equilíbrio orçamental, a autonomia e a participação das regiões autónomas, a preservação de institutos constitucionais, o papel dos planos de desenvolvimento económico e social. E daí regras processuais ajustadas a estes imperativos.

9. *Relações de vinculação de carácter especial*

I — A mais frisante diferença de funções entre actos legislativos ocorre em duas hipóteses: entre leis de autorização legislativa e decretos-leis publicados no uso de autorização e entre leis de princípios ou bases gerais dos regimes jurídicos e decretos-leis em seu desenvolvimento (21).

É o que flui da natureza das coisas e o que a revisão constitucional de 1982 clarificou, ao firmar a subordinação de tais decretos-leis às correspondentes leis (art. 115.º, n.º 2) e ao prescrever que indiquem expressamente as leis ao abrigo das quais são publicados (art. 201.º, n.º 3).

A relação de subordinação ou de vinculação apresenta-se aqui de nítido carácter especial.

II — Se as leis de autorização legislativa (do Parlamento ao Governo) devem definir não apenas o objecto, a extensão e a duração da autorização mas também o seu *sentido* (art. 168.º, n.º 3), logicamente os decretos-leis publicados no exercício de autorização não podem incorporar um sentido que dele seja discrepante.

III — Se o Governo tem competência para fazer decretos-leis de desenvolvimento de princípios ou de bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevem (art. 201.º, n.º 1, alínea c), tais decretos-leis têm de estar subordinados a essas leis — têm de desen-

(21) E, antes de 1982, numa terceira hipótese, por causa do dualismo de lei do orçamento e de orçamento do primitivo art. 108º, visto que o orçamento era então, na prática, aprovado por decreto-lei (apesar do art. 202º, alínea b).

volver os seus princípios ou bases gerais, e não outros (art. 115.º, n.º 2, 3.ª parte). O Governo não pode, a título de desenvolvimento, com função de desenvolvimento, afectar os princípios e bases estabelecidos pela Assembléia (22).

A feitura de leis de bases pela Assembléia da República traduz-se numa limitação da acção legislativa do Governo (não tanto do âmbito material quanto da liberdade de decisão), embora não seja de excluir a possibilidade de o Governo, em decreto-lei autónomo, assumir também ele (com os inerentes custos políticos) a prescrição de bases gerais e, nessa qualidade, derrogar as constantes de lei do Parlamento.

IV — Não são as leis de autorização legislativa e as leis de bases as únicas cuja observância se impõe a outras leis, com elas em relação especial. A Constituição prevê várias outras.

São no texto actual:

— a lei-quadro relativa à reprivatização da titularidade ou do direito de exploração de meios de produção e outros bens nacionalizados depois de 25 de abril de 1974 (arts. 85.º, n.º 1, e 296.º);

— a lei das grandes opções do plano de desenvolvimento económico e social anual (art. 108.º, n.º 2);

— as leis de enquadramento dos orçamentos do Estado e das regiões autónomas (arts. 109.º, n.ºs 1 e 2, e 168.º, n.º 1, alínea p);

— a lei-quadro de adaptação do sistema tributário nacional às especificidades regionais (art. 229.º, n.º 1, alínea i, *in fine*);

— a lei relativa à criação simultânea, aos poderes, aos órgãos e ao regime das regiões administrativas (art. 255.º).

E também a lei do regime do estado de sítio e do estado de emergência (arts. 19.º, n.ºs 5 e 7, e 167.º, alínea e).

V — Efetivamente:

— nenhum acto de reprivatização pode deixar de respeitar a lei-quadro relativa a reprivatizações — assim como esta tem de se conformar com os princípios constantes do art. 296.º da Constituição;

(22) Cfr., sobre leis de bases, AFONSO QUEIRO, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 1976, págs. 353 e segs.; ANTONIO NADAIS, *As relações entre os órgãos legislativos dos órgãos de soberania*, Lisboa, 1984, págs. 38 e segs.; GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, págs. 622 e segs.; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2ª ed., Coimbra, 1985, II, págs. 58 e segs.; HENRIQUE MOTA, anotação ao Acórdão n.º 328/86 do Tribunal Constitucional, in *O Direito*, 1974-1987, págs. 454 e segs. Cfr. também Acórdão n.º 19/84 do Tribunal Constitucional de 11-4-1984, in *Diário da República*, de 5-5-84.

— o orçamento do Estado é elaborado de harmonia com as grandes opções do plano anual (art. 108.º, n.º 2) (23);

— o orçamento do Estado é elaborado, organizado, votado e executado de acordo com a respectiva lei de enquadramento e nos prazos nela fixados (art. 109.º, n.ºs 1 e 2), e o mesmo se diga *mutatis mutandis* dos orçamentos das regiões autónomas (arts. 229.º, n.º 1, alínea o e 234.º n.º 1);

— o poder das regiões autónomas de adaptar o sistema fiscal nacional às especificidades regionais exerce-se nos termos de lei-quadro da Assembleia da República (art. 229.º, n.º 1, alínea i);

— a instituição em concreto de cada região administrativa, que será feita por lei, depende da lei relativa à criação simultânea, aos poderes, aos órgãos e ao regime das regiões administrativas (art. 256.º).

E também a declaração de estado de sítio ou de estado de emergência, assim como a correspondente autorização (ou, se for caso disso, a correspondente ratificação) não pode deixar de observar a lei de regime de estado de sítio e de estado de emergência.

10. *Relações de vinculação de carácter geral*

I — O valor reforçado de certas leis tem bem maior amplitude, porque quaisquer outras normas legislativas estão adstritas a serem com elas conformes.

É o que sucede com:

— o orçamento do Estado (arts. 108.º, 110.º e 164.º alínea h, 2.ª parte) e, por identidade de razão, com os orçamentos das regiões autónomas;

— os estatutos político-administrativos das regiões autónomas (arts. 164.º, alínea b, 228.º e 229.º, n.º 1, alínea e).

E, de algum modo, com:

— as leis das grandes opções dos planos de desenvolvimento económico e social a médio prazo (arts. 92.º, 93.º, n.º 2, e 164.º, alínea b, 1.ª parte);

— as leis orgânicas (arts. 167.º, alíneas a a e, e 169.º, n.º 2).

(23) Porém, o plano anual, a elaborar pelo Governo (art. 202º, alínea a) está, por seu turno, sujeito ao orçamento, pois tem de ser organizado tendo em conta quer as opções da lei quer as verbas inscritas no orçamento.

II — Com efeito:

— no mesmo ano econômico, nenhuma lei que não seja de modificação do próprio orçamento pode contrariar o orçamento⁽²⁴⁾;

— nenhum diploma, nem mesmo da Assembléia da República, pode afectar disposições de estatuto político-administrativo regional;

— apesar da plasticidade dos planos de desenvolvimento econômico e social “no âmbito de uma economia mista” (como se lê no art. 288.º, alínea g) (novo), nenhuma lei que verse sobre as matérias neles contempladas pode ser desconforme com as respectivas leis de grandes opções⁽²⁵⁾;

— apesar das advertências críticas que já fizemos sobre as leis orgânicas⁽²⁶⁾, deve entender-se que nenhuma norma contida em lei não orgânica (ou não aprovada segundo os procedimentos próprios das leis orgânicas) pode divergir de norma aprovada segundo estes procedimentos ou, simplesmente, dispor sobre matérias das alíneas a a e do art. 167.º, alterando ou não lei anterior a 1989 respeitante a estas matérias.

Se a violação das leis do orçamento e das grandes opções dos planos e dos estatutos das regiões autónomas envolve, sem dúvida, ilegalidade, já se afigura questionável que a divergência entre leis não orgânicas e leis orgânicas redunde em ilegalidade. Poderá pensar-se que determina, sim, inconstitucionalidade formal: tudo dependerá da verificação ou não dos requisitos constitucionais (todos formais) das leis orgânicas⁽²⁷⁾.

(24) De resto, pela natureza das coisas, a lei orçamental é um claro exemplo de lei irrevogável.

(25) Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional* cit., págs. 641-642; LUIS S. CABRAL DE MONCADA, *A problemática jurídica do planeamento económico*, Coimbra, 1985, págs. 188 e segs.; CRISTINA QUEIROZ, *O plano na ordem jurídica*, in *Conselho Nacional do Plano*, 2º quadrimestre de 1988, págs. 148 e segs.

(26) Dúvidas e questões paralelas às que se apresentam em Portugal também se deparam na doutrina dos dois países donde vieram a locução e o conceito, a francesa e a espanhola: cfr. HUBERT AMIEL, *Les lois organiques*, in *Revue du droit public*, 1984, págs. 405 e segs.; JEAN-PIERRE BERARDO, *Les lois organiques dans l'ordonnement constitutionnel français*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Pádua, 1985, págs. 71 e segs.; JEAN-PIERRE CAMBY, *La loi organique dans la Constitution de 1958*, in *Revue du droit public*, 1989, págs. 1401 e segs.; ou ANGEL GARRORENA MORALLES, *Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica*, in *Revista de Estudios Políticos*, nº 13, Janeiro-Fevereiro de 1980, págs. 169 e segs.; FRANCISCO J. BASTIDA, *La naturaleza jurídica de las leyes orgánicas*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, nº 2, págs. 285 e segs.

(27) Por isso e porque *tempus regit actum*, leis anteriores a 1989 sobre matérias hoje de leis orgânicas (v.g., as leis em vigor sobre eleições ou sobre estado de sítio e estado de emergência) não gozam de valor reforçado. Nem poderiam gozar, sob o risco de se frustrar até a própria razão de ser das leis orgânicas, visto que poderão ter sido aprovadas sem maioria qualificada.

Tudo reside em, doravante, se observarem naquelas matérias as regras (processuais) próprias das leis orgânicas: se se observarem, quaisquer leis anteriores poderão ser derogadas; se não, sobrevirá inconstitucionalidade formal (insistimos).

11. *O conteúdo possível dos estatutos político-administrativos das regiões autônomas e das outras leis reforçadas*

I — Poderão os estatutos político-administrativos regionais versar quaisquer outras matérias, designadamente matérias eleitorais (como sucede nos estatutos em vigor)?

A resposta tem de ser negativa — negativa tanto em relação a matérias eleitorais como em relação a quaisquer outras (v.g., atinentes a direitos fundamentais).

II — A função de cada estatuto político-administrativo (sublinhe-se *político-administrativo*) consiste em definir as atribuições regionais (art. 229.º da Constituição) e o sistema de órgãos de governo próprio da região (art. 233.º); ou, em geral, em desenvolver, explicitar ou concretizar as normas do título VI da parte III da Lei Fundamental, adequando-as às especificidades e às circunstâncias mutáveis dessa região; não consiste em estabelecer os princípios de toda a vida política, económica, social e cultural que aí se desenrola, porque isso cabe à Constituição — que é a Constituição da *República*, e não só do continente.

O estatuto não é uma Constituição, com amplitude potencialmente ilimitada; tem estrutura de lei ordinária, ainda que reforçada; não pode assimilar-se ao estatuto de Macau (o qual, por se reportar a território não integrado no Estado português, teria necessariamente de possuir natureza constitucional, como decorre do art. 292.º).

Por outro lado, competindo a iniciativa originária do estatuto ou das suas alterações (como bem se compreende) à assembléia regional (art. 228.º), se o estatuto pudesse incluir qualquer matéria, ficaria, por esse modo, limitado o poder de iniciativa dos deputados, dos grupos parlamentares ou do Governo da República relativamente a essa matéria (art. 170.º). A assembléia pode, certamente, apresentar propostas de lei “no respeitante” à região sobre qualquer objecto (art. 170.º, n.º 1, 2.ª parte), o que não se justifica é transformar essa matéria em matéria estatutária⁽²⁸⁾.

Finalmente, quanto às eleições em especial, não se esqueça o tratamento homogêneo que recebem da Constituição, quer no plano dos grandes princípios substantivos (arts. 49.º e 116.º), quer no da regulamentação legislativa (arts. 167.º, alíneas *a* e *j*, e 139.º, n.º 3, alínea *e*), quer no da competência do Presidente da República (art. 136.º, alínea *b*), quer ainda no plano dos limites materiais da revisão constitucional (art. 288.º, alínea *h*). Esse tratamento unitário e reforçado — compreensível por causa da impor-

(28) Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, II, págs. 363-364 e 374 e GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., págs. 643 e 644.

tância fulcral das eleições em democracia representativa (art. 10.º, n.º 1) — ficaria afectado se o regime das eleições regionais (ainda que não incluído no âmbito das leis orgânicas do art. 167.º, alínea a, da Constituição) fosse repartido pelas leis eleitorais e pelos estatutos.

Se, por conseguinte, o estatuto de qualquer das regiões autónomas contiver normas sobre outras matérias que não as atinentes às atribuições e ao sistema de órgãos regionais (e a zonas conexas), elas deverão ter-se por inconstitucionais — *formalmente inconstitucionais*, por excesso de forma ou, mais rigorosamente, por violação das regras de iniciativa legislativa dos arts. 170.º e 228.º, conjugadas com as dos arts. 229.º e 233.º

III — Aliás, o problema assim dilucidado não se põe apenas a respeito dos estatutos político-administrativos das regiões autónomas.

Pode colocar-se outrossim a respeito de outras leis de valor reforçado, definidas em razão da matéria, como as leis orgânicas e as leis orçamentais, e a conclusão tem de ser, por coerência, semelhante: tais leis não podem invadir domínios que lhes não sejam constitucionalmente concedidos, salvo irrelevância (as normas que então contenham não desfrutam de superioridade sobre quaisquer outras normas posteriores).

12. Referendo político vinculativo e limitações de decisão política

I — A introdução do referendo político nacional suscita, por seu turno, problemas interessantes do prisma da vinculação ou limitação dos poderes de decisão dos órgãos legislativos.

Segundo o art. 118.º, n.º 8 da Constituição, as propostas de referendo recusadas pelo Presidente da República ou objecto de resposta negativa do eleitorado não podem ser renovadas na mesma sessão legislativa, salvo nova eleição da Assembléa da República, ou até à demissão do Governo. Em contrapartida, é óbvio que se a resposta for afirmativa — pela própria natureza vinculativa que o referendo possui (art. 118.º, n.º 1) — a Assembléa fica obrigada a fazer a lei, ou o Governo o decreto-lei, correspondente à questão submetida a referendo (29). E, sendo praticado este acto legislativo *devido*, também se torna claro que algumas implicações daí hão-de decorrer.

Poderia supor-se que lei aprovada no seguimento de referendo só após novo referendo em sentido inverso poderia ser revogada ou modificada. Mas não é preciso ir tão longe. Por analogia com o que dispõe o art. 118.º, n.º 8, deve entender-se que a intangibilidade da lei subsiste até à próxima

(29) Sob pena de omissão inconstitucional (ainda que não fiscalizável através dos mecanismos do art. 283º).

eleição do Parlamento, não forçosamente para além dela: uma Assembléa renovada por eleição (ou o Governo dela emanado) já poderá, com inteira legitimidade democrática, alterar aquilo que o povo tiver decidido, directamente, por via de referendo.

Ora, o que sucederá se antes da nova eleição da Assembléa da República, for feita lei contrária àquele acto legislativo? Se isso acontecer, produzir-se-á inconstitucionalidade ou ilegalidade? E haverá invalidade ou mera irregularidade?

II — Em favor da inconstitucionalidade — de inconstitucionalidade orgânica — seria de aduzir que tudo redundaria em preterição de uma regra de competência temporalmente restringida em virtude da realização do referendo.

Não parece, contudo, que seja uma questão de competência para a prática de actos legislativos, mas de conteúdo de actos. A Assembléa (ou o Governo) continua a poder legislar sobre a matéria; somente não pode legislar em certo sentido — em sentido discrepante do da lei decretada a seguir ao referendo.

Tão pouco se trata de uma questão de ilegalidade por eventual violação da lei do regime do referendo, uma das chamadas leis orgânicas. Por um lado, o princípio acabado de expor resulta da Constituição, e não, autonomamente, desta lei. Por outro lado, o objecto desta lei não é tanto o regime substantivo quanto o regime do processo de referendo.

Apenas pode ser, pois, ilegalidade — e ilegalidade directa por preterição da lei subsequente a referendo vinculatorio, a qual, em face do art. 118.º, n.º 1 da Constituição, adquire também *per relationem*, temporária ou circunstancialmente, um estatuto reforçado.

III — Apesar da linearidade do raciocínio, hesitamos, porém, em reduzir a *lei pós-referendária* (se é lícito dar-lhe um nome) à categoria das leis de valor reforçado dos arts. 280.º, n.º 2, alínea *a*, e 281.º, n.º 1, alínea *b*. Faltando preceito constitucional explícito a consignar a regra da não-derrogabilidade que acabamos de enunciar, seria talvez menos prudente assimilá-la às leis que da Constituição, directa ou indirectamente, recebem uma função específica de sobreposição; e é uma não-derrogabilidade muito relativa.

De igual sorte, entendemos que, a dar-se preterição, não se produzirá invalidade, mas apenas irregularidade. A modificação ou a revogação, expressa ou tácita, da lei pós-referendária por lei da Assembléa da República (ou por decreto-lei do Governo) antes de novo referendo ou de nova eleição pode considerar-se simplesmente irregular, não nula ou anulável; o seu grau de gravidade não justifica mais do que isso.

Konrad Hesse: uma Nova Crença na Constituição

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

Professor Titular da UnB

"Esta Constituição é a minha bíblia jurídica; seu plano de governo, o meu plano de governo; e o seu destino, o meu destino" (HUGO LAFAYETTE BLACK — Crença na Constituição).

SUMÁRIO

- I — *Colocação do tema: por que uma nova crença na Constituição?*
- II — *Condicionamento recíproco entre a Constituição e a realidade político-social.*
- III — *Limites e possibilidades de atuação da Constituição jurídica.*
- IV — *Pressupostos de eficácia da Constituição.*
- V — *Conclusão.*

Acabo de ler, em cuidadosa tradução de Gilmar Ferreira Mendes, texto em português do Escrito de Konrad Hesse, "A força normativa da Constituição", para publicação no Brasil.

A divulgação desse estudo, a ocorrer brevemente, dar-se-á num momento singularmente oportuno, porque a nossa atual Carta Política acaba de completar apenas dois anos de vigência, mas já se ouviu, nos mais diversos setores da sociedade, e com intensidade crescente, a perniciosa pregação de que se faz necessário reformar o seu texto, para ajustá-lo a uma imprecisa e mal definida realidade nacional.

Por isso, mas — como se verá adiante — não apenas por isso, é que a publicação desse precioso Escrito de Konrad Hesse parece-nos extremamente importante, porque a sua idéia central é, precisamente, a de que, embora não disponha de existência autônoma, em relação à realidade, da qual, aliás, não pode estar desvinculada, a Constituição não é imposta, simplesmente, por essa mesma realidade; em outros termos, embora con-

dicionada pela realidade político-social, a Constituição não é determinada por essa mesma realidade.

Daí, desde logo, Hesse nos advertir de que a força vital e eficaz da Constituição assenta-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo — o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva —, mas sua força normativa não deriva dessa adaptação a uma dada realidade, antes se devendo a um fator de natureza espiritual e cultural, que ele sugestivamente denomina *vontade de Constituição*.

Acentuando a natureza espiritual dessa atitude perante a Constituição, dessa crença de que a Constituição não é e não deve ser um subproduto mecanicamente derivado das relações de poder dominantes, Hesse nos diz que essa vontade de Constituição — “que indubitavelmente constitui a maior garantia de sua força normativa” — se origina de três vertentes diversas, embora ontologicamente semelhantes, a saber: da compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme; da compreensão de que essa ordem é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos, já que possui legitimidade própria; e, finalmente, da consciência de que, ao contrário do que se dá com as leis do pensamento, essa ordem não consegue ser eficaz sem o concurso da vontade humana, pela qual adquire e preserva a sua validade.

Trata-se, bem se vê, de um autêntico discurso de conversão, via do qual o ilustre constitucionalista alemão, sem abandonar a necessária postura analítica, nos conduz a *ver a verdade naquilo que, até então, nada nos dizia*, para usarmos a feliz expressão com que João Baptista Machado expõe a moderna teoria da argumentação, em *Nota à 1.ª edição portuguesa da Introdução ao Pensamento Jurídico*, de Karl Engisch.

Diante dessa sua pregação quase catequética — também por isso dizemos que ela encarna uma nova crença na Constituição — é fácil compreender por que Hesse inicia seu estudo evocando, para criticar-lhe o unilateralismo de perspectiva, a célebre conferência de Fernando Lassalle, “Que é uma Constituição?”, pronunciada em Berlim, no mês de abril de 1862.

Nessa conferência, que virou texto clássico da doutrina constitucional, Fernando Lassalle levou ao extremo o discurso da submissão dos textos constitucionais aos chamados *fatores reais de poder* existentes nas sociedades, os quais, para ele, informam todas as leis e instituições jurídicas, fazendo com que, em essência, *não possam ser mais do que são e como são* (1).

Exprimindo esse sociologismo exagerado, Lassalle chega a dizer que aqueles fatores reais de poder — referindo-se à Prússia de seu tempo, ele os identificava na monarquia, na aristocracia, na grande burguesia, nos

(1) *Que es una Constitución?* Buenos Aires. Siglo Veinte, 1957, pág. 15.

banqueiros, na pequena burguesia e na classe operária — eram verdadeiros *fragmentos de Constituição* que, somados, corresponderiam à Constituição *real* e, transladados para uma folha de papel, se converteriam na Constituição escrita, na Constituição *jurídica* propriamente dita.

Por isso, para ele, e neste ponto é frontal o choque entre a sua concepção e o pensamento de Konrad Hesse, a Constituição escrita, para ser boa e duradoura, deve refletir, *necessariamente*, os fatores reais de poder existentes na sociedade, pois um eventual descompasso — ele usa a expressão *conflito* — entre o texto escrito e a Constituição real fará com que, mais cedo ou mais tarde, a Constituição *folha de papel* seja rasgada e arrastada pelas verdadeiras forças vigentes no país, num determinado momento da sua história; noutras palavras, a Constituição *real* “revogaria” a Constituição *formal*, substituindo-a por outra, atualizada ou “em dia” com aqueles fatores reais de poder.

Se fosse verdade, como afirmava Lassalle, que, para se fazer uma Constituição escrita, bastaria simplesmente recolher os fatores reais de poder, estendê-los sobre uma folha de papel e dar-lhes expressão jurídica, efetivamente o texto afinal produzido não teria nenhuma autonomia, sendo a sua força normativa meramente aparente, como expressão subalterna daqueles fatores reais de poder.

A essa concepção mecanicista das relações entre a Constituição e as forças sociais, Konrad Hesse opõe, para nós com inegável vantagem, uma visão do problema que até certo ponto se poderia considerar *dialética*, na medida em que, sem desprezar a importância das forças sócio-políticas para a criação e a sustentação da Constituição jurídica, nos sugere admitir, como *ponto de partida* para a análise do fenômeno, a existência de um condicionamento *recíproco* entre a Lei Fundamental e a realidade político-social subjacente.

Trata-se de algo que, de resto, é não só admitido, mas até mesmo enfatizado por ninguém menos que o velho Engels, quando, em crítica mordaz aos ideólogos, observa que eles padecem de uma *ignorância absoluta* sobre a *ação recíproca* existente entre as normas jurídicas e os fatores econômicos, que as engendram ou, pelo menos, *condicionam* (*).

Do contrário — adverte Hesse — até mesmo o Direito Constitucional, como ciência normativa, deixaria de estar a serviço de uma ordem estatal justa, para cumprir tão-somente a miserável função — indigna de qualquer ciência — de justificar as relações de poder dominantes.

Neste passo cabe lembrar, por sua pertinência para a compreensão do problema, os ensinamentos de Hans Kelsen, quando, ao traçar as linhas distintivas entre a Jurisprudência Normativa e a Jurisprudência Socioló-

(*) Carta a Franz Mehring, in Marx e Engels — *Cartas Filosóficas*. São Paulo, Ed. Moraes, 1987, pág. 51.

gica — para, como disse, evitar sincretismos metodológicos —, nos adverte de que esses dois saberes possuem objetos distintos, pois a primeira estuda a validade do Direito, enquanto a segunda discorre sobre a sua eficácia⁽³⁾.

Se perdermos de vista essa distinção metodológica, aliás correlata da diversidade dos objetos formais ou pontos de vista sob os quais um mesmo objeto material — no caso, o Direito — pode ser encarado, confundiremos os planos e âmbitos de seu conhecimento, retirando, como fez Lassalle, da Ciência do Direito Constitucional, o caráter *normativo*, que lhe é próprio, para lhe emprestar um caráter *sociológico*, que, em absoluto, ela não possui.

Então, vale insistir, para sermos coerentes, do ponto de vista metodológico, e, assim, podermos “construir” uma Ciência do Direito Constitucional que seja, como deve ser, efetivamente normativa, devemos ter presente que a Constituição é uma norma, expressão de um *dever ser*, e não um subproduto ou precipitado natural, ainda que enunciado em forma normativa, das relações de poder existentes em certa sociedade, num dado momento da sua história.

Se recusarmos à Constituição esse caráter deontológico e essa força normativa, reduzindo-a a um simples reflexo dos chamados fatores reais de poder, lhe retiraremos, também, por via de conseqüência, a dimensão reformadora que indiscutivelmente possui, enquanto instrumento de transformação social.

Por isso, Konrad Hesse insiste na necessidade de se admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força normativa própria, motivadora e ordenadora, não apenas da vida do Estado, como também da vida não-estatal. Para usar as suas próprias palavras e, assim, melhor traduzir-lhe as idéias, vale lembrar, neste ponto, o que ele nos diz sobre as funções da Lei Fundamental: “por intermédio de suas prescrições materiais, das relativas à estrutura estatal e à regulamentação constitucional do processo de formação de unidade política e da atuação estatal, a Constituição origina unidade estatal, confere forma à vida da Comunidade, assegura continuidade suprapessoal, com o conseqüente efeito estabilizador; por outro lado, permite entender e compreender a formação de unidade política e a atuação estatal, torna possível a participação consciente, protege contra recaídas no informe e indiferenciado, com a conseqüente eficácia estabilizadora; pela ordenação do procedimento de formação de unidade política, da fundação sempre limitada de atribuições de poderes estatais, da regulamentação processual do exercício dessas atribuições e do controle dos poderes estatais, a Constituição pretende limitar o poder estatal e impedir o abuso desse poder; enfim, nessa sua função de possibilitar e garantir um processo político livre, de instituir, de esta-

(3) *Jurisprudência Normativa e Sociológica*, in *O Direito e a vida social — Leturas básicas de sociologia jurídica*: coletânea organizada por A. L. Machado Neto e Zahidé Machado Neto. São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1968, pág. 17.

bilizar, de racionalizar, de limitar o poder e, com tudo isso, assegurar a liberdade individual, é que reside a *qualidade da Constituição*" (4).

Neste passo, ele nos faz lembrar as reflexões de Georges Burdeau sobre o papel desempenhado pela Constituição na configuração do *Estado de Direito*, porque, segundo aquele notável jurista e pensador político — pela forma como atua sobre o Poder — a Constituição deve ser considerada verdadeiramente criadora do Estado de Direito, pois, se antes dela, o Poder é um mero fato, resultado das circunstâncias históricas, produto de um equilíbrio frágil entre as diversas forças políticas, com a Constituição ele muda de natureza e se juridiciza, para se converter em Poder de direito, desencarnado e despersonalizado (5).

Vista assim, em correta perspectiva jurídico-normativa, a Constituição, por sua energia conformadora da realidade social, converte-se, também ela, num autêntico *fator real de poder*, na medida em que, vigente e eficaz, interage com os demais fatos sociais, sobre eles influenciando e deles recebendo influência, dentro do processo dialético de ação recíproca entre a infra-estrutura e a superestrutura, que é próprio das sociedades humanas.

Destarte, como fato normativo, a Constituição deixa de ser um simples subproduto das tensões fático-axiológicas, para, com energia própria, inserir-se e atuar na realidade política e social, a que dá um específico sentido — o de realizar, em dado momento, numa sociedade concreta, a *idéia do direito* (6).

Retornando ao texto de Hesse, impõe-se, agora, seguir-lhe a seqüência do raciocínio, para compreender como ele tenta fundar a sua crença na força normativa da Constituição e, assim, conferir dignidade própria à Lei Fundamental, em que pese reconhecer e afirmar — aliás com certa freqüência — que nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, *pode alterar as condicionantes naturais, do que resulta não dispor, a norma constitucional, de existência autônoma em relação à realidade social, da qual emerge e na qual se insere.*

Como passo inicial para a fundação dessa crença, ele formula uma pergunta que, respondida corretamente, nos oferece a chave para deslindar todo o seu discurso: "existirá, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional?"

Cauteloso, Konrad Hesse nos apresenta o que denomina uma simples "tentativa" de resposta à sua própria indagação, resposta que ele desdobra em três etapas ou aspectos: a) existe um condicionamento recíproco

(4) Conceito e Qualidade da Constituição, in *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, págs. 21/22.

(5) *Traité de Science Politique*, Paris, LGDJ, 1984, tomo IV, págs. 44/45.

(6) Gustavo Radbruch, *Filosofia do Direito*, Coimbra, A. Amado, 1961, vol. I, pág. 50; Georges Burdeau, in *Traité*, cit., pág. 45 e in *El Estado*, Madrid, Seminarios y Ediciones, 1975, págs. 54/58.

entre a Constituição jurídica e a realidade político-social; b) a atuação da Constituição jurídica tem limites e possibilidades; c) a eficácia da Constituição está sujeita à satisfação de determinados pressupostos.

Examinemos, ainda que sumariamente, essas três proposições.

I — Quanto ao primeiro aspecto, o do *condicionamento recíproco* entre a lei e a realidade, entre a Constituição jurídica e os fatos sociais, HESSE começa a sua análise lembrando que esse ponto de partida exige particular realce, uma vez que o pensamento constitucional do passado recente está marcado pelo *isolamento* entre fato e norma, entre direito e realidade, em razão do que juristas e sociólogos do direito, de costas voltadas uns para os outros, acabaram por se encastelar em posições extremadas, mas igualmente estéreis, levados que foram em direção a uma norma despida de qualquer elemento da realidade, ou a uma realidade esvaziada de qualquer conteúdo normativo.

Comentando esse divórcio, e apontando o caminho que, a seu ver, superaria as referidas divergências entre o normativismo e o sociologismo exagerados, Hermann Heller, um dos mais notáveis publicistas germânicos deste século, nos brinda com esta preciosa síntese: “A doutrina dominante, sob a direção de Georg Jellinek, contenta-se em colocar a Constituição como *ser* ao lado da Constituição jurídica, como *dever ser*, sem conexão científica de nenhuma classe entre si. Os propósitos de superar este insustentável dualismo não têm levado, até hoje, mais que à absolutização de uma ou outra de ambas as posições. Kelsen faz constituir o Estado e a Constituição em um *dever ser*, exclusivamente; O. Schmitt pretende eliminar da Constituição toda normatividade. A teoria do Estado só poderá evitar estas unilateralidades se conseguir descobrir a conexão real a partir da qual possam ser explicadas e compreendidas tanto a Constituição, enquanto *ser*, como a Constituição jurídica normativa e o método dogmático-jurídico a ela correspondente” (7).

Trata-se de uma crise que se instaurou não apenas no âmbito do Direito Público ou do Direito Constitucional, como, à primeira vista, se poderia imaginar, mas que atingiu todos os quadrantes do pensamento jurídico, segundo observou Miguel Reale, em reflexões sobre a necessária e ineliminável conexão entre a vigência, a eficácia e o fundamento dos modelos normativos, conexão que para ele só se revela, com nitidez, na própria experiência jurídica (8).

Para superar esse impasse, Konrad Hesse nos propõe buscar um caminho que, de um lado, evite o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas e, de outro, não leve à criação de uma normatividade despida de qualquer elemento da realidade.

Então, parece evidente que esse caminho só poderá ser encontrado se conseguirmos rejeitar as opções, inconciliáveis ou mutuamente exclu-

(7) *Teoria do Estado*. São Paulo, Mestre Jou, 1968, págs. 306/307.

(8) *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1986, págs. 28/34.

dentes, entre os normativismos abstratos e os sociologismos rasteiros, representativos, ambos, de concepções unilaterais ou setORIZADAS da experiência jurídica.

Como toda regra de Direito *vige* com pretensão de eficácia, assim como não lhe pode faltar, também, a pretensão de ser *justa* — consoante oportunamente observado pelo mesmo Miguel Reale ⁽⁹⁾ — e como a Constituição, porque é regra jurídica, também *vige* com essa mesma pretensão de eficácia, que é inseparável das condições históricas de sua realização, Hesse ressalta que ambos os elementos, a pretensão de eficácia e as condições de sua realização, *interagem reciprocamente*, embora se mantenham distintos na especificidade de suas funções; por isso, podem e devem ser diferenciados, embora não possam e não devam ser separados, nem confundidos.

Trata-se de uma relação dialética em tudo semelhante à que existe entre Estado e Direito, e que só se poderá compreender se considerarmos o Direito como a condição necessária do Estado atual e, do mesmo modo, o Estado como a necessária condição do Direito presente, pois sem o caráter de criador de poder, que o Direito acarreta, não existe nem validade jurídica normativa, nem poder estatal, assim como, sem o caráter de criador de direito, que tem o poder do Estado, não existe nem Estado, nem positividade jurídica. A propósito — como acentua Hermann Heller — “a relação entre o Estado e o Direito não consiste nem em uma unidade indiferenciada, nem em uma irreduzível oposição, antes devendo considerar-se como relação dialética, como relação necessária das esferas separadas e admissão de cada pólo no seu oposto” ⁽¹⁰⁾.

II — Quanto às possibilidades e aos limites da pretensão de eficácia da Constituição, Hesse inicia suas considerações afirmando que, embora em termos relativos, a Constituição jurídica possui significado próprio; que sua pretensão de eficácia se apresenta como elemento autônomo, no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado; e, finalmente, que sua força normativa é adquirida na medida em que ela consegue tornar efetiva aquela mesma pretensão de eficácia.

Também nesta parte, observa-se em Konrad Hesse a preocupação de advertir que não podemos isolar, em campos fechados, a Constituição *real* e a Constituição *jurídica* porque, a despeito de serem distintas, elas se correlacionam e se co-implicam mutuamente. Daí que a normatividade da Constituição jurídica, embora dependa de sua adequação à Constituição real, para se transformar em energia normalizadora, ainda assim procure imprimir ordem e conformação à realidade política e social: noutras palavras, por sua peculiar natureza e qualidade, a Constituição jurídica não se limita a sancionar o existente — como teria afirmado Lenine acerca do Direito —, antes pretende e consegue *juridicizá-lo*, de tal sorte que, a partir dela, o poder se torna juridicamente qualificado, inclusive, ou sobretudo, como poder *legítimo*.

(9) *Filosofia do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1969, vol. II, pág. 530.

(10) *Teoria do Estado*, cit., pág. 231.

Nessa mesma linha de pensamento, o citado Hermann Heller observa, com propriedade, que, ao lado do normal fático, tem também grande importância a força normalizadora do normativo, sendo certo, ademais, que nenhuma decisão pode, *sem normatividade*, produzir normalidade e, portanto, *continuidade de conduta*: disso decorre que a própria continuidade histórica da Constituição *real* depende, em larga medida, da Constituição jurídica, que dá forma à ocasionalidade das relações de poder sempre mutáveis, estruturando-as em unidade de poder *permanente*, pois “se as decisões adotadas para esta ou aquela forma de Estado ou de Governo não possuíssem validade normativa para o futuro, difícil seria explicar como puderam constituir, enquanto *decisões*, tanto hoje como amanhã, o suposto básico de todas as normações ulteriores” (11).

Noutras palavras, somente mediante o elemento normativo se normaliza uma situação de dominação atual e plenamente imprevisível, convertendo-se numa situação de dominação contínua e previsível; então, até mesmo a Constituição *real* precisa normatizar-se para durar além do momento presente, pois somente formalizada juridicamente é que uma situação transitória de dominação se converte em uma situação de dominação relativamente duradoura (12).

Especificamente quanto aos *limites da força normativa* da Constituição, e para explicitá-los, Konrad Hesse relembra alguns trechos de um dos primeiros escritos de Wilhelm Humboldt, onde este afirma que nenhuma Constituição exclusivamente fundada num plano racionalmente elaborado pode lograr êxito, e que somente consegue desenvolver-se aquela Constituição resultante da luta do acaso poderoso com a racionalidade, que se lhe opõe.

Esta remissão está a evidenciar, mais uma vez, a preocupação de Hesse em nos mostrar que a força normativa da Constituição não é algo que possua existência autônoma, até porque a Constituição, por si só, não pode realizar nada, embora possa, isso sim, impor *tarefas* que, acaso efetivamente realizadas, emprestam-lhe força ativa, assente na incomparável qualidade do presente.

Por isso, como lembramos anteriormente, Konrad Hesse nos diz que “a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizer presente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder, mas também a *vontade de Constituição*”, juízo esse que se pode completar lembrando, ainda uma vez com Heller, que “o conteúdo e o modo de validade de uma norma não se determinam nunca somente por sua letra, nem mesmo pelos propósitos e qualidades de quem a dita, mas sobretudo pelas qualidades daqueles a quem a norma se dirige e que a observam” (13).

(11) *Teoria do Estado*, cit., págs. 233, 298, 312 e 313.

(12) Hermann Heller, op. cit., págs. 233 e 301.

(13) *Teoria do Estado*, cit., pág. 302.

De fato, se tivermos presente a idéia de que a *energia normalizadora* (= força normativa) da Constituição, conquanto potencialmente apta a atuar sobre a sociedade e conformá-la aos seus ditames, depende de sujeitos concretizadores para se tornar eficaz, se tivermos presente essa idéia, facilmente compreenderemos porque Hesse condiciona à existência de uma *vontade de Constituição* o êxito de qualquer programa normativo.

Como toda Constituição só se torna juridicamente *eficaz* (= ter efetivada a respectiva pretensão de eficácia) através de sua *realização*, e como essa realização é *tarefa* de todos os órgãos constitucionais, da qual participam, ademais, os cidadãos que *fundamentam* na Constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e os seus deveres — consoante observa Canotilho ⁽¹⁴⁾ —, conclui-se que onde não houver essa vontade de Constituição jamais a sua normatividade conseguirá criar e manter qualquer espécie de normalidade; por outras palavras, onde e quando as tarefas cometidas pela Constituição não forem cumpridas, onde não se professar uma verdadeira crença no valor *intrínseco* da Constituição, ter-se-á tudo, menos vida e condutas em conformidade com os preceitos constitucionais. É preciso, portanto, que haja *fidelidade* à Constituição, como condição indispensável à sua *eficácia* e à sua *realização*.

Em contrapartida — prossegue Hesse, em linguagem simples, porém densamente comunicativa —, quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e as fronteiras impostas à sua força normativa, do mesmo modo que essa força será maior onde e quando se mostrarem dispostos a homenagear a Constituição precisamente aqueles que tenham condições de violar os seus mandamentos.

III — Quanto aos *pressupostos da eficácia* da Constituição, Hesse começa anotando que tais pressupostos se referem tanto ao seu *conteúdo*, quanto à *práxis* constitucional.

Preliminarmente, neste ponto, a seu ver, quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à singular *natureza* do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

Noutro ensaio (*Conceito e Qualidade da Constituição*), Konrad Hesse também enfrentou a problemática relativa à *possibilidade de realização* do conteúdo da Constituição, insistindo em que, quanto mais intensa for a conexão de seus preceitos com as circunstâncias da situação histórica — procurando conservar e desenvolver o que já se acha esboçado na individualidade do presente —, tanto maior será a capacidade da Constituição para expandir a sua força normativa; em caso contrário, isto é, se ignorar o estágio do desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico do seu tempo, a Constituição não conseguirá realizar o que projeta o seu texto, porque a sua força normativa estará em descompasso com a realidade sobre

(14) *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 4ª ed. 1986, pág. 143.

a qual pretende atuar. Noutras palavras, um modelo normativo constitucional não fundado na experiência jamais realizará o tipo de comportamento considerado necessário pelo constituinte que o elaborou.

Por isso, Miguel Reale, em precioso ensaio sobre as estruturas e modelos da experiência jurídica, nos adverte de que a tipificação normativa — e essa advertência, obviamente, se aplica à macrotipificação normativa em que consiste a elaboração dos textos constitucionais — não é uma obra cerebrina ou imaginosa, mas o resultado de uma análise positiva dos dados empíricos, pois nada é mais contrário à idéia de modelo do que a de uma abstração não fundada no real concreto (15).

Prosseguindo em suas considerações sobre os pressupostos da eficácia da Constituição, Hesse afirma que, para durar (= permanecer com força normativa), a Constituição deve poder adaptar-se às eventuais mudanças na realidade sócio-política, o que só conseguirá, e com mais facilidade, se o seu texto limitar-se ao estabelecimento de uns poucos *princípios fundamentais*, suscetíveis de receber sempre novos desenvolvimentos, de parte dos sujeitos concretizadores, desde que, obviamente, tais desenvolvimentos não representem mutações constitucionais conflitantes com a própria Constituição.

Ao contrário — adverte Hesse — se a Lei Maior “constitucionalizar” interesses momentâneos ou passageiros, o tecido constitucional perderá a necessária ductilidade, do que resultará seu rompimento e a conseqüente necessidade de se refazer a tecedura (= emenda; reforma; revisão), com o inevitável comprometimento da força normativa da Constituição.

Sob esse ponto de vista, exemplo que todos lembram da Constituição *ideal* é o da Constituição dos Estados Unidos da América, que, redigida em 1787 e logo complementada, em 1791, pelas dez emendas conhecidas como *Bill of Rights*, por desenvolvimentos jurisprudenciais sempre renovados — sobretudo pela mediação criadora da Suprema Corte — teve preservado seu texto fundamental por mais de duzentos anos e, não obstante, conseguiu operar o milagre da “contemporaneidade dos não contemporâneos”, na feliz expressão de Orlando Bitar, tomada de empréstimo a Karl Mannheim (16).

Pela estrutura ampla e aberta de seus enunciados normativos, a Constituição dos Estados Unidos, como *supremo direito da terra*, tem permitido a seu povo encontrar soluções para todas as *crises dos negócios humanos*. A partir do seu texto, mas na ambiência do contexto, ali se produziram as mais radicais mutações constitucionais de que se tem conhecimento — sugestivamente chamadas pela doutrina de processos *obliquos*, processos *informais*, processos *de fato* ou mudanças constitucionais *materiais* —, sem que, para tanto, tenha sido alterado o documento original da Carta, o qual, ao lado da Declaração de Independência dos Estados Unidos, “encontra-se

(15) *O Direito como Experiência*. São Paulo, Saraiva, 1968, págs. 165 e 167.

(16) Orlando Bitar, *A Lei e a Constituição*. Belém, 1951, pág. 182.

exposto ao público no Edifício dos Arquivos Nacionais, em uma vitrina que oferece a maior proteção possível contra a ação do tempo...”.

Essa é, fundamentalmente, a razão pela qual os juristas e cientistas políticos norte-americanos costumam dizer, com fina ironia — que mais sugere um acentuado sentimento de orgulho nativo, do que eventual crítica à bíblia da sua cidadania — que a sociedade e a economia mais dinâmicas da Terra coexistem com a estrutura constitucional mais antiga e subdesenvolvida encontrada em qualquer país ocidental (17).

Finalmente — prossegue Hesse — para lograr plena eficácia normativa, não deve a Constituição assentar-se numa *estrutura unilateral*, antes precisa incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura *contrária*.

Por isso, sentencia o notável professor de Friburgo e juiz do Tribunal de Karlsruhe: “direitos fundamentais não podem existir sem a correspectiva vinculação; a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder; o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo”.

A fim de melhor compreender essa advertência, convém ter presente que, para Konrad, a Constituição tem por objetivos precípuos ou essenciais produzir a *unidade política* e criar uma *ordem jurídica*, entendendo-se por unidade política uma *unidade de atuação* que, ao mesmo tempo, possibilite e condicione as tomadas de decisão, harmonizando o inevitável entrechoque dos interesses e aspirações inerentes à convivência humana.

Como, por outro lado, a produção e a continuação dessa unidade política ocorrem num processo permanente, para que tal processo não se dissolva no jogo daqueles interesses e daquelas aspirações — que é necessariamente um jogo conflitivo — impõe-se estabelecer um mínimo de *regras* para esse jogo, o que só se obterá com a criação de uma *ordem jurídica*, segundo pautas axiológicas que devem ser democraticamente compartilhadas por todos — ou, ao menos, pela maioria — como condição de legitimidade da própria organização política.

Particularmente ilustrativa dessa sua visão dialética do processo de produção da unidade política, levada a efeito pela Constituição, é a passagem em que Hesse ressalta a importância dos conflitos sociais como fatores determinantes das mudanças e da evolução histórica.

Essa unidade — afirma Hesse — é inimaginável sem a presença dos conflitos, que são próprios da convivência humana; são os conflitos que impedem a rigidez e o estancamento em formas superadas; representam, embora não apenas eles, a força motriz sem a qual não se produziria a mudança histórica; sua ausência ou sua repressão podem conduzir ao imobilismo; mas os conflitos, por si, não possibilitam o viver e o conviver humanos;

(17) A Constituição, o Capitalismo e a Necessidade de Regulamentação Racionalizada, in *A Constituição Norte-Americana*, Rio, Forense, 1988, págs. 122/123.

por isso, a questão não se coloca em termos de possibilitar os conflitos ou os seus efeitos, mas em termos que garantam a formação e a continuação da unidade política, sem ignorar ou reprimir os conflitos em nome dessa unidade e sem sacrificar a unidade política em nome daqueles conflitos (18).

Proseguindo na sua exposição, Hesse aponta, logo a seguir, a *práxis* constitucional como fator igualmente condicionante de um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição.

Nesse contexto, ganha particular relevo e importância o respeito devotado à Lei Maior por todos os partícipes da vida constitucional, sobretudo naquelas situações de crise, em que a observância da Constituição parece revelar-se politicamente incômoda, porque posta em conflito como as sempre invocadas, mas nunca bem definidas *razões de Estado*, argumento de que se utilizam os tiranos de todos os tempos, e dos mais diversos matizes ideológicos, para impor aos homens livres a insuportável obrigação de trocar suas camisas de cidadãos por túnicas de súditos.

Por isso, invocando e transcrevendo considerações de Walter Burckhardt, Konrad Hesse nos diz que aquele sentimento, por ele identificado como *vontade de Constituição*, deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios ou até a algumas vantagens justas, pois quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente do Estado Democrático.

Diversamente, aquele que não se dispõe a esse sacrifício, pouco a pouco vai malbaratando um capital precioso, muito mais significativo do que todas as vantagens angariadas e que, desperdiçado, nunca mais se recupera.

Neste ponto, vale insistir nas reflexões com que iniciamos esta *introdução* ao estudo de Hesse, no sentido de que a sua publicação, nesta hora, se nos apresenta extremamente oportuna, como advertência e apelo a todos quantos, de uma forma ou de outra, enquanto atores da cena política, devem lutar antes pela *realização* do que pela *reforma* da nova Constituição, sem favor a mais avançada e a mais democrática de quantas já tivemos nestes quase 170 anos de vida política independente.

Como último — mas, nem por isso, como fator menos importante para a consolidação e a preservação da força normativa da Constituição — Hesse aponta a *interpretação*, que logo afirma estar submetida ao princípio hermenêutico da *concretização excelente* da norma, princípio que ele adverte não se poder aplicar com base em construções meramente lógico-formais, do tipo subsunção fato/norma, sobretudo porque, estando a eficácia da Constituição condicionada pelos eventos concretos da vida, o sentido de suas proposições normativas deve ser efetivado dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

(18) Conceito e Qualidade da Constituição, in *Escritos*, cit., pág. 9.

Disso decorre, para o intérprete-aplicador do texto constitucional, o dever de se manter em permanente sintonia com a realidade social ou, como diz o próprio Hesse, com aqueles eventos concretos da vida, sob pena de, não o fazendo, colaborar para o enfraquecimento da força normativa da Constituição, que só permanece operativa enquanto estiver ajustada às mudanças fáticas e axiológicas ocorridas no seio da sociedade.

Neste ponto, cabe refletir, criticamente, sobre a posição de Hesse, para ver se, em essência, apesar do seu esforço em demonstrar uma postura superior do sociologismo mecanicista de Fernando Lassalle — que tão enfaticamente verberou —, não acaba, ele mesmo, por cometer o mesmo pecado, colocando a normatividade (= força normativa) da Constituição a reboque das alterações ocorridas na realidade social, ainda que esse atrelamento esteja escondido por trás de um sofisticado discurso aparentemente, mas só aparentemente, dialético.

Por isso, certamente, é que, logo após afirmar que uma mudança das relações fáticas pode — ou *deve* — provocar mudanças na interpretação da Constituição, ele tem o cuidado de dizer que o sentido das proposições jurídicas estabelece o *limite* da sua interpretação e, por conseguinte, também o limite de qualquer mutação *normativa*; que o sentido de uma proposição e sua *nítida* vontade normativa não devem ser sacrificados pelas mudanças de situação; que, finalmente, se aquele sentido normativo não mais pode ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável.

Nas palavras de Lassalle, ter-se-ia, aí, uma revogação da Constituição *jurídica* pela Constituição *real*, só que, civilizadamente, pela via jurídica da revisão constitucional...

Diante das lições da experiência histórica, rica em exemplos da chamada “revolta dos fatos contra os códigos”, expressão afortunada com que os juristas modernos explicaram as transformações ocorridas na passagem do Estado liberal ao Estado social, diante dessas lições, tanto Hesse como os demais constitucionalistas, que se viram a braços com o problema da alteração do sentido dos preceitos constitucionais, como consequência das mudanças verificadas na realidade social, todos eles tiveram que “conviver” com aquelas já referidas *mutações constitucionais*, eufemicamente consideradas simples processos *adaptativos*, que permitem alterar a concretização do conteúdo das normas constitucionais, sem a correspondente necessidade de modificar-lhe o texto.

Por outras palavras, graças ao que esses e outros constitucionalistas chamam de *amplitude* e *abertura* das normas constitucionais — Canotilho fala em caráter aberto, indeterminado e polissêmico⁽¹⁹⁾ — graças a isso podem tais normas conduzir a *resultados distintos*, em decorrência das mutações verificadas nos respectivos supostos fáticos, sem necessidade de prévias alterações em sua estrutura proposicional, o que se obtém, sem traumatismos, pela mediação construtiva dos sujeitos concretizadores, nos diversos níveis em que se opera a realização constitucional.

(19) *Direito Constitucional*, cit., pág. 160.

Em face dessa realidade, e para “racionalizá-la” — até porque o real é racional e o racional é real. . . — os juristas cuidaram de conceber métodos capazes de *explicar/compreender* o fenômeno e assimilá-lo pela dogmática jurídica.

Assim nasceram, no âmbito da hermenêutica jurídica, embora sob diferentes denominações, todos os métodos de *leitura atualizadora* das normas legais, bem como, simultaneamente, as diversas teorias que passaram a legitimar a jurisprudência como fonte criadora do direito e a exaltar o papel dos juizes como agentes desse *desenvolvimento* do direito para além das formalizações normativas (20).

Paralelamente, desenvolveu-se, também, um novo campo de estudos, a chamada *Semântica Jurídica*, que inicialmente concebida como teoria das mudanças dos conteúdos significativos das normas de Direito, independentemente da inalterabilidade de seu enunciado formal, nos dias atuais vem sendo explicada não apenas em função do caráter aberto, expansivo ou elástico, que é próprio dos modelos jurídicos, mas sobretudo em virtude das variações operadas ao nível do “mundo da vida”, no qual o Direito afunda as suas raízes (21).

No campo específico da hermenêutica constitucional, sob o ponto de vista da lingüística e da filosofia da linguagem, registra-se, como atestado de cidadania, um princípio metodológico que proclama ser a interpretação uma atividade condicionada pelo *contexto*, pois se efetua em condições sociais historicamente caracterizadas, que produzem determinados “usos” lingüísticos, decisivamente operantes na atribuição do significado às proposições normativas; disso resultaria, para os sujeitos concretizadores do texto constitucional, a obrigação de considerar o espaço semântico dos conceitos ou palavras como suscetível de se alterar em função do próprio contexto (22).

A essa altura, e à vista das considerações de Hesse sobre o que ele chama a *polaridade* dos caracteres de *abertura/amplitude* dos preceitos constitucionais, de um lado e, de outro, a sua *finalidade vinculante* — do que decorre a necessidade de se levar em conta, no ato de interpretação-aplicação da Lei Maior, simultaneamente, tanto os elementos *permanentes* quanto os *cambiantes*, inerentes, ambos, a todas as normas constitucionais —, tendo em vista essa colocação, achamos que Hesse, em verdade, acaba se rendendo à força normativa dos fatos, embora mascare essa rendição com a afirmativa de que a problemática (= necessidade) da revisão somente se coloca — melhor seria ter dito que *necessariamente* se coloca — quando terminam as possibilidades da mutação constitucional.

(20) Karl Larenz, in *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa, Gulbenkian, 2ª ed., 1989, págs. 443 e ss.

(21) Miguel Reale. *Direito Natural/Direito Positivo*. São Paulo, Saraiva, 1984, pág. 56.

(22) Gomes Canotilho, op. cit., pág. 148.

No particular, pensamos que não lhe socorrem nem mesmo os elogios que faz à rebuscada construção de F. Muller, via da qual se assimilam as mutações constitucionais com o argumento de que a realização do direito constitucional só se verifica, efetivamente, quando o conteúdo das normas que o integram se incorpora à conduta humana, mediante aplicação e observância diárias, o que faz a realidade se converter em parte integrante e constitutiva da normatividade jurídica (23).

Trata-se, impõe-se registrar, de uma aceitação que não é apenas de Hesse, mas da grande maioria dos doutrinadores, todos acordes em reconhecer que, à luz da experiência — sobretudo da experiência recolhida junto aos Tribunais Constitucionais —, é cada vez mais relevante o papel da jurisprudência como fator de desenvolvimento (= readequação) dos textos constitucionais, os quais, por essa via e em razão das alterações ocorridas na sociedade, podem receber sentidos sempre renovados, sem necessidade de se alterar a sua configuração literal (24).

Admitidas as mutações constitucionais — sobretudo aquelas reconhecidas como decorrentes de *atos de natureza político-social* (25) —, admitidas tais mutações como processos legítimos de *readequação* dos textos constitucionais à realidade social, do que resulta postergarem-se ao máximo as alterações da letra da Constituição, tem-se, como consequência lógica, no essencial, a aceitação das teses sociologizantes, porque tais processos de “atualização” normativa são muito mais dinâmicos e eficazes do que os procedimentos, sempre morosos e complicados, de alteração formal das Constituições (= emenda; reforma; revisão).

Considerando que o reconhecimento dessa *força normativa* dos fatos é o que sempre pretenderam os sociólogos do direito, ficam eles muito mais felizes ao verem aquela força normativa lograr eficácia exclusivamente pela atuação da jurisprudência, sem a prévia e, até certo ponto, dispensável mediação legislativa.

Então, sob um discurso aparentemente exaltador da força normativa da Constituição, o que se tem, em verdade, é uma *capitulação realista*, pelo reconhecimento de que a pretensão de eficácia das normas constitucionais somente será operosa enquanto se contiver nos limites de realização impostos pelo contexto social. Além desses limites — todos reconhecem — a *força normativa* da Constituição não consegue transformar-se em energia *normalizadora*, embora, obviamente, ainda conserve válida a *pretensão* de produzir normalidade de conduta de acordo com ela (26).

(23) Limites da Mutação Constitucional, in *Escritos*, cit., pág. 107.

(24) Paolo Biscaretti di Ruffia e Stefan Rosmaryn. *La Constitution comme loi fondamentale dans les états de l'Europe Occidentale et dans les états Socialistes*. Torino/Paris, 1966, págs. 60/68.

(25) *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México, FCE, 1975, pág. 347.

(26) Hermann Heller, op. cit., pág. 305.

E tanto isso é verdadeiro que não se encontra nenhum constitucionista — nem mesmo entre os de formação idealista — que considere jurídico um ordenamento “globalmente ineficaz”. Ao contrário, embora anunciando repúdio ao sociologismo exagerado, todos se curvam à realidade, admitindo, ainda que a contragosto, não faltar razão a um Kelsen quando reconhece — também ele contrafeito — que, embora uma norma jurídica, *isoladamente* considerada, possa continuar valendo (= válida) mesmo nos casos particulares em que não se mostre eficaz (= desobede-cida), perderá sua validade quando o sistema normativo a que pertença se tornar, *globalmente*, ineficaz (27).

Assim, em termos de *ordem jurídica* — lembremos que, ao lado da unidade política, Hesse aponta como objetivo precípua da Constituição a criação de uma *ordem jurídica*, sendo a Constituição a própria ordem jurídica fundamental da comunidade (28) — nesses termos, por implicação do seu raciocínio, poder-se-á reconhecer certa autonomia à força normativa da Constituição, até porque, como acentuado pelo próprio Hesse, se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes forem ignoradas pela Constituição, esta carecerá do imprescindível germe de sua força vital.

Dai, sinteticamente, com sua linguagem sempre precisa, a sentença de Kelsen, o mais normativista dos normativistas: “logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apóia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica e com ela cada uma das suas normas perdem a sua *validade* (= vigência)” (29).

Condicionada, ou quase determinada, pela natureza das coisas; pelos fatores naturais, técnicos, econômicos e sociais; pela situação histórica concreta; pela incomparável qualidade ou singular natureza do presente; pelas forças espontâneas e pelas tendências dominantes do seu tempo; pelos eventos concretos da vida, etc. — essas e muitas outras expressões equivalentes são empregadas ao longo do texto de Hesse —, dificilmente se poderá compreender como possa a Constituição ter força normativa própria, embora possua, aí sim com indiscutível autonomia, aquela *pretensão de eficácia* que lhe é inerente, e que se mantém válida independentemente de serem ou não observados os comportamentos nela abstratamente tipificados.

Destarte, ao limite, e diante da força inexorável da realidade, como que se esvai a energia normativa da Constituição e, conseqüentemente, também a de todas as normas infraconstitucionais, que extraem da Lei Maior — instauradora e unificadora do ordenamento jurídico — os pressupostos para a sua criação, vigência e execução.

(27) Hans Kelsen, *Teoria General del Derecho y del Estado*. México, Imprenta Universitária, 1950, págs. 31/43; *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, A. Amado, 1962, vol. II, pág. 48.

(28) *Escritos*, cit., págs. 8 e 17.

(29) *Teoria Pura do Direito*, cit., pág. 48.

Posta a questão nesses termos, qual seria, então, o elemento novo trazido ao debate por Konrad Hesse e os demais juristas e pensadores políticos que sustentam a existência, embora relativa, de uma autêntica *força normativa* da Constituição?

É o que apreciaremos a seguir, à guisa de conclusão.

IV — Inicialmente, cumpre ter presente que o principal objetivo de Hesse é reafirmar o valor, ainda que simbólico, do respeito à Constituição. Então, sob essa perspectiva, vale insistir, ele como que encarna ou professa uma nova *crença* na Constituição. Por isso, também, é que o seu discurso configura, como já o dissemos antes, um autêntico discurso de *conversão*, via do qual pretende nos conduzir a ver verdade naquilo que, até então, nada nos dizia.

Também por isso, todo o seu Escrito é perpassado de expressões exortativas e catequéticas, tanto ao se referir à Constituição propriamente dita, como ao se reportar ao Direito Constitucional, enquanto “ciência das Constituições” (Orlando Bitar), porque afirmar a dignidade da Constituição jurídica implica afirmar, também, a dignidade científica da disciplina que a estuda, pois “o Direito Constitucional não está em contradição com a natureza da Constituição”.

Mas, como fundar essa crença se, a todo instante, os problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas, se convertem em questões políticas, que se resolvem, via de regra, com o sacrifício da Constituição?

Como fugir a esse “destino trágico” das Constituições, que as faz sucumbirem quando suas disposições entram ou parecem entrar em conflito com a realidade política e social, que elas pretendem apreender nas malhas de sua juridicidade?

A resposta a essas indagações é o grande cometimento teórico do discurso de Hesse que, torturado entre a realidade e o sonho, não abdica da crença no valor intrínseco da Constituição, mas não pode negar que os limites e possibilidades da sua força normativa estão necessariamente condicionados pela situação concreta do seu tempo.

Daí a tentativa, até certo ponto exitosa, de superar o impasse pela via da correlação dialética entre *ser e dever ser*, no âmbito da qual a Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade mas, graças ao seu elemento normativo, ordena e conforma essa mesma realidade, integrando e superando as tensões fático-axiológicas próprias da convivência humana.

Como o próprio Hesse enfatiza que a força normativa impõe-se de forma tanto mais enfática quanto mais ampla for a *convicção* sobre a inviolabilidade da Constituição e quanto mais intensa for a *vontade* de Constituição, disso se conclui que a sua construção teórica assenta-se num dado eminentemente *axiológico*, pois a *eficácia* da Constituição fica a depender,

ao limite, menos da realidade do que do respeito que lhe devotem exatamente aqueles que a podem violar ou destruir.

Trata-se, portanto, de uma postura também essencialmente idealista, na medida em que ele desloca, do plano da condicionalidade fática para o do condicionamento ético, o problema da eficácia da Constituição, convertendo, assim, numa *questão de fé* o que antes era apenas uma *questão de força*.

Por isso, insistimos em que ele encarna uma *nova crença* na Constituição, crença que o conduz, por outro lado, a redefinir até mesmo o próprio papel da Ciência do Direito Constitucional, à qual atribui a tarefa *deontológica* de — explicitando as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível — *realçar, despertar e preservar* a vontade de Constituição.

Neste ponto, a nosso ver, é que reside, senão a originalidade, pelo menos o aspecto mais fecundo do pensamento de Konrad Hesse sobre a eficácia e a sobrevivência da Constituição, porque, ao exaltar o valor intrínseco da Carta Política, ele lhe confere certo grau de autonomia, em face da realidade histórica e social, ao mesmo tempo em que, proclamando a necessidade de seu permanente reajustamento às condições históricas de sua realização, assegura viabilidade à sua energia normalizadora.

Em outras palavras, assumindo-se a crença de Hesse aos idealistas platônicos que, olímpicamente indiferentes, assistem o funeral das instituições, como se essa morte não lhes dissesse respeito, a esses alienados se poderá advertir para a necessidade de se alistarem entre os defensores da Constituição, porque só o respeito às suas normas assegurará a todos os homens, inclusive a eles, o direito de se desenvolverem com liberdade, no marco da civilização democrática. Por outro lado, com a mesma crença, aos realistas políticos de todas as tendências, que submetem o respeito à Constituição a juízos de conveniência e oportunidade, a esses “realistas” se poderá dizer que, também eles, correm o risco de terem a sua vida e a sua liberdade julgadas segundo esses mesmos e evanescentes critérios quando, por qualquer motivo, a ordem jurídica se converter em ordem de dominação, colocada a serviço de grupos, facções ou partidos.

Em síntese, para usarmos palavras do próprio Hesse, a Constituição somente se converterá em força ativa quando se fizer presente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a *vontade de poder*, mas também a *vontade de Constituição*.

Então, para não termos que dar razão a Fernando Lassalle, nem recairmos no *informe* e no *indiferenciado* — que esse é o destino trágico de todos os povos que perdem a bússola representada pela sua Constituição — façamos votos de que a crença de Hesse prospere e alcance a conversão de todos; se isso não for possível, que pelo menos ela consiga converter o maior número, de preferência entre aqueles que, absurdamente e por qualquer estranho motivo, ainda detenham o poder de violar impunemente as Constituições.

Os Direitos Humanos como Limitações ao Poder Constituinte

LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA
Professor de Direito Administrativo da
Universidade Federal do Maranhão. Juiz do
TRE/MA. Juiz Federal no Maranhão

SUMÁRIO

1. *Do estado de natureza ao pacto social.*
2. *A idéia de poder constituinte.*
3. *Direitos Humanos.*
4. *Os direitos humanos como limitações ao poder constituinte.*
5. *Conclusão.*
6. *Bibliografia.*

1. *Do estado de natureza ao pacto social*

A idéia de limitar o poder dos monarcas certamente que foi sempre o desejo dos povos.

É que a liberdade, principal atributo da personalidade do homem, não teria como irradiar-se e expandir-se se não houvesse pelo menos a demarcação de um território mínimo, mas preciso, em que as pessoas pudessem ter um comportamento positivo ou negativo sem serem molestadas, ou melhor, sem correrem o risco de ver sua conduta julgada, censurada por um poder superior.

O reconhecimento da liberdade humana está indissociavelmente ligado à evolução histórica dos povos, pois somente com muito sacrifício e muita luta foi possível conquistá-la. A primeira noção que nos acode ao falarmos da liberdade é aquela que se refere ao livre-arbítrio, ou seja, aquela concepção de liberdade ligada à autonomia da vontade, em que o homem projeta para o mundo exterior seus desejos, prazeres e vontades, sem os grilhões ou amarras que lhe possam vedar a expressão do sentimento de independência e autonomia espiritual e física. Mesmo nesse nível de entendimento são evidentes as limitações intrínsecas, subjacentes, que têm o conceito de liberdade.

Mas não é essa a liberdade de que falamos aqui, mas daquela em que os homens associados por um fim comum, para a criação do Estado, procuram garantir para si a participação no governo, no exercício do poder político, a fim de limitarem a autoridade política dentro de confins certos e seguros. Daí a criação pelo pensamento liberal dos pressupostos do regime democrático de governo lastreado substancialmente na idéia de liberdade. A própria conceituação clássica de democracia, como governo do povo pelo povo pressupõe a liberdade política dos homens, no sentido de reconhecer-lhes essa possibilidade de autodeterminação.

O reconhecimento da liberdade dos homens em termos políticos, de participação no exercício do poder, é pressuposto inafastável da origem dos governos democráticos, uma vez que o primado da vontade popular subordina a atuação dos governantes à vontade da sociedade.

Quando o pensamento liberal conseguiu deitar raízes no campo das instituições políticas ao inspirar a Declaração de Direitos de 1791 de que "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito", ficou ali enunciado a liberdade do povo em sentido transcendente, numa declaração histórica de liberdade a conjurar os possíveis excessos dos governantes, já que estes, como observara Montesquieu, tendem sempre a abusar do poder.

A democracia é concebida, pois, como uma fórmula instrumental de equacionar a liberdade declarada e reconhecida do homem com a necessidade da autoridade pública, com as imposições decorrentes de uma ordem política. Não se pode por isso mesmo entender os direitos políticos como um fim em si mesmos. Mas é sobretudo a partir da Revolução Industrial e, depois, com a divulgação do pensamento marxista que essa idéia de liberdade ganha novo enunciado, situa-se em nova perspectiva e desloca-se para outro ponto de vista. Com efeito, o *trabalho* vai ser fator de importância preponderante para evidenciar que a liberdade de participação do povo no governo não exaure em si a liberdade do cidadão.

As transformações sociais, econômicas e políticas causadas pela Revolução Industrial, as guerras, a ideologia marxista fazem surgir um novo

cidadão, visto sob a face do operário, limitado em sua liberdade, privado das necessidades básicas e explorado pela força de trabalho que aliena a preço vil a seu patrão. Nessa nova perspectiva o poder político não pode mais ser concebido como uma fórmula de garantir uma liberdade apenas formal e preexistente ao homem, mas sim como um conduto para alcançar-se uma liberdade material, concreta.

Aparece, assim, uma outra noção de liberdade já agora contraposta àquela de participação no exercício do poder. É que cedo se verificou que a concepção liberal de liberdade no sentido de o povo eleger seus governantes e ter seus direitos declarados em uma Carta Magna não alcança a nova conotação que as transformações sociais vieram exigir do conceito de liberdade.

Desloca-se, portanto, a questão para esse novo enfoque, de ver a liberdade a partir de uma perspectiva, de um instante desejado em que o *homo faber* possa conquistar, com o exercício do poder, a sua dignidade humana, usufruir o produto de seu trabalho, de alcançar a fruição dos bens de consumo necessários a seu sustento e de sua família, ter oportunidade de discutir as condições materiais de seu trabalho. Somente quando todos os cidadãos puderem usufruir dos bens produzidos pela sociedade e alcançar a satisfação das necessidades materiais básicas, poderemos evoluir para novas concepções de liberdade.

Daí a necessidade de se estabelecer uma *convenção*, a fim de que se declarassem, de um lado, os limites do poder dos governantes e, de outro, os direitos fundamentais dos governados.

HOBBS, em o *Leviatã*, explica que os homens, no início, viviam em estado natural, jogados à própria sorte e, portanto, em constante estado beligerante. Para ele, os homens encontram três causas para discórdia: a competição, a desconfiança e a glória. A competição leva o homem a atacar outro homem pelo lucro. Da segunda causa decorre a segurança e, da terceira, surge a reputação. Isto porque o homem é egoísta por natureza e busca apenas seu bem-estar pessoal, daí que, animado por esse sentimento egoísta, surgiria a guerra de todos contra todos (1).

Cumprido dizer que para HOBBS o homem não é mau por natureza, pois os desejos e outras paixões humanas não são em si mesmos pecados e nem ações resultantes desse estado d'alma, desde que não haja lei que as proíba (2).

O estado de natureza é, no autor do *Leviatã*, uma idéia limite, uma vez que declara que "poderá porventura pensar-se que nunca existiu um

(1) HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Abril Cultural, 1974.

(2) Op. cit., p. 80.

tal tempo, nem uma condição de guerra como esta, e acredito que jamais tenha sido geralmente assim, no mundo inteiro" (3).

Segundo ele, a vida de cada membro do grupo era permanentemente ameaçada por esse estado de guerra. A superação desse estado surge justamente no momento em que os homens, colimando garantir a própria vida, renunciaram em favor de um soberano o exercício do estado de natureza. Para HOBBS, "é nesse soberano que consiste a essência do Estado, a qual é definida como uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum" (4).

Este poder soberano é adquirido ou pela força natural, física de submeter os outros a sua autoridade ou mediante acordo entre os súditos, em se submeterem a uma assembléia ou a um homem, de maneira voluntária, no desejo de serem protegidos contra todos os outros (5).

Para NORBERTO BOBBIO, o modelo hobbesiano é constituído com base em dois elementos fundamentais: o estado (ou sociedade) de natureza e o estado (ou sociedade) civil. Entre os dois estados há uma relação de contraposição: o estado natural é o estado não político, e o estado político é o estado não natural. O estado político surge como antítese do estado natural, do qual tem a função de eliminar os defeitos, e o estado natural ressurge como antítese do estado político quando esse deixa de cumprir a finalidade para a qual foi instituído (6).

LOCKE, retomando o pensamento desenvolvido por Hobbes, mas por outro enfoque, afirma que, no princípio, as pessoas viviam em estado de natureza, caracterizado pela igualdade e liberdade. Para ele, o homem é por natureza sociável e o estado de natureza já é o estado de sociedade, porquanto as pessoas já têm alguns direitos como à própria vida, à propriedade e ao trabalho.

Faltaria, sim, alguém investido de autoridade pública superior, para garantir esses direitos, explicando-se, portanto, a idéia do contrato social em que o povo outorga ao governante autoridade para tutelar os direitos já conquistados.

Afasta-se LOCKE do pensamento hobbesiano justamente porque, embora utilizando a hipótese do estado de natureza e do contrato social,

(3) Op. cit., p. 80.

(4) Op. cit., p. 109.

(5) Op. cit., p. 110.

(6) BOBBIO, Norberto. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, Editora Brasiliense, São Paulo, 1986, pp. 38-9.

vai demonstrar que existem limites ao poder do soberano, poder esse que para Hobbes é absoluto (7).

Para transposição desse estado sugere, então, a constituição de um governo civil, através do pacto em que os homens transferem o exercício do estado de natureza a um superior com o fito de garantir e preservar o direito à vida, à propriedade e ao trabalho.

ROUSSEAU, em *Do Contrato Social*, evolui seu pensamento a partir do denominado *estado de natureza*, em que para ele os homens seriam livres e iguais, mas precisariam de uma garantia tutelar desse estado de liberdade. Surge, então, o contrato social destinado a garantir que os homens permaneçam livres e iguais como no estado de natureza. O homem trocaria sua liberdade natural por uma liberdade pactuada, convencionada em benefício de toda sociedade. As cláusulas contratuais seriam de tal forma determinadas pela natureza do ato que qualquer alteração as tornaria *sem efeito nenhum, pois ocorrendo violação ao pacto, cada pessoa readquire* seus direitos primitivos e retoma a liberdade natural em troca da liberdade convencionada (8).

Assim, no momento em que se está protegendo todos do grupo, se está também protegendo cada um individualmente. Não há, porém, uma alienação da liberdade individual. A liberdade constitui atributo da própria natureza humana e, dessa forma, o homem não poderia renunciar à sua *liberdade natural*. A *liberdade natural* é a que existe antes do pacto, no estado de natureza, em que os homens necessitariam de uma garantia para continuarem e permanecerem livres e iguais em estado de liberdade. A liberdade convencionada surgiria a partir do pacto social com a alienação dos direitos de cada associado à comunidade toda (9).

Para ele, a lei é o resultado da vontade geral e não ato arbitrário do governante. A ordem jurídica, portanto, que não tiver fundamento na vontade geral será ilegítima. A verdadeira soberania pertence ao povo e não a grupos ou a indivíduos, sendo ela inalienável, imprescritível e indivisível. Mas esta vontade geral não é mera concordância numérica de von-

(7) Com a ressalva de que, em Hobbes, há um limite ao poder soberano: o não-cumprimento do pacto que fundou a sociedade e o Estado e instituiu o próprio soberano. Rompendo o pacto, o soberano se põe em estado de guerra que é um retorno ao estado de natureza. Tal rompimento se dá quando o soberano deixa de garantir a segurança (essencialmente da vida dos súditos), que é a própria razão do pacto social.

(8) ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. de Lourdes Santos Machado, São Paulo, Abril Cultural, 1973, p. 38.

(9) Op. cit., p. 38.

tades individuais. É, na verdade, resultado do que existe de comum em todas as vontades individuais⁽¹⁰⁾.

Para ROUSSEAU, a vontade geral é sempre certa e se dirige sempre ao bem comum, à utilidade pública, embora reconheça que as deliberações do povo nem sempre têm a mesma exatidão. Há, segundo ele, muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral, posto que enquanto aquela se prende ao interesse privado e não passa de uma soma das vontades particulares, esta tende ao interesse comum⁽¹¹⁾.

Sem embargo de compreender-se o estado de natureza do homem como o próprio estado de sociedade, pois o homem sempre viveu em sociedade, DEL VECCHIO afirma que essa contraposição pode oferecer um outro sentido: "O de um raciocínio abstrato, de natureza hipotética, segundo o qual, ao estudar o homem, se deseja prescindir de tudo quanto representa efeito da convivência e dos vínculos sociais. Neste caso, pois, trata-se de uma experiência lógica e dialética, tendo por fim esclarecer, com a ajuda da argumentação *a contrario*, a necessidade e a razão de ser da sociedade. Assim, poderia também um homem de ciência proceder se, por exemplo, descrevesse como seria o mundo não sujeito à lei da gravidade, a fim de, indiretamente, demonstrar com esta apresentação artificial da realidade, a índole e o efeito insuprimíveis da lei da gravidade."⁽¹²⁾

2. A idéia de poder constituinte

Corolário das posições doutrinárias extraídas desses três pensadores políticos é o axioma de que o poder emana do poder e que vem elidir a concepção primitiva da origem divina do poder, colocada ideologicamente como sustentáculo do absolutismo então vigente no século XVIII.

É o Estado, assim, uma sociedade política, estruturada a partir do Direito, que tem como fonte primária normativa um documento resultante do pacto social, que é a Constituição.

Comporta a esta altura duas questões aqui: Quem é o titular desse poder? Quem tem legitimidade para exercê-lo?

Assim como os sócios de uma sociedade comercial, vamos dizer assim, têm o poder de estruturá-la e constituí-la, do mesmo modo ao povo se reconhece o poder criador do contrato de constituição da sociedade política, que é o Estado. E este poder criador, fundante, é o *poder constituinte*.

O titular do poder constituinte, que funda a organização político-jurídica do Estado, que limita o poder dos governantes, que declara seus próprios direitos, que, enfim, edita a Constituição, é o povo, segundo a doutrina democrática de poder.

(10) Op. cit., p. 52.

(11) Op. cit., pp. 52-3.

(12) DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra Armênio Amado Editor, 5ª edição, 1979, p. 461.

Para CARL SCHMITT, o poder constituinte é uma *vontade política*, é um querer armado de força e autoridade para decidir e executar o seu desígnio. Equivale, portanto, o poder constituinte a uma *decisão política fundamental*, capaz de declarar a Constituição que regerá o Estado (13).

Nessa linha de entendimento, a questão da titularidade passa ao largo da questão da legitimidade, haja vista que ser titular do poder é exercê-lo, é ser capaz de organizar o Estado, é ter força e autoridade para editar a Constituição.

Por essa compreensão, quando, v.g., o Congresso Nacional aqui no Brasil promulgou a Emenda Constitucional n.º 11/78, que revogou o AI-5, o próprio governo militar e as elites políticas precedentemente já haviam tomado por vontade e autoridade próprias aquela decisão política (o Parlamento só fez homologar a decisão). E se o fizeram é porque tinham parcela da titularidade do poder constituinte. O mesmo mecanismo de poder explica o processo de edição daquele ato nos idos de 1968.

O titular desse poder, por tal concepção, abstraindo-se qualquer posição apriorística, mesmo de natureza ética, será quem puder decidir e executar concretamente acerca do modo de constituição do Estado, em todas as suas dimensões políticas.

Por conseguinte, se no período do absolutismo era o monarca que tinha essa decisão, a ele cabia o poder constituinte, até porque se não havia contestação relevante pelo povo sobre a origem teocrática do poder, legítimo seria o governo do soberano; se nos dias atuais, nos regimes representativos do mundo, ao povo compete essa disposição, é ele inelutavelmente o titular do poder constituinte (14).

Assim, no fundo de toda Constituição existe uma decisão política do titular do poder constituinte: do povo, na democracia; do monarca, na monarquia autêntica.

Vislumbra-se nessa concepção do poder constituinte uma tentativa de situar a atuação do poder fundante numa visão de objetividade, como se o fenômeno fosse apanhado e analisado em si e não como poderia ou deveria ser.

Entretanto, à consideração de demitir-se de uma eventual postura ideológica, tal concepção, no fundo, dá um conteúdo de legitimidade ao poder em si mesmo, ou seja, por tal entendimento doutrinário o poder se exerce e se mantém por si próprio, pela só possibilidade de manter-se pela força e autoridade e pela decisão política.

(13) SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México, Nacional, 1988, p. 86.

(14) Op. cit., p. 93.

Para FERDINAND LASSALE a essência da Constituição e, portanto, a idéia de poder constituinte está erigida a partir do que ele chama dos *fatores reais do poder* que dominam uma determinada sociedade.

Esses *fatores reais de poder* podem ser entendidos como uma força eficaz e ativa que se agita no seio de cada sociedade, influenciando as instituições jurídicas de tal modo que elas não possam ser, materialmente, a não ser tal como são ⁽¹⁵⁾.

A essência da Constituição e, por conseguinte, do poder que a elabora é o somatório dos fatores reais do poder que regem um país. A Constituição jurídica, escrita, é uma mera *folha de papel*. Assim, a soma desses fatores reais de poder, quando formalmente materializados em uma folha de papel escrita, passa a ser as instituições jurídicas.

LASSALE vê em cada classe social, como na aristocracia, na grande e pequena burguesia, nos banqueiros e na classe operária, uma parte da Constituição real, tendo em vista o poder real que cada segmento desse detém na organização da sociedade.

Inexistindo harmonia entre a Constituição escrita e a real, aquela sucumbirá mais dia menos dia, uma vez que prevalecerá a Constituição real, que tem como suporte fático os fatores do poder que dominam a sociedade.

Malgrado não se refira em seu pensamento a poder constituinte, LASSALE deixa transparecer, ao falar do que seja a essência de uma Constituição, a sua idéia do que seja aquele poder.

O poder constituinte para ele parece estar urdido e materializado no seio das forças dos grupos organizados da sociedade. O poder do povo, sem embargo de ser uma força maior que os aparelhos de defesa do Estado, ele entende como uma força amorfa e desorganizada, portanto, de pouca expressão integrativa nos fatores reais de poder.

3. *Os direitos humanos*

O reconhecimento e resguardo dos direitos individuais do homem é conquista recente dos povos, pois somente depois do pensamento iluminista do século XVIII e da derrubada do absolutismo é que de fato iniciou-se uma nova concepção estatal, em que os governantes passaram a buscar o conteúdo de validade de seu poder não mais na idéia teocrática, mas sim na de soberania popular.

Passou-se, assim, a partir da Revolução Francesa a afirmar que existem direitos fundamentais do homem, que independem de reconhecimento pelo Estado, já que são inerentes a todos os homens. Já agora, em tempos

(15) LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?*, p. 11.

contemporâneos, tivemos a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, que alargou os limites dos direitos individuais, projetando-os além fronteiras, eis que os Estados signatários dessa convenção limitaram suas soberanias externas. Ocorrerá, assim, o chamado fenômeno de internacionalização dos direitos humanos.

Para SALVETTI NETTO, a internacionalização dos direitos humanos resultou das seguintes causas: pragmáticas, ideológicas, históricas e políticas (16).

Entre as causas pragmáticas, apresenta dois eventos que levaram os Estados a tutelar em espaço internacional esses direitos: o terrorismo e o aparecimento das armas nucleares. Roosevelt, depois da Segunda Grande Guerra, ao falar para os americanos, acentuou que ao lado das liberdades já declaradas em muitas Constituições dos povos, havia outras tão importantes para integração do homem consigo mesmo, que chamou de liberdade à subsistência e liberdade do medo. A crise de insegurança e a necessidade de libertação do medo levou ao aparecimento da ONU e, logo depois, à Declaração Universal dos Direitos Humanos (17).

Entre as causas ideológicas, destaca-se a que se liga a um verdadeiro retorno ao direito natural. Por isso, acentua Bidart Campos: "Que as declarações de direitos se tenham universalizado significa, assim mesmo, que muitas delas como as emergentes do primitivo constitucionalismo francês e norte-americano tiveram a pretensão e a força de formular-se como catálogo de liberdades naturalmente ínsitas em todos os homens pelo único fato de serem pessoas. Embora tais declarações, como direito positivo, não pudessem ignorar circunscrever-se seu âmbito territorial e pessoal de validade e de vigência à jurisdição do próprio Estado que as acolhia, a formulação ideológica que as inspirava abrigava e exibia a intenção de assinalar que estes direitos reconhecidos e garantidos no interior do Estado — eram naturalmente iguais aos que todos os demais homens de todos os demais Estados deveriam desfrutar em seus respectivos territórios." Por seu turno, a Igreja Católica contemporânea deu substancial contribuição a esse novo revigoramento dos direitos humanos com João XXIII e Paulo VI e o episcopado em todo o mundo. Referindo-se à Declaração da ONU, João XXIII em *Pacem in terris* fez a seguinte pregação em prol dos direitos humanos: "Oxalá venha quanto antes o tempo em que esta organização possa garantir eficazmente os direitos dos homens: direitos que por brotarem da dignidade da pessoa humana são universais, invioláveis e inalienáveis. Tanto mais quando os homens participam, cada vez mais ativamente, dos assuntos públicos de suas respectivas nações, seguem com

(16) SALVETTI NETTO, Pedro. *Curso de Teoria do Estado*. São Paulo, Editora Saraiva, 1981, p. 200.

(17) Op. cit., p. 201.

crecente interesse a vida de outros e se fazem conscientes de que pertencem como membros de uma comunidade mundial⁽¹⁸⁾.

Sob o ponto de vista histórico, o constitucionalismo surgido no século XVIII nos Estados Unidos e França deitou raízes e espalhou-se por todo o mundo, influenciando as Constituições surgidas posteriormente nos diversos países, que passaram a tutelar as liberdades públicas, os direitos individuais, limitando o poder do Estado. A Declaração da ONU de proteção internacional desses direitos surgiu como resultado da existência de direitos já reconhecidos nas Constituições praticamente de todos os povos civilizados. No que respeita às causas políticas, o nosso século deixou manifesta, sobretudo pela aproximação dos povos com a notável evolução tecnológica e dos meios de comunicação, a necessidade de ajuda mútua entre os Estados soberanos, que não bastam a si mesmos, e que para realizarem seus objetivos morais e materiais não podem prescindir da cooperação de outros Estados. Entre essas necessidades de busca de fins comuns pelo Estado, a preservação dos direitos humanos assume grande relevo. Por isso mesmo, declara BIDART CAMPOS que “a preservação dos direitos e liberdades fundamentais do homem chega, assim, a construir um problema que preocupa a organização internacional dos Estados que se coloca ao lado da paz, da cooperação, da solidariedade e da ajuda internacionais na órbita de jurisdição internacional”⁽¹⁹⁾.

Quais seriam esses Direitos Humanos, esses direitos fundamentais? É necessário logo alertar que não há uma noção definidora em termos de *numerus clausus* desses direitos. A evolução histórica e a experiência jurídica é que ditam o conteúdo desses direitos nos aspectos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, etc. A Declaração da ONU, por seu turno, é um referencial que abriga uma pauta larga do conteúdo desses direitos.

No que tange ao nosso estudo, restringimos os direitos humanos apenas aos direitos civis e políticos, por razão de metodologia e de limitação da dissertação. Quer isso dizer que a dicção Direitos Humanos para os estritos limites deste trabalho tem a dimensão reduzida dos direitos civis e políticos, embora nos tempos atuais haja uma floração nova desses direitos, que assumem outras conotações e adquirem novos conteúdos.

Embora sejam os direitos humanos uma categoria do direito internacional público, daí por que pouco se discute acerca do que considerar fundamental ou não nesses direitos, não falta quem lance dúvidas sobre o que considerar essencial. Com efeito, JEAN RIVERO questiona: “Direitos fundamentais? Em que eles se distinguem dos direitos que não são fun-

(18) Op. cit., pp. 202-204.

(19) BIDART CAMPOS, J. *Los Derechos del Hombre*. Buenos Aires, Edição 1973, p. 166.

damentais? Que relação existe entre direitos fundamentais e liberdades fundamentais?... Uma espécie de indecisão acompanha a mesma noção dos direitos fundamentais... no que concerne a seu conteúdo, sem dúvida um acordo aparece entre eles para admitir a existência daquilo que se poderia chamar o núcleo dos direitos fundamentais. Trata-se no essencial de liberdades clássicas, de liberdades inerentes à dignidade mesma da pessoa. É o que se chama de patrimônio dos valores comuns europeus. Mas a partir deste núcleo duro, existe uma auréola." (20)

Os direitos fundamentais do homem são aqueles já declarados no bojo das Constituições dos Estados Democráticos de Direito, cujo conteúdo, como dissemos atrás, varia no tempo e espaço no que pertine ao aspecto axiológico, malgrado permaneça estável um núcleo mais ligado à liberdade humana.

Embora procedente o questionamento de RIVERO, desviaríamos o rumo inicialmente traçado para nosso estudo se fôssemos discutir o problema por ele lançado, o que não faz parte do momento do quanto cogitamos.

4. *Os Direitos Humanos como limitações ao poder constituinte*

Somente por força de expressão conceitual se pode chamar o poder criador de uma Constituição de incondicionado, livre de quaisquer limitações ou condicionamentos. Os limites existem, a começar da meta a alcançar, do fim colimado pela Assembléia que se agrupa para elaborar a Constituição. As conquistas sociais, os DIREITOS HUMANOS, a internacionalização dos direitos do homem, a experiência jurídica, a interpretação da Constituição (os juízes irão exprimir-lhe o alcance) são pontos de referência que se podem analisar como marcos a fincar lindes na atuação do poder constituinte.

Para NELSON SALDANHA, a limitação do poder constituinte é fenômeno que chegou a ser observado por LEON DUGUIT ao afirmar que as Declarações de Direitos contêm princípios superiores que devem ser respeitados tanto pelo legislador constituinte quanto pelo ordinário (21). Também por MIRKINE GUÉZÉVITCH, que considera o poder constituinte limitado pela tendência do que chama de *internacionalização do poder constituinte*, já que é inegável o vínculo da vida nacional com a internacional, do que resulta conveniências jurídico-internacionais com relação a tratados, pactos, princípios de direito das gentes etc. (22).

(20) RIVERO, Jean. *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux*. Aix Marseille, 1982, pp. 521-524.

(21) SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. RT, São Paulo, 1986, p. 91.

(22) *Op. cit.*, p. 94.

TÉRCIO SAMPAIO lembra que há quem sustente que os Direitos Humanos formam um corpo jurídico de direito natural e que está acima da Constituição, que é obra política de feitura humana⁽²³⁾.

NELSON SALDANHA assevera que num sentido de espaço, o limite de todo poder constituinte é a soberania, pois ele atua apenas na órbita da correspondente soberania. Entretanto, acrescenta os princípios gerais de direito que fornecem o ponto de vista da justiça e da qualitatividade jurídica a contrabalançar o elemento fático contido em todo poder constituinte. E entre esses princípios gerais, que confinam o legislador constituinte, destaca os que estão ligados às liberdades individuais, hoje consagrados em todas as Constituições de quaisquer colorações políticas ou ideológicas⁽²⁴⁾. Isto não quer dizer que sejam identificáveis com precisão objetiva todos esses limites, porquanto a maior parte deles opera numa faixa subjacente do corpo social, das instituições e das relações internacionais entre nações soberanas que pouco paupável torna sua verificação.

Mas o que queremos logo deixar consignado é que os chamados *Direitos Humanos* constituem um patrimônio do homem, alcançado com muito sacrifício e luta no evolver da civilização. Esse trabalho lento e contínuo de conquista é um caminhar sem retornos ou voltas, uma vez que as vantagens auferidas pelos homens, sobretudo aquelas mais próximas e ligadas ao direito de liberdade, consubstanciam espaço inalienável e imprescritível à penetração e violação pelo Estado. Esclareça-se, porém, que a dicção *Direitos Humanos* encerra um conteúdo variável no tempo e espaço e que hoje tem a pretensão de alcançar, além de declarações formais de direitos, a conquista e fruição efetiva desses direitos. Com base nesse último enfoque, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, v.g., vem sendo criticada justamente por ter um caráter genérico e enfatizar mais os direitos civis e políticos do que os econômicos, sociais e culturais. Sobre este ponto, ressaltamos não ser desejo nosso examinar os Direitos Humanos nessa nova perspectiva, posto que deslocado resultaria o rumo da questão inicialmente proposta.

Cumprе, então, colocar as questões cardeais que pretendemos discutir: são os Direitos Humanos limites ao poder constituinte? Existem direitos oponíveis em qualquer tempo ao Estado? Quais os fundamentos dos Direitos Humanos em face do Estado? Todas estas questões comportam uma unidade de resposta, considerando a conexão e o campo lindeiro em que estão entroncadas.

Mas comecemos por examinar a primeira indagação. Se formos verificar nos manuais de Direito Constitucional tradicionais, o poder consti-

(23) FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituinte, Assembléa, Processo, Poder*. RT 1985, São Paulo, p. 13.

(24) Op. cit., p. 92.

tuínte, na sua concepção clássica, é um poder incontestável, insubmisso e que não queda diante de quaisquer situações jurídicas que se lhe queira antepor como forma de contra-lo. Nada obstante, os tempos contemporâneos têm mostrado o excesso de tal concepção positivista ortodoxa. É inegável que essa concepção não pode mais ser aceita, pois o poder constituinte está limitado pelos Direitos Humanos.

Segundo SALVETTI NETTO, podemos dizer que a partir dos escombros dos dois últimos conflitos mundiais, surgiu uma preocupação extraordinária dos Estados soberanos pela salvaguarda dos direitos essenciais do homem, recrudescida sobretudo em decorrência do terrorismo internacional e da criação de armas nucleares. As guerras deixaram evidenciar a insegurança e fraqueza das pessoas ante a opressão e o arbítrio de regimes totalitários. A fraqueza e a insegurança humanas fizeram surgir a necessidade de libertação do medo e da angústia, através da proteção aos homens nas suas relações com o Estado ⁽²⁵⁾.

Embora com avanços notáveis na limitação do espaço de atuação do Estado, é verdadeiro afirmar que nossos tempos marcam uma corrida armamentista porfiada entre americanos e soviéticos, movida sobretudo pela insensibilidade e desrespeito ao porvir da humanidade no planeta. Os quilométricos cordões humanos, perpassando países inteiros da Europa, é um traço eloqüente da pulsação de populações que vivem o medo incessante da destruição iminente do nosso único refúgio no cosmo.

Como anota WARAT, com palavras de grande candência profética: "Está-se começando a produzir o *homem de chernobyl*, para quem a vida cotidiana passa a ser um exercício de sobrevivência. Ele divaga com crenças promíscuas, vive um dia cada vez, preparado para o pior, por haver perdido toda confiança em seu futuro. Seu lugar de visibilidade é o espanto apocalíptico. Está no lugar de um observador em regime de prisão perpétua." ⁽²⁶⁾

Já agora no final dos anos 80, movido pelos ventos da Perestroika e Glasnost, vemos Gorbachev estender as mãos a Reagan, com intenções pelo menos prováveis de iniciarem o fim da guerra fria e do desarmamento nuclear entre os Estados Unidos e a União Soviética, acontecimento auspicioso, que enche de júbilo toda humanidade pela mudança do rumo da autodestruição para o rumo da paz que tanto almejamos.

Mas retomando a questão de os Direitos Humanos limitarem a atuação do poder constituinte, acreditamos com firme convicção na proposição

(25) Op. cit., p. 201.

(26) WARAT, Luís Alberto. *Manifesto do Surrealismo Jurídico*, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1988, p. 15.

do jusnaturalismo de que o homem possui certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, intuídos da própria natureza humana e que precedem a existência do Estado. Os direitos concernentes à vida, à liberdade, à incolumidade física não há como negar que precedem, preexistem ao Estado.

Então, num primeiro momento, vamos chamar à colação o pensamento jusnaturalista para supedanear a existência dos chamados direitos fundamentais numa posição supraestatal. É inegável que o direito natural não exaure a questão, mas, pelo menos, no bojo de algumas de suas proposições, conseguiu erigir princípios de consagração universal extraídos da razão.

O jusnaturalismo surgiu, como afirma ROSCOE POUND, com a defesa das seguintes proposições: a) existem direitos naturais, eternos e absolutos, demonstráveis pela razão, válidos para todos os homens em todos os tempos e lugares; b) o direito natural consiste num conjunto de regras, suscetíveis de verificação por intermédio da razão, que garantem perfeitamente esses direitos naturais; c) o direito positivo, aplicado e executado pelos tribunais constitui o meio através do qual o Estado realiza essa função, obrigando moralmente apenas enquanto estiver de acordo com o direito natural (27).

Tais asserções têm uma feição poética até se contrastadas com o modelo kelsiano, mas de qualquer forma é bom lembrar que não podemos nunca perder de vista a realidade empírica da norma jurídica. Não temos, é evidente, a inocência pura para acreditar em direitos inerentes ao homem com dimensão metajurídica e a-histórica nos termos da largueza da enunciação retro, pois é inegável que o direito, como um produto social, é, também, um produto histórico. A escravidão humana, hoje inteiramente abolida do nosso meio, no passado teve sua justificativa teórica e racional. Basta lembrar que, na Grécia Antiga, Platão chegou a afirmá-la como um fato natural resultante da divisão das classes sociais. Com grande persuasão, falando sobre os erros dos jusnaturalistas antigos e dos modernos positivistas, doutrina DEL VECCHIO: "Neste particular erraram, por conseguinte, os escritores antigos, quando ao direito natural atribuíram uma realidade fenomênica, identificando, assim, o conceito metafísico com o conceito físico de natureza. Por sua vez, caíram no exagero oposto os modernos positivistas, quando negaram a existência do direito natural como critério ideal do direito positivo, e reduziram a este todo o Direito. Substancialmente, nos dois casos, o erro é o mesmo, e tem a sua causa na indevida confusão entre dois conceitos diferentes de natureza."

De qualquer forma, os direitos fundamentais, conquistados no curso da evolução histórica da humanidade, consagrados na ordem jurídica de

(27) ROSCOE, Pound. *Liberdades e Garantias Constitucionais*, São Paulo, Ibrasa, 2ª ed., 1972, pp. 57-8.

cada país, não podem ser restringidos, diminuídos ou suprimidos à invocação da ilimitação do poder fundante do Estado. A criação do Estado é uma maneira intermediária que os homens usam para ver garantidos e respeitados esses direitos fundamentais e não para restringi-los ou diminuí-los, pois a tanto não chega o mandato constituinte.

O mandante, no caso o povo, na qualidade de titular da soberania nacional, não outorga poderes que possam aniquilar sua própria liberdade. Seria uma contradição inafastável aceitar que os homens outorgassem poderes a uma assembléia ou grupo de pessoas, concedendo-lhes um *cheque em branco*, para saque sem limite nas provisões da liberdade humana.

Está implícito que na outorga de poderes constituintes, os homens não outorgam um mandato ilimitado a uma Assembléia, posto que tal proceder implicaria na possibilidade até de uso desses poderes em detrimento do próprio outorgante, o que seria inaceitável e sem validade alguma

Então o povo, titular da soberania, que é inalienável, indivisível e imprescritível, segundo a doutrina democrática de poder, é também o dono do poder constituinte. Ao receber outorga para criação do Estado, quer em processo revolucionário de ruptura da ordem vigente ou em revisão constitucional, não podem os executores constituintes, no exercício precário da soberania, fazer *tábula rasa* do capítulo dos direitos fundamentais do homem. Primeiro, porque o mandato não contém tais poderes a serem exercidos em prejuízo do mandante; segundo, porque explícita ou implicitamente o povo jamais abdicaria de direitos adquiridos no desenvolvimento da civilização e que são verdadeiras cidadelas a plotar a atuação do soberano em balizas bem determinadas.

Sustentamos, pois, que os Direitos Humanos são limites ao poder constituinte até porque os mandatários do povo, no exercício da soberania, não podem, v.g., negar aos homens o direito à vida, à liberdade, à incolumidade física, à igualdade, segurança, entre outros direitos humanos estabelecidos nas Cartas Fundamentais dos países soberanos. Volto, então, a recolocar a segunda questão: tais Direitos são oponíveis contra o Estado? Respondo afirmativamente, mas não no sentido jusnaturalista da existência de direitos naturais eternos e de validade para todos os homens em todos os tempos e lugares. Já vimos o sentido histórico do Direito, resultado de um processo de evolução histórica e de conquistas sociais. Assim, não há como falar-se em direitos válidos em todos os tempos e lugares.

Agora, os Direitos Fundamentais, conquistados com muita luta e sacrifício pelos homens no curso da História, têm validade absoluta, são oponíveis contra o Estado e inderrogáveis pelo constituinte. Jamais se admitiria hoje, v.g., que se voltasse aos tempos da escravidão humana, das

penas degradantes, da inexistência do princípio da reserva legal em relação aos acusados, etc. Mas o que ocorreria se um grupo ou assembléia assenhoreando-se do poder e, violando o princípio da soberania popular, praticassem atos malferindo os Direitos Humanos, no exercício do poder constituinte? Seria válida uma Constituição feita sob tal fundação espúria? Do ponto de vista estritamente kelsiano, com certeza dir-se-ia que sim, que num processo de ruptura de uma ordem jurídica a ordem substituinte logo se juridiciza e se *legaliza* para tornar efetivo o conteúdo de sua decisão fundamental.

Entretanto, segundo pensamos, essa *legalização* da nova ordem não convalida o vício de origem da decisão fundamental, pois estando imamente no povo a titularidade da soberania e da decisão política fundamental, as ações que maltratam esse princípio não têm como sustentar-se no plano da legitimidade entre as relações públicas do Estado com os indivíduos.

As ações estatais, com fulcro em tal ordem viciada, funcionam como atos espúrios, imorais, ilegítimos, que autorizam inclusive os destinatários a rebelar-se contra elas. Uma ordem que abriga em seu bojo a vulneração, v.g., aos direitos concernentes à vida e à liberdade, sobre conter nódoa insanável de ilegitimidade, permite seguramente a desobediência civil.

Em tal hipótese, se o pacto social perde a utilidade, não preserva mais a vida, a liberdade e a segurança dos homens, não há por que mantê-lo. Volta-se, portanto, ao estado preestatal, anterior à sociedade política, com o retorno dos homens ao *estado natureza* cujo exercício fora concedido em favor do soberano.

No sentido kelsiano, dirão os positivistas que essa limitação é política e não jurídica, mas é inegável que assim entendem porque só consideram jurídico o que é norma positivada, de emanção estatal; ou seja, para eles o Direito se resume à norma.

Sustentamos que essa limitação do poder constituinte pelos Direitos Humanos tem dimensão e natureza supra e extra-estatal (extra-sistêmico), pois está fora da própria contingência do Estado, daí não poder a ruptura da ordem atingir os fundamentos de validade desses direitos. A limitação não é contingente (intra-sistêmico), mas estável porquanto situa-se antes e acima da própria normatividade positivada do Estado.

3. Conclusão

O poder criador da Constituição e de fundação do Estado, em que pese ser tido como um poder incondicionado e livre, é, na verdade, limi-

tado por uma série de condicionantes históricas, culturais, econômicas, políticas e, especialmente, pelos Direitos Humanos.

Essa limitação, observada por alguns doutrinadores (DUGUIT, GUÉTZEVITCH, NELSON SALDANHA etc.), deixa evidenciado que os Direitos Humanos constituem um patrimônio do homem obtido com muita luta e sacrifício, num lento e contínuo processo de conquistas sociais, sem possibilidade de voltas ou retornos.

Todavia, esses direitos têm um conteúdo de variabilidade especial e temporal, o que desloca sua fundamentação da idéia jusnaturalista pura de direitos eternos e absolutos em todos os tempos.

Como produto social e histórico, os Direitos Humanos não podem ter uma concepção jurídica fundada numa proposta exclusivamente jusnaturalista que negue essas características ou que com elas tornem-se incompatíveis. Por isso mesmo, não remetemos a fundamentação desses direitos ao domínio exclusivo do direito natural e, nem tampouco, para uma concepção metafísica e a-histórica de direito.

Acreditamos, porém, que os direitos individuais, as liberdades públicas alcançadas no evolver da história da humanidade, já consagradas numa dada ordem jurídica não podem ser objeto de ação legislativa tendente a abolí-los ou suprimi-los sob o pretexto da ilimitação do constituinte.

Isto pelo fato de que o titular desse poder, o senhor dessa soberania com base na qual se faz o Estado é o povo. Este não outorga poderes ilimitados a uma assembléia ou grupos de pessoas que possam resultar na sua própria aniquilação. Os Direitos Humanos são, portanto, a primeira limitação ao exercício daquele Poder.

Mesmo na hipótese de exercício do poder constituinte sem a prévia autorização do povo-mandante, ainda aqui não prevalece a ilimitação, uma vez que em tal hipótese legitimados estão os homens a desobedecer a nova ordem, em desobediência civil, posto que nada mais é essa nova ordem que uma verdadeira desordem em face do poder soberano do povo.

Se o pacto social perde a utilidade por não preservar mais a vida e segurança das pessoas, há o retorno ao estado preestatal, com a volta do estado de natureza cujo exercício fora confiado ao soberano.

São, portanto, os direitos humanos inerentes à dignidade da pessoa humana, precedentes à existência do próprio Estado, por isso mesmo que plotam os confins da atuação do poder constituinte, que não pode violá-los ou suprimi-los sob qualquer pretexto.

6. Bibliografia

- BIDART CAMPOS, German J. *Los derechos del hombre*. Buenos Aires. Edição 1973.
- BOBBIO, Norberto. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. São Paulo, Editora Brasiliense, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro, Forense, 4ª ed. 1980.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1984.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Liberdades Públicas*. São Paulo, Bushatsky, 1974.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são Direitos da Pessoa?* São Paulo, Editora Brasiliense, 1981.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra, Armênio Amado Editor, 5ª edição, 1979.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampalo. *Constituinte, Assembléia, Processo, Poder*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. São Paulo, Editora Saraiva, 5ª ed. 1975.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza. São Paulo, Abril Cultural, 1974.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra Armênio Amado Editor, 4ª edição, 1979.
- LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?*
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- ROMANO SANTI. *Princípios de Direito Constitucional*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo, Abril Cultural, 1973.
- SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. México, Nacional, 1966.
- VILANOVA, Lourival. *Teoria Jurídica de Revolução*. (Anotações à margem de Kelsen). Recife, Separata do Anuário do Mestrado, Faculdade de Direito de Recife, UFPE, 1979.
- WARAT, Luís Alberto. *Manifesto do Surrealismo Jurídico*. São Paulo. Ed. 1972.

Revisão Constitucional

Prof. GERALDO ATALIBA

É equivocado pensar que os parlamentares federais agora eleitos são "como constituintes". O desconhecimento da ciência do direito constitucional é que permite tal equívoco. Isso, aliás, interessa aos extremistas de direita e de esquerda, que saíram perdendo com a Constituição de 1988.

O art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias refere-se a uma revisão constitucional a realizar-se "após cinco anos da promulgação da Constituição". Vale dizer: depois de 5 de outubro de 1993.

Pensam muitos sociólogos, economistas, políticos, jornalistas e leigos em direito que é uma previsão de uma "reforma geral" da Constituição. O jurista, entretanto, não pode pensar igualmente.

É que — interpretando o texto constitucional, inclusive esse art. 3.º das Disposições Transitórias — entende o conjunto sistemático de preceitos e verifica que a "revisão" é limitada e circunscrita, longe, muito longe, de assemelhar-se à feitura de uma nova Constituição.

Em primeiro lugar, o jurista sabe que a eventual intenção do legislador nada vale (ou não vale nada) para a interpretação jurídica. A Constituição não é o que os constituintes quiseram fazer; é muito mais que isso: é o que eles fizeram. A lei é mais sábia que o legislador. Como pauta objetiva de comportamento, a lei é o que nela está escrito (e a Constituição é lei, a lei das leis, a lei máxima e suprema). Se um grupo maior ou menor de legisladores quis isto ou aquilo, é irrelevante, para fins de interpretação. Importa somente o que foi efetivamente feito pela maioria e que se traduziu na redação final do texto, entendido sistematicamente (no seu conjunto, como um todo solidário e incindível).

Com a lição de BALEIRO, deixemos aos psicanalistas desocupados investigar a vontade do legislador e fiquemos com o único dado que interessa: o Texto Constitucional, que traduz a vontade constituinte da Nação. O que o jurista investiga é só a vontade da lei (no caso, da lei constitucional).

A ciência do Direito tem seu mais importante capítulo na hermenêutica, que consiste no conjunto de princípios científicos (lógico-jurídicos), técnicas e procedimentos que permitem sacar (a expressão é do jusfilósofo Lourival Vilanova) o conteúdo, sentido e alcance das normas jurídicas.

Pois um dos primeiros postulados da hermenêutica indica que nenhum preceito existe isolado, e, portanto, não pode ser considerado, para fins de interpretação, isoladamente. Pelo contrário, cada mandamento deve ser examinado como parte do sistema, como um ingrediente do todo global, harmonicamente considerado, o sistema; no caso: o texto constitucional.

Toda palavra tem um significado básico e um contextual. A hermenêutica jurídica busca o significado contextual dos termos empregados pelo

legislador. Isto só se obtém, entendendo-se o contexto, sua direção, seu sentido, suas finalidades e condições. Só após isso é possível determinar com exatidão o significado das palavras que revelarão o conteúdo, sentido e alcance de cada norma. Paulo Barros Carvalho usa didático exemplo: se uma norma cuida de quatro cidadãos que disputam uma cadeira no Senado, só superficial, apressada e leiga visão permitirá supor que quatro pessoas agarram-se fisicamente a uma cadeira (cada qual puxando por uma perna) integrante do mobiliário do prédio onde instalada aquela Casa Legislativa.

O postulado da harmonia do sistema jurídico implica que as normas não se amontoam, formando um todo caótico, mas, pelo contrário, organizam-se harmonicamente, formando um sistema coerente e coordenado, segundo um critério normativo próprio, em função de valores (traduzidos em princípios) que permitem ao intérprete perceber a harmonia e desvendar a hierarquia que o preside.

Em outras palavras, o Direito (conjunto de normas) aparece-nos como sistema; Tércio Sampaio Ferraz Júnior ensina que o sistema se faz pelo repertório e pela estrutura. Repertório é o conjunto material de elementos. Estrutura é o modo de sua arrumação. E dá didático exemplo: um amontoado de carteiras, quadro negro, giz, dentro de uma sala configuram um depósito. Esses mesmos elementos (repertório) organizados, arrumados finalisticamente (estrutura) formam uma sala de aula.

No sistema jurídico, também, o que dá sentido aos elementos do repertório (normas) é a estrutura (modo de arranjá-los), que se faz em torno de princípios cujos desígnios são servidos pelas normas.

Tudo isso — imediata e facilmente aceitável por quem tenha rudimentos de ciência do Direito — mostra, imediatamente, ser impossível interpretar o art. 3.º das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, sem relacioná-lo com o sistema como um todo. Inútil e errado pretender considerá-lo isoladamente.

Deixando de lado — não por desimportantes, mas por pressupor cedícios — os princípios constitucionais básicos, em sua estruturação sistemática, centremo-nos nos princípios e regras que governam as modificações constitucionais, sem desatender aos demais que formam seus pressupostos e condições.

Das emendas à Constituição cuida o art. 60. Sua aprovação dá-se por 3/5, em cada Casa do Congresso, não podendo ter por objeto certos princípios, suas implicações e desdobramentos (§ 4.º), sendo impossível deliberação a respeito.

Tal processo especial e qualificado é que faz a nossa Constituição ser rígida. O obstáculo do § 4.º faz desses princípios (que lhe são estruturais, básicos e fundamentais) rigidíssimos, supraconstitucionais, no sentido de que não podem ser menoscabados, reduzidos, diminuídos, mesmo pelos mais conspícuos dos poderes constituídos: o Congresso, como órgão de reforma constitucional.

O processo especial e qualificado de reforma dos demais preceitos dá-lhes garantia de estabilidade. Assim, eles ficam acima da disponibilidade de maiorias eventuais e de paixões momentâneas ou arrebatamentos episódicos. Só sólida convicção, arraigada na maioria da sociedade, permitirá alcançar o difícil *quorum* de 3/5 para introduzir alterações (sempre secundárias) na Constituição.

Em dois pontos, porém, o constituinte não se sentiu seguro para decidir com tal robustez, preferindo deixar ao próprio povo a decisão final e última: forma e sistema de governo. República ou monarquia e parlamentarismo ou presidencialismo. As decisões constituintes, quanto a tais matérias, foram provisórias. Válidas só por cinco anos. A palavra última e final será dada pelo povo, em 1993 (dia 7 de setembro), mediante plebiscito (art. 2.º do ADCT).

Ora, se a república presidencial que temos pode modificar-se (para república parlamentar ou para monarquia, necessariamente parlamentar), pronunciando-se o povo mediante simples voto positivo ou negativo (*sim* ou *não*), o Congresso deverá implementar tal decisão, editando as regras necessárias a dar eficácia aos novos princípios (sistema parlamentar com república ou monarquia).

É intuitivo, lógico, claro, aceitável que a emenda constitucional a ser editada pelo Congresso, limitando-se a “adaptar” o Texto Magno à inovação — se alguma for decidida pelo povo — é forçosa e necessária.

Daí a exceção do art. 3.º, que qualifica essa ampla (em termos de extensão) emenda como “revisão”.

O Congresso somente irá dar conseqüência à decisão popular. Irá implementar, com regras adequadas, os princípios inovadores que o povo tenha decidido introduzir (sistema parlamentar, forma monárquica). Se o plebiscito redundar em confirmação da república presidencial, nada haverá a ser alterado. Perderá função o preceito do art. 3.º do ADCT.

Como toda norma, este art. 3.º tem uma hipótese e um mandamento (antecedente e conseqüente normativos). A hipótese é: o povo decidir modificar a forma de governo (adotando a monarquia) ou o sistema (parlamentar). Dado esse fato (contemplado na hipótese do art. 3.º), o Congresso fará revisão no texto constitucional para adaptá-lo ao pronunciamento popular.

Se se optar pela forma monárquica, disciplinar-se-á o modo de investidura vitalícia do chefe de estado (eletiva ou hereditária) e regular-se-á a sucessão, bem como suas relações com o governo (aí, necessariamente, parlamentar), bem como diferente definição das responsabilidades políticas, dada a irresponsabilidade do chefe de estado.

Se se optar pela república parlamentar, impor-se-á definir as atribuições, responsabilidades e relacionamento recíproco entre presidente e gabinete, bem como definir se o governo será colegial ou centrado no primeiro ministro (ou se este será moldado à feição de um “chanceler” etc.) e ainda

suas relações com o Congresso, poderes das duas Casas diante do governo etc.), regime dos votos de confiança etc.

Vê-se que a tarefa vai ser, conforme o caso, ampla, vasta, plena de nuances e implicações, além de apaixonante.

Ora, isso seria impossível se o *quorum* normal de 3/5 fosse mantido. Correr-se-ia o risco de jamais implementar-se a decisão popular.

Dada a ilimitação material dessa emenda, decidiu-se (art. 3.º), excepcionalmente, que ela será apreciada e votada em conjunto (unicameralmente) pelo Congresso, por maioria absoluta.

Tal redução de *quorum*, por absolutamente excepcional quanto à matéria e quanto à ocasião (uma única e exauriente oportunidade), deve — é óbvio, é evidente — ser interpretada estritamente. Só se aplica a esse momento (designado também singularmente de revisão constitucional) e a essa matéria: forma e sistema de governo.

Tudo isso mostra o caráter sistemático da Constituição e a harmonia, recíproca integração e solidariedade de suas partes e unidade fundamental de seu espírito, provendo que a lei é, verdadeiramente, mais sábia que o legislador.

E evidencia que o art. 3.º só pode ser interpretado em conjunto com o 2.º, ambos operando como exceções à norma perene do art. 60, sem abalar seu rico e forte § 4.º

A revisão irá abranger, na verdade, apenas e tão-somente aquilo que for necessário para dar concreção ao que já foi decidido diretamente pelo povo. Ou seja, apenas questões secundárias ou, melhor dizendo, acessórias em relação ao principal (o resultado do plebiscito).

Interpretar diversamente, *data venia*, é afirmar a quase inocuidade da Constituinte de 1987/88. É predicar à Constituição o caráter de norma integralmente provisória, precária, sem superioridade. É abalar todos os direitos, todas as normas, enfraquecer todas as instituições. É paralisar a vida nacional.

É dizer que tudo nela é provisório, é precário. Que tudo pode ser facilmente revisto. Que ela foi inteirinha feita para valer só por 5 anos. Que os direitos e deveres dos cidadãos, das empresas, da União, dos Estados, dos Municípios etc., só têm o conteúdo, sentido e alcance prescritos no texto por 5 anos.

Ao contrário de ser perpétua, é temporária a Constituição? Em vez de ser mais sólida que as leis, é mais passageira, mais fugaz.

O “original” dessa concepção é que ela termina por fazer algumas disposições transitórias mais duradouras que o próprio texto, como é o caso do art. 40, que assegura direitos até o ano 2013!

Será essa a contribuição brasileira para o direito constitucional comparado? Temos uma Constituição, a única, na história da humanidade, com limitação de validade no tempo?

Direito Constitucional Brasileiro

(Reflexões sobre aspectos elementares)

SEBASTIÃO BAPTISTA AFFONSO

Advogado, Professor Universitário de Direito Administrativo, Subprocurador-Geral aposentado do TCU e ex-membro da Consultoria Geral da República, como Consultor da República, Secretário-Geral e Consultor-Geral da República (Interino)

SUMÁRIO

- I — Apresentação.*
- II — Considerações preliminares.*
- III — Constituições brasileiras.*
- IV — Constituições republicanas.*
- V — Período revolucionário.*
- VI — Redemocratização.*
- VII — Sistema político.*
- VIII — Eficácia constitucional.*
- IX — Ordem jurídica.*
- X — Técnica legislativa.*
- XI — Processo legislativo.*
- XII — Legislação necessária.*
- XIII — Poder Judiciário.*
- XIV — Conclusão.*

Este trabalho foi elaborado e apresentado, pelo seu autor, aos participantes do ciclo de estudos sobre **ELEMENTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL**, durante o mês de agosto de 1990, como parte integrante do **CURSO DE SECRETÁRIOS DE COMISSÕES**, promovido pela **Seção de Treinamento e Aperfeiçoamento do Centro de Seleção e Treinamento, da Câmara dos Deputados.**

I — Apresentação

O presente trabalho, sem maiores pretensões doutrinárias, pretende apresentar alguns aspectos elementares do *Direito Constitucional Brasileiro*, de maneira bastante sucinta, para propiciar maiores reflexões, por parte dos menos versados, em questões jurídicas dessa natureza, de grave importância nacional.

Em síntese, parte-se de uma breve consideração geral sobre o tema, para depois mostrar a evolução constitucional brasileira, seguindo-se informações a respeito da eficácia da norma constitucional e o seu reflexo na ordem jurídica vigente, com observações relativas às técnicas e aos processos de elaboração legislativa, bem assim quanto à posição do Poder Judiciário, sobretudo no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público.

Traz-se à colação, também, o rol dos dispositivos constitucionais, cuja eficácia depende de lei complementar ou ordinária, algumas das quais já editadas e outras ainda pendentes.

Se este trabalho nada inova na literatura jurídica, por certo terá contribuído, minimamente, para aguçar o interesse pelo estudo e conhecimento mais aprofundados da matéria, a exigir reflexões, por parte de tantos quantos queiram emprestar seus esforços para um Brasil melhor.

II — Considerações preliminares

O *Direito* é, sabidamente, uma ciência social.

Na prática, considerado o seu aspecto objetivo, o *Direito* pode ser conceituado, sucintamente, como um conjunto harmônico de normas e princípios jurídicos, adotado pelo Estado, de modo formal, com o objetivo de disciplinar o relacionamento entre as pessoas em sociedade, dispondo sobre os seus bens, interesses e comportamentos, naquilo que seja considerado relevante à boa convivência humana e ao bem comum da comunidade social.

A lei é a primordial fonte formal do *Direito*.

Conquanto o *Direito* seja um só, verdade é que as normas e os princípios, cujo conjunto o constituem, classificam-se por diversificadas áreas de especialização, as quais são consideradas de *Direito Público* ou de *Direito Privado*, conforme a incidência de maior ou menor interesse do Estado (o Poder Público), diretamente, nas relações jurídicas delas decorrentes. Integram aquele primeiro ramo (o do *Direito Público*), especialmente, o *Direito Constitucional*, o *Direito Administrativo*, o *Direito Tributário*, dentre vários outros seus desdobramentos. Do segundo (o do *Direito Privado*), destacam-se o *Direito Civil* e o *Direito Comercial*.

As normas, relativas a cada uma dessas especializações, costumam ser compiladas em lei, denominada *código*, como é o caso do Código Civil, Código Comercial, Código Penal, Código de Processo Civil, Código de Processo Penal e outros (a CLT tem feição de código).

O *Direito Constitucional* cuida, particularmente, da organização do Estado, sua estrutura e seus poderes, bem como das garantias individuais, além de tudo aquilo a que o legislador constituinte der essa elevada dignidade, de tratamento especial, sendo as suas normas básicas consolidadas, fundamentalmente, na Constituição.

A Constituição é a lei fundamental do País.

De ordinário, essa *Carta Política*, que se constitui em *Lei Magna*, sobrepõe-se a todos os órgãos de quaisquer dos Poderes Públicos do Estado, só podendo ser emendada, normalmente, pelos meios e modos nela mesma previstos, ressalvada a eventual superveniência de um novo Poder Constituinte.

Na vigente ordem constitucional, o Congresso Nacional detém a condição permanente de Poder Constituinte, derivado, para emendar ou revisar a atual Constituição (Const., art. 60, com seus parágrafos, e art. 3.º do ADCT), da qual o Supremo Tribunal Federal é o guardião e árbitro, quanto ao cumprimento dos preceitos fundamentais nela contidos (Const., arts. 102, itens I — a/p e III, com seu parágrafo único e 103).

III — *Constituições Brasileiras*

A tradição brasileira, em tema constitucional, repousa na adoção de cartas consolidadas ou codificadas em unidade de sistema, sempre formuladas em documentos escritos, diferentemente de alguns outros países, que adotam ou já adotaram a sua lei básica de forma dispersa, em atos legislativos diversos ou de tipo histórico, baseados nos costumes, notando-se que tem aqui predominado, também, o critério de Constituições rígidas, pelo qual o processo de elaboração das suas emendas, de algum modo, é mais complexo que o das demais leis ordinárias (ressalva-se que a de 1824, no seu art. 178, previa a possibilidade de serem alteradas por mera lei ordinária aquelas matérias de natureza não estritamente constitucional).

O normal, quanto à discussão, votação e promulgação das Constituições, é que elas representem a expressão da vontade de um poder constituinte delegado ou derivado, formado em Assembléia Nacional, mas a história registra que, dentre as Constituições brasileiras, algumas delas foram outorgadas, de maneira não democrática.

Data de 25-3-1824, a primeira *Constituição Política do Império do Brasil*, que foi outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, após ter dissolvido a primeira Assembléia Nacional Constituinte, a qual havia sido convocada por decreto imperial de 3-6-1822, ainda mesmo antes de ser proclamada a independência do Brasil, fato esse ocorrido a 7-9-1822. Essa Carta Política

manteve o território nacional dividido em províncias (art. 2.º) e o governo monárquico hereditário (art. 3.º), consagrando como oficial a religião católica apostólica romana (art. 5.º). Os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império foram: I — o Poder Legislativo, constituído pela Assembléa Geral (art. 13), composta pela Câmara de Deputados e pelo Senado (art. 14), tendo a legislatura duração de 4 anos e cada sessão anual um período de 4 meses (art. 17); II — o Poder Moderador, exercido pelo Imperador, como Chefe Supremo da Nação (art. 98), ao qual cabia nomear os Senadores (art. 101, § 1.º), prorrogar a Assembléa Geral, dissolver a Câmara dos Deputados (art. 101, § 5.º), suspender os magistrados (art. 101, § 7.º), dentre outras competências; III — o Poder Executivo, que também era chefiado pelo Imperador e exercitado pelos Ministros de Estado (art. 102), cabendo-lhe nomear os bispos (art. 102, § 2.º) e os magistrados (art. 102, § 3.º), bem como praticar outros atos; e IV — o Poder Judiciário, composto de juizes e jurados (art. 151), havendo na capital um Supremo Tribunal de Justiça (art. 163). Junto ao Poder Executivo funcionava um Conselho de Estado, cujos conselheiros eram vitalícios (art. 137), o qual era ouvido nas questões mais graves ou importantes (art. 142). Em cada cidade ou vila haveria Câmaras de Vereadores (art. 167), que foram criadas, posteriormente, pela Lei de 1.º-10-1828. Cabia à Assembléa Geral velar pela guarda da Constituição (art. 15/9). Pela Lei n.º 16, de 12-8-1834, denominada de Ato Adicional, foi emendada a Constituição Imperial, em especial para criar as Assembléas Legislativas Provinciais. Um Conselho de Estado, composto de doze conselheiros, além dos Ministros de Estado, foi criado pela Lei n.º 234, de 23-11-1841. Essa foi a única Constituição do período imperial.

IV — *Constituições Republicanas*

Com o Decreto n.º 1, de 15-11-1889, do Governo Provisório, foi proclamada a República Federativa Brasileira (art. 1.º), passando as antigas Províncias a constituírem os *Estados Unidos do Brasil* (art. 2.º). O mesmo Governo Provisório, constituído pelo Exército e a Armada, em nome e com assento na Nação (Preâmbulo), com o Decreto n.º 510, de 22-6-1890, convocou eleições para o Congresso Nacional, a instalar-se dia 15-11-1890 (art. 1.º), com poderes especiais para julgar a Constituição (art. 2.º), que foi publicada juntamente com o referido decreto. O seu texto fora revisado por Rui Barbosa. Essa Constituição manteve os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 15), dando ao Senado a função própria de representação dos Estados no Congresso Nacional (art. 16). Foram separadas as competências da União e dos Estados (arts. 6.º a 13). O Poder Judiciário da União ficou constituído pelo Supremo Tribunal Federal, bem como por juizes e Tribunais Federais (art. 54). Cada Estado teria sua própria Constituição (art. 62).

A 24-2-1891, finalmente, foi promulgada a nova Constituição da *República dos Estados Unidos do Brasil*, pelos representantes do povo, reunidos em Congresso Constituinte (Preâmbulo), adotando-se o regime repre-

sentativo e a República Federativa (art. 1.º), em bases democráticas. Foram mantidas as três esferas de governo da União, dos Estados e dos Municípios, bem como os três poderes, definindo-se-lhes as competências. O Poder Legislativo Federal ficou a cargo do Congresso Nacional (art. 16), composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal (art. 16, § 1.º). Manteve-se também o Judiciário da União, formado pelo STF e Justiça Federal (art. 55). Os Estados teriam os seus Juízes e Tribunais de Justiça. Reservou-se uma Seção para a Declaração de Direitos (Título — IV, Seção II), assegurando a inviolabilidade dos direitos individuais concernentes à liberdade, à segurança e à propriedade (art. 72, com 31 parágrafos). Instituiu-se o Tribunal de Contas, para liquidar as contas da Receita e Despesa, como também para verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso (art. 89). Admitiu-se a reforma da Constituição, dispondo-se a esse respeito (art. 90). Concedeu-se ao ex-Imperador uma pensão, a partir de 15-11-1889 (art. 7.º do ADCT), a qual teve o seu valor fixado pela Lei n.º 20, de 22-10-1891. Desvinculou-se a religião do Estado (art. 72, § 7.º). Vedou-se a guerra de conquista (art. 88). A *Constituição de 24-2-1891 sofreu acentuadas alterações*, com a emenda constitucional de 1926, no atinente à intervenção nos Estados (art. 6.º), à competência do Congresso (art. 34, itens 17 e 20) e aos recursos em questões judiciais (art. 60, §§ 1.º a 5.º), dentre outras matérias.

Fatos políticos, porém, vieram a conturbar a ordem jurídico-constitucional, acarretando a instalação de uma junta governativa e culminando com a instituição de novo Governo Provisório, implantado pelo Decreto n.º 19.398, de 11-11-1930, *o qual passou a exercer, em toda a sua plenitude, discricionariamente, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo* (art. 1.º). Foi dissolvido o Congresso Nacional, juntamente com as Assembléias Legislativas Estaduais e as Câmaras Municipais (art. 2.º). O Governo Federal nomeou interventores nos Estados (art. 11). O citado decreto criou um Conselho Nacional Consultivo, com poderes e atribuições a serem depois regulados por lei (art. 15), como também criou um Tribunal Especial, para processo e julgamento de crimes políticos, funcionais e outros discriminados em lei (art. 16). Os atos legislativos do governo, então, passaram a ser editados por decreto, com força de lei (art. 17). Mudou-se, assim, toda a Constituição de 1891, por meio de um mero decreto do Poder Executivo, *a partir do qual a ditadura do Governo Vargas implantou-se no País*.

Dia 16-7-1934, foi promulgada uma nova Constituição da *República dos Estados Unidos do Brasil*, pela Assembléia Nacional Constituinte, instalada a 13-11-1933, na forma do Decreto n.º 23.102, de 19-8-1933, cuja convocação fora feita pelo Decreto n.º 22.621, de 5-4-1933. Essa Carta Política teve vida muito efêmera. Ela restabelecia a forma de governo representativo (art. 1.º), os poderes independentes (art. 3.º), com suas tradicionais competências, preservada a *federação* (art. 1.º), com a autonomia dos Estados, assim como a dos Municípios. Implantou-se no País um modelo cooperativo de federalismo e uma forma de democracia social. O Poder

Judiciário da União já consignava, além do STF, os juízes e Tribunais Federais, militares e eleitorais, prevendo o contencioso administrativo (art. 79). Ao Senado cabia a coordenação dos poderes federais, entre si (art. 88). O Ministério Público foi situado entre os órgãos de cooperação nas atividades governamentais (art. 95), permanecendo dentre estes o Tribunal de Contas (art. 99). Foi prevista, também, a criação de Conselhos Técnicos, como órgãos de consulta da Câmara e do Senado (art. 103). Ficou prestigiado o rol dos direitos e das garantias individuais (art. 113, com os seus 38 itens). Dedicou-se um vasto título, também, ao trato da ordem econômica e social (arts. 115 a 143). Previa-se a possibilidade de emendas à Constituição (art. 178) e a de sua revisão, observado processo mais rígido (art. 178, § 2.º). Pelo Decreto Legislativo n.º 6, de 18-12-1935, três emendas foram introduzidas, nessa Carta de 16-7-1934, sobre a declaração de comoção intestina grave, a perda da patente ou do posto no caso de participação em ato subversivo e a demissão de funcionário que participasse de movimento subversivo das instituições políticas e sociais.

Graves conflitos sociais, todavia, abriram espaço para a revolução comunista de 27-11-1935, instabilizando o regime, em plena campanha presidencial, o que acabou no golpe de Estado, sob o qual foi outorgada a Carta Constitucional de 10-11-1937. Implantou-se, assim, o Estado Novo, sendo dissolvido o Congresso Nacional, suprimidos os partidos políticos, concentrado todo poder no Chefe do Governo e declarado estado de emergência em todo o País (arts. 178 e 186). O Presidente da República, durante o recesso ou a dissolução do Parlamento, ficou com poderes para editar decretos-leis sobre matéria de competência da União, tendo assim legislado até o final do governo, inclusive sobre tema constitucional, uma vez que não chegaram a ocorrer eleições e o Parlamento nunca se instalou (arts. 178 e 180). Várias leis constitucionais foram editadas, alterando disposições da própria Carta. Em 1945, já em declínio o governo ditatorial do Estado Novo, deu-se a edição da Lei Constitucional n.º 9, de 28-2-1945, convocando eleições presidenciais e para o Poder Legislativo (art. 4.º), que teria poderes de reformar a Constituição. A 29-10-1945, operou-se a queda do Governo Vargas, assumindo a Presidência o então Presidente do STF, que deu configuração de Assembléia Constituinte ao Parlamento a ser eleito dia 2-12-1945 (LC n.º 13, de 12-11-45, e LC n.º 15, de 26-11-45). Foi extinto o Tribunal de Segurança (LC n.º 14, de 17-11-45). Revogou-se o art. 186, que havia declarado estado de emergência (LC n.º 16, de 30-11-45). A Assembléia Constituinte instalou-se a 1-2-1946, tendo tomado posse o novo Presidente da República, Gen. EURICO GASPAR DUTRA, a 31-1-1946.

Terminados os trabalhos, a assembléia promulgou a Constituição dos *Estados Unidos do Brasil*, dia 18-9-1946, mantendo a Federação e a República, sob o regime representativo (art. 1.º). Foram revigoradas as competências da União, dos Estados e dos Municípios, com a devida autonomia, e restabelecida a independência dos poderes (art. 36). Essa Carta seguiu muito as linhas da Constituição de 1934, no prestigiar um sistema de demo-

cracia social e intervencionista, fortalecendo também o federalismo e o municipalismo. Criou no Judiciário o Tribunal Federal de Recursos (arts. 103 a 105) e deu melhor trato à Justiça do Trabalho (arts. 122 e 123). Ampliou o rol dos direitos e das garantias individuais (art. 141, com seus 38 parágrafos). Dispôs sobre as suas emendas (art. 217). Dentre as suas emendas destacam-se a de n.º 2, de 3-7-1956, que deu autonomia política ao antigo Distrito Federal, a de n.º 4, de 2-9-1961, instituindo o sistema parlamentar de governo, denominado Ato Adicional, e a de n.º 6, de 23-1-1963, revogando a de n.º 4 e restabelecendo o presidencialismo.

V — Período revolucionário

Conturbada, novamente, a ordem política e social, no governo João Goulart, as instituições democráticas voltaram a ficar abaladas. Assim, ocorreu-se a deposição do Presidente. Os Comandantes-em-Chefe da Marinha, do Exército e da Aeronáutica constituíram-se em representantes do Comando Supremo da Revolução e, nessa condição, fizeram editar o Ato Institucional n.º 1, de 9-4-1964, o qual manteve as Constituições de 1946 e as estaduais, com as suas emendas (art. 1.º), mas instituiu a eleição presidencial indireta (art. 2.º), ampliou o poder de iniciativa legislativa do Presidente da República (arts. 3.º a 5.º), restringiu a ação do Poder Legislativo, suspendeu as garantias constitucionais dos magistrados, militares, funcionários e parlamentares, para efeito de aposentadoria, disponibilidade, reforma, transferência para reserva, suspensão dos direitos políticos e cassação de mandatos eletivos, de tudo isso vedada a apreciação judicial (art. 7.º). O Congresso continuou funcionando, havendo editado as Emendas Constitucionais n.ºs 7 a 21, entremeadas pelos Atos Institucionais n.ºs 2 a 4, sobre matérias diversas. O AI-2, de 27-10-65, revigorou as medidas de exceção do AI-1/64, elevou para 16 o número de Ministros do STF (art. 98) e deu poderes ao próprio Presidente da República (que o editou em conjunto com os Ministros Militares) para expedir atos complementares e decretos-leis (art. 30). A Emenda n.º 18, de 1-11-65, reformulou todo o Sistema Tributário Nacional. O AI-3, de 5-2-66, instituiu a eleição indireta para governadores dos Estados. O AI-4, de 7-12-1966, assinado também pelo então Presidente Castello Branco com seus Ministros Militares e o da Justiça, convocou o Congresso Nacional para reunir-se em Sessão Extraordinária, entre 12-12-66 e 24-1-67, para votar e promulgar o Projeto de Constituição, apresentado pelo Presidente da República. Aqui terminava o primeiro ciclo do período revolucionário, implantado a partir de 31-3-1964.

A 24-1-1967, invocando a proteção de Deus, o Congresso Nacional decretou e promulgou a nova Constituição, que mantinha o Brasil uma República Federativa, constituída pela união dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 1.º). Ela manteve a tradicional separação dos poderes (art. 6.º), com suas competências peculiares, ampliando as do Poder Executivo, em especial para aprovar a nomeação de Prefeitos nas áreas de segurança nacional e para continuar a expedir decretos-leis. Foram aprovados os

atos revolucionários até então praticados, mantida a exclusão de sua apreciação judicial (art. 173). O Presidente da República seria escolhido mediante eleição indireta, por um Colégio Eleitoral composto pelos membros do Congresso Nacional e delegados das Assembléias Legislativas Estaduais (art. 76).

Durou intacta por muito pouco essa Constituição, pois a 13-12-1968 o novo Presidente da República, com a assinatura dos seus Ministros de Estado, fez editar o Ato Institucional n.º 5, que mantinha a Constituição de 1967 (art. 1.º), mas restabelecia as normas excepcionais e suspendia as garantias constitucionais, além de prever a decretação do recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores (art. 2.º). Na mesma data, pelo Ato Complementar n.º 38/68, foi decretado o recesso do Congresso. Seguiram-se os Atos Institucionais n.ºs 6 a 17 e os Atos Complementares n.ºs 39 a 96, além de inúmeros decretos-leis. O AI-6, de 1-2-69, dentre outras disposições, restabeleceu a composição do STF, com 11 Ministros (art. 1.º). O AI-12, de 31-8-69, firmado pelos Ministros Militares, decretou o impedimento do Presidente Costa e Silva, como também o do seu Vice, Pedro Aleixo. Os AI-13 e 14, de 5-9-69, instituíram as penas de banimento, a de morte e de prisão perpétua, nos casos excepcionais indicados. O AI-16, de 14-10-69, declarou vagos os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, continuando os Ministros Militares a exercer o Poder Executivo, em sua plenitude, como também o Legislativo, marcando para 25-10 as eleições presidenciais, pelo Congresso Nacional. O AC-48, de 24-2-69, prorrogou os mandatos das Mesas da Câmara, do Senado, das Assembléias Legislativas e das Câmaras Municipais. O AC-72, de 15-10-69, suspendeu o recesso do Congresso, a partir de 22-10-69. O AC-73, da mesma data, convocou o Congresso para reunir-se a 25-10-69, para eleição do Presidente da República, cuja posse foi marcada para o dia 30 de outubro, pelo AI-16. Terminava aqui um segundo ciclo do período revolucionário.

Os mesmos Ministros Militares, invocando dispositivos dos AI-5 e 16, promulgaram a Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969, dando nova redação à Constituição de 1967, incorporando alterações até então feitas e introduzindo outras inovações. Ela manteve o decreto-lei, para casos de urgência e relevantes, subordinado a ulterior aprovação pelo Congresso Nacional (art. 55). O Presidente ficou com poderes para dispor, mediante decreto, sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos públicos (art. 81 — V), o que permitiu maior flexibilidade na reformulação administrativa. Foram mantidos os atos revolucionários, até então praticados, ficando excluídos de apreciação judicial (art. 181). Seguiram-se as Emendas n.ºs 2 a 6 e 9 a 27, votadas e promulgadas pelo Congresso Nacional, mas paralelamente foram editadas as de n.ºs 7 e 8, pelo Presidente Geisel, com base no AI-5/68, em face do recesso parlamentar, decretado pelo AC-102, de 1-4-1977, dispondo sobre questões diversas. A Emenda n.º 11, de 13-10 de 1978, restabeleceu a proibição das penas de banimento, de morte e de

prisão perpétua (art. 153, § 11), como também revogou os Atos Institucionais e Complementares, no que contrariavam a Constituição (art. 3.º). A EC-26, de 27-11-1985, convocou a Assembléia Nacional Constituinte, para instalar-se a 1-2-87, com os Senadores e Deputados eleitos a 15-11-1986. Essa emenda, também, concedeu anistia aos atingidos pelos Atos Institucionais (art. 4.º). No Governo Médici foram expedidos os AC-78 a 99, sendo o primeiro sobre punições e quase todos os demais (79 a 96) para suspender recessos de Câmaras Municipais. Durante o Governo Geisel, foram editadas as referidas EC-7 e 8/77, bem como os AC-100 a 105. O AC-102 decretou o recesso do Congresso, que foi suspenso a partir de 15-4-77, pelo AC-103, de 14-4-77. O AC-104, de 26-7-77, assegurou o direito de reunião aos partidos. O AC-105, de 9-6-78, revogou a pena de banimento. Com o Governo Figueiredo, durante o qual não chegaram a ser editados atos dessa natureza, deu-se por encerrada a terceira e última fase do período militar, seguindo-se a eleição indireta do Presidente Tancredo Neves, que ficou impedido de tomar posse por motivo de saúde, não chegando a exercer o cargo, dado o seu falecimento. O Vice-Presidente José Sarney, que nessa condição foi empossado, a 15-3-1985, acabou assumindo a Presidência e governando até o final do mandato presidencial. Foi o Presidente Sarney que teve a iniciativa da Emenda n.º 26, convocando a Assembléia Nacional Constituinte. Operou-se, então, a chamada abertura política e democrática.

VI — Redemocratização

Surge, então, nova ordem constitucional.

Em Sessão Solene Conjunta do Congresso Nacional, realizada dia 5-10-1988, foi promulgada a nova *Constituição da República Federativa do Brasil*.

Os constituintes, invocando a proteção de Deus, promulgaram essa Carta Política, com o propósito de instituir um Estado Democrático de Direito (Preâmbulo).

A nova Carta Política afirmou ser a República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 1.º), assegurando-lhes a devida autonomia (art. 18). Manteve a tradicional separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos (art. 2.º). Foi muito inovadora essa Constituição, sobretudo ao elencar os direitos e garantias fundamentais (art. 5.º). Definiu a competência privativa da União (art. 22), bem como a comum e as concorrentes com os Estados, DF e Municípios, em matéria legislativa (arts. 23 e 24). Deu autonomia político-administrativa ao DF (art. 32). Explicitou os princípios informativos da Administração Pública em geral (art. 37).

Essa nova Constituição ampliou muito o campo da reserva legal (art. 49, itens V, VIII e XIII a XVIII), restringindo a liberdade de ação do Executivo, em várias questões. Prestigiou bastante o sistema de controle

externo, exercido pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas da União (arts. 70 e 71). Adotou o critério rígido de emenda (art. 60), ressalvada a possibilidade de revisão constitucional, após 5 anos (art. 3.º do ADCT). Acabou com a figura do decreto-lei, mas instituiu a da medida provisória (art. 62), preservando a lei complementar (art. 59 — II), de uso mais ampliado. Criou os Conselhos da República e de Defesa Nacional (arts. 89 a 91).

No que se refere ao Poder Judiciário, a Carta Política reservou o Supremo Tribunal Federal mais para o exame de questões constitucionais, ampliando as possibilidades de propositura da então criada ação direta de inconstitucionalidade, em lugar da Representação, de que a Procuradoria Geral da República detinha o monopólio (arts. 101 a 103). Transformou o TFR em Superior Tribunal de Justiça e criou os Tribunais Regionais Federais, como segunda instância da Justiça Federal, ficando o STJ com grande parte da competência que era do STF, sobre matéria infraconstitucional, em razão do desdobramento do Recurso Extraordinário em Recurso Especial (arts. 104 a 108 e art. 27 do ADCT). Deu bem maior autonomia ao Ministério Público, assegurando aos seus membros garantias assemelhadas às dos magistrados, reservando-lhe o encargo de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, com o que criou a Advocacia Geral da União, para as atividades de representação e defesa da União, além da de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (arts. 127 a 131).

Além do tradicional estado de sítio (arts. 137 a 139), instituiu-se o estado de defesa (art. 136), para preservar ou restabelecer, em locais restritos ou determinados, a ordem pública ou a paz social, cuja execução deverá ser acompanhada por Comissão Especial do Congresso (art. 140). As Forças Armadas ficaram destinadas à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem (art. 142). Na Segurança Pública, deu-se tratamento especial à polícia federal, à polícia rodoviária federal, à polícia ferroviária federal, às polícias civis, às polícias militares, aos corpos de bombeiros militares e criou-se a possibilidade de haver guardas municipais (art. 144, § 8.º).

O sistema tributário foi reformulado, com a previsão do imposto federal sobre grandes fortunas, do imposto estadual sobre propriedade de veículos automotores, do adicional estadual sobre imposto de renda, do imposto municipal sobre venda a varejo de combustíveis, além de tributos já existentes, salvo os impostos únicos que foram extintos (arts. 153 a 156). Ampliaram-se os volumes de transferências aos Estados e Municípios, do produto dos impostos arrecadados pela União (arts. 157 a 162). Foram disciplinadas com maior rigor as atividades relativas às finanças públicas, em especial sobre orçamentos, instituindo-se a lei de diretrizes orçamentárias (arts. 163 a 169).

A ordem econômica e financeira foi mais longamente cuidada (Título VII), assegurando-se o livre exercício de qualquer atividade, independente-

mente de autorização, salvo os casos previstos em lei (art. 170), devendo o Estado ater-se a funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174). A ordem social também teve trato exaustivo (Título VIII) quanto à seguridade social, abrangendo a saúde, a previdência social e a assistência social (arts. 194 a 204), bem assim quanto à educação, à cultura, ao desporto, à ciência e tecnologia, à comunicação social, ao meio ambiente e à família (arts. 205 a 230). Os serviços notariais e de registros passaram a ser exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (art. 236 e arts. 31 e 32 do ADCT).

Releva notar que, dentre os direitos e garantias fundamentais, registram-se as seguintes inovações, dentre as de maior relevância jurídica:

a) igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres (artigo 5.º — I);

b) liberdade de manifestação do pensamento, de consciência, de crença, de expressão, de locomoção, de associação e de exercer qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5.º, inciso IV, IX, XIII, XV e XVII);

c) vedado o anonimato (art. 5.º — IV);

d) assegurado o direito de resposta, de acesso a informações, de propriedade, de petição, de obter certidões, de liberdade, de ampla defesa (art. 5.º, incisos V, XIV, XXII, XXIII, XXXIV, XXXVIII e LIV);

e) repulsa à discriminação, ao racismo e à tortura (art. 5.º, itens XLI, XLII e XLIII);

f) manutenção do *habeas-corpus* (assegurar o direito de ir e vir), com a ampliação do mandado de segurança, instituindo-se mais o *habeas-data* e o mandado de injunção, tudo para proteger direitos contra omissões ou atos abusivos de autoridades (art. 5.º, incisos LXVIII, LXIX, LXXI e LXXII); e

g) presunção de inculpabilidade até haver condenação judicial, transitada em julgado (art. 5.º — LVII).

As grandes conquistas sociais do trabalhador não só ganharam sede constitucional, como foram ampliadas, bem assim foram estendidas aos trabalhadores rurais e às empregadas domésticas salário mínimo, a irredutibilidade, o 13.º salário, o repouso remunerado, as férias acrescidas de até mais 1/3 do salário, a licença gestante de 120 dias, a licença paternidade, o aviso prévio mínimo de 30 dias e a aposentadoria previdenciária (art. 7.º, incisos IV, VI, VIII, XV, XVIII, XIX, XXI e parágrafo único).

Ficou assegurada a liberdade de associação profissional e sindical (art. 8.º).

Reservaram-se a brasileiros natos, apenas, os cargos de Presidente e de Vice-Presidente da República, de Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, de Ministros do STF, da carreira diplomática e de Oficial das Forças Armadas, dispensada essa condição nos demais casos (art. 12, § 3.º).

No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi previsto um plebiscito para definir opção por forma e sistema de governo (art. 2.º do ADCT). Previu-se uma revisão geral da Constituição após 5 anos (art. 3.º do ADCT). Concedeu-se uma anistia mais ampla para as pessoas punidas desde 18-9-46 em razão de atividade política (art. 8.º). Criou-se o Estado de Tocantins (art. 13), sendo transformados em Estados os antigos Territórios de Roraima e Amapá (art. 14), e extinto o de Fernando de Noronha (artigo 15). Deu-se estabilidade aos servidores públicos admitidos sem concurso, com mais de 5 anos de exercício (art. 19 do ADCT). Tudo isto, dentre tantas outras medidas adotadas.

Essa foi a cognominada *Constituição coragem*.

VII — Sistema político

O ESTADO, constituído de população, território e governo, como nação política e juridicamente organizada, é dotado de independência e soberania nacionais, reconhecidas no contexto internacional, cabendo à sua *Constituição*, internamente, definir o seu *sistema político*, a saber (cfr. *Constituição Federal Comentada*, do Ministro JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, 2.ª edição, Saraiva 1986, págs. 22/secs.):

I — quanto à *forma de estado* (modo de estrutura), pode ser simples (unitário ou descentralizado) e composto, sob a forma de federação, confederação ou união (pessoal ou real);

II — quanto à *forma de governo* (organização política), pode ser monarquia ou república (representativa), sendo a esta inerente a eletividade dos seus dirigentes, a temporariedade dos mandatos, a divisão dos poderes (independentes e harmônicos entre si), a igualdade de todos (perante a lei) e a soberania popular;

III — quanto ao *regime de governo* (acessibilidade ao poder), pode ser ditatorial ou democrático, que se manifesta mediante votação direta, semidireta (plebiscito ou referendo), indireta ou representativa; e

IV — quanto ao *sistema de governo* (relação entre os poderes), pode ser presidencialismo, parlamentarismo ou colegiado.

De início, o BRASIL era um Estado simples, unitário, de governo monárquico, imperial (Const. de 1824, arts. 1.º a 4.º). As formas *federal*, de Estado, e *republicana*, de governo, foram adotadas a partir da Constituição de 1891 (arts. 1.º e 2.º), que também adotou o sistema *presidencialista* de governo (art. 41), sob o regime político *democrático*, sendo os governantes escolhidos mediante eleição direta (art. 47). Manteve-se o federalismo dualista, de 1891 a 1930, o cooperativo, de 1934 a 1967, e o de integração, de 1967 a 1969 (obra citada, pág. 24), havendo predominado o presidencialismo, nas Constituições brasileiras, ressalvado o breve período de parlamentarismo (EC — 4/61 e 6/63).

A Constituição de 5-10-1988 consagrou a *Federação* e a *República* representativa, embora admitido o exercício popular do poder, diretamente, na iniciativa do processo legislativo e no referendo (Const., art. 1.º, parágrafo único, o art. 61, § 2.º, 14 e 49 — XV), bem como optou pelo *presidencialismo*, mas a preservação da REPÚBLICA e do PRESIDENCIALISMO dependerá da vontade popular a ser manifestada em plebiscito, marcado para o dia 7-9-1993 (art. 2.º do ADCT).

O art. 1.º, parágrafo único, da Constituição atual, estabeleceu que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Ocorre, porém, que nem todo poder é exercido pelo povo, por meio de seus representantes eleitos (arts. 45, 46 e 77) ou diretamente (art. 14, incisos I, II e III). É que, quanto aos membros do Poder Judiciário, ressalvados os casos especiais de recrutamento para os Tribunais (arts. 52 — III, 84 — XIV, 101, 104, 107, 111 com seus §§, 119, 120 e 123) e do Juiz de Paz (art. 14, § 3.º — VI/c), o ingresso na carreira é mediante concurso público (art. 93 — I). Logo, quanto a estes magistrados, podem até exercer um poder, que emana do povo, cuja vontade está expressa na Constituição, mas não são seus “representantes eleitos”.

VIII — *Eficácia constitucional*

A Constituição, com a sua promulgação e conseqüente publicação, passa a ter existência no mundo jurídico, mas só tem eficácia a partir da sua vigência, quando então ela produz os seus devidos efeitos, tornando-se aplicável.

De regra, a vigência da Constituição ocorre, simultaneamente, com a sua promulgação e publicação, como aconteceu com as de 1824, 1891 (art. 91), 1934 (art. 26 DT), 1937 (art. 187) e 1946 (art. 218), podendo porém ser diferida, conforme se deu na de 24-1-1967, que só vigorou a 15-3-1967 (art. 189), e a resultante da Emenda n.º 1, de 17-10-1969, que vigorou a partir de 30-10-1969 (art. 2.º da mesma EC-1/69).

Com relação à Carta Política de 5-10-1988, a sua vigência foi imediata, desde a sua promulgação (ver seu preâmbulo) e concomitante publicação no *Diário Oficial* da União.

Ocorre, todavia, que se alguns dispositivos constitucionais são de eficácia plena, podendo produzir todos os efeitos, diretamente, como tais consideradas as normas auto-executáveis, outros já são dependentes de regulamentação, por mais analítica, minuciosa que seja a Constituição.

Em tese, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, na Constituição vigente, são de aplicação imediata (art. 5.º, § 1.º).

Alguns dispositivos, porém, tiveram a sua vigência diferida, para período posterior à vigência da Constituição (v. g., arts. 25 e 34 do ADCT).

No caso, porém, de omitir-se o Poder Público, na regulamentação de uma norma constitucional, deixando sem aplicação um direito assegurado na Constituição, cabe recurso ao Mandado de Injunção ou à Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, conforme o caso (arts. 5.º/LXXI e 103, § 2.º).

Há certas normas, ainda, que, apenas programáticas, proclamam a vontade do legislador constituinte no atingimento de determinados resultados, cuja efetivação fica na dependência de lei ou ato futuro, em conformidade com certos delineamentos, já estabelecidos (v. g., art. 194).

Com a entrada em vigor de uma nova ordem constitucional, permanecem vigentes as normas legais e regulamentares anteriores, no que com ela estiverem em consonância, mas são consideradas derogadas aquelas normas infraconstitucionais, que estejam em oposição ou em desconformidade com seus dispositivos.

São atingidas pelo fenômeno da recepção, portanto, aquelas normas pré-existentes que atendam a determinada regulamentação legal, prevista na nova Carta Política, como se com ela fossem reeditadas, exceto naquilo que porventura a contrariem.

Conquanto a Constituição estabeleça que a lei não poderá prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5.º — XXXVI), verdade é que ela mesma não está a tanto obrigada.

Logo, não há direito adquirido frente à Constituição, salvo no que ela mesma excepcionar, se assim o desejar (v. g., art. 17, §§ 1.º e 2.º do ADCT).

É de se notar, também, que alguns dispositivos contidos na Constituição anterior, revogada pela nova, podem eventualmente persistir, com força de lei, quando não visarem matéria constitucional, pela sua natureza, e não contrariarem a Carta Política subsequente, em razão da teoria da desconstitucionalização das leis, de discutível aplicação no Brasil, embora aceitável.

IX — *Ordem jurídica*

O Estado de direito repousa na lei.

Sendo a lei, como de fato é, a fonte formal do direito, ela tem que se ater à Lei Magna, havendo a própria Carta Política estabelecido vários modos de controle de sua constitucionalidade, quer quanto à forma (processo legislativo próprio) ou com relação ao seu conteúdo material (art. 60, § 4.º e art. 3.º do ADCT). O Congresso Nacional controla a constitucionalidade das medidas provisórias e demais atos normativos do Poder Executivo (arts. 49, inciso V, e 62). O Congresso e suas Casas controlam a constitucionalidade dos projetos, pelas suas Comissões de Constituição e

Justiça e de Redação. O Presidente da República controla a constitucionalidade, pelo uso do veto (art. 66, § 1.º), susceptível este de reexame pelo Congresso (art. 66, §§ 4.º a 7.º). Os órgãos do Poder Judiciário também exercem controle de constitucionalidade da lei, quando isto for suscitado no exame e julgamento das questões postas em juízo (Constituição, arts. 97, 102, inciso III, com seu parágrafo, e 103).

Compete ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, precipuamente, a guarda da Constituição (art. 102), cabendo-lhe processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quando propostas pelos órgãos ou pelas entidades, a que o legislador constituinte deferiu legitimidade ativa para tanto (arts. 102, alínea a do inciso I, 102, letra p do item I, e 103, incisos I a IX).

Pode a União, ainda, intervir nos Estados, dentre outros motivos elencados na Constituição, para assegurar a observância dos princípios fundamentais nela estabelecidos (art. 34, item VII).

A arguição do descumprimento de qualquer preceito fundamental, decorrente da Constituição, será também apreciada pelo STF, conforme ficar estabelecido em lei (parágrafo único do art. 102).

Cabe ao Senado Federal, ainda, suspender a execução da lei julgada inconstitucional, por decisão definitiva do STF, fazendo assim cessar os seus efeitos, a partir da publicação da respectiva Resolução (art. 52, inciso X).

X — Técnica legislativa

Redigir lei exige técnica especial.

A *técnica legislativa*, pois, é a arte de redigir leis, com aplicação do método jurídico à sua elaboração, cujo processo de elaboração envolve a *apresentação formal* (redacional) e a *material* (disposição temática), que devem ser observadas, tanto na iniciativa (apresentação do projeto) como durante as fases subseqüentes, quais sejam as da discussão, votação (emendas), sanção ou veto, promulgação e publicação (ver: *Constituinte, ANC e Constituição*, do Prof. PINTO FERREIRA; editada em 1986, pela Faculdade de Direito de Pernambuco, pp 47/secs., com sua indicação bibliográfica).

Na legislação brasileira, tem-se constituído o *preâmbulo* das leis com os seguintes elementos (obra citada, p. 53):

a) epígrafe, que é a identificação do ato legislativo (lei, lei complementar, lei delegada etc.), com o seu número, seguido da data de sua promulgação;

b) ementa, que é a indicação sucinta do conteúdo do ato, para facilitar a busca ou identificação do texto;

c) autoria e fundamentação, que é a indicação da autoridade, promulgadora do ato, e do dispositivo constitucional ou legal do qual deriva a competência para tanto;

d) justificação, que é a indicação de considerandos, quando julgada necessária, para melhor motivar a edição do ato, de menos uso nas leis e de maior utilização em decretos; e

e) mandado de cumprimento, que é a indicação de que o Congresso decretou e o Presidente (da República ou do Congresso) promulga o ato.

O teor da lei em si é disposto em artigos, eventualmente divididos em incisos, e em parágrafos, possíveis de subdivisão em itens e/ou alíneas, constituindo eles a unidade básica da apresentação do texto legal, cujos parágrafos devem guardar respectiva correlação, a fim de estender, restringir, ressaltar ou melhor explicitar a matéria, para o que existem algumas regras básicas, assim resumidas (obra citada, pp. 60/secs.):

a) cada artigo deve abranger um único assunto;

b) o artigo deve referir-se, exclusivamente, à norma legal e ao princípio, devendo as exceções e as medidas complementares ficar reservadas às subdivisões, em especial aos seus parágrafos;

c) quando o assunto regulado no artigo exigir discriminação, os elementos a serem discriminados devem ser apresentados na forma de incisos;

d) a precisão da linguagem, técnica ou vulgar, e a sua concisão, devem ser mantidas, a fim de evitar diversas interpretações;

e) deve-se evitar o emprego das expressões esclarecedoras (a lei não necessita justificar suas normas);

f) devem ser preferidas as palavras de sentido nacional, evitando-se expressões locais ou regionais;

g) as frases devem ser curtas e reduzidas, ao mínimo possível, sem perda da idéia básica;

h) nas leis extensas, os artigos devem ser utilizados para a definição do objeto da lei e a limitação do seu domínio de aplicação;

i) cada matéria deve figurar em seu artigo, no respectivo lugar;

j) as expressões devem ser utilizadas no seu sentido vulgar, salvo quando se tratar de questão técnica;

l) quando usadas siglas ou abreviaturas, a sua primeira referência deve ser feita, entre parênteses, após a sua citação por extenso;

m) deve ser mantida uniformidade na flexão dos verbos;

n) as definições só devem ser empregadas quando absolutamente necessárias, devendo figurar onde for mais fácil encontrá-las;

o) deve sempre ser usada a forma de expressão que for mais simples;

p) deve-se usar o verbo próprio para o caso de conferir direito, poder ou atribuição (pode), faculdade (tem direito a) restrição (não pode), obrigação (deve) ou proibição (não pode);

q) deve-se evitar o erro de usar sujeito negativo (ninguém) com verbo positivo (deverá), para expressar uma proibição (ninguém poderá);

r) as letras maiúsculas só devem ser usadas, quando necessário, corretamente;

s) as cláusulas condicionais devem ser evitadas, para introduzir uma exceção ou limitação;

t) as ambigüidades devem ser evitadas; e

u) os períodos de tempo (datas) devem ser claramente especificados.

Nos códigos ou textos legais mais extensos os temas devem ser divididos em seções, reunidos em capítulos, agrupados em títulos e estes em livros, ou ainda em parte geral, parte especial e disposições gerais, especiais ou transitórias, conforme o caso.

Todo o texto legal, normalmente, deve ter sua cláusula de vigência, sendo comum dizer que entra em vigor na data da publicação, mas nada obsta que tenha vigência diferida, para uma data futura, inclusive com a omissão dessa referência, caso em que a lei entrará em vigor 45 dias após ser publicada (ver Lei de Introdução, adotada pelo DL n.º 4.657, de 4-9-1942).

Deve conter, também, a cláusula de revogação das disposições em contrário, citando expressamente os diplomas legais que se quer revogar.

O fecho é o local de sua edição, com a indicação da data, seguindo-se as assinaturas devidas.

XI — *Processo legislativo*

O processo legislativo, agora, compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções (art. 59).

No momento, não existe nenhuma emenda constitucional em vigor, já que a atual Constituição ainda não foi emendada e, com a sua edição, deixaram de subsistir a Carta Política anterior com todas as suas emendas. Os atos institucionais e complementares, no que contrariavam a Constituição, já estavam revogados desde a edição da EC n.º 11, de 13-10-1978 (art. 3.º). Pode ocorrer, todavia, que ainda vigorem algumas normas, editadas por meio de Ato Complementar, cujo conteúdo tenha sido recebido pela nova ordem constitucional (cfr., por exemplo, alterações introduzidas no Código Tributário Nacional, pelos AC-34, 35 e 36/67).

A nova Constituição não mais admite a figura do decreto-lei, mas são mantidos em vigor, ainda, aqueles editados até 5-10-1988, exceto os rejeitados pelo Congresso (art. 25, §§ 1.º e 2.º do ADCT), como estão em vigor, também, os adotados a partir da década de 30, que não tenham sido revogados e foram atingidos, igualmente, pelo fenômeno da recepção. Os DL editados até 2-9-88, pendentes de aprovação, deveriam ser apreciados dentro de 120 dias, mas os expedidos após 3-9-90 foram transformados em medida provisória.

Conquanto não se tenha editado, nesta fase constitucional, nenhuma lei delegada (art. 68), continuam vigorando aquelas antigas, não revogadas, editadas ao tempo do parlamentarismo, adotado pelo Ato Adicional (EC — 4, de 2-9-61, art. 22), como também prevalecem vigentes as leis complementares, promulgadas desde a Constituição de 1967 (arts. 55 a 57).

Todo diploma legislativo passa por várias fases de elaboração. Para as leis em geral (LC e LO), essas etapas são a iniciativa, discussão, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação. As Emendas à Constituição não são passíveis de sanção ou veto (art. 60, § 3.º). Diga-se o mesmo dos decretos legislativos e resoluções. As medidas provisórias, depois de editadas, é que são recebidas no Congresso (art. 62), como projetos de lei, que independerão de sanção presidencial, quando não houver inovação na lei de conversão, caso em que se dará a promulgação, pela Presidência do Senado.

Quanto às emendas (EC), a sua iniciativa cabe a um terço dos membros da Câmara ou do Senado, ao Presidente da República e à maioria das Assembléias Legislativas Estaduais em conjunto, devendo ser discutida e votada na Câmara e no Senado, em dois turnos, mas a aprovação dependerá de 3/5 dos votos dos membros de cada uma dessas Casas do Congresso Nacional (art. 60 e § 2.º).

Relativamente às leis (LC e LO), o poder de iniciativa é reservado aos membros do Congresso, a qualquer Comissão da Câmara, do Senado ou do Congresso, ao Presidente da República, ao Poder Judiciário (STF, TSE, STJ, TST, STM e TJ/DF), ao Tribunal de Contas da União, ao Ministério Público (PGR) e aos cidadãos, coletivamente (art. 61 e § 2.º e com arts. 73, 96/II e 127, § 2.º). A tramitação tem início na Câmara (art. 64), exceto quanto às propostas por Senador ou Comissão do Senado. O projeto de lei aprovado numa das Casas deve ser revisto pela outra, voltando à de origem, se houver emenda na revisão (art. 65). Esgotada a fase de discussão e votação congressual (arts. 58, 64 e 69), dá-se a sanção (expressa ou tácita) ou veto (expresso). No primeiro caso segue-se a promulgação pelo Presidente da República ou o do Senado (art. 66, §§). Rejeitado o veto, pela maioria absoluta dos Deputados e Senadores, dá-se a promulgação. Lei complementar deverá dispor sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis (§ do art. 59). As leis complementares dependem do voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores (art. 69).

Enquanto os decretos legislativos versam matéria de competência exclusiva do Congresso (art. 49), as resoluções dispõem sobre questões privativas da Câmara e do Senado (arts. 51, 52, 68, § 2.º e 155 § 2.º/IV). As leis delegadas dependem de prévia aquiescência do Congresso (art. 68). Os decretos são atos que se esgotam no âmbito do Poder Executivo, sobre matéria de sua competência, embora passíveis de sustação pelo Congresso (arts. 49/V e 84/IV).

XII — *Legislação necessária*

Note-se, por ser oportuno, que a lei complementar ou ordinária federal versa matéria de competência legislativa da União (arts. 21 a 24 e 48).

A Constituição, em 36 dos seus dispositivos, fez depender várias matérias de disciplinamento específico, por lei complementar, a saber:

1) art. 7.º, inciso I — Defesa contra despedida arbitrária ou sem justa causa (CLT, art. 477);

2) art. 14, § 9.º — Condições de inelegibilidade (matéria já regulada pela LC 64/90).

3) art. 18, § 2.º — Criação de Territórios, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem (CL 20/74);

4) art. 18, § 3.º — Incorporação, subdivisão ou desmembramento dos Estados (LC 20/74);

5) art. 21, inciso IV (c/art. 84 — XXII) — Casos de trânsito de forças estrangeiras pelo território nacional ou permanência temporária;

6) art. 22, parágrafo único — Autorização para que os Estados legislem sobre matéria ali definida;

7) art. 23, parágrafo único — Normas para cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

8) art. 37, inciso VII — Exercício do direito de greve (Lei n.º 7.783, de 28-6-89);

9) art. 40, § 1.º — Definição da aposentadoria precoce (LC 51, de 20-12-85);

10) art. 43, § 1.º — Definição das regiões;

11) art. 45, § 1.º — Fixação do número de Deputados (Lei n.º 6.007, de 19-11-73);

12) art. 59, parágrafo único — Disposições sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis;

13) art. 79, parágrafo único — Atribuições do Vice-Presidente da República;

14) art. 93, *caput* — Disposições sobre o Estatuto da Magistratura (LC 35/79 e 37/79 — LOMAN);

15) art. 121, *caput* — Disposições sobre a organização e competência dos Tribunais, dos Juizes de Direito e das Juntas Eleitorais;

16) art. 128, § 5.º (c/art. 129 — VI) — Organização, atribuições e Estatuto do Ministério Público (Federal e Estadual — Lei n.º 1.341/51);

17) art. 131, *caput* — Organização e funcionamento da Advocacia-Geral da União;

18) art. 134, parágrafo único — Organização da Defensoria Pública da União, do DF e dos Territórios;

19) art. 142, § 1.º — Organização, preparo e emprego das Forças Armadas (Lei n.º 6.880/80);

20) art. 146 — Matéria tributária (Lei n.º 5.172/66);

21) art. 148 — Instituição de empréstimos compulsórios (ver art. 34, § 1.º do ADCT);

22) art. 153, inciso VII — Instituição do imposto sobre grandes fortunas;

23) art. 154, inciso I — Instituição de outros impostos não previstos no art. 153;

24) art. 155, § 1.º, inciso III — Imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos;

25) art. 155, § 2.º, inciso X, *a* — Definição dos produtos semi-elaborados;

26) art. 155, § 2.º, inciso XII — Imposto sobre Circulação de Mercadorias;

27) art. 156, § 4.º — Impostos de Competência Municipal;

28) art. 161 — Repartição das receitas tributárias;

29) art. 163 — Finanças públicas (Lei n.º 4.320/64);

30) art. 165, § 9.º — Exercício financeiro, vigência, prazos, tramitação legislativa, organização do plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e de lei orçamentária anual;

31) art. 169, *caput* — Fixa limites com a despesa de pessoal ativo e inativo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

32) art. 184, § 3.º — Procedimento contraditório para o processo judicial de desapropriação;

33) art. 192, *caput* — Regulamentar o Sistema Financeiro Nacional (Lei n.º 4.595/64, etc.);

34) art. 231, § 6.º — Disposições sobre terras indígenas;

35) art. 29, *caput* e § 2.º ADCT — Faculdade de opção dos atuais Procuradores da República entre as carreiras do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União;

36) art. 34, § 9.º ADCT — Responsabilidade pelo pagamento do ICM incidente sobre energia elétrica.

Inúmeros outros dispositivos constitucionais, também, dependem de regulamentação, por *Lei Ordinária* e outras a facultam ao legislador, a saber:

1) art. 5.º, incisos:

VI — proteção aos locais de culto e suas liturgias;

VII — prestação de assistência religiosa (Leis n.ºs 6.923/81 e 7.672/81);

VIII — prestação alternativa por motivo de crença religiosa;

XII — hipóteses especificadas de violação do sigilo da correspondência (DL n.º 2.848/40, art. 151, e Lei n.º 4.117/65, arts. 55/57);

XIII — *qualificações profissionais*;

XV — livre entrada, permanência ou saída do território nacional;

XVIII — criação de cooperativas;

XXIV — procedimento para desapropriação (Leis n.ºs 4.504/64 e 6.602/78);

XXVI — definição de pequena propriedade rural (Lei n.º 6.504/64);

Disposições sobre os meios de financiar o desenvolvimento da pequena propriedade;

XXVII — fixação do tempo para que o direito autoral possa ser transmitido aos herdeiros (Leis n.ºs 5.988/73, 6.895/80, 7.104/83);

XXVIII, *a* — assegurar proteção às participações individuais em obras coletivas e reprodução da imagem e voz humanas, inclusive atividades desportivas;

XXVIII, *b* — assegurar direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras de arte (Leis n.ºs 5.988/73 e 6.533/76);

XXIX — assegurar privilégio temporário de direitos de inventos industriais, marcas, nomes de empresa e outros sinais;

XXXI — sucessão de bens de estrangeiros situados no País (DL n.º 3.200/41 e CPC, art. 89 — II);

XXXII — promoção pelo Estado de defesa do consumidor (Lei n.º 152/51 e L. Del. n.º 4/62);

XXXIII — fixação do prazo para se receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral;

XXXVIII — organização do Tribunal de Júri (CP Pen., art. 406);

XLI — punição à discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII — tipificação do racismo (Lei n.º 7.437/85);

XLIII — tipificação da tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo (matéria já regulada pela Lei n.º 8.072/90);

XLV — responsabilidade patrimonial para prática de delitos;

XLVI — individualização da pena;

LI — extradição por envolvimento em tráfico de entorpecentes;

LVIII — identificação criminal;

LXI — definição de crimes militares;

LXVI — liberdade provisória;

LXXVI — definição de pobreza (Lei n.º 6.015/73, art. 30);

LXXVII — atos necessários ao exercício da cidadania (Leis n.ºs 4.737/65 e 4.961/66);

2) art. 7.º, incisos:

IV — fixação do salário mínimo;

X — proteção do salário;

XI — participação nos lucros;

XIX — licença-paternidade;

XX — proteção ao mercado de trabalho da mulher;

XXI — aviso prévio (CLT, arts. 487/488);

XXIII — atividades penosas, insalubres ou perigosas (CLT, arts. 192/194);

XXVII — proteção em face da automação;

3) art. 8.º, incisos:

IV — contribuição para custeio de sistema confederativo de representação sindical;

VIII — estabilidade do dirigente sindical (CLT, art. 543);

4) art. 8.º, parágrafo único — organização de Sindicatos Rurais e de Colônias de Pescadores;

- 5) art. 9.º, § 1.º — definição de serviços e atividades essenciais (Lei n.º 4.330/64 e Decreto-Lei n.º 1.632/78);
- 6) art. 9.º, § 2.º — punição dos abusos;
- 7) art. 12, inciso II, *a* — aquisição de nacionalidade brasileira (Leis n.ºs 818/49 e 6.815/80);
- 8) art. 14, *caput* — exercício de soberania popular (Leis n.ºs 4.737/65 e 8.037/90);
- 9) art. 14, § 3.º — condições e elegibilidade (LC 64, de 18-5-1990);
- 10) art. 14, § 11 — impugnação de mandato (LC 5/70);
- 11) art. 17, inciso IV — funcionamento parlamentar (Lei n.º 5.682/71);
- 12) art. 17, § 3.º — fundo partidário e acesso ao rádio e TV por partido político (Leis n.ºs 5.682, e 7.508/86);
- 13) art. 19, inciso I — Igreja e Estado, colaboração de interesse público;
- 14) art. 20, inciso II — definição de terras devolutas (Decreto-Lei n.º 9.760/45, Decreto-Lei n.º 227/67, Lei n.º 2.004/53, Lei n.º 6.442/77, Decreto-Lei n.º 1.561/77, Decreto-Lei n.º 1.876/81, Lei n.º 6.987/82 e Decreto-Lei n.º 2.398/87);
- 15) art. 20, § 1.º — participação dos Estados, DF e Municípios no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, recursos hídricos e de outros recursos minerais (matéria já regulada pela Lei n.º 7.790/90);
- 16) art. 20, § 2.º — ocupação e utilização das faixas de fronteiras;
- 17) art. 26, inciso I — propriedade das águas (Decreto n.º 24.643/34);
- 18) art. 32, § 4.º — utilização, pelo governo do DF, das Polícias Civil e Militar e do Corpo de Bombeiros (DL n.º 667/69, DL n.º 1.072/69, DL n.º 1.406/75, DL n.º 2.010/83, Lei n.º 6.022/77, Lei n.º 6.023/74, Lei n.º 6.333/76, Lei n.º 6.450/77, Lei n.º 7.457/86 e Lei n.º 5.767/71);
- 19) art. 33, *caput* — organização administrativa e judiciária dos Territórios (Leis n.ºs 6.448/77 e 6.750/79);
- 20) art. 33, § 3.º — eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa;
- 21) art. 34, inciso V, *b* — prazo para as receitas tributárias serem entregues aos Municípios;
- 22) art. 35, inciso II — não-prestação de contas devidas pelos Estados da União (Leis n.ºs 4.320/64 e 6.233/75);
- 23) art. 37, incisos:

I — requisitos para o acesso a cargos, empregos e funções públicas;

II — define cargos de livre nomeação e exoneração no emprego público;

V — servidores em cargo de confiança;

VIII — fixa percentual de cargos e empregos públicos para deficientes — definição dos critérios de admissão;

IX — contratação por tempo determinado;

XI — limite máximo de remuneração dos servidores públicos (DL n.º 1.971/82);

XVIII — precedência dos servidores fiscais;

XIX — criação de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública;

XX — criação de subsidiárias pelas entidades estatais;

XXI — licitação (DL n.º 2.300/86, DL n.º 2.348/87, DL n.º 2.360/87 e 2.416/88);

24) art. 37, § 2.º — punição por inobservância às normas fixadas (Lei n.º 4.717/65, art. 4.º, e Lei n.º 4.898/65);

25) art. 37, § 3.º — reclamações à prestação de serviços públicos (Leis n.ºs 4.898/65 e 4.619/65);

26) art. 37, § 4.º — ressarcimento (Lei n.º 4.619/65);

27) art. 37, § 5.º — prazo para prescrição de ilícitos contra o erário (Lei n.º 1.079/50, DL n.º 201/67, DL n.º 3.240/41, Lei n.º 3.502/58, Lei n.º 7.492/86 e Lei n.º 8.026, de 12-4-90);

28) art. 39, *caput* — instituição de regime jurídico único e Plano de Carreira para Servidores Públicos;

29) art. 39, § 1.º — isonomia de vencimentos dos servidores públicos (Lei n.º 5.678/71);

30) art. 40, inciso I — especificação de moléstias ensejadoras de aposentadoria por invalidez do servidor público;

31) art. 40, § 2.º — aposentadoria em cargos ou empregos públicos temporários;

32) art. 40, § 4.º — revisão dos proventos da aposentadoria do servidor público;

33) art. 40, § 5.º — fixa limites para pensão por morte do servidor (Leis n.ºs 3.765/60, 4.477/64, 5.797/72 e 6.782/80);

34) art. 42, § 9.º — limites de idade, estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a reserva (Lei n.º 6.880/80, com alterações das Leis n.ºs 7.659, 7.666 e 7.698/88);

35) art. 43, § 1.º, inciso II — Execução dos Planos Regionais de Desenvolvimento Econômico e Social;

36) art. 43, § 2.º — Incentivos regionais (Decretos-Leis n.ºs 288/67, 340/67, 355/68, 1.435/75, 2.434/88, 1.813/80, 1.904/81, 1.825/80);

37) art. 52, inciso III, f — Titulares de outros cargos nomeados pelo Senado;

38) art. 61, § 1.º, incisos I e II/a — Iniciativa privada do Presidente da República;

39) art. 71, inciso VIII — Estabelece sanções por ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas (Leis n.ºs 6.223/75 e 6.225/85);

40) art. 74, § 2.º — Procedimento para cidadão, partido político, associação ou sindicato denunciar irregularidade (Decreto-Lei n.º 2.300/86, art. 79, § 1.º);

41) art. 81, § 1.º — Eleição para Presidente e Vice-Presidente da República no caso de vacância nos últimos dois anos do período presidencial;

42) art. 84, incisos:

VI — Organização e Funcionamento da Administração Federal (Leis n.ºs 8.028 e 8.029, de 12-4-90);

XII — instituir órgãos de assessoramento do Presidente da República para conceder indulto e comutar penas;

XIV — determinar quando o Presidente da República nomeará Ministros do STF, Tribunais Superiores e outros;

XXV — prover e extinguir cargos públicos federais;

43) art. 85, parágrafo único — Define crimes de responsabilidade do Presidente da República (Lei n.º 1.079/50);

44) art. 88 — Criação, estruturação e atribuições dos ministérios (Leis n.ºs 8.028 e 8.029/90);

45) art. 90, § 2.º — Organização e Funcionamento do Conselho da República (Lei n.º 8.041, de 5-6-90);

46) art. 91, § 2.º — Organização e Funcionamento do Conselho de Defesa Nacional;

47) art. 93, inciso IX — Limitar a publicidade dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário se o interesse público assim o exigir (LC 35/79);

48) art. 96, inciso I, e — Definição dos Cargos de Confiança da Justiça;

49) art. 98, incisos:

I — previsão de hipóteses para transação e o julgamento de recursos de Tribunais Especiais (Lei n.º 7.244/84);

II — atribuições da Justiça de Paz;

50) art. 102, parágrafo único — Apreciação pelo STF de descumprimento de preceito constitucional;

51) art. 105, parágrafo único — Supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus pelo Conselho de Justiça Federal (Lei n.º 5.010/66, Decreto-Lei n.º 253/67 e Lei n.º 7.746/89);

52) art. 107, parágrafo único — Remoção ou permuta de jurisdição, sede e juízes dos Tribunais Regionais Federais (*idem*);

53) art. 109, inciso VI — Determinação dos crimes contra o Sistema Financeiro e a Ordem Econômico-Financeira (Decretos-Leis n.ºs 30/67 e 253/67, e Leis n.ºs 5.345/67 e 7.492/86);

54) art. 109, § 3.º — Permissão para o processo e julgamento pela Justiça Estadual de matéria federal de Previdência Social (*idem*);

55) art. 110, *caput* — Constituição e sede das Seções Judiciárias e localização das Varas (*idem*);

56) art. 110, parágrafo único — Competência da Justiça local nos Territórios Federais;

57) art. 111, § 3.º — Competência do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 770 e Lei n.º 7.701/88);

58) art. 112 — Instituição das Juntas de Conciliação e Julgamento (CLT, arts. 668/669);

59) art. 113 — Constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício de órgãos da Justiça do Trabalho (CLT, arts. 644/659 e 670/709);

60) art. 114, *caput* — Competência para Justiça do Trabalho conciliar e julgar qualquer controvérsia decorrente da relação de trabalho (CLT, art. 643 e Lei n.º 7.701/88);

61) art. 116, parágrafo único — Nomeação dos Juízes Classistas das Juntas de Conciliação e Julgamento (CLT, art. 647);

62) art. 122, inciso II — Instituição dos Tribunais e Juízes Militares (Leis n.ºs 6.621/78 e 7.164/83);

63) art. 124, *caput* — Definição dos crimes militares (Decreto-Lei n.º 1.001/69 e Lei n.º 7.170/83);

64) art. 124, parágrafo único — Organização, Funcionamento e Competência da Justiça Militar (*idem*);

65) art. 127, § 2.º — Organização e Funcionamento do Ministério Público;

66) art. 128, § 5.º, inciso II, alíneas;

c — sociedade comercial;

e — exceções e proibição do exercício de política partidária pelos Procuradores.

67) art. 129, inciso I — Promoção de ação penal pública privativa do Ministério Público;

68) art. 129, § 1.º — Legitimação do Ministério Público para ações civis;

69) art. 131, § 3.º — Execução de dívida tributária pela Procuradoria-Geral da Fazenda (Decreto-Lei n.º 147/67 e Lei n.º 6.830/80);

70) art. 133 — Limitação da inviolabilidade dos advogados (Lei n.º 4.215/63);

71) art. 136, § 1.º — Indicação das medidas coercitivas a vigorarem no estado de defesa;

72) art. 139, inciso III — Restrições à inviolabilidade de correspondência;

73) art. 143, *caput* — Serviço militar obrigatório (Leis n.ºs 4.375/64, 5.292/67 e 7.264/84);

74) art. 143, § 1.º — Atribuições de serviço alternativo ao serviço militar;

75) art. 143, § 2.º — Encargos a mulheres e eclesiásticos;

76) art. 144, § 1.º, inciso I — Instituição da Polícia Federal e infrações que devem ser apuradas por ela;

77) art. 144, § 2.º — Polícia Rodoviária Federal;

78) art. 144, § 3.º — Polícia Ferroviária Federal;

79) art. 144, § 5.º — Atribuições do Corpo de Bombeiros (Decretos-Leis n.ºs 667/69, 1.072/69, 1.406/75, 2.010/83 e 2.106/84 e Leis n.ºs 6.022/74 e 6.333/76);

80) art. 144, § 8.º — Guardas Municipais;

81) art. 145, § 1.º — Identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte;

82) art. 150, inciso VI, *c* — Requisitos para que entidades sejam isentas da cobrança de impostos;

83) art. 150, § 5.º — Esclarecimentos aos consumidores sobre impostos que incidam sobre mercadorias e serviços;

84) art. 153, § 1.º — Condições e limites para o aumento de alíquotas dos impostos mencionados (Lei n.º 5.172/66);

85) art. 153, § 2.º, incisos:

I — critérios para a cobrança do Imposto de Renda;

II — termos e limites para a isenção do Imposto de Renda.

- 86) art. 153, § 4.º — Definição de pequenas glebas rurais;
- 87) art. 153, § 5.º — Definição do ouro como ativo financeiro (matéria já regulada pela Lei n.º 7.766/89);
- 88) art. 158, parágrafo único, inciso II — Critério para crédito de parcela de Receita;
- 89) art. 159, inciso I, c — Forma de distribuição do produto da arrecadação do Imposto de Renda e do IPI para o setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (matéria já regulada pela Lei n.º 7.827/89);
- 90) art. 164, § 3.º — Exceções para o Depósito de Disponibilidade de caixa da União, Estados, DF e Municípios em instituições oficiais;
- 91) art. 165, inciso I e § 1.º — Plano Plurianual (LC n.º 3/67);
- 92) art. 165, inciso II e § 2.º — Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei n.º 8.074/90);
- 93) art. 165, inciso III e §§ 5.º, 6.º, 7.º e 8.º — Lei Orçamentária Anual;
- 94) art. 165, § 8.º — Permissão para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito;
- 95) art. 170, parágrafo único — Casos de atividade econômica que dependem de autorização legal para serem exercidas;
- 96) art. 171, § 1.º — Dispõe sobre benefícios à empresa brasileira de capital nacional;
- 97) art. 171, § 2.º — Tratamento preferencial à empresa brasileira de capital nacional;
- 98) art. 172 — Disciplina os investimentos de capital estrangeiro (Lei n.º 4.131/62, c/alt. DL n.º 37/66, DL n.º 94/66, Lei n.º 5.848/72 e Lei n.º 4.390/64);
- 99) art. 173, *caput* — Disciplina a exploração direta da atividade econômica pelo Estado;
- 100) art. 173, § 3.º — Relações da empresa pública com o Estado;
- 101) art. 173, § 4.º — Repressão do abuso do poder econômico (Lei n.º 4.137/62);
- 102) art. 173, § 5.º — Fixa a responsabilidade de pessoas jurídicas;
- 103) art. 174, *caput* — Exercício pelo Estado de funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica;
- 104) art. 174, § 1.º — Diretrizes e bases de planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado;
- 105) art. 174, § 2.º — Apoio e estímulo ao cooperativismo (Leis n.º 5.767/71 e 6.981/82);

106) art. 174, § 4.º — Prioridade das cooperativas na exploração dos garimpos;

107) art. 175, *caput* — Prestação de serviços públicos (Decreto-Lei n.º 2.300/86);

108) art. 175, parágrafo único, incisos:

I — regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público;

II — direito dos usuários;

III — política tarifária;

IV — obrigação de manter o serviço adequado.

109) art. 176, § 1.º — Pesquisa e lavra de recursos minerais (Decreto-Lei n.º 227/67);

110) art. 176, § 2.º — Forma e valor da participação do proprietário do solo no resultado da lavra;

111) art. 177, § 2.º — Utilização e transporte de material radioativo no território nacional.

112) art. 178, *caput* — Ordenação dos transportes aéreo, marítimo e terrestre (Leis n.ºs 6.813/80, 6.288/75 e 7.565/86);

113) art. 178, § 3.º — Disposições sobre casos de necessidade pública na navegação de cabotagem;

114) art. 179 — Definição de microempresas e de empresas de pequeno porte (Lei n.º 7.256/84);

115) art. 182, *caput* — Diretrizes gerais para a política de desenvolvimento urbano;

116) art. 182, § 4.º — Exigência de adequado aproveitamento do solo urbano;

117) art. 184, *caput* — Utilização de títulos da dívida agrária (Decreto n.º 95.714/88);

118) art. 185, inciso I — Definição de pequena e média propriedade rural (Lei n.º 4.504/64);

119) art. 185, parágrafo único — Garantia de tratamento especial à propriedade produtiva (*idem*);

120) art. 186 — Critérios e graus de exigência para o cumprimento da função social da propriedade rural;

121) art. 187 — Planejamento e execução da política agrícola;

122) art. 189, parágrafo único — Condições para o recebimento do título de domínio e concessão de uso;

123) art. 190 — Limite para aquisição e arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira (Leis n.º 4.504/64, 5.709/71, 6.572/78 e 6.815/80);

124) art. 192, § 3.º — Punição do crime de usura;

125) art. 194, parágrafo único — Seguridade social;

126) art. 195, *caput* (com. art. 56 do ADCT) — Financiamento da seguridade social;

127) art. 195, § 3.º — Proibição de contrato com o poder público de pessoas jurídicas em débito com a seguridade social;

128) art. 195, § 4.º — Instituição de outras fontes de recursos para a seguridade social;

129) art. 195, § 7.º — Exigências — Entidades beneficentes;

130) art. 195, § 8.º — Garantia dos benefícios da seguridade social ao produtor, parceiro, meeiro e arrendatário rural; ao garimpeiro e pescador artesanal, bem como aos respectivos cônjuges que exerçam atividades em regime de economia familiar, desde que contribuam;

131) art. 197 — Regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde pelo poder público (ver Lei n.º 8.080, de 19-9-90);

132) art. 199, § 3.º — Participação de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde;

133) art. 199, § 4.º — Condições e requisitos que facilitem a remoção de órgãos para transplante e pesquisa (Lei n.º 5.479/68);

134) art. 200 — Atribuições do Sistema Único de Saúde (ver Lei n.º 8.080, de 19-9-90);

135) art. 201, *caput* — Planos de Previdência Social;

136) art. 201, § 2.º — Critérios para reajuste dos benefícios da Previdência Social;

137) art. 201, § 4.º — Casos e formas de Contribuição Previdenciária e Benefícios;

138) art. 202, *caput* — Aposentadoria;

139) art. 202, § 2.º — Critérios para compensação financeira dos Sistemas de Previdência Social no caso de contagem recíproca do tempo de contribuição (Lei n.º 6.226/75);

140) art. 206, incisos;

V — planos de carreira para o magistério;

VI — gestão democrática do ensino público (Lei n.º 4.024/61);

141) art. 212, § 5.º — Recolhimento do salário-educação (Decreto-Lei n.º 1.422/75);

142) art. 213, *caput* — Recursos públicos destinados às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas (Lei n.º 6.639/79);

143) art. 213, § 1.º — Recursos públicos para bolsas de estudo;

144) art. 214 — Plano Nacional de Educação;

145) art. 215, § 2.º — Fixação de datas comemorativas (ver DIAS FERIADOS, na *Rev. Inf. Leg.* 94/221);

146) art. 216, § 2.º — Gestão da documentação governamental pela administração pública;

147) art. 216, § 3.º — Incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais (Lei n.º 7.505/86);

148) art. 216, § 4.º — Punição para os danos e ameaças ao patrimônio cultural (Decreto-Lei n.º 25/37);

149) art. 217, § 1.º — Regulamentação das Instâncias da Justiça Desportiva;

150) art. 218, § 4.º — Apoio e estímulo à empresa que invista em pesquisa (M. Prov. 141/90 e Lei n.º 8.010/90);

151) art. 219 — Incentivo ao mercado interno;

152) art. 220, §§ 3.º e 4.º (com. art. 65 do ADCT) — Regulamentação das diversões e espetáculos públicos e estabelecimento dos meios legais que garantam às famílias possibilidade de defesa de programação dos meios de comunicação (Lei n.º 5.250/67);

153) art. 221, inciso III — Estabelecimento de percentuais de regionalização da produção cultural, artística e jornalística;

154) art. 224 — Instituição do Conselho de Comunicação Social;

155) art. 225, § 1.º, incisos (Leis n.ºs 6.938/81 e 6.902/81):

III — Permissão para alteração e supressão de áreas protegidas pelo Poder Público na defesa do meio ambiente;

IV — Exigência de estudo prévio de impacto ambiental para instalação da obra ou atividade potencialmente causadora de degradação.

156) art. 225, § 1.º, inciso VII — Proteção da fauna e da flora (Leis n.ºs 5.197/67, 7.584/87 e 7.653/88);

157) art. 225, § 2.º — Obrigação de recuperação do meio ambiente degradado por quem explorar recursos minerais;

158) art. 225, § 4.º — Utilização de áreas consideradas patrimônio nacional;

159) art. 225, § 6.º — Localização das usinas que operem com reator nuclear;

160) art. 226, § 2.º — Efeito civil do casamento religioso; (Leis n.ºs 1.110/50 e 6.015/73, arts. 71 a 75);

161) art. 226, § 3.º — Facilidades para conversão em casamento da união estável;

162) art. 226, § 6.º — Casos de separação judicial que ensejam em divórcio (Lei n.º 6.515/77);

163) art. 227, § 2.º — Normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo;

164) art. 227, § 3.º, incisos:

IV — Legislação tutelar;

VI — Estímulo para o acolhimento de menores;

165) art. 227, § 4.º — Punição severa ao abuso, violência e exploração sexual de menor (matéria regulada pelo Estatuto da Criança, objeto da Lei n.º 8.069, de 13-7-90);

166) — art. 227, § 5.º — Assistência à adoção pelo Poder Público (matéria regulada pela Lei n.º 8.069, de 13-7-90);

167) art. 228 — Infrações praticadas por menor;

168) art. 231, § 3.º — Participação das comunidades indígenas no resultado da lavra em suas terras (Lei n.º 6.001/73);

169) art. 231, § 6.º — Benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé em terras indígenas;

170) art. 236, § 1.º — Regulamentação das responsabilidades dos notários e dos oficiais de registro;

171) art. 236, § 2.º — Fixação dos emolumentos dos serviços notariais e de registro;

172) art. 228 — Venda e revenda de combustíveis;

173) art. 239, *caput* — Financiamento do programa de seguro-desemprego;

174) art. 239, § 4.º — Financiamento adicional do seguro-desemprego;

175) art. 243 — Sanções aos proprietários de terras que cultivem culturas ilegais de plantas psicotrópicas (Leis n.ºs 7.209/84 e 6.368/76);

176) art. 244 — Adaptação de logradouros e edifícios públicos ao acesso de deficientes (Lei n.º 7.405/85);

177) art. 245 — Assistência aos herdeiros de pessoas vitimadas por crime doloso;

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, também, contém os seguintes dispositivos, pendentes de regulamentação, por meio de lei ordinária:

178) art. 6.º, § 2.º — Registro definitivo pelo Tribunal Superior Eleitoral de novo partido político (Lei n.º 5.682/71);

179) art. 8.º, § 3.º — Reparação de natureza econômica aos cidadãos impedidos de exercer atividade profissional em virtude das portarias reservadas ao Ministério da Aeronáutica;

180) art. 16, § 3.º — Bens do Distrito Federal;

181) art. 19, § 1.º — Contagem do tempo de serviço dos servidores públicos estabilizados pelo art. 19 como título;

182) art. 19, § 3.º — Não-aplicação da estabilidade referida no *caput* para os professores de nível superior;

183) art. 23, parágrafo único — Aproveitamento dos censores federais;

184) art. 31 — Estatização das serventias do foro judicial;

185) art. 34, § 11 — Criação do Banco do Desenvolvimento do Centro-Oeste;

186) art. 41, § 1.º — Confirmação dos subsídios;

187) art. 48 — Código de Defesa do Consumidor (matéria já regulada pela Lei n.º 8.078, de 11-9-90);

188) art. 49, *caput* — Instituto da enfiteuse em imóveis urbanos;

189) art. 50 — Política agrícola;

190) art. 54, § 3.º — Pensão especial para os seringueiros;

191) art. 56 — Lei já mencionada no art. 195;

192) art. 62 — Criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural — SENAR;

193) art. 66 — Manutenção das concessões dos serviços de telecomunicações.

Além desses dispositivos constitucionais citados, vários outros fazem sentir a necessidade de uma legislação específica, como é o caso do art. 22, que estabelece competência privativa da União para legislar sobre os mais diversificados temas, elencados nos seus incisos I a XXIX, a respeito dos quais, na sua maioria, já vigoravam normas legais editadas, anteriormente, atingidas pelo fenômeno da recepção, com o advento da nova Constituição.

Diga-se o mesmo do art. 23, que dispõe sobre a competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (incisos I a XVI). É de se acrescentar, ainda, os arts. 39, 48, 61, incisos I e II, com suas cinco alíneas, 73, *in fine*, 84 — XXIII, 96 — II, 149 e 153 com seus incisos e parágrafos, dentre vários outros, que pressupõem a existência de lei.

Para preservar, porém, o cumprimento das normas constitucionais e legais, como também para garantir o respeito aos direitos e às garantias nela previstos, a Constituição assegurou a utilização dos seguintes instrumentos, uns já relagulados por lei e outros ainda pendentes de disciplinamento legal:

- 1) *Habeas corpus* (art. 5.º/LXVIII);
- 2) Mandado de Segurança individual (art. 5.º/LXIX);
- 3) Mandado de Segurança coletivo (art. 5.º/LXX);
- 4) Mandado de Injunção (art. 5.º/LXXI);
- 5) *Habeas Data* (art. 5.º/LXXII);
- 6) Ação Popular (art. 5.º/LXXIII);
- 7) Ação Direta de Inconstitucionalidade (arts. 102/I-a e 103, 4 §§);
- 8) Reclamação ao STF (art. 102/I-1, c/Lei 8.038/90);
- 9) Reclamação ao STJ (art. 105/I-f, c/Lei 8.038/90);
- 10) Denúncia ao Congresso (art. 58, § 2-IV);
- 11) Denúncia ao TCU (art. 74, § 2.º); e
- 12) Reclamações sobre serviços públicos (arts. 37, § 3.º, e 58, § 2.º, item IV);

XIII — Poder Judiciário

Com relação ao PODER JUDICIÁRIO, em face da nova ordem constitucional, a visualização global dos seus órgãos integrantes, graficamente, está retratada no *organograma*, que segue em anexo, o qual procura mostrar os diversos graus de jurisdição, como também o seu inter-relacionamento e fluxo dos Recursos Ordinários, Recursos Extraordinários, Recursos Especiais e Conflitos de Competência, quando cabíveis, para o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça (Lei n.º 8.038/90).

Embora não haja subordinação hierárquica entre os órgãos do Poder Judiciário, o organograma em anexo, sucintamente, procura demonstrar a posição de uns em relação aos outros, bem como os diversos ramos da justiça especializada, em face da Constituição (Justiça Eleitoral, Militar e do Trabalho).

Quanto aos Tribunais de Alçada e a Justiça Militar Estadual, a sua criação e montagem, na órbita do Judiciário local, dependerá de previsão na Constituição de cada um dos Estados-Membros.

A lei ordinária, porém, caberá fixar o número e a composição dos Tribunais Regionais Federais e do Trabalho, bem como dispor quanto à criação das Auditorias Militares e das Juntas de Conciliação e Julgamento, cabendo à lei de organização judiciária, de cada Unidade da Federação, preceituar sobre as Varas de Justiça comum, sua quantidade e especialidade.

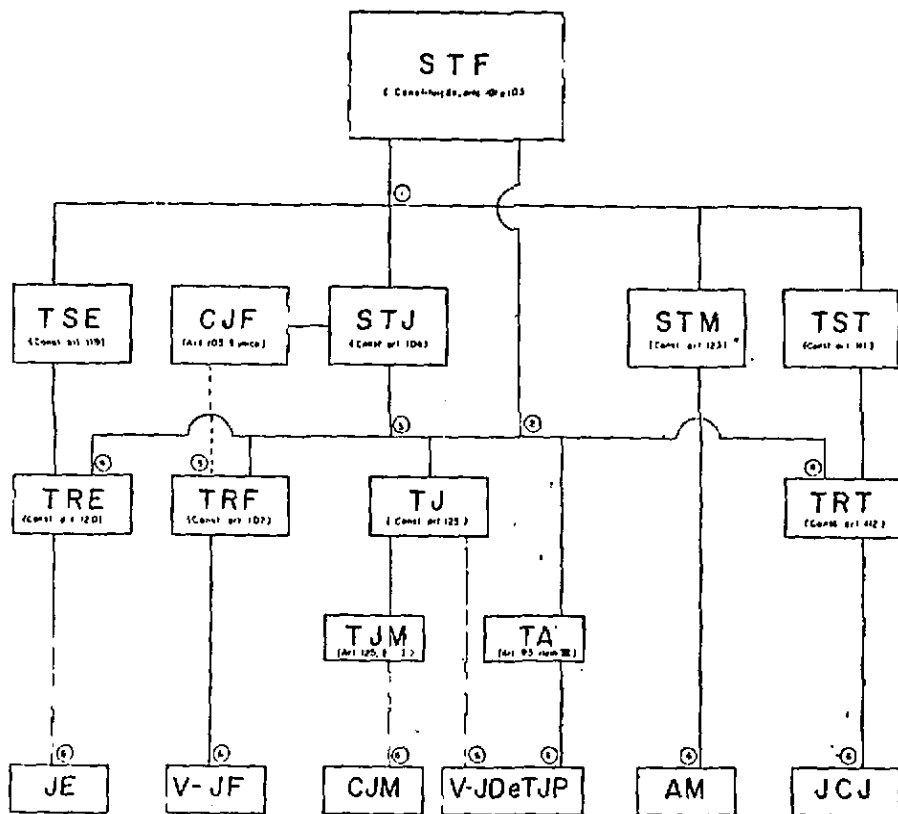
XIV — *Conclusão*

A CONSTITUIÇÃO precisava ser mais divulgada e conhecida por todos, como fora previsto no artigo 64 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (que não foi inteiramente cumprido), bem assim deveria ser objeto de debates mais amplos, com a participação de todos os segmentos sociais, para proporcionar a formulação e o recolhimento de sugestões, com vistas ao aprimoramento do texto e das instituições, quando da *revisão constitucional*, determinada no artigo 3.º do mesmo ADCT, inclusive quanto às conseqüências na mudança da forma e do sistema de governo, de modo a permitir uma consciente opção popular, entre república ou monarquia e presidencialismo ou parlamentarismo, como tal alvitado no artigo 2.º do ADCT.

Por outro lado, existe uma série de inovações, feitas na Carta de 1988, que estariam a exigir adaptações para o seu melhor proveito ou até para torná-las exequíveis, como também é possível haver algumas delas, que não teriam sido muito bem sucedidas, razão pela qual deveriam ser reformuladas, quando daquela revisão constitucional, questões estas a merecer reflexões e exame em debates coletivos.

É de suma importância, porém, que todos quantos detenham alguma parcela de poder ou de liderança prestem o máximo empenho e estejam sempre com as suas preocupações voltadas para a efetiva concreção dos objetivos da nova Carta Política (art. 3.º) e o pleno atingimento dos ideais previstos no seu PREÂMBULO, bem como para serem plenamente cumpridos os seus preceitos fundamentais, em clima de boa ordem pública e de paz social, sem traumas passíveis de perturbarem ou de porem em risco as instituições democráticas, conforme ocorreu várias vezes no passado, como se depreende da *evolução constitucional brasileira*, a qual sofreu as conseqüências de lamentáveis episódios, de cunho político, cuja repetição é indesejável e espera-se que não mais ocorra.

Com esta recensão, pretende-se ter podido colaborar, de algum modo, para despertar maior interesse pelas questões aqui versadas, sobretudo por parte dos menos avisados, que aqui encontram um ponto de partida, com vistas a estudos mais aprofundados, sobre o Direito Constitucional Brasileiro, sua evolução e importância, no ordenamento jurídico nacional.



Legenda:

STF : Supremo Tribunal Federal
TSE : Tribunal Superior Eleitoral
STJ : Superior Tribunal de Justiça
STM : Superior Tribunal Militar
TST : Tribunal Superior do Trabalho
CJF : Conselho da Justiça Federal
TRE : Tribunais Regionais Eleitorais
TRF : Tribunais Regionais Federais
TJ : Tribunais de Justiça (DF e Estados)
TRT : Tribunais Regionais do Trabalho
TJM : Tribunais de Justiça Militar
TA : Tribunais de Alçada (cíveis e criminais)
JE : Juizes Eleitorais
V-JF : Varas da Justiça Federal
CJM : Conselho de Justiça Militar
V-JD : Varas Locais (Juizes de Direito)
TJP : Tribunais de Júri Popular
AM : Auditorias Militares
JCJ : Juntas de Conciliação e Julgamento

- (1) Recursos Ordinários, Recursos Extraordinários e Conflitos de Competência (Lei n.º 8.038/90)
- (2) Recursos Extraordinários (Lei número 8.038/90)
- (3) Recursos Ordinários, Recursos Especiais e Conflitos de Competência (Lei n.º 8.038/90)
- (4) Conflito de Competência (Lei número 8.038/80)
- (5) Supervisão Administrativa e Orçamentária (Lei n.º 7.748/89, artigo 6.º)
- (6) Justiça de Primeira Instância (cabível Apelação, Remessa de Ofício, Recurso Ordinário etc.)

Observação: Junto a cada Tribunal e Juízo funciona um órgão do Ministério da União ou da respectiva Unidade da Federação, art. 127, 128 e 129).

Mandado de Injunção (*)

MARCELO DUARTE

Professor de Direito Constitucional da UFBA

SUMÁRIO

1. *Novas garantias instrumentais.* 2. *Sugestões do Direito Comparado.* 3. *Antecedente nacional.* 4. *Conceito.* 5. *Objeto.* 6. *Pressupostos.* 7. *Auto-aplicabilidade e Processo.*

1. *Novas garantias instrumentais*

O Direito Constitucional brasileiro está enriquecido com novas garantias instrumentais ao alcance das pessoas, especialmente da sociedade civil, contra a atuação ilegítima dos agentes do poder público. Não mais apenas o *habeas corpus* (que adquiriu categoria constitucional em 1891), o mandado de segurança (criada pela Constituição de 1934) ou a ação popular (prevista desde a Constituição imperial de 1824 e restaurada pela de 1934 e pela de 1946). Surgem o *habeas data*, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção, com a Constituição de 5 de outubro de 1988, assim como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Com o propósito de assegurar a efetividade de direitos subjetivos públicos proclamados na Constituição e sua imediata aplicação, sem dependência de complementação que implique adiá-la ou esvaziá-la, algumas sugestões foram apresentadas à Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88. O Senador RUY BACELAR foi autor de uma que pode ser considerada o primeiro molde do instituto. Propunha que “os direitos conferidos por esta Constituição e que dependam da lei ou de providências do Estado serão assegurados por mandado de injunção, no caso de omissão do poder público”, com “o mesmo rito processual estabelecido para o mandado de segurança”. Dois outros constituintes também sugeriram o mandado de injunção, em termos bem menos amplos, para assegurar “o acesso ao ensino básico” (Senador VIRGÍLIO TÁVORA) e para exigir-se “do Estado o cumprimento de

(*) Palestra proferida no Centro de Estudos da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção da Bahia, em março de 1989.

suas obrigações constitucionais para com a educação” (Senador JUTAHY MAGALHÃES). Diversas emendas foram apresentadas, durante as várias fases de elaboração constituinte. Foram acolhidas, no todo ou em parte, no decurso da gestação constitucional, as dos Deputados ANNA MARIA RATTES, MICHEL TEMER, MENDES RIBEIRO, NELSON JOBIM, ADOLFO OLIVEIRA e a do Senador HUMBERTO LUCENA ⁽¹⁾.

A final, o texto promulgado contém o inciso LXXI do art. 5.º, no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais):

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

Fixando competência originária do Supremo Tribunal Federal, o art. 102, inciso I, da Constituição diz que lhe cabe processar e julgar:

“*q* — o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.”

Como sua competência recursal ordinária, cabe-lhe julgar o mandado de injunção decidido “em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão” (art. 102, II, *a*).

O art. 105, I, *h*, indica a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar originariamente:

“o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.”

Mas, no elenco de atribuições de tais justiças especiais ou de competência dos outros Tribunais Superiores, só há menção ao mandado de injun-

(1) RUY BACELAR, *O Mandado de Injunção*, Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.

ção quanto à recorribilidade dos decididos pelos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 121, § 4.º). Quando a Constituição se refere à Justiça dos Estados, embora preveja que possam instituir ação direta de “inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais”, desde que não limitem a “legitimação para agir a um único órgão” (art. 125, § 2.º), não menciona o mandado de injunção.

Convém igualmente referir que, no art. 103, § 2.º, dispondo sobre a legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade, condições processuais e alguns de seus efeitos, a Constituição estatui:

“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Semelhanças entre o mandado de injunção e a declaração de inconstitucionalidade por omissão, como instrumentos que objetivam a efetivação de direitos proclamados pela Constituição, impõem o cotejo entre esses textos constitucionais, até para que se verifique ser mais aparente que real a aproximação entre os dois institutos novos.

2. Sugestões do Direito Comparado

Os constituintes confessam inspiração em similares estrangeiros, a começar do art. 283 da Constituição portuguesa de 1976 (2) para a criação do mandado de injunção. Pelo referido dispositivo, o não-cumprimento da Constituição, por omissão de medidas legislativas necessárias à exeqüibilidade de suas normas, pode fazer com que o Tribunal Constitucional dê conhecimento disso ao órgão legislativo competente, limitando-se porém a sugerir o preenchimento do vazio e sem pretender compeli-lo.

Por isso mesmo que lhe falte força injuncional, é de ver-se, antes, nesse precedente português, fonte de inspiração de inconstitucionalidade por omissão, em que o tribunal transmite o reclamo ao Legislativo. O novo instituto mandamental estaria mais relacionado com exemplares do direito anglo-americano. Em especial à *injunction*, um recurso da *equity*, utilizada para obtenção de uma ordem judicial de fazer ou não alguma coisa, isto é, “para outorga de um direito ou para impedir atuação restritiva de direitos e prerrogativas” (3).

(2) RUY BACELAR, *ob. cit.*, p. 6.

(3) JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Mandado de Injunção, Direito do Cidadão”, artigo no *Jornal do Brasil* de 20-9-88.

Para outros estudiosos, a Constituinte teria se inspirado num instituto do direito processual constitucional alemão, a *Ver fassungsbeschwerde*, criada pela Emenda n.º 19, de 20-1-69, à Lei Fundamental da República Federal da Alemanha e semelhante ao da Constituição portuguesa, mas com eficácia maior. Por ela, o Tribunal Constitucional decide sobre pretensão de ter sido o cidadão prejudicado pelo poder público em seus direitos fundamentais ou em direitos constitucionais expressamente indicados, desde que não haja meio processual ordinário de proteção (4).

A autoridade de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO dissente dessas opiniões. Seriam ignoradas as fontes de inspiração, por não ser possível identificá-las no Direito Comparado, embora medidas com o mesmo nome possam ser encontradas no Direito anglo-americano e no italiano. Não poderia corresponder ao *Writ of injunction*, que “impõem um não-fazer,” ao passo que o mandado de injunção objetiva “o exercício de um direito, superando a falta de norma regulamentadora,” através de uma ordem de fazer. Nem encontraria similar na *injunzione* italiana, meio especial para obtenção de decisão condenatória de maneira mais simples que o processo ordinário e pressupondo prova incontestável, ante a qual o devedor só teria oposição protelatória da condenação; uma medida particularmente utilizada para cobrança de crédito (5).

3. *Antecedente nacional*

A injunção, no sentido da possibilidade de o Judiciário ordenar e compelir um outro Poder a praticar o ato ou a abster-se, não é, a bem dizer, novidade entre nós, desde o advento do mandado de segurança, com a Constituição de 1934. Quebrou-se, desde então, a regidez do princípio da separação de poderes, que não tolerava injunções do Judiciário, vistas como um reconhecimento absurdo de “poderes análogos aos de um superior hierárquico,” nos países que adotam o contencioso administrativo, a exemplo da França. Atenuou-se o princípio de que à inexecução da obrigação apenas coubesse a sanção da reparação civil do prejuízo, com outras maneiras de satisfação, dentre as quais o cumprimento mesmo da obrigação inadimplida por determinação judicial. Induvidosamente inspirado nos *writs* anglo-americanos, inclusive na *injunction*, assim como no *recurso de amparo* mexicano, o nosso mandado de segurança não é qualquer

(4) ADHEMAR FERREIRA MACIEL, “Conjecturas sobre o Mandado de Injunção”, artigo em *O Estado de São Paulo* de 1º-11-1988.

(5) V. *Curso de Direito Constitucional*, p. 275, 17ª ed., revista e aumentada, Saraiva, 1988.

um desses instrumentos judiciais de per si. "A todos resume", na clássica lição de CASTRO NUNES: "realiza a função do *mandamus* e da *injunction*, do *certiorari* e do *quo warranto* (6).

O mandado de segurança pode importar numa injunção ou ordem de fazer e compelir a autoridade à prática ou abstenção do ato. Há exemplos ilustrativos. Se a autoridade nomeia funcionário em desrespeito à ordem de classificação no concurso, o mandado de segurança, impetrado pelo preterido que esteja melhor posicionado na lista, não somente pode anular o ato de nomeação ilegal, como impor a do impetrante no cargo. De igual modo, admite-se o mandado de segurança contra omissão de autoridade em prejuízo de direito subjetivo (Súmula n.º 429 do Supremo Tribunal Federal), para compeli-la à prática do ato.

Não fossem outras circunstâncias, o mandado de injunção poderia representar apenas uma feição ou um reforço do mandado de segurança há tanto tempo utilizado no Brasil.

4. *Conceito*

Esta recente garantia instrumental a que se denomina mandado de injunção é ação judicial e não um aspecto a mais do direito de petição e representação em geral, utilizável perante qualquer dos Poderes. É meio pelo qual se postula uma prestação jurisdicional do Estado, somente compreensível no âmbito do Poder Judiciário. É medida processual especial, ação constitucional, que suscita o controle sobre atuação omissiva de órgãos de quaisquer Poderes, inclusive do próprio Judiciário, assegurando eficácia a direito público subjetivo emanado da Constituição, desde que "a falta de norma regulamentadora", como está ali expresso, "torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania" (artigo 5.º, LXXI). O direito subjetivo decorre diretamente do dispositivo constitucional; seu exercício é que deve estar obstado pela falta de norma regulamentadora (lei, regulamento ou regimento interno) deve ser suprida, em concreto, pelo órgão judiciário (o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, outro Tribunal Superior ou outro Tribunal Federal ou Estadual). Para efetivação do exercício do direito, o órgão

(6) V. *Do Mandado de Segurança*, pp. 60 a 64. Forense, 1954.

jugador especifica o comando normativo geral. A norma constitucional é integrada pelo órgão incumbido de aplicá-la *in concreto*.

Volta a ter nível constitucional e superior o que já antes se admitia no processo judiciário civil e o atual Código sem dúvida mantém em seu artigo 126 (no caso de lacuna da lei) e no 127 (recurso à equidade). O juiz não pode eximir-se de decidir; tem de resolver a questão. Como também indica o artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, deve recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito; enfim, dispor como lhe pareça de equidade. Em outras palavras, cabe-lhe criar a norma para resolver o caso. Ou, como vem do direito anterior, aplicar "a norma que estabeleceria se fosse legislador" (artigo 114 do Código de Processo Civil de 1939). Era expresso na Constituição de 1934:

"nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito e por equidade" (art. 113, n.º 37).

E decorre necessariamente do princípio do *controle judicial*, consignado nas Constituições, como no inciso XXXV do art. 5.º do texto de 1988:

"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A função política do Judiciário, para aplicar o ordenamento normativo ao caso, mantendo a disciplina e a paz social, juridicamente se exercita pela tradução da norma geral e abstrata através de uma norma particular e concreta. E não se esgota, mesmo num sistema de separação de poderes como o nosso, no seu dever de ajustar-se ao direito escrito, à lei emanada do órgão legislativo competente. Embora, em princípio, o juiz tenha de vincular-se à lei, o ordenamento jurídico como um todo também se compõe de normas não-escritas, como princípios pressupostos, práticas, costumes e normas de equidade, assim como a doutrina e a jurisprudência também são fontes de direito objetivo, embora secundárias. Não admite lacunas; impõe aplicação de comandos normativos em concreto, quando elas porventura parecerem configuradas. É um sistema completo (7).

(7) JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, professor da Universidade de São Paulo, resume o pensamento de NORBERTO BOBBIO, observando que a *completude*, "característica dos direitos modernos", é "um dogma, caso ocorram duas condições: em primeiro lugar, quando existir o dever de recorrer apenas às regras do próprio ordenamento, ou àquelas por ele de algum modo reconhecidas; em segundo lugar, quando houver o dever de se pronunciar uma decisão para todo caso que se apresente". E esta é a condição do sistema jurídico brasileiro. V. "Hermenêutica e Completude do Ordenamento", in *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, nº 104 (out. a dez. 1989), p. 238.

Com o mandado de injunção e os efeitos decorrentes de sua estrutura constitucional, explicita-se novamente uma competência que o Judiciário recebia de norma infraconstitucional, sem o peso de validade desta agora decorrente de norma superior e do mesmo nível da que estabelece o sistema de divisão de poderes, com proibição de delegações nele não expressas.

5. Objeto

O mandado de injunção tem, aliás, por objeto a produção de uma norma específica e concreta para o caso, verificados os condicionamentos de que cogita a norma constitucional de sua estruturação e respeitado seu comando substancial. Não é outro o entendimento da melhor exegese até agora feita sobre o instituto.

Em artigo pela imprensa, o conceituado JOSÉ AFONSO DA SILVA, com autoridade acrescida da circunstância de ter sido um dos assessores jurídicos da Assembléia Nacional Constituinte, percebe com precisão o objetivo do mandado de injunção, no "efetivar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, em cada caso concreto que a falta de normas regulamentadora não propicie". Objetivo esse que é distinto da declaração de inconstitucionalidade por omissão, que "visa a obter uma decisão que estimule a produção das normas (leis etc.) necessárias a integrar a eficácia do mandamento constitucional que as requeira" (8).

O objeto ou efeito jurídico imediato de um é integrar a norma constitucional com uma norma particular e concreta, válida para o caso; o da outra é provocar a edição, pelo órgão normativo competente, Legislativo, Executivo ou Judiciário, de uma norma regulamentadora geral e abstrata.

Não assiste razão a quem reduza o alcance do mandado de injunção, a ponto de não achá-lo diferente, quanto aos efeitos imediatos, da declaração de inconstitucionalidade por omissão, ao argumento de que ambos os

(8) V. JOSÉ AFONSO DA SILVA, artigo citado; também: JOAO GILBERTO LUCAS COELHO, artigo no *Jornal do Brasil* de 8-11-1988, seção "Vida Nova", sob o título "Os Novos Recursos"; MICHEL TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 209, 5ª ed. rev. e ampliada, ed. Revista dos Tribunais, 1989; CELSO AGRICOLA BARBI, "Ainda o Mandado de Injunção", artigo publicado no *Jornal do Brasil* de 2-12-1988; IVO DANTAS, "Mandado de Injunção", artigo no *Jornal do Brasil* de 18-10-1988, para que a sentença provocará efeitos entre as partes, não *erga omnes*; CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, pp. 357-359, Saraiva, 1989.

casos a decisão não possa ir além de sugerir a produção da norma regulamentadora ao outro poder⁽⁹⁾. São dois institutos distintos, ainda que possam ter feição semelhante e finalidade aproximada. A Constituição os trata de modo diverso e em diferentes momentos. A lógica jurídica impõe distinguir onde a lei distinga; somente quando a lei não distingue é que ao intérprete não é dado fazer distinção.

É irrecusável, já se vê, a interpretação que compreende a efetividade do direito, no mandado de injunção, através da norma concreta da sentença, para solução do caso e sem eficácia *erga omnes*. Valerá tão-somente entre as partes. E, apenas, como um precedente não vinculante, para outros casos.

6. Pressupostos

Segundo os termos em que se expressa no preceito constitucional, resulta que o mandado de injunção tem, como pressupostos: (a) direito subjetivo público proclamado pela Constituição, (b) relativamente a direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, (c) cujo exercício se torne inviável pela falta de norma regulamentadora integrativa, mas (d) que configure uma situação de fato comprovada sem necessidade de outras provas.

E é de natureza pública federal a matéria atinente aos direitos, liberdades e prerrogativas a que alude o texto constitucional, notadamente os inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Sem maior esforço lógico poder-se-á também chegar à extensão do mandado de injunção a casos estaduais que advenham de iniciativa criativa das Constituições dos Estados-federados, indicando a competência de seus Tribunais de Justiça.

Nem se haverá de reduzir os direitos garantidos pelo mandado de injunção aos inerentes à soberania popular, à nacionalidade e à cidadania, com exclusão de outros, a exemplo dos direitos sociais⁽¹⁰⁾. A norma constitucional não autoriza tal restrição de conteúdo. A expressão “direitos e liberdades constitucionais”, nela empregada, é até mais abrangente do que “direitos e garantias fundamentais”, constante do Título II da Constituição, por sua vez compreendendo os “direitos individuais e coletivos” (Capítulo I), os “direitos sociais” (Capítulo II), as “prerrogativas inerentes à naciona-

(9) V. MANOEL G. FERREIRA FILHO, ob. cit., p. 277.

(10) V. MANOEL G. FERREIRA FILHO, ob. cit., p. 278.

lidade" (Capítulo III) e à "cidadania" (Capítulo IV). Quaisquer direitos constitucionais podem dar impulso ao novo instrumento.

Mas o mandado de injunção não se presta à solução de conflitos entre particulares, porventura alcançados na compreensão da norma consignada pelo § 1.º art. 5.º da Constituição, ao determinar aplicação imediata das "normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais". Nessa hipótese, será caso de recorrer-se a outros meios petitórios que não ao mandado de injunção, com contornos específicos inadequados a instrumentar aquelas pretensões.

Não terá cabimento a impetração do mandado de injunção senão contra órgão ou autoridade pública, como ensina, na recente edição de seu livro, o professor e deputado constituinte MICHEL TEMER.

De fato, o particular não tem competência para integrar normas regulamentadoras de direito constitucional e não faz sentido responsabilizá-lo pelas conseqüências da omissão de órgãos públicos⁽¹¹⁾.

Já a legitimação ativa é de qualquer pessoa, natural ou jurídica, que se situe na condição prevista pelo dispositivo constitucional criador do mandado de injunção.

7. *Auto-aplicabilidade e processo*

Há quem sustente, sem razão porém, que o emprego do mandado de injunção ainda dependa da regulamentação processual do instituto⁽¹²⁾.

Não resta contudo dúvida: o dispositivo que criou o mandado de injunção é reconhecidamente "de eficácia plena e aplicabilidade imediata", independente de lei que diga o que seja mandado de injunção, que o defina. Isso é função da doutrina e da jurisprudência. "Não se exige lei que o regulamente, que indique quais são seus pressupostos, porque isso já se extrai diretamente da norma constitucional que o institui", como ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA⁽¹³⁾.

(11) V. MICHEL TEMER, ob. cit., p. 210.

(12) V. MANOEL G. FERREIRA FILHO, ob. cit., p. 277.

(13) Cfr. artigo já referido. JOÃO GILBERTO LUCAS COELHO, em artigo no mesmo jornal, de 26-9-1988, sob o título "Mandado de Injunção", considera *kafkiano* se fosse dependente de regulamentação o instrumento destinado a resguardar direitos contra a falta de regulamentação. CELSO RIBEIRO BASTOS, ob. cit., p. 360, reconhecendo a auto-aplicabilidade, pondera que a regulamentação do instituto será útil para dissipar dúvidas.

Dessa mesma opinião, o processualista CELSO AGRÍCOLA BARBI. Sustentou pela imprensa a auto-aplicabilidade do instituto como indiscutível, indicando, ainda: "Na pior das hipóteses, o mandado de injunção, que é uma ação judicial, será processado pelo procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil", para regular qualquer ação que não tenha procedimento especial previsto em lei. "Mas, nos casos em que os fatos forem indiscutíveis, certos, provados por documentos, pensamos que pode ser usado o do mandado de segurança, previsto na Lei n.º 1.533/51, que é adequado para os casos de prova documental" (14).

A semelhança com o mandado de segurança leva, com efeito, a concluir-se que um procedimento como o do *writ* mais antigo deva regular esta nova medida judicial. Tendo que ser diretamente postulado a um tribunal, senão àqueles mais altos do Judiciário brasileiro, o mandado de injunção há de ter curso rápido para ser eficaz. Sua impetração deve apresentar os fatos certos, indubitavelmente provados por documento. Não parece admissível que etapas demoradas e dilação probatória, próprias do processo ordinário de 1.ª Instância, tenham cabimento numa ação, com finalidade tão específica de integração da norma constitucional, diretamente decidida pelos tribunais.

O mandado de injunção nasceu para ser de logo utilizado, independentemente de regulamentação processual infraconstitucional. Sejam quais forem as dificuldades decorrentes da maneira como vem expresso no texto constitucional, devem ser inteligentemente resolvidas à base dos elementos fornecidos pela Constituição.

Ilustra a assertiva o precedente ocorrido na história do mandado de segurança e da ação popular no Brasil. Antes mesmo de surgirem as leis regulamentadoras do respectivo procedimento, a Doutrina ensinou sua utilização imediata, extraídos do texto constitucional todos os elementos para a adequada "construção" processual do instrumento. Quando, afinal, surgiram, as leis ordinárias não fizeram senão formalizar a exegese produzida pela Doutrina e encampar o entendimento assentado pela Jurisprudência em diversos casos acolhidos pelo Judiciário.

Proceda-se do mesmo modo com relação ao mandado de injunção. A lei, que advier para regulamentar seu processo, não poderá destoar das lições doutrinárias, nem dos precedentes judiciais que sejam adotados segundo as regras e princípios jurídicos cientificamente empregados.

(14) V. artigo já citado.

As Medidas Provisórias no Sistema Jurídico-Constitucional Brasileiro

FRAN FIGUEIREDO

Conselheiro Federal da OAB. Assessor Legislativo. Professor da UDF

SUMÁRIO

1. *Legalidade — garantia maior do sistema constitucional.* 2. *As medidas provisórias: sua objetivação na ordem jurídica.* 3. *As fronteiras no uso das medidas provisórias: o papel da doutrina e da jurisprudência.* 4. *Contribuições a um estudo doutrinário. Alguns princípios essenciais de vedação.*

1. *Legalidade — garantia maior do sistema constitucional*

Na antigüidade, todos sabem, vigia o princípio da soberania dos monarcas. Diante de sua autoridade, nenhum outro poder ousaria levantar-se. O rei era *legibus solutus*: a sua vontade era a lei. Diante da personalidade incontestável do soberano não deviam os súditos senão inteira submissão. Daí o mote corrente, já em priscas eras: *Quod principi placuit legis habet vigorem*. (O que agradou ao soberano tem força de lei).

Foi assim durante muito tempo, e prosseguiu assim até o absolutismo mais recente, onde a vontade do rei se confundia de tal sorte com o próprio Estado, que Luiz XIV ficou famoso ao sintetizar, numa lucubração, este panteísmo monstruoso: "*L'état c'est moi*".

Pronunciamento feito na XIII Conferência Nacional da OAB, realizada em Belo Horizonte, de 23 a 27 de setembro de 1990.

Essa concepção monocrática do poder fermentou a Revolução Americana, a Revolução Francesa e inúmeros movimentos libertários em todo o mundo. Ingressou-se, finalmente, na era do regime democrático, onde todo o poder deriva do povo e cujo traço e garantia essencial se fundam no regime representativo. A lei não é mais a vontade do soberano, mas exprime-se no primado da soberania popular .

Consolidou-se o princípio de que a lei, enquanto manifestação de poder, há de encontrar sua primitiva substanciação na vontade do povo, abrindo-se, desta forma, as fronteiras do constitucionalismo moderno e erigindo-se, como dogma incontestado, o da legitimidade legal.

Não basta portanto que, para merecer acatamento, a lei se exprima através de um conjunto de competências, ou seja, que se apresente perfeita no aspecto formal. É necessário o seu ajustamento às aspirações e valores predominantes da Nação, numa perspectiva sociológica e histórica.

2. *As medidas provisórias: sua objetivação na ordem jurídica*

As vicissitudes do processo legislativo ordinário nem sempre conferem, à administração pública, os instrumentos de que necessita para acudir aos interesses da coletividade, em situações de emergência.

Essa circunstância levou muitos sistemas constitucionais modernos a adotarem mecanismos de rápida utilização por parte do Poder Executivo, em caso de situações excepcionais, cujos efeitos são, na realidade, de verdadeiros decretos-leis, embora subordinados à ratificação do Parlamento.

A Constituição da Itália, de 1948, adota-os sob a denominação de *provvedimenti provvisori*, em seu artigo 77, cujo *caput* veda, expressamente, ao Governo promulgar, sem delegação das Câmaras, decretos que tenham valor de lei ordinária, única exceção são os mencionados *provvedimenti provvisori*, com força de lei, que o Governo pode baixar, sob sua responsabilidade, *em casos extraordinários de necessidade e de urgência*.

A Constituição do Brasil, de 1967, aditada pela Emenda n.º 1, de 1969, adotava, para esse fim, os chamados decretos-leis, que só poderiam ser editados em três hipóteses: a) segurança nacional; b) finanças públicas; e c) criação de cargos públicos.

Desnecessário repisar a deterioração desse instituto e a violação persistente que, com ele, se fez da ordem jurídica, convertido que foi em instrumento principal do arbítrio, na quadra autoritária experimentada pela Nação brasileira.

Tanto e de tal forma foi o clamor contra seu degenerado abuso, que o expungir da ordem constitucional se converteu em bandeira das principais forças políticas responsáveis pela transição coroada com a Constituição de 1988.

Infelizmente o legislador constituinte, vivendo a fantasia da recuperação plena da ordem democrática, não teve a necessária prudência de substituí-lo por outro instituto, mais afeiçoado às contingências e peculiaridades da vida brasileira. Assim é que, sem se consultar para o ambiente geral de nossas instituições e para um certo componente autoritário que persiste em todos os momentos de nossa vida republicana, importou-se da Itália os já referidos *provvedimenti provvisori*, entre nós batizados de *medidas provisórias*.

A princípio, poder-se-ia atribuir uma certa deficiência técnica na redação do texto brasileiro (art. 62), como fonte de toda a tormenta que esse instituto tem provocado na vida política e jurídica de nosso País. Essa deficiência talvez não fosse encontrada, existisse sedimentado entre nós um respeito à Constituição e uma metodologia de interpretação, onde os direitos e garantias individuais não fossem facilmente sacrificados.

Mas, considerando a tradição que temos de exercício do poder pouco pautado nas regras jurídicas, a transposição do instituto, tal como foi feita reponta, quando menos, como uma grave ausência de visão brasileira, como um imperdoável descuido de quem tinha o dever de acautelar princípios constitucionais superiores na criação de um instrumento que se tornaria tão dúctil nas mãos do Poder Executivo.

Examinemos o já citado art. 62, foco de intensas divergências, sede de tantas crises, a prenunciar outras tantas:

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

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

Temos, então, que a primeira tarefa com a qual se vem defrontar o intérprete é de determinar a espécie de matéria considerada relevante e urgente, para justificar a edição de medida provisória.

Por relevante, há de se entender tudo aquilo que objetive proteger ou resguardar o interesse público mais geral. Ou seja, toda aquela matéria que necessite de um cuidado especial e imediato por parte do poder público.

O critério de urgência não se pode levantar senão pela comparação entre a necessidade a ser suprida e a possibilidade de fazê-lo por via ordinária. Se considerado que, mesmo em regime de urgência (art. 64 da CF), cujo prazo máximo é de 90 (noventa) dias, a providência legislativa será ineficaz, face a premência do interesse, ressaltará a propriedade e cabibilidade da medida provisória. Em caso contrário, será flagrantemente contrária à Constituição o uso dessa faculdade, excepcional, que dispõe o Presidente da República para enfrentar situações extraordinárias.

Se o Congresso Nacional consente, na maioria das vezes, que o interesse nacional relevante e urgente não pode ser acudido como objeto de sua deliberação — mesmo em regime de urgência (art. 64, § 2.º) — consente, implicitamente, e gravemente, em sua importância secundária ou necessidade relativa no plano geral das instituições e das competências de poder.

As medidas provisórias não percorrem o caminho comum às leis. Escapam do trabalho das comissões e do debate parlamentar. Não amadurecem, por assim dizer, num processo amplo gerado pela controvérsia. Não incorporam, salvo em grau diminuto, opiniões novas; não se enriquecem com as manifestações colhidas da opinião pública e dos círculos técnicos e científicos. Antes, ao contrário, interceptam todo o processo convencional de elaboração de leis. Desabam sobre o Parlamento como um raio e, em meio ao tumulto de opiniões em pânico e sob a incontornável pressão das circunstâncias, fazem o seu marco, deixam o seu rastro e, como mandamentos da legislação comum, impõem a sua força.

Rompem todo um circuito, caracterizado por princípios centenários, como o cerne mesmo do regime representativo, desafiando a *práxis* legislativa tradicional, quebram os estilos e rituais legislativos e, de súbito, incorporam-se ao mundo jurídico. São leis desde que se desprenderam da vontade unipessoal de seu autor. Obrigam e alteram as relações sociais, econômicas e políticas, com tal e tão imediato grau de cogência que mesmo não geradas em modo próprio, e marcadas pelo caráter excepcional que as configura, ousam apresentar-se ao povo e à coletividade jurídica como portadoras do mais elevado coeficiente de legalidade formal.

3. *As fronteiras no uso das medidas provisórias: o papel da doutrina e da jurisprudência*

Como é notório, a edição de medidas provisórias, concebidas para utilização excepcional, em face de situações extraordinárias enfrentadas pela Administração Pública, tornou-se rotina no antigo e no atual governo.

Contando com a conivência passiva do Congresso Nacional, que as tem absorvido progressivamente, em franca ablação de competências constitucionais, e de sua própria natureza institucional, o Governo não tem hesitado em editá-las abusivamente, e as edita sobre o mais variado e improprio feixe de matérias.

Em se tratando de instituto novo, trasladado de sistema constitucional distinto (parlamentarismo), espera-se ponderável contribuição da doutrina e da jurisprudência para que a Constituição não seja comprometida, exatamente naquilo que lhe constitui o ânimo essencial — a salvaguarda dos direitos e garantias individuais.

É necessário, portanto, lançar-se mão da exegese constitucional (e não da exegese clássica ou tradicional que neste caminho representa apenas contribuição subsidiária) para investigar-se o possível conteúdo dessas medidas, o seu real campo de incidência, enfim os seus contornos lógicos e jurídicos.

O problema apresenta-se rico em detalhes e implicações, não só no plano da teoria geral do direito, da teoria da Constituição, da história das instituições, e mesmo do moderno Direito Político, considerado como uma espécie de *mare magnum* onde navegam todos esses pólos de inquietação e de dúvida.

A interpretação histórica da Constituição haverá de situá-la sempre no contexto de uma série de situações conjunturais, em que persiste um elemento comum: o anelo de liberdade, a rejeição ao subjugo, a sede de segurança, amalgamados no ideal de justiça — fonte suprema de todos os movimentos e transformações constitucionais.

A Constituição do Brasil, de 1988, não fugirá a essa regra. Essa Carta é o retrato de um povo cansado de peias e restrições. Fruto de um amplo movimento nacional, após quase três décadas de obscurantismo militar, ela se consubstancia na aspiração democrática dos brasileiros, duramente postergada.

A sua promulgação não tem apenas uma significação política momentânea, mas repercussão histórica imensurável, no contraste com o diploma imediatamente anterior. Com efeito, a Constituição de 1967, aditada pela Emenda n.º 1, de 1969, representava uma Carta outorgada pela Junta Militar, detentora eventual do poder, em que o regime representativo se encontrava seriamente aluído e os direitos e garantias dos cidadãos restringidos pela circunstância do autoritarismo.

Nesse quadro, o Parlamento não exercia senão função simbólica, já que uma série de mecanismos privilegiava de tal sorte as funções do Exe-

cutivo que este espraiou sua ação em todas as órbitas, inclusive a legislativa, convertendo-se, via expediente de decurso de prazo e instrumento do decreto-lei, em verdadeiro legislador.

A Constituição de 1988 teve por objetivo recompor essa situação patológica, restaurando as prerrogativas do Parlamento, enriquecendo o rol dos direitos e garantias individuais e estabelecendo mecanismos propícios à efetivação desses direitos.

Instituiu-se, assim, o mandado de segurança coletivo, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão etc., ao lado das garantias já tradicionalmente consagradas em nosso sistema constitucional republicano.

Trata-se de uma Constituição que se funda na teoria clássica da separação de poderes, no primado do Estado Democrático de Direito, nos valores concernentes à cidadania, no respeito, enfim, ao sistema de legalidade, indispensável ao exercício dos direitos individuais e das liberdades públicas. É uma Constituição concebida e promulgada com a vocação de efetivar-se.

Esse dado histórico é primacial na interpretação do contexto normativo da Constituição, e de cada preceito em particular. Afora isso, ou seja, além desta primeira apreensão do problema, no plano de sua perspectiva histórico-política, cumpre recorrer a outros métodos de exegese para que a aplicação dos dispositivos constitucionais ocorra de forma equânime. Não se perca de vista que é a intercorrência de diversos métodos, peculiares ou afins, orientados para a obtenção de um resultado prático, o fato caracterizador da verdadeira exegese constitucional.

Objeto irrenunciável dessa tarefa será sempre a busca do equilíbrio, ou seja, a análise de princípios, normas e institutos num plano maior de coexistência, onde os valores constitucionais sejam preservados e a órbita de poderes e competências não se hipertrofie, a ponto de comprometer todo o sistema.

Na esfera de investigação tópica, que diz mais respeito ao presente estudo, ressalta ainda, num esforço exegético mais amplo, a necessidade de associar a interpretação gramatical e a lógico-sistemática à interpretação teleológica, para se avaliar o sentido e o alcance das medidas provisórias na ordem constitucional brasileira.

A interpretação gramatical nos dirá que se tratam de medidas provisórias para serem editadas em casos de *relevância* e *urgência*. Fica logo assentado este pressuposto: é necessária a existência de uma situação fática que reclame um provimento jurídico imediato, por ser relevante e urgente. Esse

provisório, à sua vez, com força de lei, há que ser provisório. A interpretação lógica de uma situação urgente cinge-se àquela que refoge ao âmbito da situação ordinária, àquela cuja previsibilidade é possível e cujo remédio jurídico pode ser ministrado no tempo comum, sem perigo da perda de eficácia.

Essa urgência, associada ao componente de relevância, ou seja, à natureza e magnitude da situação fática invocada, vai originar um *provisório cautelar*, imediato, eficaz, que só se justifica em face da existência desses pressupostos.

Como o sistema constitucional é *republicano*, fundado na separação de poderes, o regime é *democrático*, erigido com base no *princípio da representação legítima*, o caráter dessas medidas é *provisório*. Não só *provisório* porque pendente do decurso de 30 dias para conversão em lei, ou seja, por serem editadas *sub conditione temporis*, como ainda *provisório*, por encontrar-se sujeito a uma condição subordinante, essencial à sua validade — a aprovação do Congresso, antes ou durante o prazo de 30 dias.

A interpretação lógico-sistemática também apresenta-se, como contribuição extraordinária, para desvendar-se a inserção correta da medida provisória no plano de prerrogativas e competências defluentes do diploma maior.

A Constituição exprime-se como um corpo orgânico de idéias, mais propriamente como um sistema de normas preferenciais, ajustadas e integradas entre si. Conceber o instituto, desconsiderando tal pressuposto, é ignorar que a supremacia constitucional nasce exatamente desse equilíbrio, e perseguir objetivo incompatível com a natureza do regime democrático.

A Constituição do Brasil, de 1988, consagra, já no seu artigo 1.º, a idéia base de todo o sistema constitucional: A República Federativa do Brasil constitui-se em *Estado Democrático de Direito*.

Em seguida consagra o *princípio da separação de poderes* (artigo 2.º).

No Título II, destinado aos *Direitos e Garantias Fundamentais*, assegura num rol imenso de direitos, os que destacamos a seguir, como essenciais à compreensão jurídica da matéria ora versada, todos elencados no artigo 5.º

“II — ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei:
(...)

XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito:

XXXVI — a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

(...)

XXXIX — não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

(...)

XLI — a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

(...)

LIV — ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal."

Mais adiante, deixa precisa a *competência legiferante do Congresso Nacional*:

"Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal."

O artigo 49 elenca as matérias de *competência exclusiva do Congresso Nacional*. O artigo 51, aquelas que competem privativamente à Câmara dos Deputados e o artigo 52, as reservadas, privativamente, ao Senado Federal.

O artigo 60, § 4.º, conduz a chamada *cláusula pétrea*, onde se assegura a intangibilidade da Federação, do regime representativo, da separação de poderes e dos direitos e garantias individuais.

O artigo 64 (parágrafos 1.º e 2.º) estabelece o regime de urgência para apreciação de projetos de iniciativa do Presidente da República, cujo prazo não pode exceder a 90 (noventa) dias.

O artigo 67 veta a *reapresentação de projeto de lei* sobre matéria constante de projeto já rejeitado.

E, finalmente, o artigo 68 disciplina a elaboração de *leis delegadas*, elencando (parágrafo 1.º) as matérias que não podem ser objeto de delegação.

Esse artigo (68) apresenta, a nosso ver, as primeiras fronteiras constitucionais à edição de medidas provisórias. É que, elencando matérias que não podem ser objeto sequer de delegação, ele traduz a conexão lógica de que aquilo que é indelegável não pode, por consequência, ser objeto de medida provisória.

Nesse artigo estão tipificados os casos que são objeto precípua de lei, ou de Resolução do Congresso, ou de qualquer de suas Casas. Senão vejamos:

1.º — os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional;

2.º — os atos de competência privativa da Câmara dos Deputados;

3.º — os atos de competência privativa do Senado Federal;

4.º — a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e garantia de seus membros;

5.º — a *nacionalidade*, a *cidadania*, os *direitos individuais, políticos e eleitorais*;

6.º — planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

4. *Contribuições a um estudo doutrinário. Alguns princípios essenciais de vedação*

O instituto da medida provisória, trasladado sobretudo do regime parlamentarista italiano, ingressou no regime presidencialista como um ente bastardo. Estranho à experiência jurídica brasileira, sua execução prática tem provocado reações veementes, encapsulado, muitas vezes, o seu entendimento em maniqueísmos hermenêuticos abomináveis.

Promulgada a Constituição, a 5 de outubro de 1988, logo revelar-se-ia um sério contraste. Esse instrumento, concebido para ser adotado em casos de *relevância e urgência*, ou seja, em situações de extraordinária gravidade, passou a ser utilizado persistentemente e, muitas vezes, indiscriminadamente, pelo Chefe do Poder Executivo.

Confrontando-se a uma situação inteiramente nova, sem precedentes na experiência constitucional do País (a não ser a edição desenfreada de decretos-leis no ciclo do autoritarismo militar, cujo episódio foi demasiadamente amargo), o Congresso Nacional não dispôs de recursos normativos outros para sustar a anomalia e preservar a supremacia da Constituição. Restava-lhe apenas o texto seco do artigo 62 da Carta Maior, cuja interpretação não foi suficiente para obstar o fluxo vigoroso dessas medidas, em manifesto bloqueio à pauta regular do Congresso.

O absurdo dessa distorção, que na realidade opera a franca reversão do processo legislativo e compromete a natureza mesmo do Parlamento, não pode mais merecer condescendência. Em menos de dois anos da vigên-

cia do novo regime constitucional, já foram editadas 225 (duzentas e vinte cinco) medidas provisórias, o que representa um percentual de quase 10 (dez) medidas por mês.

Ninguém desconhece que a má utilização do instituto das medidas provisórias pode significar grave ruptura no regime representativo republicano.

Na condição de Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, onde representamos o Estado do Maranhão, temos profligado incessantemente contra o uso desregrado dessas medidas, o abuso, o absurdo que se tem convertido em insólito paradoxo jurídico.

Ao ensejo desta XIII CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB consideramos oportuno apresentar algumas reflexões que, se insuficientes pelo caráter inovador, redimem-se na inconformação, diante da quebra de princípios essenciais à condução da vida pública.

O nosso desejo é contribuir para que se construam entre nós instituições sólidas, e provocar a participação de inúmeros juristas e interessados na elaboração de uma disciplina jurídica para as medidas provisórias.

De início, formulamos alguns princípios de vedação no exercício dessas medidas, ora submetidas à douda apreciação dos congressistas que perlustam esta XIII Conferência:

1.º: *Princípio da excepcionalidade ontológica*

A medida provisória, como sabemos, não é lei. Nem é decreto, ou portaria, ou qualquer ato a que se possa atribuir os elementos essenciais da norma jurídica. Assemelha-se, é verdade, à lei. É parassimétrica a esta, guarda com ela algumas conexões analógicas, mas um modelo não se transfunde noutro.

Trata-se, na realidade, de um provimento emanado da administração pública para preservar um interesse público violado ou ameaçado.

É simplesmente por intermédio de uma ficção jurídica, e através de *condição resolutiva*, que a Constituição lhe confere *força de lei* pelo prazo de 30 (trinta) dias. A *condição resolutiva* operará ou constitutivamente, consolidando os seus efeitos, no caso da conversão em lei, ou negativamente, na hipótese da não-conversão da medida provisória em lei nesse prazo, quando os seus efeitos serão desconstituídos *ex tunc*.

Aqui, valem dois reparos na elaboração técnica da Constituição e na concepção da medida provisória. Em primeiro lugar, porque as mesmas

não poderiam inserir-se como integrantes do *processo legislativo* (CF, art. 59, item V), pelo seu caráter de provisoriedade e porque não lhes assiste, como vimos, a necessária condição de lei. Em segundo lugar quando a Constituição, em seu artigo 62, parágrafo único, diz que:

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

Na realidade não há, no caso, que se cogitar de *relações jurídicas* produzidas na curta vigência da medida provisória. De acordo com a *teoria dos atos jurídicos*, só a lei, o contrato, ou ato jurídico, *stricto sensu* podem produzir efeitos jurídicos e, conseqüentemente, *relações jurídicas*. Se as medidas provisórias perdem a eficácia desde a edição, caso o Congresso não resolva convertê-las em lei, temos então que, a partir daí, com a perda de eficácia *ex tunc*, não se pode falar em lei por ser aquela um atributo essencial desta, conforme a melhor doutrina de direito. Dissolvidos os efeitos jurídicos da medida, efeitos adredemente perseguidos numa relação de causalidade, não estaríamos diante senão de uma espécie de *res nullius*, de um nada jurídico, não fossem os efeitos materialmente produzidos na vida de pessoas e instituições, durante a provisoriedade de sua existência.

Assim, melhor teria se expressado o legislador constituinte se tivesse determinado ao Congresso Nacional disciplinar os interesses jurídicos afetados durante a vigência da medida rejeitada.

2.º: *Princípio da irreversibilidade fática*

Constituindo ato *provisório*, cuja subsistência depende de condição resolutiva, e *precário*, pois sem consignar na sua estrutura elementos tradicionais e essenciais de juridicidade, como a certeza e a segurança, a medida provisória há de ter campo limitado de incidência.

Isto não só porque, pela sua natureza, destina-se a situações inusitadas, conjunturais, imprevisíveis e emergenciais, como porque elastecer a sua abrangência tópica representaria, na prática, o asfixiamento do Poder Legislativo e a prevalência do Poder Executivo em matéria legislativa.

Afora isso, teremos de considerar alguns princípios lógicos que vedariam a ação exacerbada do Presidente da República, em matéria legiferante, por via dessas medidas, dentre os quais destaca-se o *princípio da irreversibilidade fática*.

Com este princípio pretende-se evidenciar que a medida provisória só deve incidir sobre matéria que, pela sua natureza, possa reverter ao estado anterior, no caso de recusa da mesma pelo Congresso. Ou seja, não pode

a ação do Parlamento, em caso de recusa da medida, ser fulminada pela situação de fato consumado.

Não se perca de vista que o fundamento lógico de convalidação da medida provisória é a existência de uma situação de fato, excepcional (porque a ser ordinária estaria consagrada a reversão do processo legislativo e comprometido o próprio conceito ontológico de lei), cuja avaliação concreta é competência constitucional do Parlamento.

A resposta do Congresso tanto pode ser afirmativa, e aí teremos a integração plena do instituto, na convergência destas duas polarizações de Poder, como pode ser pela negação, consideradas as seguintes hipóteses:

- a) inexistência da situação factual, invocada para edição da medida;
- b) existência dessa situação, mas sem o caráter de relevância e urgência;
- c) incidência da medida sobre matéria de competência reservada.

Assim como a lei, a medida provisória pode atuar sobre relações materiais, relações institucionais e relações pessoais, num feixe mais amplo de relações jurídicas, em que cada uma dessas espécies se entrecruzam e confundem.

Ocorre que, com seus efeitos materiais limitados no tempo, a medida provisória não pode aspirar a modificar *ad definitivum* uma situação jurídica pré-configurada, ou mesmo uma situação fática adventícia ou emergente.

A medida provisória exprime-se num contrabalanço de competências, e entender-se que os seus efeitos, *provisórios*, possam consumir-se definitivamente pela força do fático, e não pela aprovação do Congresso, implica em subverter, gravemente, a ordem constitucional.

Temos, em conclusão, que a medida provisória não pode perseguir aquele mesmo aprofundamento e eficácia comum às leis. Sua edição deve ser prudente, considerando o princípio constitucional de que é o Congresso Nacional o maior juiz delas, o definidor de sua admissibilidade, o avaliador dos critérios de conveniência e oportunidade que lhes devem nortear.

Não podem colidir, portanto, as medidas provisórias com o *princípio da irreversibilidade fática*. Recusadas, há a situação que se reverte, na medida do possível, à sua feição original, sob pena de sucumbência do próprio princípio representativo.

Isto deixa claro que, nem planos econômicos de elevado espectro e grande repercussão na vida nacional, nem alterações de caráter material, sejam produzidos pela natureza ou pelo homem, podem ser objeto de medida

provisória se, avaliada a hipótese de recusa, essas providências evidenciam inócuos os efeitos desconstitutivos da medida, com a recusa da mesma por deliberação do Congresso Nacional.

3.º: *Princípio da impossibilidade cronológica*

De acordo com o artigo 66, parágrafo 6.º, da Constituição Federal, a medida provisória tem precedência na pauta do Congresso sobre toda e qualquer proposição, inclusive sobre os vetos presidenciais pendentes de apreciação.

Isto se explica pela necessidade que tem a Nação de saber da propriedade ou impropriedade da medida provisória. É fórmula indutora de ação rápida do Congresso no ajuizamento do conteúdo da medida, cujos pressupostos de admissibilidade são analisados preliminarmente, até decisão final sobre o mérito e a constitucionalidade.

Considerando tratar-se de uma faculdade excepcional, outorgada pelo constituinte ao Presidente da República, cuja utilização não está à mercê de seu mero alvedrio, mas de um concurso de condições objetivas, parece claro que a sua utilização deve ter cunho moderado.

O uso desenfreado, genérico e abusivo dessas medidas pode provocar uma alteração completa no regime institucional, desequilibrando mesmo toda a estrutura levantada pela Constituição, com base no princípio da separação de poderes. Essa prática excessiva produziria a reversão do *processo legislativo*, criando um tipo novo de ordem constitucional, onde o Poder Legislativo (logo o mais alto na esfera de competência) sofreria uma espécie de *capitis diminutio*, relegado à posição de órgão homologatório das decisões do Poder Executivo.

A edição reiterada de medida provisória pode provocar a paralisia institucional do Congresso. Isto tanto mais se agrava, à medida em que se considere o mecanismo do *veto* na Constituição. Neste particular, a hemiplegia do Parlamento seria completa.

O § 4.º do mencionado artigo 66 diz, com efeito, que o veto deverá ser apreciado em trinta dias e o § 6.º determina o sobrestamento de todas as demais proposições, até sua votação final, ressalvadas as medidas provisórias.

Embora entendamos que o projeto de lei de conversão de medida provisória não comporta veto, a prática legislativa atual tem-se conduzido por outro caminho. Assim é que, expressiva quantia de projetos de lei, oriundos de medida provisória, têm recebido um número pouco parcimonioso de vetos, tornando ainda mais problemática a assimilação do instituto na experiência positivadora do direito no Brasil de nossos dias.

Pois bem, o Congresso tem o prazo de 30 (trinta) dias para apreciar os vetos do Presidente da República (art. 66, § 4.º da C.F.), findo o qual a pauta fica obstruída até que se delibere sobre os mesmos. Relembre-se que, na prática vigente, esses vetos incidem não só sobre os projetos de lei originários das Casas legislativas, como também sobre os projetos de lei oriundos de medidas provisórias.

Ocorre que, sendo editada medida provisória, como já se disse, ganha ela prioridade absoluta sobre a apreciação de toda e qualquer matéria, inclusive sobre o veto (e mesmo sobre o veto aposto em projeto de lei de conversão de medida provisória).

Examinemos uma hipótese, que vai aclarar bem esse *princípio da impossibilidade cronológica* na edição de medida provisória. No primeiro dia útil de determinado mês, o Presidente da República edita uma medida provisória. Recebendo emendas dos parlamentares, após tramitar como projeto de lei de conversão, esse projeto de lei é submetido à sanção do Presidente, que lhe apõe 5 (cinco) vetos. Nos dias subseqüentes, até o último do mês, o Presidente da República edita mais 9 (nove) medidas provisórias que, transformadas em projetos de lei e levadas à sanção, recebem, em média, mais 3 (três) vetos cada, sem que os vetos concernentes à primeira tenham sido apreciados.

O que ocorrerá se, em face de outras contingências, o Congresso Nacional não houver apreciado os 5 (cinco) vetos apostos à primeira medida provisória? Após o trigésimo primeiro dia, esses vetos deverão obstruir a pauta, com preferência para votação, mas essa preferência decai em favor da apreciação das novas medidas provisórias. E, assim, sucessivamente, os vetos do Presidente da República às alterações propostas pelo Congresso Nacional, apostos nas medidas provisórias subseqüentes, ficarão, de igual sorte, sobrestados.

Esgotado o prazo de vigência da primeira medida provisória, sem que seja convertida em lei, o Presidente a reedita. Deparar-nos-emos, então, com a situação esdrúxula em que, artificialmente, se projeta no tempo a duração de uma medida provisória, cujos efeitos, lógica e juridicamente, pelo seu caráter essencialmente provisório, não podem ter duração superior a 30 (trinta) dias, na forma da Constituição.

Qual o resultado prático dessa espiral viciosa, cujo móvel psicológico é difícil de apurar ou desvendar? Conferiria ele sempre com a defesa da Constituição ou do interesse público? Ou representaria forma velada de subtrair a ação própria aos atos do Poder Legislativo, emprestando primazia de eficácia unilateral às deliberações do Poder Executivo?

Independentemente de uma ou de outra resposta, o certo é que as medidas provisórias elasticariam sua vigência, na forma originária, e a possível (ou impossível) derrubada dos vetos já não produziria efeitos práticos.

4.º: *Princípio da intangibilidade do ato ou provimento cautelar*

Como já se fez referência, a medida provisória constitui um ato jurídico *sui generis*, com eficácia normativa limitada no tempo. Concebida para dotar o Poder Público de um instrumento eficiente, em casos excepcionais, quando se evidenciar a inocuidade da providência legislativa ordinária, constitui um verdadeiro provimento cautelar de emergência, cuja edição é *faculdade* do Presidente da República, sendo a convalidação definitiva *responsabilidade* do Congresso Nacional.

Instituto peculiar a formas parlamentaristas de Governo, com sinuosa trajetória em democracias mais sedimentadas, sua utilização em regimes presidencialistas, como o brasileiro, tem revelado graves transtornos.

Basta investigar o número e o conteúdo dessas medidas, editadas a partir de 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição), para verificar-se o quanto de absurdo essa inovação pouco primorosa tem produzido na ordem jurídica e política do País.

Isto porque o Poder Executivo apropriou-se do instituto como fonte de competência absoluta e o exercita com impetuosidade, sem consultar as primitivas dimensões de tempo e espaço que devem orientar a produção de qualquer ato jurídico. É assim entre nós, aquilo que deveria ser *extraordinário* passou a ter caráter *ordinário*; o que era facultativo em *face de*, e, portanto, *faculdade relativa* passou a ser *faculdade absoluta*. O que deveria ser provisório, enfim, passou a existir por tempo indeterminado, graças a vários artifícios, próprios à concretização de objetivos políticos do Governo. Um desses artifícios revela-se na prática de reedição das medidas provisórias, quer para pretender seus efeitos no tempo, quer para alterar-lhes o conteúdo original.

Encontrará essa prática respaldo na Constituição ou em qualquer princípio de interpretação jurídica?

Somos de opinião contrária. Entendemos a esse respeito o seguinte:

Primeiro: reedição de medida provisória não convertida.

Não convertida em lei no prazo de 30 (trinta) dias, a medida provisória deve ser considerada como tendo recebido uma rejeição (tácita) do Congresso. E, sendo assim, não resta dúvida de que estará vedada a sua reedição por um princípio, mais lógico que jurídico. É que admitida a reedição da medida provisória rejeitada (expressa ou tacitamente), iríamos desdobrar numa espécie de paralelismo legislativo. Ou seja, o Poder Executivo as reeditaria quantas vezes fosse necessário para atingir seus objetivos políticos, no espaço e no tempo, frustrada assim qualquer forma de controle político ou judiciário desses atos.

Mas a exegese constitucional também nos levará ao mesmo resultado. De acordo com o artigo 67 da Constituição, a matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

Felizmente, quando do julgamento da Medida Provisória n.º 190, o Supremo Tribunal já se manifestou pela inconstitucionalidade de medida provisória reeditada, após rejeição formal de outra com conteúdo igual ou assemelhado.

Segundo: alteração do conteúdo de medida provisória.

Editando medida provisória sobre determinada matéria, tocado por necessidade relevante e urgente, não pode o Presidente da República alterá-la através de outra ou outras medidas provisórias. É que, uma vez posta no mundo jurídico, a medida provisória desprende-se da pessoa de seu autor, penetra, por assim dizer, na *vis atractiva* do Congresso, encontrando-se já afetada pela sua esfera de competência constitucional.

As alterações que, porventura, pretenda produzir na medida deve o Poder Executivo intentá-las através de suas lideranças no Congresso. Admitir-se o expediente da alteração reiterada, seria transigir com a persistente obstrução da pauta ordinária do Congresso e com o tumulto de sua ação legislativa.

Terceiro: desistência de medida provisória.

As medidas provisórias têm, como pressuposto de edição, uma situação fática onde o interesse público não possa ser resguardado por via da ação legislativa ordinária. É faculdade excepcional para ser utilizada em situações de inequívoca necessidade pública. Admitir-se que o Presidente da República possa editar uma medida provisória e dela desistir, revogando-a, será o mesmo que descaracterizar o instituto. Ainda que cesse o motivo desencadeador do provimento excepcional, este só poderá ter extintos os seus efeitos pela ação do Congresso. Isto tanto nos parece mais verdadeiro se já comunicado a este o conteúdo da medida revogada.

O Poder Legislativo pertence ao Congresso Nacional ou, por antonomásia, é o próprio Congresso Nacional (C.F., art. 44). Logo, nenhum ato que possa ter vigência, com caráter de lei, pode ser posto ou retirado da ordem jurídica sem o seu *nihil obstat*. Mesmo em face de uma presumível desnecessidade superveniente, o provimento cautelar, por sua natureza jurídica um ato complexo, só poderá ser afastado do mundo jurídico pela incidência da manifestação negativa do Congresso.

Aspectos do Regime Constitucional da Desapropriação

VITOR ROLF LAUBÉ

Procurador do Município de São Bernardo do Campo. Advogado. Bacharel e Pós-graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP)

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Generalidades sobre o instituto da desapropriação.* 3. *Conjormação constitucional básica da desapropriação:* 3.1 *Desapropriação como garantia indireta do direito de propriedade;* 3.2 *Causas justificadoras;* 3.3 *Requisito essencial.* 4. *Conceito.* 5. *Competência.* 6. *Procedimento.* 7. *Bens desapropriáveis.* 8. *Natureza jurídica.* 9. *Desapropriação para fins de reforma urbana.* 10. *Desapropriação para fins de reforma agrária.* 11. *Expropriação de glebas utilizadas para cultivo de plantas psicotrópicas.* *Bibliografia.*

1. *Introdução*

Cabe, de início, esclarecer que não se objetiva, no presente estudo, esgotar o tema concernente à desapropriação, mas sim, e tão-apenas, verificar como foi disposto esse instituto jurídico na ordem constitucional inau-

gurada com a Lei Suprema de 1988; isso com especial atenção às alterações, e mesmo inovações, no tocante à Carta antecedente.

Entretanto, como adiante se averiguará, tal meta de situar o estudo somente no plano constitucional apresenta-se praticamente impossível, tornando-se imperiosas algumas incursões, tanto no plano da Ciência do Direito, como no do ordenamento infraconstitucional.

Mesmo assim, apesar de se enveredar por esses três sistemas distintos, muitos aspectos da desapropriação, repise-se, inapreciados restarão, uma vez que, por algum motivo, não são teleologicamente essenciais àquilo que ora se objetiva.

2. *Generalidades sobre o instituto da desapropriação*

É fato incontroverso que, hodiernamente, não mais se reveste o instituto do direito de propriedade daquelas notas de absolutismo e exclusividade que lhe emprestava, no passado, o Direito Romano.

Esses traços romanísticos da antiga idéia de propriedade puramente individualista foram sendo gradativamente afastados, para exsurgir, em conseqüência, uma concepção de propriedade mais voltada para o aspecto social, o que se deu pelo progressivo condicionamento do seu uso ao bem-estar social, através de restrições, tanto positivas como negativas, decorrentes do poder de polícia, em sentido amplo, do Estado. Inocultável, dessa forma, a evolução experimentada pela propriedade, ou melhor, pelo direito de propriedade, visto que partiu de um sentido individual, para atingir um sentido mais social, ou seja, mais voltado para o bem-estar coletivo.

Assim é que a atual Constituição, diversamente do que se verifica no nosso Estatuto Civil de 1916, não obstante garantir expressamente o *direito de propriedade* (art. 5.º, XXII), logo em seguida condiciona essa mesma propriedade ao atendimento de sua *função social* (art. 5.º, XXIII); além disso, consagra também essa mesma *função social da propriedade* como um dos princípios basilares da ordem econômica, que têm por finalidade “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput* e inc. III).

Por conseguinte, tem-se que o sistema constitucional vigente afasta por completo qualquer concepção exclusivamente individualista da propriedade como outrora admitida no período romano, e ainda hoje vislumbrada na legislação civil. Com efeito, a atual *Lex Mater* prestigia o direito de propriedade a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, porém, a par de assegurar tal direito, ata-o ao cumprimento de sua função social. A tal princípio, pois, fica vinculado todo o ordenamento infraconstitucional.

De outra parte, por oportuno, há que se fazer alusão ao fato de que propriedade e direito de propriedade são conceitos diversos. Enquanto propriedade se constitui em conceito metajurídico, o direito de propriedade é eminentemente jurídico, significando o modo como, sob o aspecto normativo, se encontra disciplinada a primeira, ou seja, como juridicamente delimitada ou conformada.

Distintas, então, tais categorias, uma vez que o direito de propriedade nada mais significa que o perfil emprestado à propriedade pelo Direito positivo. Assim, conforme o sistema normativo em que for considerada a propriedade, diversa será a configuração do respectivo direito de propriedade, pois cada Estado soberano pode sobre ela dispor de modo diverso, do que logicamente derivará um direito de propriedade com características próprias.

Mas, ao lado do referido direito de propriedade, sempre coexistiu outro instituto, o qual, lícito é dizer, visa garantir a plena preponderância, quando incompatíveis, do interesse coletivo sobre o particular. Trata-se da *desapropriação*.

Da simples análise etimológica do vocábulo *desapropriação* — *des* + *apropriar* — já se denota, de modo insofismável, o seu significado, qual seja, o de privar alguém de sua propriedade.

A desapropriação, também comumente designada por expropriação, importa referir, consiste em um instituto bastante difundido entre os vários sistemas constitucionais estrangeiros, especialmente entre as nações americanas e européias. Mas, além dessa larga previsão, certo é que também se apresenta como um instrumento de atuação estatal já vetusto, sendo que a mais remota referência de que se tem conhecimento, em nível constitucional, está contida na “Carta francesa de 5 de Fructidor, art. 358, cujo teor é o seguinte:

A Constituição garante a inviolabilidade de todas as propriedades, ou a justa indenização das que a necessidade pública, legalmente verificada, exigiria o sacrifício (1).

No entanto, como percuientemente apontado por ANTÔNIO DE PÁDUA FERRAZ NOGUEIRA (2), “o certo é que a desapropriação por utilidade pública já existiu até mesmo no direito romano, embora sem ser regulada em lei especial, visto que resultava do poder mais ou menos arbitrário e particularizado a situações concretas durante o Império, segun-

(1) Cf. ANTONIO DE PADUA FERRAZ NOGUEIRA, *Desapropriação e Urbanismo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 9.

(2) Id. *ibid.*

do a máxima: *Quod principii placuit, legis habet vigorem*, ou seja, *a vontade do rei tem força de lei*" (3).

No Direito brasileiro, o assento constitucional da hipótese da desapropriação remonta à Lei Básica Imperial, de 1824, que, em seu artigo 179, item 22, além de garantir o direito de propriedade em toda a sua plenitude, dispunha que:

"Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos com que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização."

Essa previsão, impede anotar, praticamente repetiu o art. 17 da Magna Carta francesa de 1791, o qual já dispunha que:

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

Prevista, então, a desapropriação na "Constituição Política do Império", de 1824, não mais deixou ela de possuir assento nas Cartas Republicanas que àquela sobrevieram (4).

Em nível *infraconstitucional*, tem-se como principal diploma disciplinador da matéria o ainda hoje vigente *Decreto-Lei n.º 3.365, de 1941*, que estabelece regras sobre a desapropriação por utilidade pública. Todavia, ao lado dessa norma básica, por muitos nominada como "Lei das Desapropriações" ou "Lei Geral das Desapropriações", outras de relevo há, tais como a *Lei n.º 4.132, de 1962*, que cuida da desapropriação por interesse social; o *Decreto-Lei n.º 554, de 1969*, que trata da desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária; e o *Decreto-Lei n.º 1.075, de 1970*, que regula a imissão na posse *initio litis* em imóveis residenciais urbanos habitados pelo proprietário ou por compromissário-comprador que tenha compromisso registrado. Frise-se, todavia, que outras normas existem além dessas, as quais continuam vigorando no que não conflitem com a Constituição de 1988.

(3) Sobre a desapropriação no Direito Romano veja-se o excelente histórico apresentado por EURICO SODRÊ, *A Desapropriação*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1955, pp. 9 a 10.

(4) Constituição de 1891: art. 72, item 17; Constituição de 1934: art. 113, item 17; Constituição de 1937: art. 122, item 14; Constituição de 1946: art. 141, § 16; Constituição de 1987 com EC n.º 1/89: art. 153, § 22.

Pois bem, do até aqui expendido, evidentes ficam os *fundamentos* da desapropriação, que são de três ordens: política, constitucional e legal. O primeiro deles, o *fundamento político*, baseia-se na consagrada prevalência, quando incompatíveis, do interesse público sobre o particular; já o *fundamento constitucional* se encontra delineado nos arts. 5.º, XXIV, 182, § 4.º, III, e 184 da atual *Lex Mater*; e, por fim, o *fundamento legal* consiste em todo o arcabouço normativo infraconstitucional, cujos principais textos foram referidos no parágrafo anterior deste estudo.

Estas, pois, as considerações introdutórias julgadas convenientes ao momento, tendo em vista o objetivo inicialmente declinado.

3. *Conformação constitucional básica da desapropriação*

É fato impassível de dúvida que a conformação normativa fundamental da desapropriação encontra-se ancorada no inciso XXIV do art. 5.º da Lei Máxima. Lá se encontram estampadas as suas notas básicas.

O preceptivo constitucional citado prescreve que “a lei estabelecerá o procedimento da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

Patente, então, que desse dispositivo, além da expressa previsão da desapropriação, tem-se tanto as suas causas justificadas como o seu requisito essencial. Aquelas consistem na *necessidade ou utilidade pública* e no *interesse social*, enquanto o último, na *indenização*, que deverá ser prévia, justa e em dinheiro, para determinadas expropriações, ou em títulos da dívida pública ou da dívida agrária, em outras modalidades de desapropriação, o que se analisará adiante com maior detença.

3.1 *Desapropriação como garantia indireta do direito de propriedade*

Inolvidável de nota é a localização, no texto constitucional, em que é feita a estatuição básica da desapropriação. Disso, pois, decorrem conseqüências de suma importância.

Pois bem, o inciso XXIV, que contém o preceito fundamental da desapropriação, está inserto no art. 5.º, cujo *caput* prevê a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a todos os brasileiros, assim como aos estrangeiros, residentes no País, “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Ora, do conteúdo do *caput* já se evidencia a importância dos temas aí assegurados, porquanto se trata dos *direitos e deveres individuais e coletivos*; essa, pois, a denominação do capítulo em que estão

disciplinados, o qual, por sua vez, se constitui em pórtico do Título II da Lei Maior, que verso acerca *dos direitos e garantias fundamentais*.

Ora, tendo em mira o especial contexto da previsão do direito de propriedade, elementar é a presunção de que ele, como os demais direitos individuais, se encontra erigido como princípio limitador à atuação estatal, já que constitucionalmente fincado em uma espécie de zona de proteção ao indivíduo em que impossível é a livre atuação do Estado. Nessa hipotética zona de proteção jurídica criada pelo Código Supremo, há, pois, o Poder Estatal que respeitar o direito individual, ou mesmo coletivo, expressamente protegido, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

Nesse passo, apesar do legislador constituinte outorgar essa proteção especial à propriedade cumpridora da respectiva função social, deu também ensanchas a uma única hipótese em que pode ela ser submetida à transferência obrigatória ao Estado, por vontade deste, mas exclusivamente para a satisfação de um interesse público e mediante indenização justa e compensatória da perda experimentada através daquilo que é a forma mais drástica de intervenção no direito de propriedade, já que o aniquila por completo, ou seja, a desapropriação⁽⁵⁾.

É nesse sentido, de conseguinte, que se tem a desapropriação como forma *indireta* de garantia da propriedade, já que somente através dela poderá o Estado despojar alguém de um bem, substituindo-o pela justa indenização e, ainda, tendo por razão o fundamento político retroexplicitado. Ora, se apenas por intermédio desse instituto se poderá perder a propriedade, e isso após preenchidas certas condições, conforme se depreende do contido no artigo 5.º, XXIV, da CF, certo é que a desapropriação se exsurge, mesmo que obliquamente, de revés, como garantia da propriedade individual observadora de sua função social⁽⁶⁾.

3.2 Causas justificadoras

Constituem causas justificadoras aptas a ensejar a desapropriação, na dicção da Lei Básica, a *necessidade ou utilidade pública* e o *interesse social*.

(5) Frise-se que não só a propriedade privada pode ser alvo de desapropriação, pois, por vezes, a própria propriedade pública, nos termos do art. 2º, § 2º do DL nº 3.365/41, poderá dela ser objeto.

(6) Note-se que para tal é importante o cumprimento da função social da propriedade, eis que em duas outras modalidades de desapropriação, por falta de observância dessa função social (cf. arts. 182, § 4º, III, e 184), não há indenização em dinheiro, mas sim em títulos da dívida pública. Outrossim, importa desde já referir que a propriedade imóvel também poderá ser perdida, mas por fundamento diverso que o da desapropriação, conforme se verifica do teor do art. 243 da CF, onde o citado despojamento se dá com inocultável caráter de "sactio juris", em decorrência de *ato criminoso*, e, por isso mesmo, sem qualquer indenização. Claro é que nesse caso não se tem a desapropriação em seu sentido jurídico tradicional, mas sim o *confisco*.

Essas condições motivadoras da expropriação, todavia, não foram definidas pelo legislador constituinte de 1988, que preferiu deixar tal tarefa, como igualmente verificado na Carta precedente, ao legislador ordinário.

Ocorre que, em verdade, promulgada a vigente Constituição da República, não foi necessário ao último legislador aludido estabelecer normas gerais sobre a desapropriação, porquanto todas aquelas citadas linhas atrás como se constituindo em fundamento legal do instituto em tela, no que não contrárias à *Lex Fundamentalis*, foram aceitas pela nova ordem jurídico-constitucional.

Há que se observar, contudo, que tais normas também não forneceram as definições legais das referidas causas ou fundamentos motivadores das expropriações. Declinou-se nelas tão-só as hipóteses em que estão elas presentes.

Assim é que o artigo 5.º da precitada "Lei Geral das Desapropriações" (DL n.º 3.365/41) elencou os casos considerados de utilidade pública, sendo que em sua última alínea, fez consignar que também se incluíam no rol externado as demais hipóteses previstas em lei especial, do que decorre que a enumeração de tais casos foi *taxativa*, encerrando, portanto, *numerus clausus*, e não, como querem alguns, *numerus apertus* (7). Por seu turno, os casos em que está presente o interesse social foram ditados pelo artigo 2.º da Lei n.º 4.132/62.

Frise-se que, atualmente, não há qualquer distinção legal entre *utilidade* e *necessidade pública*, razão pela qual não se indicou o diploma em que estariam catalogadas as hipóteses desta última. No entanto, importa aludir, situação similar não ocorria no passado, quando o próprio Código Civil, em seu artigo 590, §§ 1.º e 2.º, diferenciava os respectivos casos, o que, todavia, restou revogado por norma especial consistente no Decreto-Lei n.º 3.365/41, que aglutinou as hipóteses de necessidade pública às de utilidade pública. Daí, pois, a expressa referência, na Lei Excelsa, à "necessidade ou utilidade pública", enquanto expressões sinônimas, como circunstância distinta do interesse social (art. 5.º, XXIV).

(7) Anote-se que TOSHIO MUKAI, *Direito e legislação urbanística no Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 114-15, ainda sob a égide da CF anterior e perfilhando-se ao lado de juristas de alto coturno, entende que a enumeração feita é exemplificativa, "visto que a Constituição, ao dispor sobre a desapropriação, tão-só exige como seu fundamento a necessidade ou utilidade pública e o interesse social (arts. 153, § 22, e 161). Ora, tais expressões são conceitos vagos que não de ser aplicados adequadamente aos casos concretos, justapondo-se os conceitos às realidades, tarefa que, sem dúvida, cabe à Administração, e não ao legislador ordinário." Com tal argumento, contudo, não se pode concordar, quer ante a insofismável literalidade da norma legal, quer em face da vinculação da atividade administrativa à lei, ou seja, da caracterização daquela como atividade exercitável exclusivamente "sub-lege".

De se trazer à luz, por conveniente a esta análise, a sempre oportuna e magistral lição de SEABRA FAGUNDES, que, a respeito das condições da desapropriação, leciona:

“A rigor seria desnecessário desdobrar em três as causas justificadoras do direito de expropriar. O conceito de *utilidade pública* é em si tão amplo, que a menção apenas dessa causa bastaria a autorizar a incorporação ao patrimônio estatal da propriedade privada, tanto quanto fosse útil fazê-lo, como quando se afigurasse *necessário* ou de *interesse social*. A *utilidade* não implica necessariamente *necessidade* ou *interesse social* (em sentido estrito); mas o procedimento que for de *necessidade pública* ou de *interesse social* será, forçosamente, de *utilidade pública*.”⁽⁸⁾

Mas, não obstante a percuciente lição do renomado jurista, converge a doutrina em distinguir os precitados fundamentos ou causas da seguinte forma: Há *necessidade pública* quando, por motivos anormais ou extraordinários, precisa o Poder Público utilizar-se imediatamente da propriedade particular. Já na hipótese de *utilidade pública*, o ente estatal necessita do bem particular, mas sem o anteriormente citado imediatismo decorrente de fatos anormais ou extraordinários. Por fim, afirma-se de *interesse social* quando a desapropriação é voltada à solução de problemas sociais relativos ao aproveitamento das terras rurais e ao assentamento das camadas sociais mais pobres⁽⁹⁾.

3.3 Requisito essencial

De acordo com o estabelecido no preceito básico ora *sub examine*, da desapropriação erige-se como requisito indissociável a *indenização*, a qual deverá ser *justa, prévia e em dinheiro*; isso para a desapropriação comum (art. 5.º, XXIV), pois, para as especiais (arts. 182, § 4.º, III, e 184), o pagamento, como adiante se verá, será em títulos públicos e não em dinheiro.

É, pois, imanente à desapropriação, enquanto forma compulsória ou coata de transferência do domínio da propriedade, visando à primazia do interesse público sobre o particular, quando inconciliáveis, a *justa indenização*, de sorte que aquele que se viu despojado de um bem seja plenamente ressarcido, a fim de que não experimente nenhum desfalque em seu patrimônio. Nesse sentido, a sabendas, professa CELSO ANTONIO

(8) M. SEABRA FAGUNDES, *Da Desapropriação no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 1949, pp. 21-2.

(9) Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª ed. atual. pela Const. de 1988, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 508.

BANDEIRA DE MELLO⁽¹⁰⁾, que a justa indenização é “aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene”.

E ainda, para que ela se apresente indelevelmente *justa*, deverá compreender, além do *preço* do bem expropriado, *juros compensatórios*, à razão de 1% ao mês, devidos desde a perda antecipada da posse em razão da imissão prévia e até o pagamento integral da indenização, *juros moratórios*, à razão de 0,5% ao mês, em consequência do atraso na quitação da indenização, com incidência desde o trânsito em julgado da sentença que fixar a indenização, até o seu integral pagamento, *honorários advocatícios*, no percentual fixado na decisão judicial e calculados sobre a diferença da oferta inicial declinada pelo poder expropriante e a indenização estabelecida, e ainda *despesas processuais*, ou seja, todo tipo de gasto antecipado pelo expropriado, tais como custas processuais e salário de assistente técnico⁽¹¹⁾.

Além da indenização ser *justa*, deve ela ainda ser *prévia*. Todavia, diverge a doutrina relativamente ao quê deve ela ser *prévia*: se à imissão provisória na posse, se à sentença, se à indenização ou mesmo se à tradição ou à transcrição no registro imobiliário, conforme se trate de bem móvel ou imóvel.

Necessário é, à vista disso, e considerando-se que a desapropriação se consubstancia num procedimento complexo, composto por um sem-número de atos, o exame do momento de sua *consumação*, uma vez que, pelo fato da indenização, por força de previsão constitucional, ter de ser *prévia*, forçosamente deverá, então, anteceder mencionado momento.

A doutrina, porém, não é uníssona sobre a oportunidade em que se dá a consumação do procedimento expropriatório. Contudo, preconiza a corrente majoritária que tal se dê por ocasião do *pagamento integral da indenização*⁽¹²⁾, oportunidade em que a desapropriação se torna irrever-

(10) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, 1ª ed., 3ª tir., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, p. 202.

(11) Frise-se, no entanto, que se a indenização jurisdicionalmente fixada for inferior à oferta inicial, invertidos serão os ônus da sucumbência.

(12) Entendendo que a desapropriação se consuma com o pagamento da justa indenização tem-se CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 205), DIOGENES GASPARINI (*Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 308-9), MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 1990, p. 127), JOSÉ CARLOS DE MORAIS SALES (*A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, pp. 455 e segs.), com este, por sua vez, citando J. M. CARVALHO DOS SANTOS, ANTÃO DE MORAES, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, J. OLIVEIRA E CRUZ, OROZIMBO SILVEIRA, EBERT CHAMOUN, M. SEABRA FAGUNDES e PAULO ARAUJO LIMA.

sível. Esse entendimento, que se acompanha, é de se ter como correto, pois inadmissível se afigura, como querem alguns, que a indenização seja prévia à imissão provisória na posse, uma vez que, nessa hipótese, haveria inocultável inconsistência quanto ao bem jurídico perseguido, que, na desapropriação, é a propriedade e não meramente a posse. Ora, querer que a indenização seja anterior à posse é, no mínimo, confundir os institutos do domínio e da posse. Por outro lado, também não merece guarida a posição adotada por alguns, de que a consumação se verifica com a sentença prolatada no processo cognitivo da ação de desapropriação, uma vez que a própria jurisprudência é clara em admitir a sua desistência enquanto não realizado o pagamento integral da indenização. Aliás, é de se notar que esse posicionamento jurisdicional só vem corroborar o entendimento da mencionada corrente majoritária. Outrossim, há também que se afastar a concepção segundo a qual a consumação se daria com a transcrição do título translativo — sentença — na circunscrição imobiliária competente, já que, na desapropriação, a aquisição se dá de forma originária e não simplesmente derivada, que é a regra do regime privado. Naquela, em tese, inexistente a necessidade de transcrição para originar a propriedade pública.

Se a desapropriação, à vista de sua disciplina, apenas se consuma com o pagamento integral da indenização, tem-se que a *condição prévia* constitucionalmente exigida acaba por se confundir com o próprio pagamento da indenização mesma, o que, apesar de lógico, não vem de encontro aos justos anseios do expropriado, que, além da possibilidade de se ver despojado previamente da posse do bem, longo tempo aguardará para ser indenizado em face da notada morosidade do pertinente procedimento judicial. De melhor política seria que o legislador ordinário revisse o procedimento expropriatório, com o fito de lhe imprimir uma marcha mais célere, com o que melhor atenderia ao preceituado pela norma constitucional no tocante à “prévia indenização”.

O derradeiro característico da indenização consiste em que seja ela satisfeita *em dinheiro*. Disso deriva que não poderá o Estado exigir do expropriado a aceitação de outra coisa, a título de indenização, que não moeda corrente. Essa a regra geral da desapropriação ordinária ou comum.

Esta, portanto, a conformação constitucional básica da desapropriação ditada pelo artigo 5.º, XXIV, da CF de 1988, que, comparativamente ao pertinente dispositivo constitucional da Carta de 1967, com redação imposta pela Emenda Constitucional n.º 1/69, nada inovou.

4. *Conceito*

Atendo-se estritamente ao ponto de vista teórico, lapidar é a conceituação do instituto em estudo formulado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (13). Segundo ele, “pode-se dizer que desapro-

(13) Ob. cit., p. 188.

priação é o procedimento administrativo através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire para si, mediante indenização, fundada em um interesse público”.

Situando-se no plano do Direito positivo, possível é definir a desapropriação como sendo o procedimento administrativo pelo qual, declarada a necessidade ou utilidade pública, ou o interesse social, o Estado adquire, compulsória e originariamente, para si ou para outrem, a propriedade de alguém, substituindo-a, no patrimônio deste, por justa e prévia indenização, que, conforme a hipótese constitucional em que se fundar, poderá se dar em dinheiro ou em títulos da dívida pública ou da dívida agrária. Tal entendimento deflui, pois, do estabelecido nos artigos 5.º, XXIV, 182, § 4.º, III, e 184, todos da atual *Lex Major* e que tratam, respectivamente, da desapropriação comum ou ordinária, da desapropriação para fins de reforma urbana e da desapropriação para fins de reforma agrária.

5. *Competência*

A respeito da desapropriação há três espécies de competências: legislativa, declaratória e executória.

A Constituição Federal, conforme o disposto em seu artigo 22, inciso II, atribui competência para legislar sobre desapropriação tão-somente à União. Trata-se, portanto, de competência *privativa*, do que sucede que nenhuma outra pessoa política poderá acerca da matéria estatuir.

Já quanto à *competência declaratória*, que se consubstancia na aptidão para declarar a utilidade ou necessidade pública, ou o interesse social, nos termos do *caput* do artigo 2.º da “Lei Geral das Desapropriações”, possuem-na a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios, assim, como, excepcionalmente e com fundamento no Decreto-Lei n.º 512/69, o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER, este, ressalte-se, tão-só para fins rodoviários.

Por fim, possuem *competência executória*, isto é, capacidade para promover a desapropriação, todas as pessoas jurídicas que detêm capacidade declaratória, assim como, mediante autorização expressa em lei ou contrato, “os concessionários de serviços públicos e estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público” (art. 3.º, DL n.º 3.365/41).

6. *Procedimento*

A desapropriação, consoante a sua conformação legal, possui um procedimento que pode compreender duas fases, uma administrativa, outra judicial.

A primeira fase, a *administrativa*, consiste no conjunto de atos praticados na seara administrativa, tais como o pertinente estudo, planejamento, avaliação, declaração de utilidade ou necessidade pública ou de interesse social e tentativa de composição com o proprietário do bem visado pelo poder público. Logrado acordo nessa fase, ter-se-á a *desapropriação amigável*.

Caso inviável a referida composição entre o poder expropriante e o administrado, remete a "Lei das Desapropriações" a questão ao Poder Judiciário. Tem-se, então, o *procedimento ou fase judicial*, em que o órgão jurisdicional resolverá a controvérsia, geralmente após a produção de prova pericial, fixando o justo preço.

A *desapropriação judicial*, cujo procedimento é regulado pelos artigos 11 e subsequentes do Decreto-Lei n.º 3.365/41, importa considerar, dá pleno atendimento a importantíssimo princípio constitucional abrigado no artigo 5.º, LIV, da atual Carta Política. Assim se assevera, porque esse item reza que

"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;"

A par dessa regra constitucional, há que se fazer referência a outra, já que produtora de reflexos inexoráveis relativamente a "Lei Geral das Desapropriações". Cuida-se do artigo 5.º, LV, cujo teor é o seguinte:

"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

Esse dispositivo, pois, fulmina as limitações impostas ao expropriado no referente às matérias que podem ser argüidas em contestação, e que, segundo o artigo 20 da citada norma legal, somente poderiam cingir-se às nulidades processuais e à impugnação da oferta inicial. Ora, evidente está que a última parte da disposição constitucional, ao garantir o *contraditório* e a *ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*, faz alargar sobremaneira as matérias que podem ser objeto de tal contestação, as quais poderão abranger tudo que for útil à defesa do expropriado, mediante a conseqüente produção de provas. (14)

Destarte, passa-se a admitir, com suporte no referido mandamento constitucional, que o expropriado, além de impugnar o preço oferecido e argüir as eventuais nulidades processuais, possa também, na própria ação

(14) No mesmo sentido, mas com argumentos suplementares, veja-se CARLOS ARI SUNDFELD, *Desapropriação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, pp. 29-33.

desapropriatória, questionar, *ad exemplum*, se efetivamente presentes os elementos e pressupostos da declaração que autoriza a expropriação, tais como o seu conteúdo, forma, motivação, fundamento e finalidade, ou seja, a legitimidade, a validade propriamente dita desse ato administrativo, bem assim qualquer outra matéria que possa licitamente inviabilizar a procedência da ação.

Convém, já que pertinente, fazer alusão a determinada designação usual no meio forense. Trata-se da chamada *desapropriação indireta* (contraponto da desapropriação habitual, também nominada *desapropriação ordinária, comum ou direta*), que, na realidade, consiste numa *ação ordinária de indenização* promovida pelo administrado quanto o poder público, declarando ou não de utilidade pública ou de interesse social a sua propriedade, pratica o apossamento dessa última sem a necessária proposição de ação de desapropriação.

Nesse caso, pois, na defesa de seu direito e quando irreversível o citado apossamento administrativo, outra alternativa inexistirá além do aforamento da mencionada ação de indenização, ou “desapropriação indireta”, em que se buscará a justa indenização em consequência da perda da propriedade, a qual, uma vez satisfeita, importará na incorporação ao patrimônio público do bem ocupado.

7. Bens desapropriáveis

Conquanto até aqui se tenha dado maior ênfase à propriedade de imóvel como bem passível de desapropriação, certo é que não constitui ela a única suscetível de tal, pois que, em princípio, todo bem apropriável, com conteúdo econômico, pode dela ser objeto.

Afirma-se em princípio, porque nem todo bem poderá se sujeitar ao regime expropriatório, uma vez que a norma legal poderá excluí-lo dessa submissão, como, por exemplo, ocorre com os bens da União relativamente ao disposto na “Lei das Desapropriações” (art. 2.º, § 2.º).

Sobre o assunto, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁽¹⁵⁾, ainda sob a égide da ordem constitucional anterior, lecionava nos seguintes termos:

“Pode ser objeto de desapropriação tudo aquilo que seja objeto de propriedade. Isso é, todo bem, imóvel ou móvel, corpóreo ou incorpóreo, pode ser desapropriado. Portanto, também se desapropriam direitos em geral. Contudo, não são desapropriáveis direitos personalíssimos, tais os de liberdade, o direito à honra, etc.”

(15) Ob. cit., pp. 194-95.

Igualmente inexpropriáveis, por motivos óbvios, são as pessoas e o dinheiro corrente. Aquelas porque não são suscetíveis de apropriação, mas somente seus bens, e este último, porquanto consistente no meio em que se satisfaz, em princípio, a indenização decorrente da desapropriação.

8. *Natureza jurídica*

Consoante já visto, pode-se, mesmo que de maneira sintética, caracterizar a desapropriação como sendo o procedimento administrativo pelo qual o Estado, após a declaração da pertinente finalidade pública, adquire, de forma coata e originária, a propriedade de alguém, substituindo-a por justa e prévia indenização.

Logo se percebe, dessa perfunória definição do instituto de Direito Público em tela, o conteúdo essencial da desapropriação, ou seja, constitui-se basicamente em *modo de aquisição da propriedade*. Mas não é só, uma vez que a tanto atam-se outras particularidades, *id est*, a *coatividade* e a *originalidade* dessa aquisição.

É da conjugação desses três elementos, pois, que, a nosso ver, se tem a natureza jurídica da desapropriação: *forma originária e coata de aquisição da propriedade*.

Sobre a nota da originalidade, importante é, uma vez mais, trazer à colação o precioso e esclarecedor magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que ensina:

“Diz-se originária a forma de aquisição da propriedade quando a *causa* que atribui a propriedade a alguém não se vincula a nenhum título anterior, isto é, não procede, não deriva, de título precedente; portanto não é dependente de outro. É causa autônoma, bastante, por si mesma, para gerar, por força própria, o título constitutivo da propriedade.”

E prossegue o douto administrativista:

“Dizer que a desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade significa que ela é, por si mesma, suficiente para instaurar a propriedade em favor do poder público, independentemente de qualquer vinculação com o título jurídico do anterior proprietário. É a só vontade do poder público e o pagamento do preço que constituem a propriedade do poder público sobre o bem expropriado.” (16)

Dessa forma de aquisição da propriedade, importa referir, sobrevêm relevantes conseqüências, como, entre outras, a irreversibilidade da desa-

(16) Id. *Ibid.*, p. 190.

propriedade já consumada, mesmo na hipótese em que consolidada perante “proprietário” ilegítimo, fato esse que apenas autoriza àquele que verdadeiramente detinha a condição de *dominus* a reivindicar a respectiva indenização (DL 3.365, art. 35); e a extinção de todos os ônus ou direitos reais que incidam sobre o bem expropriado, os quais ficam sub-rogados no preço (*idem*, art. 31).

9. Desapropriação para fins de reforma urbana

Cumprido, desde logo, observar que se nominou a modalidade expropriatória instituída no Capítulo II do Título VII do Documento Supremo de 1988, que trata da *política urbana*, de “desapropriação para fins de reforma urbana”, por suas semelhanças com aquela prevista nos arts. 184 e seguintes do mesmo texto constitucional, e que trata da desapropriação para fins de reforma agrária; isso em face da identidade de causas que as ensejam, da *semelhante forma de indenização de ambas, assim como da igual expressa competência a único ente estatal para decretá-las*. De se frisar, no entanto, que HELY LOPES MEIRELLES, diversamente, prefere categorizá-la por “desapropriação para observância do Plano Diretor do município”⁽¹⁷⁾, o mesmo acontecendo com WALTER CENEVIVA, que, à sua vez, a trata por “desapropriação antiespeculativa”⁽¹⁸⁾.

O referido capítulo que cuida da política urbana, importa assinalar, é de grande relevo para a atividade municipal, uma vez que traça meritorios princípios no concernente à política e desenvolvimento urbano (art. 182, *caput* e § 1.º), além do que patenteia a circunstância em que a propriedade urbana cumpre sua função social (art. 182, § 2.º) e também determina, como regra geral, que as desapropriações de imóveis urbanos sejam realizadas com prévia e justa indenização em dinheiro (art. 182, § 3.º).

Do que pertence especificamente à desapropriação para fins de reforma urbana, cuida o parágrafo quarto do citado art. 182.

Esse preceptivo faculta ao Poder Público municipal, mediante lei específica para determinada área incluída no plano diretor, exigir, de acordo com os termos da lei federal, do proprietário do *solo urbano não edificado subutilizado ou não utilizado*, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de, não o fazendo, se dar, sucessivamente:

“I — parcelamento ou edificação compulsórios;

II — imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

(17) HELY LOPES MEIRELLES, *ob. cit.*, p. 506.

(18) WALTER CENEVIVA, *Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 274.

III — desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

De plano se observa a vinculação do referido modal expropriatório a duas normas legais, uma municipal e outra federal. Quanto à primeira, maiores tormentos inexistirão, já que de competência do próprio ente expropriante. Já quanto à segunda, cuja competência legislativa pertence à União, apesar de, *prima facie*, parecer mais problemática pelo fato de depender de iniciativa de outra pessoa política, tem-se como certo que, enquanto não editada, poderá o município regular a matéria valendo-se de sua competência suplementar (art. 30, II, combinado com o art. 24, § 3.º, I), sendo que a eficácia dessa norma supletiva persistirá até a superveniência da lei federal, quando, no que lhe contrariar, ter-se-á a suspensão dos efeitos da primeira (19).

Pois bem, da análise do disposto no art. 182, inequivocamente se tem que o *fundamento* da expropriação nominada “para fins de reforma urbana” centra-se no não-cumprimento da função social da propriedade imóvel estabelecida no plano diretor da cidade, ou, por outra, conforme a *Magna Lex* deixa transparecer, na sua inadequada utilização, pela não-edificação, subutilização ou mesmo não utilização.

A sua vez, o *objeto* desse tipo de desapropriação, consoante claramente se infere, é o imóvel urbano inadequadamente utilizado e, portanto, não cumpridor de sua função social.

No que se refere a sua *indenização*, para logo se percebe uma exceção ao princípio da “justa e prévia indenização em dinheiro”, uma vez que aquela não se dará em dinheiro, mas sim em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, garantido, no entanto, o seu valor real e os juros legais.

Patente, por conseguinte, a exceção de que se reveste essa forma de indenização referentemente ao já citado princípio insculpido no parágrafo terceiro do dispositivo constitucional em questão. A indenização nesse caso será, sim, prévia e justa, mas efetivada mediante títulos da dívida pública, garantida a preservação do valor real, com acréscimo dos juros legais.

Quanto a esses *juros*, e atendo-se à forma como referidos pela Lei Fundamental, fácil é depreender que se trata daqueles estabelecidos pelo Código Civil, em seu art. 1.063, e, portanto, devidos à base de 6% ao ano.

Entretanto, há também expressa estatuição ao asseguramento do *valor real* dos títulos que consubstanciam a indenização. Sobre tal, necessário

(19) Em igual sentido, vide CARLOS ARI SUNDFELD, ob. cit., p. 37.

se faz trazer a lume a oportuna colocação de FABIO DE OLIVEIRA LUCHESI⁽²⁰⁾, que, discorrendo a respeito da similar “cláusula de preservação do valor real”, prevista no art. 184 do Texto Maior, asseverou tratar-se ela de “regra equivalente à cláusula de exata correção monetária”, prevista no sistema constitucional precedente, e que, por motivos vários, se demonstrou inapta, diante do longo tempo de resgate dos respectivos títulos, para assegurar a justa indenização. Segundo esse autor, a cláusula de preservação do valor real, em economia, significa *cláusula de preservação do poder de compra*, a qual “está atada ao *padrão* da moeda, reconhecido internacionalmente como sendo o *ouro* o metal representativo”. Ora, dessa lição claro resulta que o precitado asseguramento do valor vem tão-apesas garantir, ante o longo lapso temporal para o resgate dos aludidos títulos da dívida pública facultado pela Constituição, a “justa indenização” por essa mesma também apregoada.

De se registrar ainda que a exigência de prévia autorização da emissão dos títulos pelo Senado Federal acaba por se colocar como pressuposto do ato expropriatório, sem o qual se terá a sua nulidade, já que ausente condição prévia imposta pela Lei das Leis.

No que tange à *competência* para decretar a desapropriação em pauta, *consoante se verifica do conteúdo do capítulo da Constituição em que está prevista*, foi ela expressamente conferida aos Municípios. Entretanto, em face da explícita outorga das atribuições reservadas aos Estados e Municípios ao Distrito Federal, *ex vi* do art. 32, § 1.º, da Lei Magna, também pode esse último ente estatal decretar a expropriação estampada no art. 182, § 4.º, III, da atual CF.

Aliás, tendo em vista a especial organização constitucional imposta ao DF⁽²¹⁾, no sentido da impossibilidade de sua subdivisão em municípios, mas apenas em regiões administrativas (art. 32, *caput*), diferentemente não poderia ser, sob pena dessa pessoa política ficar alijada desse importante instrumento para a atuação urbanística, especialmente no que diz respeito à imposição do efetivo cumprimento da função social da propriedade urbana, bem assim ao crescimento ordenado das cidades.

Por fim, no atinente ao *procedimento da desapropriação para fins de reforma urbana*, é de se aplicar, enquanto não editada lei específica pela União, o preceituado pela “Lei das Desapropriações”, *i. e.*, as normas procedimentais respeitantes à desapropriação comum ou ordinária, já anteriormente tratadas, mas tendo como fundamento, por mais consentâneo, o interesse social.

(20) FABIO DE OLIVEIRA LUCHESI, “Desapropriação para fins de reforma agrária perante a nova Constituição Federal”, *Revista de Direito Público* (22) 90:172, abr./jun. 1989.

(21) *Sobre a peculiar organização constitucional do DF, veja-se o nosso trabalho “Distrito Federal: Organização e natureza jurídica decorrentes da Constituição de 1988”, Revista de Informação Legislativa* (27) 105:54-6, jan./mar. 1990.

Esses, em síntese, os principais aspectos pertencentes à modalidade desapropriatória assentada no art. 182, § 1.º, III, da Lei Básica, e que, vale iterar, ora se convencionou nominar de desapropriação para fins de reforma urbana.

10. *Desapropriação para fins de reforma agrária*

A desapropriação para fins de reforma agrária, diversamente daquela para fins de reforma urbana, já era alvo de disciplina no sistema constitucional anterior, que a previa no art. 161, *caput* e parágrafos, da Carta de 1967, com redação imposta pela EC n.º 1, de 1969. Presentemente, vem ela disciplinada pela Constituição da República nos seus arts. 184, 185 e 186.

Como no regime anterior, e de acordo com o expressado no *caput* do art. 184 do atual Texto Fundamental, continua apenas a União a deter *competência* para desapropriar “por interesse social, para fins de reforma agrária”.

O seu *objeto*, contudo, tornou-se mais restrito, visto que só compreende o imóvel rural não cumpridor de sua função social. Nítido, em consequência, o caráter de sanção dessa espécie de desapropriação, tal qual também vislumbrado na modalidade objeto do item anterior do presente estudo. No entanto, o próprio Estatuto Magno, em seu art. 185, torna *immune* a esse tipo de desapropriação “a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra” (inc. I), bem como “a propriedade produtiva” (inc. II), o que, entretanto, não impede que tais propriedades sejam desapropriadas com fundamento no interesse social previsto no art. 5.º, XXIV, e nos termos da Lei n.º 4.132/62.

O *fundamento* da desapropriação para fins de reforma agrária reside na não-observância do atendimento da função social da propriedade rural.

Não satisfeito em admitir uma só causa ensejadora dessa forma de intervenção estatal na propriedade rural, expressou ainda o legislador constituinte de 1988 as hipóteses de cumprimento da função social no art. 186, *ad litteram*:

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

I — aproveitamento racional e adequado;

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

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

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

De pronto se percebe que esse dispositivo, antes de mais nada, constitui verdadeira trincheira em favor do proprietário rural, já que, atendidos os requisitos ali ditados, impossível é a procedência da desapropriação para fins de reforma agrária da sua propriedade. Logo, a observância aos citados requisitos, parece claro, torna a sua propriedade rural *inexpropriável*, ao menos sob o fundamento contido no art. 184, *caput*.

Como nas demais espécies de desapropriação já referenciadas, também deve a *indenização* da desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, ser *prévia e justa*. Todavia, o seu pagamento, à semelhança do verificado na expropriação para fins de reforma urbana, se dará “em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis em vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei” (art. 184, *caput, in fine*), excetuando-se, apenas, as benfeitorias úteis e necessárias, cuja indenização se verificará em dinheiro (art. 184, § 1.º).

Apesar do dilatadíssimo prazo de resgate dos citados títulos da dívida agrária, houve por bem o legislador constituinte, procurando evitar os casos de expropriações sem o necessário suporte orçamentário, em ditar, no parágrafo quarto do art. 184, que “o orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício”. Procurou-se, portanto, com esse dispositivo impedir a não rara procrastinação do pagamento das indenizações fixadas, sempre calcada na malsinada argumentação de falta da respectiva provisão orçamentária. Impõe-se, pois, a prévia disponibilidade orçamentária e, em decorrência, o efetivo planejamento da atividade estatal, de molde a que, no caso particular, não veja o expropriado atrasada a sua indenização.

Ainda quando à expropriação estatuída no art. 184 da CF, convém anotar, no que pertine ao seu *procedimento*, que só depois de declarado o interesse social, relativamente ao imóvel rural descumpridor de sua função social, ficará a União autorizada a propor a desapropriação para fins de reforma agrária (§ 2.º). Essa exigência, frise-se, nada mais significa que o acolhimento, agora em nível constitucional, do já estabelecido no plano legal, tanto pela norma específica aplicada à desapropriação por necessidade ou utilidade pública, como àquela por interesse social.

Demais, previu-se também, no tocante ao processo judicial dessa modalidade expropriatória, um *contraditório especial, de rito sumário*, o qual, de acordo com o parágrafo terceiro do preceito em tela, deverá ser estabelecido por lei complementar. De inegável importância se reveste tal dispositivo, eis que, além de prestigiar expressamente o princípio do contraditório, do que advém relevantes conseqüências como já visto alhures, garante, com

a edição da referida norma complementar à Constituição, um procedimento judicial mais célere em substituição àquele extremamente moroso hoje existente, e que certamente não traz benefício algum aos expropriados.

Por derradeiro, cabe assinalar que, *ad similia* do preceituado no sistema constitucional precedente, as operações de transferências dos imóveis objeto de desapropriação para fins de reforma agrária ficam “isentas” de impostos, quer federais, estaduais ou municipais, consoante o disposto no parágrafo quinto do art. 184. Ora, certo é que não se trata aqui de mera isenção, mas sim de verdadeira imunidade tributária, a qual já é estabelecida, de modo genérico, na própria Lei Maior, no seu capítulo que versa sobre o “Sistema Tributário Nacional”.

Do exposto, incontrovertidamente se tem que a desapropriação para fins de reforma agrária foi alvo de positivas e substanciais alterações em relação à forma como estatuída no ordenamento constitucional até há pouco vigente.

11. *Expropriação de glebas utilizadas para cultivo de plantas psicotrópicas*

Dispõe o art. 243, *caput*, da Carta de 1988:

“As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

Denota-se, para logo, ante a conformação do dispositivo constitucional transcrito, que, apesar da referência à “imediate expropriação”, não se está perante uma desapropriação, quer comum (art. 5.º, XXIV), quer especial (arts. 182 e 184), porém de um instrumento diverso.

Cuida-se, é certo, do instituto jurídico do *confisco*, que se diferencia daquela, entre outros aspectos, por não pressupor indenização alguma e decorrer de um ato previsto como crime.

Com efeito, o confisco ou confiscação, como também conhecido, constitui uma *sanctio juris* baseada na perda da propriedade de um bem em consequência da prática de um ilícito penal.

Se assim é, sendo inquestionavelmente distintos os dois institutos jurídicos citados, não cabe pretender categorizar a hipótese expressada no art. 243 como sendo mais uma modalidade especial de desapropriação, como parece pretender MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO, que, mesmo

apontando a configuração de confisco, trata-a como “nova modalidade de desapropriação” (22).

O vocábulo “expropriar”, tal qual empregado no comando constitucional em questão, está unicamente a evidenciar a perda coata da propriedade, mas com fundamento diverso daquele determinante da desapropriação. Nesta, pois, se busca a aquisição compulsória da propriedade para a consecução de uma finalidade de interesse público ou coletivo, ao passo que, na confiscação, a aplicação de uma sanção decorre de um ato criminoso. E é exatamente dessa elementar distinção que advém outra importante diferenciação, porquanto que, na desapropriação, a indenização se apresenta como pressuposto necessário enquanto que no confisco ela simplesmente inexistente.

Há que se observar ainda que o constituinte de 1988 também não manifestou desejo em fazer equivaler tais institutos; pelo contrário, sempre que se referiu à desapropriação em seu sentido jurídico tradicional, o fez utilizando-se do vocábulo “desapropriação” mesmo, conforme se pode constatar da mais perfuntória análise sistemática do texto constitucional (23). Em nenhuma oportunidade a ela designou, como no art. 243 e como até costumeiramente utilizado pelos estudiosos do Direito, por “expropriação”.

Ora, em assim sendo, diante do manifesto propósito daquele legislador em distinguir os institutos em questão, inexistem razões plausíveis para se pretender categorizar a hipótese do art. 243 como constituindo uma nova modalidade de desapropriação. Improcede, por conseguinte, qualquer cogitação nesse sentido.

Aliás, vale citar que o aludido art. 243 nada mais representa que um caso específico do princípio estabelecido no art. 5.º, XLVI, b, do Diploma Supremo, uma vez que, dentre as hipóteses de penas ali admitidas, encontra-se a de “perda de bens”.

Cabe assinalar, também, que no sistema positivo infraconstitucional antecedente, já havia, *mutatis mutandis*, semelhante regra. Trata-se da Lei n.º 6.368, de 21-10-1976, ou seja, a conhecida “Lei Antitóxicos”, que, em seu art. 34, previa:

“Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, assim como os maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática dos crimes definidos nesta lei, após a sua regular apreensão, serão entregues à custódia da autoridade competente.

(...)

(22) *Ob. cit. nota 12, pp. 132 e 140.*

(23) *Vide arts. 22, II; 5º, XXIV; 182, § 2º e § 4º, III; 184, caput, §§ 2º e 3º; e, 185, caput.*

§ 2.º — Transitada em julgado a sentença que declare a perda de qualquer dos bens referidos, passarão eles à propriedade do Estado.”

Essas, portanto, as breves considerações que importava trazer a pelo no referente ao art. 243 da CF, o qual, diga-se uma vez mais, não está a enunciar modalidade de desapropriação nos termos em que balizada pelo art. 5.º, XXIV, da *Lex Legum*, mas sim, como demonstrado, instituto jurídico inquestionavelmente diverso.

Bibliografia

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1983.
- CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo, Ed. Atlas, 1990.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.
- LAUBÊ, Vitor Rolf. “Distrito Federal: Organização e natureza jurídica decorrentes da Constituição de 1988.” *Revista de Informação Legislativa* (27) 105:47-64, jan./mar. 1990.
- LUCHESI, Fábio de Oliveira. “Desapropriação para fins de reforma agrária perante a nova Constituição Federal.” *Revista de Direito Público* (22) 90:161-77, abr./jun. 1989.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14ª ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989.
- MUKAI, Toshio. *Direito e Legislação Urbanística no Brasil*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1988.
- NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. *Desapropriação e Urbanismo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- SALES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Da Desapropriação no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 1949.
- SODRÊ, Eurico. *A Desapropriação*. 3ª ed. (póstuma). São Paulo, Ed. Saraiva, 1955.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Desapropriação*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

A Liberdade de Expressão e a Propaganda Eleitoral Ilícita

GERALDO BRINDEIRO

Subprocurador-Geral da República e Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Doutor em Direito pela Universidade de Yale (EUA) e Professor de Direito Constitucional da Universidade de Brasília

A liberdade de expressão constitui um dos valores mais preciosos do regime democrático. Não é sem razão que já após a Revolução Francesa, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no seu art. 11 dizia: "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme". No entanto, no seu art. 10, tal declaração já permitia, mesmo à época, verificar que não se tratava de uma liberdade absoluta. O Parlamento pode e deve estabelecer os limites do exercício de tal liberdade quando o exige a ordem pública.

Como diz JEAN RIVERO sobre a matéria:

"Enfin, le droit, selon la formule de l'article 10 de la Déclaration de 1789 — 'pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi' — édicte les limites qu'exige l'ordre public', et en sanctionne les dépassements.

Dans le tracé de ces limites, la tentation est grande, pour les détenteurs du pouvoir, de reculer les bornes du nécessaire, soit au profit de leur propre idéologie, soit par une exacerbation du souci du maintien de l'ordre. Il reste que les principes libéraux qui dominent le droit positif ne peuvent être mis en doute, et que, si la pratique gouvernementale s'en écarte souvent, ils fournissent la référence qui permet de la condamner." (*Les Libertés Publiques*, Presses Universitaires de France, 1977, p. 143.)

Ainda na França, admitia Sieyès ter a liberdade de expressão a mesma natureza das outras liberdades. "Ela vem do direito natural e a lei nada mais faz que protegê-la, mas não a cria. Traçar os limites e punir se eles

forem ultrapassados, caracterizar os delitos, regular as penas, atender aos acusados, determinar a instrução e julgamento, eis a missão do legislador” (Apud Joseph Barthélemy et Paul Duez, *Traité de Droit Constitutionnel*, p. 204; e Darcy Arruda Miranda, *Comentários à Lei de Imprensa*, Vol. I, RT. S. Paulo, 1969, p. 31).

Por outro lado, a tradição da Primeira Emenda à Constituição Americana de 1787, que trata da liberdade de expressão, é uma das que mais tem procurado preservar a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, por considerá-la um dos baluartes do regime democrático. A Primeira Emenda à Constituição Americana, datada de 1791, quanto à liberdade de expressão, estabelece: “Congress shall make no law . . . abridging the freedom of speech, or of the press. . .”. No entanto, é a própria Suprema Corte que reconhece, já em 1919, no julgamento do caso *Schenck v. United States*, não ser absoluta tal liberdade, comportando seu exercício limites estabelecidos pelo Congresso em função da ordem pública ameaçada por *clear and present danger* (perigo evidente e atual). Naquele caso, tísse o Justice Holmes que escreveu a opinião para a Corte:

“The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. . .”.

Desde então, a Suprema Corte dos Estados Unidos, como bem noticiam Bernard Schwartz (in *Direito Constitucional Americano*, Forense Rio, trad. de Carlos Nayfeld, 1966, pp. 169 e segs.), Lêda Boechat Rodrigues (in *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, Forense, Rio, 1958, pp. 268/288) e Gerald Gunther (in *Constitutional Law, Cases and Materials*. The Foundation Press, Inc., New York, 1980, pp. 1326/1545), tem adotado o critério do “perigo evidente e atual” para a ordem pública, cabendo ao Poder Judiciário, como guardião da Constituição, verificar em cada caso se o Congresso extrapolou os seus poderes de legislar sobre a matéria.

Vale a pena mencionar ainda dois outros casos decididos pela Suprema Corte Americana sobre o assunto, quando a regra do *clear and present danger* foi explicada ainda com maior clareza.

Em *Pennekamp v. Florida* (1945), disse o Justice Frankfurter:

“A regra do ‘perigo evidente e atual’ nunca foi usada pelo Juiz Holmes a fim de expressar uma doutrina legal técnica ou de fornecer uma fórmula para o julgamento. Era uma frase literária, que não devia ser torcida, tirando-se-a do seu contexto. Ao ser expressa, serviu não só para indicar a importância da liberdade de palavra para uma sociedade livre, como para mostrar que o seu exercício deve ser compatível com a preservação de outras liberdades essenciais à democracia e garantidas pela

nossa Constituição. Quando esses outros atributos de uma democracia são ameaçados pelo uso da palavra, não nega a Constituição aos Estados o poder de restringi-la." (Lêda Boechat Rodrigues, op. cit., p. 270.)

E, em *Terminiello v. Chicago* (1949), disse o Justice Jackson:

"Não se trata de escolher entre a ordem e a liberdade, e sim entre a liberdade com ordem e a anarquia sem ambas. Se esta Corte não temperar sua lógica doutrinária com um pouco de sabedoria prática, corremos o risco de converter a Declaração de Direitos num pacto suicida." (Lêda Boechat Rodrigues, op. cit., p. 278.)

O Colendo Supremo Tribunal Federal tem também admitido que a liberdade de expressão, garantida pela Constituição, tem, como toda liberdade, limites que visam a assegurar a liberdade de todos e a manutenção da ordem pública (vide e. g., ACR n.º 1.509, Acórdão de 4-6-1954). Na mesma linha doutrinária tem atuado com eficácia o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral.

Não se trata, pois — como disse a Suprema Corte Americana —, de escolher entre a ordem e a liberdade, e sim entre a liberdade com a ordem e a anarquia sem ambas. Se não se temperar a lógica doutrinária relativa à liberdade de expressão com um pouco de sabedoria prática, corre-se o risco de convertê-la num pacto suicida. Cumpre citar George Burdeau quando qualifica a liberdade de expressão como liberdade instrumental ou *liberdade-participação*, que visa a assegurar a todos outras liberdades essenciais, devendo, portanto, ser submetida a técnicas de limitação pelo legislador para evitar o seu abuso (in *Traité de Science Politique*, t. V, 1953, p. 11).

Não há, assim, a nosso ver, como admitir, segundo pretendem certos setores da política nacional, a inconstitucionalidade do art. 242 do Código Eleitoral e do art. 1.º, § 1.º, da Res. TSE n.º 16.402/90, quando visam a evitar o emprego na propaganda eleitoral de "meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais emocionais ou passionais". O objetivo da propaganda eleitoral gratuita é permitir aos Partidos Políticos e aos candidatos apresentar suas idéias, programas e projetos de governo (Constituição Federal, art. 17, § 3.º). O art. 243 do Código Eleitoral, numa lista não exaustiva, menciona expressamente inúmeras hipóteses em que a propaganda, por ferir a ordem pública, não pode ser tolerada. Além disso, o art. 220, § 1.º, da Constituição Federal, admite que a liberdade de expressão deve ser exercida também com observância do disposto no art. 5.º, inciso X, quanto à inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas. E sobre a produção e programação das emissoras de rádio e televisão, estabelece ainda o art. 221, inciso IV, da Constituição Federal, o princípio do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

É evidente que existe uma distinção entre a vida pública e a vida privada dos cidadãos e dos candidatos. A crítica política dirigida à Administração governamental ou à atuação de candidato como homem público não somente é legal mas é também salutar para a vida democrática. E tem sido inteiramente aceita pelo Ministério Público e admitida pela Justiça Eleitoral. Tal crítica, no entanto, não se confunde com ofensas à honra pessoal de candidatos, caracterizando injúria, difamação ou calúnia. Nestes casos, a Justiça Eleitoral deve exercer o poder de polícia que lhe é inerente em benefício da ordem pública (Código Eleitoral, art. 249; Res. TSE n.º 16.402/90, art. 14). E se já foi concedido direito de resposta ao ofendido — tratando-se, portanto, de hipótese de reincidência do ofensor — não mais há falar de censura prévia, vedada pela Constituição (CF, arts. 5.º, IX, e 220, § 2.º). Não é possível permitir a utilização ilícita da propaganda eleitoral gratuita de forma contínua e sem possibilidade de coibição das ilegalidades.

Compete, pois, ao Poder Judiciário, devidamente provocado pelo Ministério Público Eleitoral ou pelos candidatos e Partidos Políticos, verificar os abusos cometidos na propaganda eleitoral gratuita e coibi-los. Os ânimos dos candidatos muitas vezes estão exaltados durante a campanha eleitoral, trazendo riscos para a manutenção da ordem pública e o seu descontrole com conseqüências imprevisíveis. É fácil imaginar como o nível da propaganda eleitoral gratuita seria ainda mais baixo caso não pudesse o Poder Judiciário disciplinar o exercício da liberdade de expressão, em função da ordem pública, dentro dos limites regulares do *police power*.

Não nos parece ainda possível deixar de considerar propaganda eleitoral ilícita pelo rádio e televisão a apresentação de programas por candidatos a cargos eletivos. Na hipótese, haveria, a nosso ver, nos termos do art. 22 da Lei Complementar n.º 64/90 “a utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de Partido Político”. E a única propaganda eleitoral no rádio e televisão permitida por lei é a do horário gratuito (Lei n.º 6.091/74, art. 12; Res. TSE n.º 16.402/90, arts. 1.º, §§ 1.º e 4.º, e 21).

Não se trata de impedir o exercício da profissão dos profissionais de rádio e televisão, que podem continuar a exercer atividades outras próprias de sua profissão desde que não caracterizem violação da legislação eleitoral. Trata-se do afastamento da apresentação de programas de rádio e televisão dos candidatos a cargos eletivos, já registrados, apenas durante o período destinado à realização da propaganda eleitoral gratuita. Note-se que o art. 1.º, II, c, da Lei Complementar n.º 64/90, vetado pelo Presidente da República, incluía tais profissionais entre os casos de inelegibilidades, o que seria algo bem mais grave.

O Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, aliás, na Resolução n.º 12.384, de 22 de outubro de 1985, de que foi Relator o Eminentíssimo Ministro CARLOS VELLOSO, procurou estabelecer o *princípio da isonomia* na concorrência eleitoral, considerando constitucionais as restrições estabelecidas por

lei às apresentações de programas de rádio e televisão durante a campanha eleitoral.

Isso ficou bem claro no voto do Eminentíssimo Relator naquele feito, apesar de a hipótese não ser exatamente a mesma, quando disse, *in verbis*:

“Permitir que candidatos concedam entrevistas, individualmente, às emissoras de rádio e de televisão, seria afrontar o princípio da igualdade que a lei instituiu em favor dos candidatos, assim impedindo que uns tenham maior acesso aos meios de comunicação, em detrimento de outros. Seria fácil para uns, e mais difícil para outros, ter acesso ao rádio e à televisão, não se descartando, evidentemente, a possibilidade da intervenção do poder econômico, custeando programas de entrevistas para um ou outro candidato, o que seria desastroso para a ordem jurídico-eleitoral.” (Grifamos.)

Se restrições à participação desigual de candidatos em entrevistas no rádio e na televisão são consideradas constitucionais pelo Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, em respeito ao princípio da isonomia, parece-nos óbvio que o afastamento da apresentação exclusiva de programas pelos candidatos, pelo menos durante o período de propaganda eleitoral gratuita, é igualmente uma restrição legal, fundada no art. 22 da Lei Complementar n.º 64/90, que em nada ofende a Constituição Federal. Pelo contrário, tal restrição faz valer princípio constitucional da mais alta significação para assegurar a legitimidade da concorrência eleitoral e garantir a ordem jurídica eleitoral.

Uma questão importante ainda é a que diz respeito à chamada propaganda institucional do Governo. A Presidência da República, os Governos dos Estados e dos Municípios normalmente realizam contratos com empresas jornalísticas e de radiodifusão para divulgar suas obras e realizações. Nada há de ilegal, a nosso ver, em tal propaganda desde que não se caracterize, em cada caso, hipótese de propaganda eleitoral ilícita. É evidente que tal hipótese se configura caso o Presidente da República, o Governador do Estado ou o Prefeito Municipal apareça, por exemplo, na televisão, inaugurando alguma obra acompanhado de determinado candidato ou, até mesmo, lhe dando apoio político ostensivo. No entanto, o simples fato de realizar a propaganda institucional do Governo não constitui *de per se* violação da legislação eleitoral (Res. TSE n.º 16.402/90, art. 30; Código Eleitoral, art. 251). É óbvio que todo Governo — Federal, Estadual ou Municipal — tem vinculações com Partidos Políticos. Mas é até salutar para a democracia, a nosso ver, a divulgação das obras e realizações da Administração Pública tanto quanto o é a crítica política a candidatos, perfeitamente legal na propaganda eleitoral gratuita. Seria um exagero sem precedentes pretender impedir *a priori* a propaganda institucional em todo o país. Proibir o cumprimento dos contratos pelas empresas jornalísticas e de radiodifusão seria, a nosso ver, realizar *censura prévia*,

vedada pela Constituição (CF, arts. 5.º, IX, e 220, § 2.º). A atuação da Justiça Eleitoral deve limitar-se a examinar caso a caso e, no exercício regular do poder de polícia, coibir as ilegalidades cometidas.

Outra questão importante é ainda a relativa à propaganda eleitoral direta ou indireta através de noticiários políticos e entrevistas pelo rádio e pela televisão. Trata-se de propaganda ilícita que tem ocorrido de maneira dramática em alguns Estados da Federação em que familiares de candidatos a Governador são concessionários de estações de rádio e televisão e competem entre si. O controle da *media* por políticos é, a nosso ver, um dos graves problemas que se apresentam ao Congresso Nacional na sua competência para deliberar sobre a renovação das concessões (Constituição Federal, art. 223, §§ 1.º, 2.º e 3.º). Os fatos têm revelado que o constituinte cometeu grave equívoco ao permitir que Partidos Políticos participem do capital de empresas jornalísticas e de radiodifusão (Constituição Federal, art. 222, § 1.º).

Finalmente, cabe renovar agora as reflexões sobre possíveis alternativas para a propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão que já fazíamos no I Seminário Brasileiro sobre Direito Eleitoral, realizado em maio deste ano, em Porto Alegre — RS. É hoje notória a insatisfação do público com o baixo nível dos programas eleitorais dos Partidos Políticos e dos candidatos no horário gratuito. É evidente que não há solução de curto prazo se o problema mais grave é o baixo nível dos próprios candidatos. É possível, porém, promover uma completa reformulação nas técnicas de organização e na utilização da publicidade e do *marketing* político no horário eleitoral gratuito, para permitir que o seu objetivo legal de difundir as idéias, os programas e os projetos de governo dos Partidos Políticos e dos candidatos seja realmente atingido. Os níveis de audiência do horário eleitoral gratuito são baixíssimos em todo o país, o que revela ainda sua ineficácia na promoção do princípio de inegável função democrática que é a isonomia na propaganda eleitoral, evitando-se o abuso do poder econômico.

A legislação eleitoral e partidária, na verdade, a nosso ver, encontra-se defasada, pois sua vigência iniciou-se durante o período do bipartidarismo no país, quando não havia eleições regulares em todos os níveis do Executivo e do Legislativo. A situação do país em 1990, na plenitude de sua vida democrática, após a promulgação da Constituição de 1988 e as eleições presidenciais de 1989, é bem diversa. Há mais de trinta Partidos Políticos em pleno funcionamento — o que já é uma aberração em termos de organização partidária — e eleições regulares e periódicas em todo o país para Prefeitos, Vereadores, Deputados Estaduais, Deputados Federais, Senadores, Governadores dos Estados e Presidente da República. E o país exige do Congresso Nacional mudanças urgentes na legislação eleitoral e partidária que permitam o aperfeiçoamento do processo eleitoral e do regime democrático.

Questões e Direitos Relativos à Mulher nas Constituições do Brasil e de Minas Gerais

ANAMARIA VAZ DE ASSIS MEDINA

Socióloga e Mestre em Ciência Política;
membro do Núcleo de Estudos e Pesquisas
sobre a Mulher, da Universidade Federal de
Minas Gerais

SUMÁRIO

1. *Introdução*. 2. *Constituições Brasileiras*. 2.1. *Constituição Política do Império do Brasil*. 2.2. *Primeira Carta Republicana*. 2.3. *Constituição de 1934*. 2.4. *Lei Magna de 1937*. 2.5. *A Carta de 1946*. 2.6. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967 e Emenda Constitucional nº 1, de 27 de outubro de 1969*. 2.7. *A Constituição de 5 de outubro de 1988*. 3. *As Constituições Mineiras*. 3.1. *Constituição Política do Estado de Minas Gerais, de 1891*. 3.2. *Constituição do Estado de Minas Gerais, de 1935*. 3.3. *Constituição de 1947*. 3.4. *Constituição do Estado de Minas Gerais, de 1967*. 3.5. *Constituição atual*. 4. *Considerações finais*.

1. *Introdução*

Este ensaio tem por objetivo analisar aspectos da temática do gênero feminino a partir do que rezam as Constituições do Brasil e de Minas.

Através da análise comparativa, buscou-se acompanhar o processo de transição vivido pela sociedade brasileira, a propósito dos papéis e do lugar que nela a mulher deveria ocupar.

Realça a literatura ⁽¹⁾ que quanto mais tempo uma determinada sociedade convive com certa situação, menos urgente ou conflitiva lhe parece,

(1) KINGDON, J. W. *Agendas, alternatives and public policies*. Boston, Little, Brown and Co., 1984.

apresentando-se mais como uma *condição* que como *contradição ou problema*.

A passagem condição-problema se torna oportuna quando surgem simultaneamente três fatores básicos:

— a presença de uma realidade que venha a ser encarada por parte daquela sociedade como inadequada ou inaceitável, tornando-se as pessoas convencidas de que algo deve ser feito para alterá-la;

— a existência de propostas de solução para o problema;

— o momento ou clima político propício à mudança.

Quanto ao tema sob estudo, sabe-se que a dominação masculina se mostrou inquestionada nos últimos séculos. Daí poder-se falar da condição feminina, enquanto essa circunstância não era percebida como problemática.

No caso do Brasil e de Minas, procurou-se acompanhar a mencionada transição *condição-problema* pela análise das Constituições, observando-se os direitos que o gênero feminino foi adquirindo ao longo do período que vai de 1824 (primeira Constituição brasileira) a 1989 (última Constituição de Minas).

A escolha desse foco para estudo da evolução dos citados direitos justifica-se pela constatação de que toda lei surge de uma tomada de posição e de uma decisão frente a determinada situação social, vista como importante para a estruturação e o desenvolvimento de um Estado. Essa afirmativa é mais verdadeira ainda quando se refere às Constituições, fundamento e irradiação das leis comuns do País.

As lutas mantidas pelas mulheres para obterem direitos políticos, civis e econômico-trabalhistas criaram fatos sociais perante os quais o Estado, único capaz de gerar as leis, não teve mais como se omitir⁽²⁾.

Por outro lado, não se pode esquecer que, em países como o Brasil, onde tem ocorrido mudança significativa no conteúdo da Constituição por meio de textos sucessivos, há maior facilidade de se observar as novas tendências e situações sociais através dos temas que vão sendo introduzidos, como os relativos à mulher.

Observe-se, pois, o que aportam as Constituições Federais sobre a temática em pauta.

2. *Constituições Brasileiras*

2.1. *Constituição Política do Império do Brasil*

Outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824, essa Lei apenas faz referências expressas ao sexo feminino quando se refere à Família Imperial.

(2) CARDONE, M. A. A mulher nas Constituições Brasileiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 360, pp. 41-67, 1965.

O capítulo III trata da dotação de recursos a seus membros. No art. 108, observa-se:

“A dotação assinada ao presente Imperador, e à sua augusta esposa, deverá ser aumentada, visto que as circunstâncias atuais não permitem que se fixe desde já uma soma adequada ao decoro de suas augustas pessoas e dignidade da nação” (grifo nosso) (3).

O art. 112 reza:

“Quando as princesas houverem de casar, a Assembléia lhe assinará o seu dote e com a entrega dele cessarão os alimentos, antes recebidos pelos filhos do Imperador” (4).

O direito a governar por sucessão estava assegurado às mulheres da Casa Imperial. O capítulo IV refere-se a essa questão. Seu art. 117 afirma que a descendência legítima do Imperador o sucederá no trono segundo a ordem regular de primogenitura e representação, preferindo sempre a linha anterior às posteriores. Na mesma linha, o grau mais próximo ao mais remoto. No mesmo grau, o sexo masculino ao feminino e, no mesmo sexo, a pessoa mais velha à mais moça. Ou seja, ainda que preterido com relação ao masculino, o gênero feminino podia governar.

O artigo 120 explicita que o casamento da princesa herdeira presumtiva da Coroa seria feito a aprazimento do Imperador. Não existindo o Imperador ao tempo em que se tratasse desse consórcio, o casamento não poderia efetuar-se sem aprovação da Assembléia Geral. O marido da princesa herdeira não teria participação no governo e somente se chamaria Imperador depois que tivesse algum filho ou filha da Imperatriz.

O artigo 124 afirma que a Imperatriz *viúva* deveria presidir a regência provisória que se instalasse, no caso de morte do Imperador, até a maioridade de seu sucessor.

Já no art. 130 observa-se que a Imperatriz *mãe*, enquanto não voltasse a se casar, poderia ser tutora do sucessor da coroa, caso o Imperador não tivesse nomeado um tutor antes de morrer.

Certos aspectos devem ser ressaltados quanto a esta legislação. Por um lado, o fato de que a mulher está presente nela apenas através de pessoas da Família Imperial. Por outro que, mesmo ocupando esse papel (ou principalmente por ocupá-lo), configura-se a mulher como dependente, numa posição secundária, e vista como mãe ou esposa. Então, era como reprodutora, sucessora ou herdeira do Trono, que sua vida deveria ser sujeita a normas, inclusive através da Constituição.

(3) Constituição Política do Império do Brasil, Carta de Lei de 25 de março de 1824.

(4) *Ibid.*

2.2. *Primeira Carta Republicana*

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, datada de 24 de fevereiro de 1891, não teve qualquer participação feminina em sua elaboração. Trata, nos seus artigos 25 e 26, das condições de elegibilidade ou não elegibilidade para a Câmara. A mulher não é considerada em nenhuma das duas circunstâncias.

As condições de elegibilidade são:

- ser brasileiro nato;
- estar no exercício dos direitos políticos;
- ser maior de 35 anos.

Essas mesmas exigências estão presentes no artigo 39, parágrafo terceiro, que trata da elegibilidade de presidente e vice-presidente da República.

No Título IV, que tratava dos cidadãos brasileiros, a Seção I mencionava as qualidades desses cidadãos. Dentro dela, o artigo 70 afirmava que eram eleitores os maiores de 21 anos que se alistassem na forma da lei. O parágrafo primeiro explicitava que não podiam alistar-se para as eleições federais ou dos Estados:

- os mendigos;
- os analfabetos;
- as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior;
- os religiosos.

No caso dos mendigos, a proibição estava dada pelo fato de não possuírem residência nem patrimônio; dos analfabetos, por desconhecerem seus direitos, seus deveres e por serem pessoas sem cultura. As praças de pré não teriam isenção ao votar, já que deveriam obedecer a hierarquias superiores. O mesmo se daria no caso dos religiosos.

Portanto, a mulher não se enquadrava entre os elegíveis; mas também não estava entre aqueles que não podiam votar. Não há, pois, nesse diploma constitucional, nem concessão nem negação explícita do direito à cidadania ou ao voto feminino. Dada essa omissão do texto, a interpretação vigente tomava no sentido literal os termos usados no masculino.

Cumprir destacar uma incoerência presente na Constituição sob análise. Ao tratar da Declaração de Direitos, em sua Seção II (art. 72, § 2.º), rezava que “Todos são iguais perante a lei”, enquanto as mulheres continuavam a ser cidadãs de segunda classe, nem elegíveis nem eleitoras.

No entanto, a questão estava cada vez mais presente na vida nacional. Já na Constituinte republicana de 1890, as manifestações iniciais em favor

do direito de voto da mulher brasileira surgiram em meio a outras idéias e reformas, propostas por alguns republicanos históricos. Por iniciativa, por exemplo, dos congressistas Lopes Trovão (Capital Federal), Leopoldo de Bulhões (Goiás) e Casimiro Júnior (Maranhão), ou ainda de Epitácio Pessoa (Paraíba), Hermes da Fonseca (Rio de Janeiro) e Nilo Peçanha (*idem*), apareceram, entre as emendas que procuravam modificar o projeto do estatuto fundamental, as que concediam expressamente o mencionado direito a algumas mulheres, alterando o artigo 70 de modo a estendê-lo às diplomadas com título científico e de professora, que não estivessem sob o poder marital nem paterno, bem como para aquelas que tivessem a posse de seus bens.

Cumprir notar que, ainda assim, a proposta era altamente seletiva, caracterizando-se por:

— incluir somente pessoas de elite, porque naquela época uma mulher professora ou diplomada em nível superior em geral o era;

— ela teria que ser também independente em termos financeiros, entendendo-se que, se precisasse do pai ou marido para sua sobrevivência, viveria sob as ordens dele e não teria nenhuma isenção de voto.

Aprovada a Constituição de 1891 nos termos em que o foi, não se encerrou a polêmica. A discussão sobre a capacidade ou incapacidade da mulher para exercer o referido direito continuou até o ano de 1932, quando foi aprovada a legislação eleitoral que o permitiu. As controvérsias se centravam em dois entendimentos antagônicos do texto constitucional. Uma corrente jurídica defendia que, já que a Constituição não esclarecia o gênero do eleitor e do cidadão brasileiro elegíveis, deixava margem para que o feminino fosse aí incluído. Outra entendia que seria necessário reformar a Lei, para que as mulheres fossem finalmente compreendidas naquelas categorias.

Observa-se que toda essa polêmica não se dava gratuitamente. O Brasil estava com os olhos voltados para o exterior e diferentes Estados já haviam permitido que a mulher se tornasse eleitora. Por exemplo: a Nova Zelândia, em 1893; a Finlândia, desde 1909; a Suécia, em 1921 (no mesmo ano foram eleitas cinco mulheres para a Câmara dos Deputados); a Noruega, em 1913; a Dinamarca, em 1915 (dez anos depois, havia nove deputadas em seu Parlamento); a Islândia, em 1916 (em 1922, foi eleita a primeira deputada); a Irlanda, em 1922 (duas mulheres foram eleitas para o Parlamento da Irlanda do Norte e outras duas para o da Irlanda); a Holanda, em 1922 (logo depois elegendo-se as sete primeiras deputadas); a Alemanha, pela Constituição de 1920; a Hungria, em 1918; a Tchecoslováquia, em 1920 (no mesmo ano foram eleitas 14 deputadas e três senadoras); a Polônia, em 1921, mesmo ano que na Rússia. Nos Estados Unidos, o referido direito foi adquirido em 1920⁽⁶⁾.

(6) RODRIGUES, J. B. C. *A mulher brasileira: direitos políticos e civis*. Fortaleza: (s.n.), 1962. (Coleção Mossoroense, 11, Série C).

Além desse movimento internacional, no âmbito interno também houve um importante desencadeador do processo que elevou o gênero feminino à situação de eleitor em 1932: a criação da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino (FBPF), em 9 de agosto de 1922. Apesar de que já se vinham formando outras organizações em favor do direito à instrução e ao voto da mulher desde a segunda metade do século anterior, suas ações não tinham ainda chegado a bom termo.

Deslançado pela FBPF, o movimento pelo sufrágio feminino, de cunho elitista, encontrou clima político favorável. O momento histórico brasileiro apontava na direção de mudanças vistas como imprescindíveis por estratos sociais altos e médios. O questionamento da "política dos governadores", a demanda por moralização das eleições, o movimento tenentista e a Semana de Arte Moderna são fatos que expressam a efervescência do País à época. A incipiente industrialização começava a absorver mão-de-obra feminina e aumentava, também, o número de empregadas na prestação de serviços (saúde, educação, comércio etc.). A condição feminina dava passos no sentido de sua problematização.

No entanto, é preciso lembrar que o debate sufragista não se propôs alterar a imagem da mulher na sociedade nem sua "missão" de mãe de família e dona de casa. Não questionou, em nenhum momento, as relações econômicas e ideológicas em que se pautava sua inferiorização⁽⁶⁾.

De qualquer modo, contribuiu e muito para seu acesso ao direito de voto. Das definições pelas quais a FBPF lutou durante mais de 10 anos é que nasceu o Decreto n.º 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 (Código Eleitoral), pelo qual o Governo Provisório, chefiado por Getúlio Vargas, instituiu o voto feminino.

Realce-se que esse movimento influenciou também na interpretação do conteúdo constitucional de 1891 (arts. 73 e 78), que terminou por permitir às mulheres o ingresso em cargos públicos, ainda que antes de 1932 elas não pudessem ser presidentes, deputadas ou senadoras, por exemplo.

2.3. *Constituição de 1934*

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934, representou importante avanço com relação ao princípio da isonomia homem/mulher e à conquista da cidadania pelo gênero feminino, confirmando o estabelecido na Lei Eleitoral de 1932.

Seu Título III tratava da Declaração de Direitos e o Capítulo I, dos direitos políticos. No art. 108, afirmava que:

"São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei" (o Código de 1932 fixava o limite de idade em 21 anos).

(6) ALVES, B. M. *Ideologia e feminismo: a luta da mulher pelo voto no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1980.

O art. 109 rezava que o alistamento e o voto seriam *obrigatórios* para homens e mulheres, quando estas exercessem função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinasse. Ou seja, se para todos eles o voto era obrigatório, para elas se restringia essa obrigação às que exercessem função pública remunerada. No entanto, às mulheres estava aberto o direito de atingir os mais altos cargos de governo e de representação.

O Capítulo II tratava dos direitos e das garantias individuais. Seu art. 113 afirmava que todos eram iguais perante a lei e que não haveria privilégios nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

O Título IV, relativo à ordem econômica e social, em seu art. 121, § 1.º, rezava que a legislação do trabalho observaria os seguintes preceitos, além de outros que colimassem melhorar as condições do trabalhador:

a — Proibição de diferença de salário para o mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

b — Proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e, em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; (...)

h — Assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego; e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte (...)

Parágrafo 3.º — Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas."

O art. 138 obrigava a União, os Estados e Municípios, nos termos da lei respectiva, a:

c — amparar a maternidade e a infância;

d — socorrer as famílias de prole numerosa."

O artigo 141 dizia ser obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios deveriam destinar 1% das respectivas rendas tributárias.

No Título IV, Da Segurança Nacional, artigo 163, as mulheres ficaram excetuadas do serviço militar. Quando se tratava dos funcionários públicos, no Título VII, artigo 168, explicitava-se que os cargos públicos seriam acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuisse.

Já no artigo 170, item 10.º, afirmava-se que os funcionários teriam direito a férias anuais sem descontos. E a funcionária gestante, a 3 meses de licença com vencimentos integrais.

Pela primeira vez uma mulher assinava, como constituinte, uma Carta Magna brasileira: Carlota Pereira de Queiroz, representante de São Paulo pela Chapa Única, entre 214 congressistas. Como suplentes, no entanto, elegeram-se: Edith Dinoah da Costa Braga (Ceará, Partido Social Democrático); Edith Mendes da Gama Abreu (Bahia, legenda "A Bahia ainda é a Bahia"); Bertha Maria Júlia Lutz (Distrito Federal, Partido Autonomista) e Lydia de Oliveira (Rio de Janeiro, Partido Socialista).

Alguns comentários devem ser feitos com relação às idéias trazidas pela Constituição de 1934. Primeiro, o fato de que, ainda que não tenha sido plenamente implantada, o Governo ditatorial e populista de Vargas desenvolveu certas políticas nela agendadas, principalmente no tocante à classe operária.

No entanto, como o movimento sufragista feminino, tendo atingido seu objetivo específico, havia praticamente desaparecido enquanto forma de pressão, aquelas ações previstas para a mulher foram executadas apenas à medida que se tratava da assistência à maternidade. Muitos dos avanços obtidos na Lei se perderam na prática.

É interessante pensar que, no Brasil, a momentos de democratização correspondem sempre ondas de políticas, que se traduzem muitas vezes nas mesmas propostas, ainda que com formatos diferenciados, inclusive porque há problemas que permanecem intocados. Nesse sentido, deve-se observar que as Constituições de 1946 e 1988 retomaram várias das conquistas presentes na de 1934, com relação ao gênero feminino.

2.4. *Lei Magna de 1937*

Outorgada em 10 de novembro de 1937, esta Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil foi um instrumento de implantação da era ditatorial de Vargas, conhecida como Estado Novo.

Em termos de conteúdo, foram mantidos quase os mesmos direitos conseguidos pela mulher a partir de 1934, como o de ocupar postos políticos (arts. 51, 81 e 88); o de votar (art. 117); o princípio da isonomia e a possibilidade de acesso a cargos públicos (art. 122, n.ºs 1 e 3).

Entretanto, no que diz respeito aos direitos trabalhistas, perdeu-se o de manter o emprego, durante o período de "descanso remunerado" pré e pós-parto. Confirma o art. 137 (letra l) o preceito de "assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto". Retirou-se, sutilmente, o que preconizava a Constituição anterior quando afirmava "... sem prejuízo do salário e do emprego" (grifo nosso), art. 121, letra h. Assim, o empregador não tinha qualquer obrigação de receber de volta sua empregada, após o período de descanso previsto em lei.

O art. 156 assegurava à funcionária pública gestante o mesmo prazo de três meses, com vencimentos integrais.

Quanto ao art. 164, dizia estarem obrigados, todos os brasileiros, ao “serviço militar e a outros encargos necessários à defesa da pátria, nos termos e sob as penas da lei”. Segundo esse dispositivo, portanto, também as pessoas do gênero feminino tinham que dar sua contribuição ao serviço militar.

A Constituição de 1937 não foi assinada por nenhuma mulher, tendo sido redigida por Francisco Campos e outorgada por Vargas.

2.5. A Carta de 1946

Promulgada em 18 de setembro de 1946, esta Constituição representou a volta ao regime democrático de governo. No entanto, os movimentos de mulheres haviam se desmobilizado durante os anos da ditadura varguista e nenhuma delas foi eleita para a Assembléia Constituinte.

Em termos dos direitos políticos e econômico-sociais do gênero feminino, a Constituição de 1946 retomou a de 1934, mais que a de 1937.

A elegibilidade para os altos cargos de governo foi mantida.

Os artigos 131 a 133 obrigavam a votar os brasileiros de ambos os sexos, maiores de 18 anos. O art. 134 proclamava o sufrágio universal e direto. Observa-se, no art. 141, § 1.º, a máxima liberal de que “todos são iguais perante a lei”.

No art. 157 (inciso II) prescrevia-se a “proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil”. A Constituição de 1934 continha o mesmo dispositivo (art. 121, letra a).

O n.º IX do mesmo artigo proibia o trabalho de mulheres em indústrias insalubres, dispositivo também encontrado nas Leis de 1934 e 1937, vinculando-se principalmente à questão da maternidade e da prole sadia.

Com preocupação semelhante, no n.º X do art. 157, verifica-se a retomada do “direito da gestante a descanso antes e depois do parto, *sem prejuízo do emprego nem do salário*” (grifo nosso). O período desse repouso já havia sido estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943 (CLT) e correspondia a seis semanas antes e seis depois do parto. No entanto, sabe-se que até hoje a norma de manter a grávida no emprego é muitas vezes violada.

Ainda no art. 157 (inciso XIV) preconizava-se a “assistência sanitária, inclusive hospitalar e médico-preventiva, ao trabalhador e à gestante”. O inciso XVI dispunha sobre a instituição da “previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte”.

Pelo art. 164 tornou-se obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. Propunha-se também o amparo às famílias de prole numerosa.

O art. 181 declarava: "todos os brasileiros são obrigados ao serviço militar ou a outros encargos necessários à defesa da Pátria, nos termos e sob as penas da lei". No entanto, à diferença da Constituição de 1937, seu § 1.º isentava as mulheres do referido serviço, embora as mantivesse "sujeitas aos encargos que a lei estabelecer".

Os cargos públicos mantiveram-se acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecesse.

2.6. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967 e Emenda Constitucional n.º 1, de 27 de outubro de 1969*

Aprovada por um Congresso frágil e que havia passado por sucessivas cassações dos direitos políticos de parlamentares, a Constituição de 1967 não apresentou grandes avanços, no que tange à questão sob análise. O momento político não era favorável a novas conquistas, cabendo a necessidade de se exigir o cumprimento das garantias mínimas do cidadão, que foram desconsideradas.

Quanto à Emenda Constitucional n.º 1, foi decretada pela Junta Militar que assumiu a direção do País e modificou a Constituição de 1967, que permaneceu em vigor até 1988 e recebeu mais 26 emendas.

O art. 101 previa o prazo de 30 anos de trabalho para aposentadoria das funcionárias públicas, contra 35 anos para os homens, o mesmo valendo para se receber os proventos integrais da aposentadoria.

A tema semelhante se referia seu art. 165, que assegurava direitos aos trabalhadores, dentre os quais se encontrava a "aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral. . ." (inciso XIX.)

Nada mais apresentava de inovador quanto a direitos do gênero feminino, em comparação com os já previstos nas Constituições anteriores.

2.7. *A Constituição de 5 de outubro de 1988*

Promulgada em etapa de redemocratização nacional, a Lei Suprema atualmente vigente soube aproveitar o momento político favorável para introduzir novos direitos de cidadania, entre eles alguns relativos ao gênero feminino.

Além disso, foi mais expressiva que em todas as Cartas anteriores a eleição e atuação de mulheres constituintes. O quadro 1, que se segue, apresenta-as conforme Estado de origem, partido e profissão.

Observa-se a participação de 26 deputadas e nenhuma senadora, o que corresponde apenas a 4,5% do total de parlamentares (573). Ressalte-se que

o Estado de Minas Gerais, que mostra a segunda maior bancada nacional, não apresentou qualquer constituinte do gênero feminino.

Em termos de distribuição partidária, verifica-se a preponderância do PMDB (8) e PFL (7), partidos majoritários na época. As outras agremiações representadas foram: PDT (1), PC do B (1), PDS (2), PT (2), PTB (2) e PSB (3).

No que se refere às profissões, predomina a de professora (12), tipicamente feminina. Aparecem com maior frequência, além dessa, as de jornalista (6), advogada (4), servidora pública (3) e assistente social (3).

Quanto aos direitos concernentes à mulher, o Título I, art. 3.º, inciso IV, reza que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

No Título II, o art. 5.º mantém a prescrição liberal de que “todos são iguais perante a lei...”, continuando, no inciso I, a afirmar que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações...”.

Este aspecto é de grande significado (sendo completado na parte referente à família), já que o marido deixa de ser considerado “cabeça de casal”.

Quanto à máxima da igualdade perante a lei, reiterada em sucessivas Cartas, tem sido muito questionada, porque declarar a igualdade legal de desiguais social e economicamente ou de pessoas que sofrem discriminação e marginalizações poderá contribuir para a própria cristalização da desigualdade. Será necessário, para superar esta questão, exigir o desenvolvimento de mecanismos compensatórios efetivos, para uma concreta promoção da igualdade (7).

No mesmo art. 5.º, o inciso L, assegura às presidiárias as condições para permanecer com seus filhos na etapa de amamentação.

O Cap. II, art. 6.º, proclama como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

O art. 7.º garante a licença à gestante durante 120 dias, sem prejuízo do emprego nem do salário (inciso XVIII) e proteção do mercado de trabalho da mulher, através de incentivos específicos, não definidos ainda (inciso XX). Explicita também o direito do trabalhador à assistência aos filhos e dependentes de 0 a 6 anos em creches e pré-escolas (XXV) e proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por razões de sexo, idade, cor ou estado civil (XXX).

Quanto à questão do trabalho noturno, perigoso ou insalubre, deixa de haver a proibição anterior, relativa às mulheres (XXXIII).

(7) COELHO, J. G. L. *A Constituição Brasileira de 1988: definições e desafios*. Brasília: (s.n.), 1988. 93 p. Mimeo.

QUADRO 1

MEMBROS DO GÊNERO FEMININO NA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1988,
SEGUNDO CARGO ELETIVO, ESTADO DE ORIGEM, PARTIDO E PROFISSÃO

NOME	Cargo Eletivo	Estado de Origem	Partido	PROFISSÃO
— Maria Lúcia Mello de Araújo	Deputada	Acre	PMDB	Professora
— Raquel Capiberibe da Silva	Deputada	Amapá	PSB	Prof., Serv. Públ. e Orient. Pedagógica
— Elizabeth Azize	Deputada	Amazonas	PSB	Advogada e Jornalista
— Eunice Mafalda Michiles	Deputada	Amazonas	PFL	Professora e Comerciante
— Sadie Rodrigues Hauache	Deputada	Amazonas	PFL	Jornalista e Empresária
— Maria Abigail Feitosa	Deputada	Bahia	PSB	Médica
— Lídice da Mata e Souza	Deputada	Bahia	PC do Brasil	Economista
— Moema Correia São Thiago	Deputada	Ceará	PDT	Advogada
— Márcia Kubitscheck	Deputada	D. Federal	PMDB	Jornalista
— Maria de Lourdes Abadia Bastos	Deputada	D. Federal	PFL	Professora e Assistente Social
— Rita de Cássia Paste Camata	Deputada	Esp. Santo	PMDB	Jornalista
— Rosilda de Freitas	Deputada	Esp. Santo	PMDB	Prof., Radialista e Agrimensora
— Lúcia Vânia Abrão Costa	Deputada	Goiás	PMDB	Jornalista e Professora
— Antônia Lúcia Navarro Braga	Deputada	Paraná	PFL	Assistente Social
— Maria Cristina de L. Tavares Correia	Deputada	Pernambuco	PMDB	Jornalista e Professora
— Myriam Nogueira Portella Nunes	Deputada	Piauí	PDS	Advogada e Servidora Pública
— Wilma Maria de Faria Maia	Deputada	R. G. Norte	FDS	Professora
— Anna Maria M. Scorgelli Rattes	Deputada	R. de Janeiro	PMDB	Advogada
— Benedita Souza da Silva	Deputada	R. de Janeiro	PT	Assistente Social e Professora
— Sandra Martins Cavalcanti	Deputada	R. de Janeiro	PFL	Professora
— Raquel Cândido e Silva	Deputada	Rondônia	PFL	Servidora Pública
— Rita Isabel Gomes Furtado	Deputada	Rondônia	PFL	Professora e Radialista
— Maria Marluce Moreira Pinto	Deputada	Roraima	PTB	Empresária Industrial
— Elizabete Mendes de Oliveira	Deputada	São Paulo	PMDB	Atriz
— Dirce Maria do Valle Quadros	Deputada	São Paulo	PTB	Bióloga e Pesquisadora
— Irna Rossetto Passoni	Deputada	São Paulo	PT	Prof. e Supervisora de Trein. de Pessoal

FONTE: Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar. Quem foi quem na Constituição: nas questões de Interesses dos Trabalhadores. São Paulo: Cortez, Oboré, 1988.

O Título V, em seu art. 143, § 2.º, isenta as mulheres do serviço militar obrigatório em tempo de paz, estando, porém, sujeitas a “outros encargos que a lei lhes atribuir”.

Direito de suma importância passa a ser assegurado à mulher rural no Título VII, Cap. III, art. 189. Em seu parágrafo único, fica estabelecido que tanto o homem quanto a mulher poderão receber título de domínio e concessão de uso de imóveis rurais distribuídos pela reforma agrária, independente de seu estado civil.

A proteção à maternidade, especialmente à gestante, está assegurada no Título VIII, Seção III, art. 201 (inciso III). A aposentadoria da mulher aos trinta anos (e aos 25, se for professora) é mantida (art. 202, I).

No art. 203 (inciso I), reafirma-se a proteção à maternidade e à família, enquanto o direito de atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos é confirmado no art. 208 (IV).

Reconhece-se a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, para efeito da proteção do Estado (Cap. VII, art. 226, § 3.º) e estabelece-se que a sociedade conjugal é responsabilidade igual do homem e da mulher, quanto a direitos e deveres (§ 5.º).

Declara-se a obrigação do Estado de aplicar percentual não determinado dos recursos públicos, destinados à saúde, em assistência materno-infantil (art. 227, § 1.º, inciso I).

Nas Disposições Transitórias, o art. 10 veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses depois do parto (inciso II, letra b).

Como se pode observar, a Constituição Brasileira atual é pródiga na manutenção ou introdução de direitos da mulher, reforçando seu lugar de cidadã plena. Entretanto, dado que a legislação, por si só, não garante a prática social desses direitos, é preciso continuar a exigir seu cumprimento.

3. *As Constituições Mineiras*

Analise-se, agora, o que rezam as Constituições mineiras, com o intuito de se observar se o Estado avançou ou não mais que o Brasil, com relação aos direitos do gênero feminino.

3.1 *Constituição Política do Estado de Minas Gerais, de 1891*

Promulgada em 15 de junho de 1891, seu Título I tratava da Organização do Estado. Dentro dele, o art. 3.º, § 1.º, explicitava que todos eram iguais perante a lei, afirmação que não correspondia a prática, à medida que, nessa época, a mulher não votava nem era percebida como cidadã. No § 4.º, tem-se que o Estado só reconheceria o casamento civil, cuja celebração seria gratuita.

Quando tratava, no Título II, do regime eleitoral, rezava o art. 82 que teriam voto nas eleições de membros do Congresso, de presidente e de vice-

presidente, de membros das câmaras municipais e de juizes de paz, os cidadãos maiores de 21 anos que soubessem ler e escrever. E o art. 83 repete o que se encontrava na Constituição brasileira, excluindo de votar nas eleições do Estado os mendigos, os analfabetos, as praças de pré e os religiosos. Ou seja, em Minas, a exemplo do que ocorria na Constituição Federal, as mulheres não estavam presentes nem entre as pessoas com possibilidade de votar nem entre as que estavam proibidas de fazê-lo. Não se teve, pois, nenhum ganho diferenciado quanto às questões relativas ao gênero feminino.

3.2. *Constituição do Estado de Minas Gerais, de 1935*

Datada de 30 de julho de 1935, foi promulgada um ano depois da Constituição brasileira de 1934, que significou avanço na direção da isonomia homem/mulher.

Justamente por isso, impressiona observar que a Carta mineira não menciona qualquer questão a respeito do gênero feminino, nem sequer em termos de assistência à maternidade.

Enquanto, por exemplo, no Rio Grande do Norte tinha sido instituído o voto feminino em 1927 (Lei n.º 660, de 25 de outubro), o proverbialmente conservador Estado de Minas Gerais ainda parecia ignorar a temática da mulher, doze anos depois. Nenhum constituinte do gênero feminino esteve presente na elaboração da Carta de 1935.

Até o fim do Estado Novo, Minas foi governada por um interventor nomeado pela ditadura de Vargas, o que dispensou a elaboração de normas constitucionais estaduais.

3.3. *Constituição de 1947*

Promulgada em 14 de julho de 1947, em seu Título X, art. 123, proclamava obrigatória a assistência à maternidade, à infância e à adolescência, para o que o Estado deveria destinar no mínimo 2% de suas rendas.

No Título XII, reafirmava-se serem os cargos públicos acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo.

A aposentadoria integral aos 25 anos de efetivo exercício está garantida ao pessoal do magistério (que, em Minas, tem expressiva participação de mulheres) no art. 142, § 2.º. Já o § 3.º dava às professoras primárias o direito de se aposentarem com vencimentos integrais aos 60 anos de idade.

Como se pode observar, nenhuma prática ou direito inovador foi acrescentado ao que rezava a Constituição brasileira vigente à época. Poderia ter sido melhor aproveitado o momento político de redemocratização, consolidando-se avanços sociais importantes.

Mulher alguma participou de sua elaboração.

3.4. *Constituição do Estado de Minas Gerais, de 1967*

Promulgada em 13 de maio de 1967, sob o regime militar, confirmou direitos previstos na Constituição Federal, de si pouco inovadora.

No Capítulo VI, Do Poder Executivo, Seção 6 (relativa aos funcionários públicos), o art. 117 garantia-lhes a aposentadoria aos 35 anos de serviço, que se reduziam a 30, no caso de mulher.

O Título III, Da Ordem Econômica e Social, em seu art. 217, afirmava ser obrigatória a assistência à mulher mediante órgãos especializados e fundações que o Estado instituisse.

Pela primeira vez na história de Minas, uma mulher, Maria Pena, assinou o texto, entre 81 constituintes. Já em 26 de agosto de 1975, na elaboração da Emenda Constitucional n.º 3, observa-se a presença de uma segunda representante, Júnia Marise Azevedo Coutinho.

3.5. *Constituição atual*

Promulgada em 21 de setembro de 1989, é interessante relatar alguns aspectos do processo constituinte mineiro, no que diz respeito à temática em pauta.

Inicialmente encaradas como tema específico, as referidas questões passaram a ser enquadradas na vara comum da família, do idoso, do adolescente e do menor.

Durante esse processo, foram realizadas sessões que envolveram parlamentares, especialistas, representantes de entidades e público em geral, para discussão e apresentação de propostas relativas aos temas de interesse, numa louvável postura democrática.

No entanto, para coordenar a sessão sobre a temática dos cidadãos de segunda classe, entre os quais a mulher foi enquadrada, indicou-se um deputado estadual do PDS, dos mais conservadores e inexpressivos, que não concedeu maior atenção ao assunto em momento algum.

Frente a esse quadro, é importante considerar dois aspectos. O primeiro é o do menoscabo pela questão. O segundo é que muda o foco que deveria ser dado aos problemas do gênero feminino: ao invés dos direitos de cidadania, as discussões e proposições se encaminharam para o amparo aos carentes, à medida que a mulher foi colocada entre estratos desprivilegiados da sociedade, necessitando de assistência do Estado.

O carente é alguém a quem, real ou *atribuído*, falta algo. E a assistência que lhe deve ser dada passa pela concepção, em geral traduzida pela burocracia pública em programas e ações, de que essa falta tem que ser suprida pelo Estado *benefactor*.

No caso da mulher, portanto, como no dos outros grupos entre os quais foi colocada, deixa-se de percebê-la como *cidadã*, que usufrui de direitos na sociedade política, passando-se a vê-la como parte de estratos *dependen-*

tes de ajuda, em consideração a sua real ou suposta fragilidade física ou econômica.

Desloca-se então o problema, nessa ótica, do campo das relações sociais e políticas (que geram *direitos*), para uma questão de demérito individual (objeto de *assistência*). Substitui-se o que seria uma pressão conflitiva de determinado segmento da sociedade sobre o Estado, e portanto motivo de negociação e acomodação, por uma decisão e concessão do próprio Estado.

Isso faz com que se perca do ímpeto evolucionário em direção à cidadania plena de cerca da metade dos habitantes de Minas, as mulheres, mantendo uma tradição que vem de longa data no País e que, na esfera nacional, ganhou maior espaço no sentido de sua superação, no processo constituinte de 1988.

Em sua redação definitiva, a Constituição Mineira de 1989 expressa o que se vem de afirmar, já em seu Título I, art. 2.º, quando, entre os objetivos prioritários do Estado, apresenta a garantia da educação, do ensino, da saúde e da assistência à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (inciso VII).

Pelo art. 4.º, § 7.º, inciso V, fica assegurado ao *presidiário* o direito a creche ou outras condições para que possa atender ao disposto no art. 5.º, L, da Constituição Federal (refere-se à etapa de amamentação!).

Os servidores públicos civis têm confirmado o direito à assistência gratuita, a seus filhos e dependentes de 0 a 6 anos, em creche e pré-escola (art. 31, inciso IV). São mantidos também os prazos menores para a aposentadoria das mulheres que dos homens (art. 36, III, *a, b, c e d*).

No Título IV, Cap. I, Seção III, o art. 198 reafirma a obrigação do poder público de propiciar atendimento gratuito em creche e pré-escola à criança de 0 a 6 anos, em período diário de 8 horas, com garantia de acesso ao ensino fundamental.

A Seção VIII, art. 221, inciso IV, afirma que o Estado deverá manter programas destinados ao acolhimento de mulher, criança, adolescente e idoso, vítimas de violência dentro ou fora do âmbito familiar, de preferência em casa especializada. Deverá, ainda, destinar recursos à assistência materno-infantil (art. 222, § 2.º).

Confirmando, como não poderia deixar de fazer, o que reza a Constituição Federal, o art. 247, § 5.º, confere o título de domínio e a concessão de uso de terra ao homem ou à mulher, ou a ambos, independente do estado civil.

Nada mais está expresso na atual Carta mineira a respeito do gênero feminino. Inclusive, o termo *mulher* nem consta do índice temático apresentado ao final da edição consultada, coordenada e editada pelo Dr. César Sampaio.

A Constituição Mineira de 1989 foi elaborada com a participação de três mulheres, entre 77 parlamentares: Maria Elvira Sales Ferreira (PMDB, professora, profissional de relações públicas, jornalista, empresária e radiologista); Maria José Hauelsen (suplente pelo PT, professora) Sandra Meira Starling (PT, professora e advogada). Também em Minas nota-se o predomínio (absoluto) da tradicional profissão feminina de professora.

Seria de se esperar das três representantes femininas na Assembléia mineira uma atuação e uma articulação mais destacadas em favor das mulheres, que redundassem em políticas mais expressivas.

4. *Considerações finais*

Observa-se, através da análise feita, que as Constituições mineiras não só pouco inovaram com relação às Federais, como deixaram até mesmo de se referir a preceitos que estas haviam garantido, a exemplo da de 1935. Sabe-se que muitas das prescrições que estavam presentes nas Constituições, tanto brasileiras quanto mineiras, nunca foram cumpridas.

Por outro lado, foi possível verificar o processo evolucionário pelo qual passou a questão da mulher, um processo de seleção no qual algumas idéias floresceram e sobreviveram em sua aplicação quotidiana, enquanto outras perderam vigor e terminaram abandonadas, caindo numa zona de indiferença.

Não se pode desconsiderar, por isso, que de nada adiantam as normas constitucionais se os princípios por elas instituídos não se assentarem no todo social, de forma a serem efetivamente obedecidos. E isto depende, em grande parte, de nossa conscientização e organização em defesa dos direitos da mulher.

Para que isso se dê e continue a desejada evolução, é preciso exigir também o cumprimento da legislação e colocar as questões relativas à mulher em fóruns diversos, de modo a garantir-lhes espaço e adeptos, discutindo obstáculos e buscando soluções. Não se deve esquecer que o consenso é construído, muitas vezes, através de processos de persuasão e difusão.

É indispensável que aos ganhos obtidos, às reivindicações atendidas, sucedam-se outros, mantendo-se o caminhar, hoje já sem retorno, na direção da isonomia entre homens e mulheres.

Ressalte-se que a introdução de novos direitos, entre os quais os referentes à mulher, na agenda de decisão governamental, se efetua através da abertura do que se chama de "janelas de política". Tais espaços se abrem não muito freqüentemente e se fecham em curto período de tempo. As maiores mudanças na política pública em geral são resultantes do aparecimento dessas oportunidades. É preciso, portanto, ter propostas e prioridades minimamente consensuais para apresentar, quando ocorrer, a abertura da "janela de política".

Vale reforçar a idéia de que a probabilidade de que um item entre na agenda de decisão é muito aumentada se ocorrerem simultaneamente os três fatores antes mencionados: a consciência de uma condição que passa a ser problema, a presença de propostas de política e o momento favorável. Nenhuma delas por si só, isolada, é suficiente para que um tema se insira firmemente na mencionada agenda.

O importante, pois, é conseguir sua articulação ou acoplamento. Nota-se que a questão feminina é atualmente reconhecida pela sociedade brasileira. Há que se trabalhar melhores propostas de solução (algumas inclusive já incluídas na Constituição Federal) e continuar lutando para que o clima político se mantenha favorável à mudança. Nesse aspecto, Minas Gerais tem perdido espaço e tempo.

Volta-se a afirmar que a legislação sozinha não é suficiente, é preciso exigir sua regulamentação e efetiva aplicação. É necessário, também, aumentar o nível de consciência da sociedade como um todo (e das próprias mulheres), para que a isso corresponda o aumento da relevância socialmente atribuída às temáticas objeto deste ensaio. Tem-se que obter concordância, acordos, alianças, quanto às propostas de solução dos problemas existentes, para que a situação da mulher em Minas e no Brasil caminhe cada vez mais para a menor discriminação. E é indispensável, ainda, eleger mais parlamentares compromissados com as reivindicações das mulheres.

O estudo das Constituições permitiu realçar, finalmente, que a legislação e a realidade política estão intimamente relacionadas. Senão imediatamente, as Constituições foram confirmando, paulatinamente, mudanças na correlação real das forças presentes na sociedade, constituindo-se, assim, em elementos de progresso. Espera-se que possam continuar a sê-lo, para que a mulher alcance, enfim, a cidadania plena.

Bibliografia

- BONAVIDES, Paulo, PAES DE ANDRADE. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1988.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado, coord. *A mulher e a constituinte*. Belo Horizonte: UFMG/Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre a Mulher, 1986.
- EDWARDS, George C. *Implementing public policy*. Washington: Congressional Quarterly Press, 1980.
- LIMA, Rosah Russomano de Mendonça. A mulher na Constituição Brasileira e o sistema dos países americanos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 163, n.ºs 631/632, pp. 419-444, jan./fev. 1956.
- NAZARIO, Diva Nolf. *Voto feminino e feminismo*. São Paulo: (s.n.), 1923.
- SPOSATI, Aldaiza, FALCÃO, Maria do Carmo, FLEURY, Sônia Maria Telxeira. *Os direitos (dos desassistidos) sociais*. São Paulo: Cortez, 1989.
- VERUCCI, Florisa. *A mulher e o Direito*. São Paulo: Nobel, 1986.

Fundações Privadas Instituídas pelo Poder Público

ADILSON ABREU DALLARI

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo

Assunto extremamente polêmico, que vem suscitando as maiores controvérsias, é a questão da natureza jurídica ou, melhor dizendo, do regime jurídico das fundações instituídas pelo Poder Público.

Em que medida estariam tais entidades sujeitas aos princípios do art. 37 da Constituição Federal? Seus servidores são ou não são abrangidos pelo regime jurídico único previsto no art. 39? A proibição de acumular cargos, empregos e funções aplica-se a todas elas? Estão elas obrigadas a observar o princípio da licitação? Quais fundações estão sujeitas ao controle externo exercido através dos Tribunais de Contas?

Esta última indagação provocou uma atitude deveras interessante por parte do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que, preocupado em não deixar escapar ao seu controle um grande número de fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, mas revestidas da forma de direito privado, expediu as Instruções n.º 3/89 (publicadas no *DOE* de 21-7-89), com o seguinte teor:

“O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, com fundamento no inciso XVIII do art. 20 da Lei n.º 10.319, de 16 de dezembro de 1968, no art. 14 da Lei n.º 10.320, de 16 de dezembro de 1968, e no art. 32 da Constituição do Estado, expede as seguintes instruções:

I — as fundações tidas como privadas, que se enquadram nas condições abaixo descritas, deverão observar as disposições contidas nas Instruções 2/85, que dispõem sobre a fiscalização financeira e sobre o julgamento das contas das fundações mantidas pela administração direta ou indireta do Estado e nas Ins-

truções 1/77, na parte concernente às fundações instituídas pelo Órgão Público Municipal:

a) tenham sido criadas ou sejam mantidas por pessoas da Administração Indireta do Estado ou por Órgão Público Municipal;

b) estejam sob a suspensão ou sob o controle das pessoas acima mencionadas, ou de seus delegados;

c) sejam administradas por funcionários ou servidores públicos de quaisquer pessoas da Administração Indireta do Estado ou de Órgão Público Municipal;

d) estejam localizadas em imóveis públicos ou destinado ao serviço público;

e) recebam recursos financeiros da Administração Direta ou Indireta do Estado ou de Órgão Público Municipal;

f) ajustem, regularmente, convênios ou contratos com a Administração Direta ou Indireta do Estado ou Órgão Público Municipal;

g) não consigam cumprir suas metas estatutárias sem os recursos financeiros recebidos da Administração Direta, Indireta do Estado ou de Órgão Público Municipal ou sem com elas firmar convênios ou contratos;

II — as presentes Instruções entrarão em vigor a 10 de agosto de 1989”.

A atitude da Corte Estadual de Contas indica que, para esse elevado órgão de controle, as fundações enquadráveis nas situações acima referidas são fundações públicas, disfarçadas de fundações privadas.

Está correta a atitude do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo? Todas as fundações instituídas pelo Poder Público são públicas? Existem fundações criadas pelo Poder Público imunes à ação do Tribunal de Contas?

Para que se possa responder às indagações acima formuladas é preciso percorrer um caminho que parte do conceito de fundação esposado pelo Código Civil Brasileiro, passa pelo exame da legislação referente à organização administrativa, examina as opiniões da doutrina sobre o tema, e, finalmente, chega aos textos constitucionais atualmente em vigor.

O Código Civil, em seu art. 16, classifica as fundações como espécies do gênero “pessoas jurídicas de direito privado”. Mais adiante, nos arts. 24 e seguintes, cuida da forma de criação de fundações, qual seja, mediante escritura pública, registrada no competente Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, na qual o instituidor (ou instituidores) especificará os

bens que integram o fundo, sua destinação específica, e a maneira como deve ser feita a administração.

O Código Civil não oferece um conceito de fundação, mas do conjunto de seus dispositivos pode-se concluir que, em síntese, a fundação é um patrimônio personalizado e afetado a um fim.

SILVIO RODRIGUES (*Direito Civil*, Parte Geral, vol. 1, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1962, págs. 99 e 100), assim enfoca a questão:

“Fundação é uma organização que gira em torno de um patrimônio. É um patrimônio destinado a um fim determinado, e ao qual a lei, cumpridos certos requisitos, atribui personalidade, ou seja, capacidade para ter a titularidade de direitos.

Trata-se, portanto, de uma universalidade de bens, *universitas bonorum*, a que a lei atribui personalidade jurídica. Ora, tal asserção deve, naturalmente, provocar alguma perplexidade, porque os bens, via de regra, são objetos de direito, e não sujeitos de direitos. Se o direito tem por escopo proteger os interesses humanos, é de um certo modo ilógico imaginar-se a atribuição de personalidade a um acervo de bens. Todavia, a objeção pode ser contornada se considerarmos que, embora a fundação consista num patrimônio, a sua instituição almeja atingir a satisfação de algum interesse humano.”

A passagem supratranscrita mostra que a fundação deve realizar interesses que são estipulados pelo seu instituidor, pelo antigo dono dos bens que formam o fundo. Portanto, a *origem dos bens* é de fundamental importância para o estudo das fundações.

Sendo o instituidor uma pessoa física ou jurídica privada, a finalidade da fundação poderá ser puramente privada, como também poderá ter relevante interesse para a coletividade.

Adianta-se, porém, desde já, que se o instituidor for uma entidade pública, a finalidade da fundação somente poderá ser de interesse público.

MARIA HELENA DINIZ (“Curso de Direito Civil Brasileiro”, 1.º volume, *Teoria Geral do Direito Civil*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1987, pág. 115) destaca, com muita propriedade, ao se referir ao fim estipulado pelo instituidor, que o objetivo da fundação é imutável e que, em decorrência disso, os órgãos diretivos da fundação são servientes, pois suas decisões estão sempre delimitadas pela vontade originária do instituidor.

Para que essa vontade seja fielmente observada, inclusive para evitar que a má gestão do fundo possa redundar na violação maior, total e definitiva, da vontade do instituidor, o Código Civil estipula, em seu art. 26, o seguinte:

“Art. 26. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.”

Cabe apenas registrar que o Código Civil cuida precipuamente de relações jurídicas entre particulares e, assim, nada estipulou no tocante a fundações instituídas pelo poder público.

Entretanto, num passado recente, quando a Administração Pública, procurando atuar com maior agilidade e maior eficácia, foi buscar no direito privado algumas formas organizacionais, tomou de empréstimo, também, a figura jurídica da fundação.

No direito administrativo brasileiro, porém, o tratamento dispensado às fundações sofreu profundas influências do momento histórico então vigente. Vivia o Brasil tempos de ditadura disfarçada. De uso de poderes absolutos ou quase absolutos, graças a um controle pífio, cúmplice ou comprometido. Nesse panorama, o conceito de fundação foi manipulado para que se pudesse utilizar recursos públicos sem os rigores do orçamento e da fiscalização financeira e orçamentária.

Criaram-se fundações que de fundações só tinham o nome, pois o fundo inicial era absolutamente insuficiente para assegurar a realização das finalidades alegadas no ato de instituição, levando a que tais entidades não fossem apenas *criadas*, mas, sim, também *mantidas* pelo poder público.

As alterações sofridas ao longo do tempo pela legislação federal no tocante às fundações governamentais são bastante significativas.

Em 25 de fevereiro de 1967, foi editado o famoso Decreto-Lei n.º 200, dispondo, de maneira global e integrada, sobre a estrutura e a organização da Administração Federal. Em seu art. 4.º ele dizia, em sua redação original, que a Administração Federal compreendia a Administração Direta e a Administração Indireta, sendo esta última integrada por três espécies de entidades: autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Entretanto, o parágrafo 2.º desse mesmo artigo assim estipulava:

“Parágrafo 2.º — Equiparam-se às Empresas Públicas, para os efeitos desta lei, as fundações instituídas em virtude de lei federal, quaisquer que sejam suas finalidades.”

Tal parágrafo, todavia, foi expressamente revogado pelo art. 8.º do Decreto-Lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, o qual, em seu art. 3.º, estabeleceu o seguinte:

“Art. 3.º — Não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebem subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os arts. 19 e 26 do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967.”

A modificação feita pode ser facilmente explicada. Na redação original, a “equiparação” às empresas públicas poderia ensejar problemas de

acumulação de cargos e de controle pelo Tribunal de Contas. Ao afirmar que as fundações não integravam a Administração Indireta, tais problemas foram resolvidos, de maneira bastante simples, quase mágica.

As fundações ficavam sob controle apenas do Poder Executivo (supervisão ministerial) não obstante fossem uma forma de gestão de bens e serviços públicos. Pedindo-se especial vênia para o uso de uma expressão popular, pode-se dizer que, em síntese, a horta ficou sob a guarda do cabrito.

No curso do processo de redemocratização do País, em 21 de novembro de 1986 foi editado o Decreto-Lei n.º 2.299, que restaurou o parágrafo 2.º do Decreto-Lei n.º 200/67, mas com a seguinte redação:

“Parágrafo 2.º — As fundações instituídas em virtude de lei federal ou de cujos recursos participe a União integram também a administração federal indireta, para os efeitos de:

a) subordinação aos mecanismos e normas de fiscalização, controle e gestão financeira;

b) inclusão de seus cargos, empregos, funções e respectivos titulares no Plano de Classificação de Cargos instituído pela Lei n.º 5.645, de 10 de dezembro de 1970.”

Coerentemente com essa orientação, o anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal, em seu art. 6.º, estipula que a Administração Indireta compreende as seguintes categorias de entidades: autarquias, fundações públicas e empresas estatais.

Ao se referir a “fundações públicas” o Anteprojeto acima referido já deixa claro que reconhece a existência de fundações públicas (o que ainda é negado por boa parte da doutrina) e que estas não se confundem com as fundações privadas, conforme se depreende da leitura dos artigos abaixo transcritos:

“Art. 64 — Fundação pública é a entidade, criada em decorrência de lei específica, sem fins lucrativos, com personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, patrimônio e receita próprios, tendo por finalidade desenvolver atividades assistenciais, culturais, educacionais, de estudos e pesquisas, ou de apoio às referidas finalidades, que por necessidade operacional deve ser assim organizada.

Parágrafo único — Além do estabelecido neste artigo as fundações universitárias gozarão, ainda, de autonomia didático-científica.

Art. 65 — As fundações públicas não estão sujeitas às normas aplicáveis às fundações particulares, especialmente no que

tange à organização e extinção, aprovação, modificação e registro do estatuto e fiscalização pelo Ministério Público.

Art. 66 — Aplicam-se às fundações públicas as normas relativas às autarquias.”

O que está dito, em resumo, é que as fundações públicas são, na verdade, o mesmo que autarquias. O que não está dito é como ficam, qual a situação jurídica, qual o regime jurídico das fundações instituídas pelo poder público na forma do Código Civil, com personalidade jurídica de direito privado.

Aqui se encontra o ponto nodal da questão em exame: existem dois tipos de fundações dotadas de personalidade jurídica de direito privado: as fundações privadas propriamente ditas (instituídas por particulares) e as fundações privadas instituídas pelo poder público, ou seja, fundações governamentais.

Para que se possa entender não só a distinção entre elas mas também, e principalmente, a razão pela qual essas fundações são confundidas, é necessário um pequeno exame da evolução doutrinária.

O saudoso HELY LOPES MEIRELLES, em seu monumental *Direito Administrativo Brasileiro* (RT São Paulo 14.^a edição, 1988, pág. 330), ao cuidar das fundações instituídas pelo poder público, afirma categoricamente que o fato de o poder público instituir uma fundação, não a transforma em pessoa jurídica de direito público. Para ele não existe fundação de direito público, não existe fundação com personalidade jurídica de direito público.

Para o renomado mestre, fundação pública é apenas e tão-somente uma fundação privada instituída e mantida pelo poder público. Vale a pena transcrever as suas observações no tocante a tais fundações instituídas pelo poder público:

“As fundações não perdem a sua personalidade privada nem se estatizam a ponto de serem consideradas órgãos autônomos estatais, ou entidades públicas, como se vem afirmando. São e continuam sendo pessoas jurídicas de direito privado, sujeitas às normas civis das fundações (Código Civil, arts. 16, I e 24 a 30), mas destinadas a realizar atividades de interesse público, sob o amparo e controle permanente do Estado. Esse controle se opera na linha institucional e governamental, precisamente porque a fundação posta a serviço do Estado não perde a sua característica de instituição privada, mas se coloca como ente auxiliar do poder público e dele recebe recursos para a consecução de seus fins estatutários. Assim sendo, tais fundações, a nosso ver, não dispensam a fiscalização institucional do Ministério Público, que apenas valerá pela observância de seus estatutos e denunciará as irregularidades ao poder competente, no caso, o ente estatal que as institui e, por outro lado, recebendo contribuições públicas para

sua manutenção, deverão prestar contas da gestão financeira ao órgão estatal incumbido dessa fiscalização.

Não se pode confundir a fiscalização institucional do Ministério Público com o controle da Administração instituidora. Aquela visa assegurar, nas fundações, a fidelidade aos fins estatutários (controle finalístico); este visa garantir a correta gestão administrativa e exata aplicação das verbas públicas, segundo a sua destinação orçamentária (controle financeiro). Um é estabelecido em defesa da instituição; o outro, o é em defesa da Administração em geral e do erário em particular. O primeiro é um controle específico das fundações (Código Civil, art. 26); o último um controle genérico dos que cuidam de bens e interesses públicos."

Resumindo a posição do Professor HELY LOPES MEIRELLES, pode-se dizer que, para ele, quando o poder público institui uma fundação, ela terá necessariamente personalidade jurídica de direito privado e ficará também necessariamente sob a tutela do Ministério Público. Paralelamente a isso, a fundação também ficará sob o controle administrativo da pessoa pública que a houver instituído, ou seja, ficará sujeita a um tipo de controle que o Decreto-Lei n.º 200 denomina de supervisão ministerial.

Depreende-se do texto acima transcrito que, para o consagrado HELY LOPES MEIRELLES, as fundações, por serem pessoas privadas, por serem simples entes de colaboração com o poder público, não integrariam a administração pública indireta e, assim, conseqüentemente, não estariam sujeitas ao controle do Tribunal de Contas.

Não é esse, entretanto, o entendimento mais moderno ou predominante na doutrina.

Já de longa data CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, em seu *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta* (RT, São Paulo, 2.ª ed., 1983, pp. 147 e segs.), fazia uma importantíssima distinção entre as fundações instituídas pelo poder público, afirmando que elas poderiam ter tanto personalidade jurídica de direito público quanto personalidade jurídica de direito privado, dependendo da forma de sua instituição.

Positivamente, para ele, era absolutamente inaceitável que o "nome" fundação ou que a "forma organizacional" fundação pudessem assegurar a tal entidade exclusivamente personalidade jurídica de direito privado. A figura jurídica denominada "fundação" não era uma criação do Direito Civil, nem, muito menos, do Código Civil, mas, sim, é um instituto consagrado e definido pela teoria geral do Direito, comportando, por conseguinte, utilização, abrigo ou disciplina tanto na esfera do direito privado quanto no âmbito do direito público. Ou seja, tanto podem existir fundações privadas como fundações públicas.

Para CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO o poder público pode criar fundações tanto de direito público quanto de direito privado.

As fundações de direito público outra coisa não são senão autarquias. As fundações de direito privado instituídas pelo poder público não se confundem nem com as autarquias, nem com as fundações instituídas por particulares, pois, de qualquer modo, correspondendo a uma forma de atuação do poder público, apresentam especificidades disso decorrentes:

“As fundações de direito privado criadas pelo poder público submetem-se às regras do Código Civil pertinentes, previstas nos arts. 19, 24 e seguintes. Sem embargo, o simples fato de se originarem da vontade estatal e terem patrimônio constituído, ainda que parcialmente, por recursos públicos, ou a circunstância de serem subvencionadas por cofres governamentais, acarretam efeitos peculiares em seus regimes.

Desde logo, cumpre observar que não podem surgir senão em decorrência de uma lei. Faleceria ao Executivo a possibilidade de concorrer para o nascimento de uma pessoa, ou pura e simplesmente dar-lhe nascimento sem prévia autorização legal. Demais disso, a alocação de recursos públicos para a formação de seu patrimônio ou para subsidiá-la está, do mesmo modo, condicionada à existência de norma legal permissiva.

No caso, entretanto, por se tratar de entidade privada, não bastaria a lei autorizadora. Seu processo de origem requer a obediência aos requisitos previstos no diploma civil para a entronização da criatura no universo jurídico. Daí que se impõe a realização de escritura pública e registro para personalização da entidade. O controle dos atos constitutivos supõe a intervenção do Ministério Público, como prevê o Código Civil.

A extinção da fundação de direito privado criada pelo poder público far-se-á na forma prevista em seus Estatutos, e seu patrimônio, em tal hipótese, seguirá o destino estipulado em tal diploma.

A gestão dos negócios da entidade, isto é, de seus bens, assim como a persecução das finalidades que lhe tenham sido assinaladas no ato constitutivo, caberão aos órgãos previstos diretamente na lei ou nos Estatutos elaborados em obediência à realização dos propósitos nela estabelecidos e normalmente aprovados pelo Executivo mediante decreto.”

Como se pode notar, não há problemas de identificação do regime jurídico ou quanto às conseqüências ou implicações jurídicas decorrentes da instituição de fundações governamentais de direito público. O problema está na criação, pelo poder público, de fundações dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Alguns autores, inadvertidamente, chegaram a entender que tais entidades se confundiriam ou se identificariam totalmente com as fundações instituídas por particulares, escapando totalmente ao controle externo exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio ou por intermédio do Tribunal de Contas.

Quanto a isto, merece literal transcrição a vigorosa observação feita por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO em seu recente e bem lançado *Direito Administrativo* (Ed. Atlas, São Paulo, 1990, p. 274), nestes termos:

“Uma observação preliminar, mesmo quando o Estado institui fundação com personalidade jurídica privada, ela nunca se sujeita inteiramente a esse ramo do direito. Todas as fundações governamentais, ainda que não integrando a administração pública, submetem-se, sob um ou outro aspecto, ao direito público; isto se verifica, em especial, no que se refere à fiscalização financeira e orçamentária (controle externo) e ao controle interno pelo Poder Executivo; a legislação federal, mesmo quando declarava que tais entidades não integram a administração indireta (art. 3.º do Decreto-Lei n.º 900, de 29-9-69), ainda assim as submetia a esses tipos de controle.

A posição da fundação governamental privada perante o poder público é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas; todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois todas elas são instrumentos de ação do Estado para a consecução de seus fins; todas elas submetem-se ao controle estatal para que a vontade do ente público que as instituiu seja cumprida; nenhuma delas se desliga da vontade do Estado, para ganhar vida inteiramente própria; todas elas gozam de autonomia parcial, nos termos outorgados pela respectiva lei instituidora.”

Já tivemos, também, oportunidade de emitir opinião a respeito das fundações governamentais, em nosso *Regime Constitucional dos Servidores Públicos* (RT, São Paulo, 1990, pp. 43 e segs.), onde analisamos o conceito de fundação esposado ou adotado pela Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal atualmente em vigor, em seu art. 37, se refere à “administração direta, indireta ou fundacional” e, no inciso XVII do mesmo artigo, faz referência a “fundações mantidas pelo poder público”. A questão interpretativa estava em desvendar quais seriam essas fundações e se elas integram ou não a administração indireta.

Com apoio numa precisa lição de MICHEL TEMER, no sentido de que a administração indireta ou descentralizada se caracteriza, exatamente, pela criação, pelo Poder Público, de pessoas jurídicas, chegamos ao seguinte entendimento:

“Diante dessa colocação, tendo a fundação personalidade jurídica (aliás ela é exatamente isso, uma quantidade de bens ou de dinheiro, um fundo personalizado, e afetado a um fim) é

induidoso que a fundação integra, faz parte, está contida na administração indireta ou descentralizada. Portanto, quando o art. 37 se referiu à "administração indireta", já havia abarcado a administração fundacional, cuja especificação assumiu um caráter de parcial redundância.

Ocorre que o conceito de fundações firmou-se no direito positivo brasileiro com o advento do famigerado Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, o qual, com suas diversas alterações ao longo do tempo, estabeleceu a maior confusão sobre o assunto, ora ignorando a existência da fundação, ora dizendo que ela não integrava nem a administração direta, nem a administração indireta, embora apresentasse todas as características desta última. Na verdade a confusão estabelecida servia ao propósito (largamente explorado) de se criar uma entidade, com dinheiro público, mas que, recebendo a simples denominação de fundação, ficava imune às limitações e controles aplicáveis à administração direta e indireta.

O legislador constituinte pretendeu, evidentemente, cortar as rotas de fuga e, para evitar novas burlas, correu o risco de ser redundante. Não há dúvida, pois, que as fundações criadas ou mantidas pelo Poder Público integram a administração indireta.

Existem, entretanto, duas formas consagradas no direito brasileiro para a instituição pelo Poder Público, de fundações: diretamente por lei; ou, mediante autorização legislativa, na forma prescrita pelo Código Civil. Quando a lei cria diretamente uma fundação, tem-se uma fundação pública, dotada de personalidade jurídica de direito público, até porque a lei não pode criar pessoa privada. Quando, por outro lado, a lei apenas autoriza a instituição, pelo Poder Público, de uma fundação, na forma prescrita pelo Código Civil, tem-se uma fundação privada, instituída pelo Poder Público, integrante da administração indireta, mas com personalidade jurídica de direito privado, até porque o Registro Civil de Pessoas Jurídicas não tem o condão de criar pessoas públicas.

Ocorre que a denominada fundação pública outra coisa não é senão uma autarquia, pois, conforme ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, as autarquias é que podem ser fundacionais ou corporativas. Fundação pública e autarquia, no Brasil, são a mesma coisa, correspondem à mesma realidade jurídica, dado que possuem o mesmo regime jurídico."

Sabe-se agora, portanto, que nem toda fundação é pessoa jurídica de direito privado. Sabe-se, também, que nem toda fundação criada pelo Poder Público tem personalidade jurídica de direito público.

Assim, agora com maiores esclarecimentos, retoma-se à questão fundamental: como distinguir uma fundação privada de caráter particular (uma fundação privada propriamente dita) de uma fundação privada instituída ou mantida pelo Poder Público, ou seja, de uma fundação (privada) governamental?

A Constituição Federal, em seu art. 71, ao cuidar do controle externo da Administração Pública, no inciso II, menciona “administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público”. Isto significa que qualquer entidade, mesmo de direito privado, desde que instituída ou mantida pelo Poder Público, está sujeita ao Controle do Tribunal de Contas.

O ponto principal de referência, no tocante à submissão ao Tribunal de Contas, não está na personalidade jurídica (pública ou privada), mas, sim, na circunstância de ser a entidade instituída ou mantida pelo Poder Público.

É bastante ampla a competência do Tribunal de Contas, quando houver o envolvimento de recursos públicos, conforme assinalou o eminente Ministro LUCIANO BRANDÃO ALVES DE SOUZA em trabalho sobre “A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União”, publicado na *Revista de Direito Administrativo* 175/36:

“Observa-se, de logo, que o Tribunal julgará, sem ressalvas, as contas de todo o universo de órgãos da administração direta e das entidades da administração indireta. Controlará, em suma, de forma irrestrita, todos os gastos oriundos de recursos públicos, todas as contas da União em seus aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial.”

Portanto, para se saber se uma determinada fundação está ou não sujeita ao controle do Tribunal de Contas é preciso verificar se ela depende ou não de recursos oriundos do Poder Público, sob qualquer de suas formas.

Sendo uma fundação instituída pelo Poder Público, não há dúvida de que aí haverá envolvimento necessário e inegável de recursos públicos.

Porém, pode haver envolvimento de recursos públicos em uma fundação instituída por particulares, mas mantida pelo Poder Público.

Aqui está a razão pela qual o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no texto das Instruções n.º 3/89, menciona “Fundações tidas como privadas”.

Pode perfeitamente ocorrer a instituição de uma fundação particular de fachada apenas. Ou seja, que um grupo de particulares institua uma fundação sabidamente inviável, que não pode se sustentar com os rendimentos oriundos do fundo original, mas que viva na total dependência de recursos públicos, que seja realmente mantida pelo Poder Público.

Neste caso, a forma de fundação privada, particular, seria uma burla. Um subterfúgio para dispendir recursos públicos sem qualquer controle.

Não há dúvida de que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo está à procura deste tipo de entidade fundacional. Quer o Tribunal identificar as fundações governamentais *de fato*, que procuram passar por fundações privadas particulares, não obstante sobrevivam e sejam mantidas com recursos públicos.

Em cada caso será necessário verificar, primeiramente, quem instituiu a fundação: o Poder Público (administração direta ou indireta) ou um particular (em sentido estrito).

Em seguida, cabe verificar quem efetivamente controla a fundação, quem escolhe os integrantes dos órgãos de direção.

Depois, é preciso ver se a fundação não depende, não sobrevive, nem é mantida com recursos públicos. Normalmente ela deve se manter graças ao caráter substancial do fundo inicialmente instituído, podendo também receber remuneração pelos serviços que presta, tanto a entidades públicas quanto a particulares.

O simples fato de receber dinheiro de origem pública não transforma uma fundação privada (particular) em fundação pública ou governamental. Qualquer fundação pode receber auxílios ou subvenções, ou dinheiro correspondente ao pagamento da prestação de serviços ao Poder Público. O importante é verificar se ela é, ou não, contemplada com dotações orçamentárias.

Especial exame devem merecer os contratos mantidos pela fundação com entidades públicas, para verificar se não são formas disfarçadas de transferir dinheiro público para pretensos "particulares". Tais contratos devem ser reais, correspondentes a uma efetiva prestação de serviços, adequadamente remunerados.

Ressalte-se que os contratos celebrados por legítimas fundações privadas (particulares) com entidades públicas não ficam sem controle. Cabe ao Tribunal de Contas fiscalizar a celebração e execução de tais contratos, no momento de controlar as entidades públicas contratantes. Estas é que devem prestar contas ao Tribunal de Contas competente.

Diante de tudo o que foi dito resta apenas concluir que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo adotou um comportamento louvável, que deve ser seguido pelas demais Cortes congêneres, pois nem todas as fundações instituídas pelo Poder Público são "fundações públicas", dado que existem "fundações privadas instituídas pelo Poder Público", as quais também não são imunes à ação fiscalizadora do Tribunal de Contas, posto que também integram a administração pública indireta ou descentralizada.

Auditoria e Avaliação da Execução

Prof^a ROSINETHE MONTEIRO SOARES
Dep. Ciências Políticas e Relações Internacionais — UNB

No início da década dos setenta já havia nos Estados Unidos e, provavelmente em todo o mundo, uma insatisfação generalizada com a atuação da Administração Pública. O Poder Executivo parecia ter crescido além das expectativas dos contribuintes e suas preocupações não eram apenas com o custo dessa gigantesca máquina. Ela parecia não estar atenta para o conjunto de suas funções, de modo que raramente se sabia se algumas das agências ou departamentos serviam ou desserviam a comunidade. Parecia que a cabeça não conhecia do que se ocupavam os membros. Era o Leviathan sem controle de objetivos.

O fenômeno tinha mais que uma origem. Por um lado, a era do consumo em massa alcançava o Governo, por outro lado, a burocracia crescera e continuava crescendo por inércia, devido aos fatores iminentes a sua impessoalidade. Não havia uma orientação segura de responsabilidade social por parte de um sem-número de setores independentes. A independência das agências de governo lhes dava mais condições de eficácia ao início de suas operações, mas lhes tirava o sentido de responsabilidade no momento em que elas tendiam a um desvio de funções devido ao seu processo interno de institucionalização. O descontrole e disfunção eram ainda mais nítidos naqueles países tendentes a estabelecer órgãos autárquicos e a dar independência de ação aos subsistemas, como nos Estados Unidos da América (1).

A institucionalização (2) freqüentemente consiste em vinculação com os demais subsistemas da Sociedade, e pode-se dizer que quanto mais ampla esta vinculação e reconhecimento mais profunda a institucionalização. O subsistema cresce nas dimensões horizontal e vertical, na medida em que sua clientela se estende, novas funções e mais novos atores entram no subsistema. Mais gente passa não só a depender da instituição e inte-

(1) Rivlin, Alice 1974 — *League for Responsible Government*.

(2) Selznic, P. *Liderança em Administração*, Harper & Row Ed.

ragir com a mesma. E esse crescimento não se faz sem que, aos poucos, o objetivo inicial possa ser desviado, a menos que haja um controle implícito ou central.

Por outro lado, cada administrador busca promoção pelo crescimento de seu departamento ou agência independente, que para essa promoção ou em função dela, divide-se sucessivamente, tal qual uma ameba. Em pouco tempo já não se sabe se o conjunto está a serviço da Sociedade ou está apenas sustentando aquele, quase inutilmente. É freqüente que tais desvios sejam observados nos sistemas mais visíveis e controlados, quando seus objetivos são nítidos e bem localizáveis no contexto. Já no Serviço Público como um todo esses desvios passam totalmente despercebidos e são difíceis de localizar porque trincheiras defensivas se formam nas repartições e agências do Governo.

A percepção dessa realidade, em breve conduziu o cidadão a demandar de seus representantes, estruturas e atitudes *conducentes a um controle amplo, específico e, cada vez mais sofisticado da máquina que deveria implementar as leis*. Quem sabe mesmo, estas deveriam estar sob uma avaliação periódica⁽³⁾ de modo a que sua implementação continuada passasse a depender de uma análise custo-benefício em relação a outras propostas eventuais.

Estas colocações pioneiras nos Estados mais progressistas e com mais recursos disponíveis, naturalmente, iniciaram uma "onda" que se tornou moda, inclusive a nível federal, principalmente após o escândalo Watergate. Referimo-nos a auditoria em termos de avaliação, uma vez que a mera fiscalização contábil e financeira de há muito é realidade na maioria dos países.

Temos a impressão de que esse conjunto de fenômenos, talvez com Watergate servindo de gatilho, despertou no mundo e não apenas nos Estados Unidos, um sentimento de valorização do Poder Legislativo e seus Órgãos Auxiliares de Controle dos Gastos Públicos, que durou da década dos setenta, a dos oitenta, e pode perdurar na dos noventa em termos de busca de responsabilidade no Governo. Isso entretanto dependerá de que o Legislativo explore devidamente, inclusive através de suas instituições auxiliares, as modernas metodologias para fiscalização e controle por auditoria dos atos e programas do Poder Executivo.

Menos de vinte anos depois, são inúmeros os estudos a respeito da expandida função de auditoria que se tornou, para todos os efeitos uma função legislativa quando colocada em termos de avaliação quanto ao atendimento dos objetivos previstos na legislação que tenha criado a agência, programa ou exercício público. É certo que ela se expandiu aos Tribunais de Contas que nem sempre parecem integrar totalmente o Poder Legislativo

(3) Rosenthal, Alan, Conference on Legislative Oversight, Oct. 1985.

aparecendo com freqüência como Órgãos Independentes que apenas se reportam ao Legislativo. Mas foi graças à evolução da função representativa, estendida ao cumprimento das decisões legislativas, que a função de auditoria mudou de tônica, do controle quase sempre em termos de legalidade financeira, para a avaliação ampla do benefício público em relação ao que este deseja.

Em 1988, no encontro da APSA, Washington, Margaret Cawley fez um balanço do estado da arte nos Estados Unidos. Apontou a existência de sofisticados serviços de auditoria avaliativa em praticamente todos os Estados da América além daqueles vários disponíveis no Congresso Americano.

O racional de uma tal evolução está, para os americanos, no fato de que, dentro dos princípios liberais em que se consolidou o seu Estado, com uma evolução do Estado de Westminster⁽⁴⁾ a burocracia executiva tem poder para implementar leis como uma delegação dos oficiais eleitos (Gruber, 1987, 2)⁽⁵⁾. A total impossibilidade de que os "eleitos", sejam representantes intitulados a fazer, fez com que recorressem a "experts" e auxiliares para implementá-las

Poderíamos acrescentar que, na medida em que, como no Brasil, o corpo de funcionários é recrutado com base em concursos de amplitude nacional, a burocracia ganha bastante em representatividade social. Mas também perde, por conta dos critérios de seletividade que exigem cada vez mais um nível cultural que só está disponível para os segmentos cuja formação se deu na tutela e dependência de elites culturais, econômicas e políticas⁽⁶⁾. Assim como as oligarquias se perpetuavam no passado, por via das indicações políticas, os concursos públicos onde a educação não está disponível em amplitude, perpetuam no poder segmentos para os quais ela está disponível.

Observe-se que essa cultura, ainda assim, é deficiente e retardada, no Brasil, em relação ao que se exige no setor privado. E que as empresas de tecnologia mais avançada estão empregando, aos poucos (o mesmo se dá em alguns setores do governo), integrantes da subelite técnica internacional. Tratam-se dos técnicos, brasileiros ou não, formados dentro de cultura e símbolos dispensados pela elite cultural de países altamente desenvolvidos.

Logo, nos Estados Unidos, os legislativos de todos os níveis sentiram que podiam tomar a si a responsabilidade de fiscalizar e controlar o Executivo para dar contas ao público do que faziam esses delegados do poder.

(4) Modelos referidos ao liberalismo britânico.

(5) Gruber, J. E. *Dilemmas in Democratic Governance*, Berkeley, 1987.

(6) Jaguaribe, H. *Desenvolvimento Político, Perspectiva* — 1975.

Para isso desenvolveram técnicas bastante sofisticadas de avaliação de programas que, a partir do chamado "Livro Amarelo" do GAO (7), foram adotadas pela maioria dos legislativos estaduais. É verdade que alguns Estados se antecederam ao próprio Congresso nesse desenvolvimento, como foi o caso de Nova Iorque, com sua sofisticadíssima Legislative Committee for Expenditure Review.

Um outro aspecto do desenvolvimento da função legislativa de controle do Executivo, ainda não adotada no Brasil, é a chamada "sunset legislation". Parece que o primeiro Estado americano a adotar esse tipo de legislação foi o Estado do Colorado a partir das pressões da organização civil "Common Cause". Trata-se do aprazamento para execução de programas, criação de agências regulamentadoras e mais setores específicos de Governo. O setor só continua a existir após a avaliação para que lhe dê continuidade em função da avaliação (Rosenthal, 1981-317).

Seria algo como se a lei que criou a Sudene estabelecesse também que seu funcionamento seria avaliado no prazo de 5 anos para verificação da eficácia na integração do Nordeste ao nível especificado, digamos, em termos de renda *per capita* igual às regiões já integradas. Outros parâmetros podem ser usados e facilitam sobretudo o trabalho futuro da unidade que venha a executar a avaliação, seja o Tribunal de Contas, uma Comissão como a que as duas Casas do Congresso tiveram (de Fiscalização e Controle) ou qualquer outra Comissão Técnica das Casas do Congresso. Naturalmente a eficácia de um tal tipo de lei vai depender de fixar-se com precisão quem e por que parâmetros a eficácia da lei deva ser avaliada.

A falta de estruturas e recursos humanos organizados e gerenciados nesse sentido seria uma dificuldade a mais no exercício da função de auditoria avaliativa no Brasil. Entretanto, ela não é impossível, principalmente se a redação da própria lei vier a especificar parâmetros como, em parte, já está sendo iniciado em relação ao Orçamento através das Leis de Diretrizes Orçamentárias que têm que conformar o Orçamento (8) com termos de regionalização previstos na Constituição Federal.

É de se notar ainda que a institucionalização da função de autoria avaliativa dentro do Legislativo, tanto ajuda os titulares superiores do Executivo no cumprimento de seus objetivos como força o conjunto funcional no sentido do atendimento desses objetivos e de sua auditoria interna. Por acréscimo, a elevação da qualidade dos serviços se daria não só a partir da fiscalização e auditoria, como pela necessidade de aplicar-se novas metodologias de pesquisa social com métodos estatísticos aplicados. O desenvolvimento dos corpos funcionais da avaliação se retransmitiria automa-

(7) GAO — General Accounts Office — Órgão vinculado ao Congresso.

(8) Art. 165, § 7º da Constituição Federal de 1988.

ticamente aos demais pela exigência de padrões mais elevados de controle só obtidos com tecnologia administrativa sucessivamente mais desenvolvida.

O Congresso Nacional Brasileiro está num momento de excepcional validade para adotar medidas no sentido de estabelecer serviços de auditoria avaliativa, seja por via do TCU ou com seu auxílio junto a Comissões Técnicas ou Órgãos de Assessoramento Interno. Esse momento é bom porque ainda não foram criados no contexto das Comissões os vícios que podem advir do contacto com grupos de interesse, principalmente os da Administração direta e indireta. Nos Estados Unidos esses vícios de relacionamento íntimo obrigaram os Legislativos a dotar os serviços de auditoria avaliativa de defesas especiais para evitar o que Cayer e Weschler, 1988 ⁽⁹⁾, chamaram de "iron triangles", em que os grupos de interesse ajudam as agências públicas a se defenderem dos controles do Legislativo.

Já vimos algumas formas de cooperação desse tipo no Brasil, em que personagens envolvidas em inquéritos no Congresso têm sido pressionadas para retardar as conclusões dos mesmos. As pressões são sutis e pouco identificáveis, mas existem e são freqüentemente comentadas em noticiários, como foi o caso com o conhecido Senador capixaba que dirigia inquérito contra personalidades de alta posição junto ao Governo. Adiamentos sucessivos se dão até que acontecimentos mais absorventes ocupam a agenda política e os inquéritos se tornam menos relevantes. As meras informações pedidas por parlamentares são freqüentemente respondidas de modo a impedir que os mesmos possam analisá-las com dados exagerados em volume e exigência de sofisticação para análise. É bastante conhecida pelo Executivo a insuficiência de instrumental analítico do Congresso e disso os Departamentos se aproveitam para se furtarem a fiscalização.

Mesmo num país avançado como os Estados Unidos da América esse enfoque de auditoria é recente (cerca de vinte anos) e encontra sérios problemas. Um deles é o uso que se fazem ou não dos resultados e relatórios da auditoria avaliativa. Sua clientela é, naturalmente, o Legislativo, mas quem, no Legislativo? Os líderes, os presidentes de Comissões ou os membros do Legislativo de modo geral?

Dentro dessa dificuldade do uso do trabalho aparecem barreiras de várias ordens: de ordem política, de ordem temporal, de ordem de abrangência, quantificação etc., e até de ordem geográfica ⁽¹⁰⁾. M. Lee — Wisconsin, USA, enumera sete alternativas a serem balanceadas, inclusive interesse, relevância etc.

(9) Cayer & Weschler — Public Administration — St. Martins Press. 1988.

(10) Lee, Jr. e Robert Johnson. Public Budget Systems — 1983.

De fato, sabemos que qualquer parlamentar precisa de certas informações na hora certa, que nem sempre pode determinar com antecedência. Pode querer fatos abrangentes ou só determinados, *quantificação adequada* e, às vezes está interessado em verificações de "performance" no seu Estado, como outras vezes seu interesse é a nível nacional. Por outro lado, um parlamentar com poder de liderança para determinar uma auditoria ou controlar a unidade legislativa que a execute pode não se interessar em que essa atividade seja feita porque ela vai refletir sobre seus interesses, freqüentemente a auditoria pode desagradar, no mínimo, um governo que ele apóie. E se é da oposição, raramente disporá das facilidades e acesso ao serviço.

A institucionalização de um instrumento de controle pode, entretanto, ser o resultado de conjunturas propícias e passar a ser usado, sistematicamente, pela oposição ou por membros mais arrojados do próprio governo.

Foi o caso, por exemplo, da criação da Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal e, dois anos mais tarde, de idêntica Comissão na Câmara. Foi o produto retardado de um dispositivo constitucional de fiscalização e controle (Constituição de 1967), só regulamentado muitos anos após sua emissão pela *Lei Benevides* (11). Sua aplicação se deu numa conjuntura em que o PMDB recém-tomava o poder e ainda não adotara o comportamento freqüente dos partidos no Governo que são sempre avessos à fiscalização do Legislativo sobre seus programas e execução.

O PMDB, ou PFL, acabara de ocupar o Planalto, e por iniciativa do Senador Marcondes Gadelha, até pouco tempo antes da proposta um político da Oposição, logrou-se criar a Comissão do Senado, atendendo com imenso retardo ao dispositivo legal. Naturalmente o Senador somava, à época, a disposição de um recém-oposicionista ao recurso político de quem havia justo ascendido ao Poder (Maioria PMDB), por isso logrou a aprovação rápida e fácil do projeto de implantação da Comissão de Fiscalização e Controle, que teria curta duração com o advento da nova Constituinte.

Com a criação da Comissão Mista de Orçamento (12), dotada também de poderes de acompanhamento da execução do Orçamento abrangente que integra um ciclo quase completo de Política Pública, a função de fiscalização voltou a ser vista, no Brasil, como ligada às contas da Presidência. Há vozes dissonantes na própria Constituição de 1988 (13), que determina inovadoramente a publicação bimestral de relatórios de execução do Orçamento. Esses relatórios não parecem ter sido considerados até o presente

(11) A Lei Benevides é a de nº 7.295, de 19-12-84.

(12) Art. 165, § 3º, da Constituição de 1988.

(13) Arts. 100 e 61 do Regimento Interno, CD, 1989.

porque o Congresso sequer se estruturou ainda para ter um controle efetivo, ou ao menos relativo sobre suas emendas ao Orçamento.

Há indícios de maior dispersão da função de fiscalização e controle, que pode vir a tomar a forma de avaliação se as Casas do Congresso se organizarem para aplicar várias inovações regimentais, como, por exemplo, as propostas de fiscalização e controle adotadas pela Câmara. Essas propostas seriam apreciadas pelas Comissões e podem vir a representar um grande desenvolvimento no processo de avaliação da execução das leis (13). Uma alternativa para sua implementação poderia ser a criação, como na Câmara de Deputados americana, de uma subcomissão para a fiscalização avaliativa em cada uma das Comissões Técnicas Temáticas (14).

As propostas de fiscalização e controle podem vir a significar um progresso também em relação a algumas dificuldades encontradas por Legislativos pioneiros na função avaliativa de programas, tais como um universo muito amplo a ser fiscalizado, a concorrência das demais funções legislativas, principalmente a de atendimento ao eleitorado que costuma crescer demasiadamente com o progresso do sistema político como um todo. Automaticamente, uma proposta de fiscalização e controle indica o ponto nevrálgico que chamou a atenção de um parlamentar quanto à necessidade de verificação e auditoria, e ele pôde, na própria proposta, especificar a profundidade, o âmbito, o programa específico que quer avaliar, e sob que critérios objetivos. As considerações políticas estão todas implícitas na medida em que a Comissão onde ele apresenta a proposta a leve adiante, inclusive adoção prévia. O interesse demonstrado e adotado pelos demais membros da Comissão dará a medida da sua relevância.

Mais recentemente a função de auditoria está evoluindo do seu enfoque *ex-post* em que o Legislativo e seus órgãos desenhados para isso não só analisem operações executivas acabadas, como operações em andamento. Passa-se da fiscalização do fato consumado para a tentativa de prevenir que programas deixem de atender seus objetivos legais. Essa tendência amplia a função educadora dos organismos que compõem o Executivo que passam a estar atentos à possibilidade de impedimento de suas funções, o que é muito mais grave que um julgamento demorado de atos já concluídos. Às vezes o administrador já não é o mesmo e se torna ainda mais difícil fixar responsabilidades nas análises do passado, enquanto as análises do presente obrigam o responsável pela execução a comportamento mais atento em relação ao gasto do dinheiro público e atendimento real aos objetivos especificados na regulamentação. A própria regulamentação passa a ser mais precisa se a fiscalização toma a forma de auditoria avaliativa e passa a significar continuidade ou não do programa público.

(14) Brown, Richard E. *The Effectiveness of Leg. Progr. Review* 1979.

No Brasil as auditorias feitas pelo TCU, que conquistou a confiança pública e é provavelmente das mais institucionalizadas organizações no Brasil, têm buscado aspectos de análise de eficiência que ultrapassam o modelo tradicional de mera fiscalização financeira da implementação legal. Entretanto, a busca de uma verdadeira auditoria avaliativa não foi alcançada, uma vez que a eficácia da lei, medida como alternativa de custo-benefício da implantação da mesma, não tem sido feita. Esta etapa dependerá não apenas do domínio de metodologias da análise social estatística que seria fácil obter, mas de uma interação mais intensa e profunda com as Lideranças do Congresso. Essa interação não tem sido buscada por qualquer das partes, com raras exceções no período em que a arte ia se desenvolvendo⁽¹⁵⁾ a Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados — período paralelo à Assembléia Nacional Constituinte.

Por um lado, com certa razão o TCU sempre buscou uma independência maior que aquela que o desenho constitucional até então lhe dera, independência indispensável para o pleno exercício da avaliação sem interferência política. Por outro lado, suas lideranças internas também não buscaram estreitar seus vínculos com o Congresso. As razões desta hesitação são, por exemplo, até 1988, a vinculação dúbia e mal definida na Constituição de 1967. Após a nova Constituição de 1988, ainda muito recente para análise de efeitos, tem havido não só muita alternância nas lideranças para que esse vínculo se solidifique mas uma conjuntura política demasiadamente turbulenta. A discricção do TCU tem servido assim para diminuir a turbulência, ainda que em várias ocasiões tenha se pronunciado muito ativamente na verificação de fatos sobre cuja legalidade possa pairar dúvida, porém ainda na sistemática de análise *ex-post*.

Outro fator contribuindo para o impedimento da sistematização da auditoria avaliativa no Brasil é a intensidade com que uma fiscalização relativa se tem feito de modo disperso. Através das Comissões Técnicas, Comissões de Inquérito, Líderes e parlamentares individualmente, há busca constante de verificação dos fatos, porém nem sempre com a profundidade e metodologia necessárias a que a verificação, um pouco menos que uma verdadeira auditoria, se torne eficaz. Essas buscas, discursos e pedidos de informação consubstanciam o que Ogul/1976⁽¹⁶⁾ chama a auditoria latente em contraposição à manifesta que se faz sistematicamente e por métodos próprios de verificação da eficácia da implementação da lei, além da eficiência administrativa do processo de execução — função às vezes paralela mas às vezes independente da tradicional verificação da legalidade administrativa e honestidade do administrador.

(15) Soares, Rosinethe Monteiro. Ver comentários sobre a Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados em *Revista de Informação Legislativa*, janeiro 1989.

(16) Ogul M. Congress Reconsidered. Cong. Quarterly Press, 1981.

Soberania do Poder Judiciário

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e
Professor Titular de Direito Processual
Civil da AEUDF

SUMÁRIO

Conceito de soberania, ubiqüidade da Justiça. Guarda da Constituição. Soberania dos julgados. Garantias da magistratura. Autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. Encaminhamento da proposta orçamentária pelos Tribunais; liberação automática das dotações orçamentárias. Independência do Judiciário.

Alerto, de início, que “a soberania é um conceito polêmico” (GEORGE JELLINEK) (1). É certo, porém, que consubstancia “espécie de fenômeno genérico do poder” (ADERSON DE MENEZES) (2). Em tal contexto, referindo-me ao Judiciário, utilizarei a palavra “soberania”, indistintamente, no sentido de poder soberano, poder independente e poder autônomo.

O Poder Judiciário emana da soberania popular. É eminentemente constitucional. Só a Constituição o organiza e disciplina, lembra CORDEIRO GUERRA (3).

A atual Constituição, à semelhança das anteriores, diz que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2.º). Destina todo o seu Capítulo III ao Judiciário (arts. 92 a 126), e a ele se refere em vários dispositivos.

No panorama constitucional há, dentre outros, três assuntos relevantes ligados ao Judiciário: o atinente ao princípio da ubiqüidade da Justiça, o relativo à guarda da Constituição e o concernente à soberania dos julgados.

(1) *Apud* ADERSON DE MENEZES, Teoria Geral do Estado, pág. 167, Forense, 1ª edição, 1960.

(2) ADERSON DE MENEZES, *Opus cit.*, p. 172.

(3) “Uma Visão do Poder Judiciário”, in O DIREITO NA DÉCADA DE 80 — Estudos jurídicos em homenagem a Hely Lopes Meirelles, p. 66, Ed. Revista dos Tribunais.

No tocante à ubiqüidade da Justiça, já tive ocasião de alertar que o texto da atual Constituição é mais amplo do que o anterior. Diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5.º, XXXV). Refere-se de maneira genérica a “direito” e dele consta a palavra “ameaça”. Estabelece, em suma, que a garantia jurídica, em última análise, é a dada pelo Judiciário: nenhuma lei, seja ordinária ou complementar — inclusive medida provisória — tem validade se, dispondo sobre o exercício da função jurisdicional, subtrair-lhe do exame lesão ou ameaça de lesão a direito (4).

Quanto à guarda da Constituição, o Judiciário exerce-a, no Brasil, com amplitude: controla os atos do Legislativo e do Executivo, podendo deixar de aplicar, por nula, lei que com ela seja conflitante. A inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pode ser declarada por qualquer Juiz ou Tribunal (art. 97), inclusive de ofício, ao julgar casos concretos e, em tese, pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ação direta (art. 102, I, a). A respeito, disse em palestra que proferi no dia 20-9-88, aludindo ao Projeto afinal convertido na atual Constituição:

“Ampliaram-se significativamente os casos de cabimento de ação direta de inconstitucionalidade. Atualmente, só o Procurador-Geral da República tem legitimação ativa para ajuizá-la. Poderão propô-la os vários órgãos e entidades elencados no art. 103. O que isso significa? Significa que a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, federal ou estadual, poderá ser declarada pelo STF poucos dias após a sua edição, através da referida ação de inconstitucionalidade. Em decorrência, numerosas causas deixarão de ser ajuizadas, diminuindo o trabalho do Poder Judiciário. De outra parte, o Legislativo deverá ser cauteloso na elaboração de leis e o Executivo (federal e estadual) na promulgação de atos normativos. Criar-se-á o senso de cumprimento da Constituição. Hoje, é lamentável que se o afirmar, muitos órgãos governamentais procuram descumprir a Constituição, editando, conscientemente, normas eivadas de inconstitucionalidade, que só é declarada, em definitivo, pelo Supremo, após muitos anos. Por isso, muitos tributos inconstitucionais são arrecadados e apenas parte é devolvida àqueles que recorrem ao Judiciário,

(4) Discurso proferido em 30-4-90, por ocasião da Sessão Solene Comemorativa do primeiro aniversário do Superior Tribunal de Justiça, publicado no *Correio Braziliense* de 4-5-90, *Estado de Minas Gerais* dos dias 9 e 10-5-90, e no *Estado de São Paulo* no dia 16-5-90, p. 14.

locupletando-se o Estado com recursos amealhados através de meios afrontosos à Carta Magna. Isso desmoraliza o princípio da autoridade, encarnada pelo Executivo, avilta o Poder Legislativo, que exprime os anseios de liberdade da sociedade, e desmoraliza o Judiciário, em razão da sua lentidão em afastar, em definitivo, a aplicação de normas inconstitucionais.”⁽⁵⁾

Prevê, ainda, a Lei Maior importantes institutos visando dar eficácia aos seus preceitos: ação de descumprimento de preceito fundamental, dependente de regulamentação através de lei (art. 102, parágrafo único); a intervenção federal nos Estados para assegurar a observância dos princípios constitucionais que enumera (art. 34, VII); o mandado de injunção (art. 5.º, LXXI) e o recurso extraordinário que, hoje, está adstrito a matéria constitucional (art. 102, III).

Finalmente, com atinência à soberania dos julgados, é expressa a Constituição ao afirmar que a lei há de respeitar a coisa julgada (art. 5.º, inciso XXXVI). “Negar execução às decisões dos Tribunais é transigir com a anarquia e a dissolução da União”, disse o Presidente Eisenhower, em 1957, ao determinar o envio de força para tornar efetivo aresto da Suprema Corte que pôs termo à segregação racial nas escolas do Arkansas⁽⁶⁾.

Para salvaguardar os direitos individuais, coletivos e sociais, impôr o império da lei na solução dos casos concretos de conflitos de interesses e controlar a constitucionalidade da própria lei e outros atos normativos do Poder Público, é indispensável que o Judiciário se erija como poder independente. “A independência do Poder Judiciário se reveste de características especiais porque nela está a sua própria força”⁽⁷⁾.

Por isso mesmo, no exercício do poder jurisdicional, o juiz tem ampla liberdade de decidir. Sujeita-se apenas à Constituição, às leis e à sua consciência. É absolutamente autônomo e livre de quaisquer vínculos hierárquicos. Para que isso ocorra no plano da realidade, a Lei Maior assegura-lhe elenco de garantias, com o objetivo de resguardar a sua missão de julgar, colocando-o a salvo das injunções advindas dos outros Poderes e dos próprios órgãos do Judiciário. São elas: a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 95); direitos à carreira, acesso aos

(5) “O Superior Tribunal de Justiça e a Justiça Especial”, publicado in *A Constituição Brasileira de 1988 — Interpretações*, pp. 219 e 220, Forense Universitária, 1ª edição, 1988.

(6) CORDEIRO GUERRA, conferência citada.

(7) MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1º Volume, p. 102, 14ª edição, Saraiva.

Tribunais, proporcionalidade de vencimentos entre as diversas categorias da carreira e à aposentadoria com vencimentos integrais (art. 93, incisos I, II, III, V e VI); e a foro especial (arts. 96, III; 102, I, b; 105, I, a; 108, I, a).

“É imperioso reconhecer que, privada de suas garantias, a magistratura não reunirá jamais as condições mínimas necessárias ao adequado desempenho da função jurisdicional” e “somente o Estado de Direito propicia a vigência dessas garantias, impondo-se, por isso mesmo, a conclusão de que, fora dele, a jurisdição sempre se exercerá de modo deficiente, imperfeito, inadequado” (8).

De outra parte, com atenção à autonomia do Poder Judiciário, a Constituição, no seu art. 96, atribui aos tribunais importantes competências privativas, culminando o art. 99 por dizer expressamente que lhes é “assegurada autonomia administrativa e financeira”.

A autonomia administrativa dos tribunais foi significativamente aumentada: passou a caber-lhes, dentre outras importantes competências, o provimento dos cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição e aqueles necessários à administração da justiça.

Merece mais detido exame a denominada autonomia financeira. A propósito, estabelece a Constituição:

“Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§ 1.º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias, dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes, na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2.º O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros Tribunais interessados, compete:

I — no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais;

II — no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.”

(8) SÉRGIO BERMUDEZ, “A Ação Judicial como Espécie do Direito de Petição e a Independência do Poder Judiciário como Condição do Exercício da Jurisdição”, *Revista Brasileira de Direito Processual*, Volume 17, p. 111, Forense.

O dispositivo traduz antiga reivindicação do Judiciário e de juristas nacionais. Em famosa conferência proferida em junho de 1981, na Escola Superior de Guerra, disse o eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE:

“Não é admissível que o Poder Judiciário, ao qual a Constituição atribui destaque especial quando lhe confere a função incomparável de julgar os atos dos demais Poderes, igualmente independentes, deva ser submetido para organizar sua economia interna e prover medidas inerentes ao seu autogoverno, ao constrangimento de postulações desgastantes e embaraçosas.”

No mesmo sentido, assinalou com propriedade, em setembro de 1984, o ilustre Professor IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, que a contínua dependência do Poder Judiciário “é refletida em sensível redução de sua capacidade de administrar justiça, célere e pertinentemente”⁽⁹⁾.

Sobre o assunto, disse, no primeiro mês de vigência da atual Constituição:

“A Constituição anterior ensejou a hipertrofia do Poder Executivo, atingindo seriamente o princípio da independência e harmonia dos Poderes por ela própria adotada. O Legislativo foi convertido em mero órgão de homologação da legislação editada pelo Executivo, através de decretos-leis, e o Judiciário não pôde acompanhar o desenvolvimento do País, porque sempre estava a depender do Executivo para a inclusão no Orçamento das verbas do seu interesse e da sua posterior liberação, o que ocorria, em regra, de maneira parcimoniosa: os recursos concedidos eram manifestamente insuficientes para atender às suas reais necessidades. Os Presidentes dos Tribunais ficavam sempre a depender da boa vontade das chefias dos órgãos fazendários e de planejamento, situando-se em posição aviltante em termos de relacionamento dos Poderes.

A nova Constituição corrigiu ou, pelo menos, minorou tais anomalias, valorizando a função de legislar e de fiscalizar do Congresso e outorgando autonomia financeira e administrativa ao Judiciário. Na verdade, o destino do Judiciário é intimamente

(9) Exposição para o II Encontro dos Advogados de São Paulo, *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará*, Vol. 34, p. 45, 1984.

vinculado ao do Legislativo. O Judiciário é como um prolongamento do Legislativo. Enquanto este aprova normas gerais, aquele as faz incidir concretamente, a fim de solucionar casos específicos de conflitos de interesses. É através do Judiciário que se reafirma a obra do legislador, segundo afirmou conhecido processualista.”⁽¹⁰⁾

É oportuno aduzir que o aludido e transcrito dispositivo já foi objeto de interpretação do Supremo Tribunal Federal, à vista dos arts. 84, inciso XXIII; 165, inciso III, de seus §§ 5.º, I, e 6.º, e 166 e seus parágrafos, em sessão administrativa realizada em 2 de agosto de 1989, que, a respeito, decidiu:

“a) as propostas orçamentárias dos Tribunais a que alude o art. 99, § 2.º, inciso I, da Constituição, devem ser elaboradas dentro dos limites estipulados pela lei de diretrizes orçamentárias e submetidas à aprovação das respectivas Cortes;

b) o Presidente de cada Tribunal encaminhará a proposta orçamentária, já aprovada, ao Presidente da República, para ser integrada, nos termos de sua formulação, ao projeto de lei orçamentária, que ao chefe do Poder Executivo cabe enviar ao Congresso Nacional, na conformidade do disposto nos arts. 165, III; 166, § 6.º, e 84, XXIII, da Lei Maior”⁽¹¹⁾.

Com essa decisão, a Suprema Corte sepultou embaraços opostos por órgãos do Executivo, encarregados da elaboração do projeto de lei orçamentária, que pretendiam interferir nas propostas encaminhadas pelos Tribunais competentes ao Presidente da República.

Acrescente-se que o art. 168 da Constituição determina a liberação das dotações orçamentárias até o dia 20 de cada mês, inclusive dos créditos adicionais, isto é, dos créditos suplementares e especiais. A referência aos créditos adicionais, que resultou de sugestão oferecida pela Comissão criada pelo antigo Tribunal Federal de Recursos para acompanhar os trabalhos da Constituinte, de que participei, é de grande importância. Com efeito,

(10) Revista Jurídica nº 145 — novembro de 1989, p. 5; *Revista de Informação Legislativa* nº 104, p. 201.

(11) Jurisprudência Mineira, Volume 107, p. 22v, citada na palestra “O Supremo Tribunal Federal e a Nova Ordem Constitucional”, do Ministro José Néri da Silveira.

as dotações orçamentárias são, em regra, consumidas, em razão da inflação, muito antes do encerramento do exercício financeiro. Se não houvesse obrigatoriedade de liberação dos créditos adicionais, a autonomia financeira do Judiciário ficaria comprometida.

Eis o texto:

“Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9.º”

Quanto ao transcrito preceito, convém relatar que, no primeiro ano de vigência da Constituição, setores do Poder Executivo insurgiram-se contra a pronta liberação das dotações orçamentárias atinentes ao Judiciário sob alegação de que estava a depender da regulamentação a ser objeto da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9.º. Todavia, os Tribunais Superiores ponderaram que a objeção não era aceitável, pois jamais poderia a reclamada lei complementar dispor em contrário à Constituição, isto é, dizer que as aludidas dotações poderiam ser repassadas ao Judiciário após o dia 20 de cada mês. A argumentação foi acolhida pelo Executivo.

Sobre a independência do Poder Judiciário disse recentemente:

“No nosso sistema institucional, a garantia jurídica, em última análise, é a concedida pelo Judiciário, Poder independente como os outros dois, com os quais deve atuar harmonicamente. Os lindes dessa harmonia são os definidos na Lei Maior e nas regras de cortesia. No corpo humano, quando os seus órgãos essenciais adoecem, toda a sua funcionalidade é abalada. No Estado, quando um Poder extravasa o exercício das suas atribuições, o seu âmago é atingido, ensejando o surgimento de graves moléstias seriamente comprometedoras da paz social. Todos recordam-se de que, neste País, até data bem recente, a hipertrofia do Poder Executivo procovou sensíveis desequilíbrios atentatórios às liberdades públicas e impedientes ao fortalecimento das instituições democráticas.

No quadro descrito, o Poder Judiciário, no exercício das suas atribuições, não presta vênias aos demais Poderes, nem deles as recebe, mas apenas à Constituição e às leis que com ela se

conformem. Cinge-se a fazer justiça sempre que, concretamente, seja invocada a tutela jurisdicional do Estado.” (12)

Em sua famosa monografia sobre *O Juiz, a Função Jurisdicional*, após examinar em profundidade o tema sobre a autonomia do Judiciário, o Ministro Mário Guimarães concluiu com estas palavras:

“A admissão do Judiciário como Poder autônomo representa, por conseguinte, indeclinável garantia dos direitos dos cidadãos, sem o qual não é possível o florescimento da vida democrática e assinala um marco avançado na evolução jurídica dos povos.” (13)

E, tratando da indispensabilidade da separação dos Poderes, lembra a advertência de FRIEDRICH, segundo a qual “muitas das pessoas que hoje atribuem pouca importância à separação, não percebem que iniciam o caminho para a ditadura” (14).

O Judiciário, como os demais Poderes, apresenta, também, deficiências. Estas, porém, dizem respeito mais aos homens que o integram do que ao seu posicionamento constitucional. Por isso é oportuno alertar que “os ataques ao Judiciário muitas vezes disfarçam o propósito de atingir a ordem democrática que ele representa e defende” (15).

Na verdade, o Poder Judiciário adquire o seu maior esplendor nas democracias. Na medida em que são fortalecidas as instituições democráticas, assume dimensão maior na salvaguarda dos direitos individuais, coletivos e sociais. Nos regimes em que a liberdade é comprometida, sobrevive mais da dignidade dos seus membros do que como importante instituição. A propósito, afirmou, com a sua reconhecida sabedoria política, o notável estadista que foi TANCREDO NEVES:

“O Poder Judiciário é a expressão de nossa soberania, de nossa cultura, de nossa dignidade cívica. Enquanto tivermos Poder Judiciário vigilante, a democracia no Brasil poderá sofrer eclipses, mas jamais entrará em colapsos definitivos.” (16)

(12) Discurso citado.

(13) *O Juiz e a Função Jurisdicional*, p. 48, Forense, 1ª edição, 1958.

(14) *Opus cit.*, pp. 49-50.

(15) CORDEIRO GUERRA, conferência citada, p. 74.

(16) Citada no trabalho intitulado “Autonomia do Judiciário e a Nova Constituição, do Juiz Petrônio José Garcia Leão, *Revista da Amagis* nº 9, p. 38.

O Poder Normativo da Justiça do Trabalho

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Advogado em Belo Horizonte. Prof. da Faculdade de Direito da UFMG. Juiz do TRT da 3ª Reg. ap.

1. Com perto de dois anos de vigência, a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, autoriza uma revisão político-jurídica no que diz respeito ao poder normativo da Justiça do Trabalho, como meio de solução dos conflitos coletivos de trabalho.

O questionamento do problema impõe-se não apenas como uma linha a mais do filão de pesquisas e levantamentos doutrinários em torno das várias espécies de soluções para estes conflitos, mas por razões factuais decorrentes dos quadros constitucionais vigentes e o comportamento sócio-político, profissional e jurídico de todas as categorias ou grupos envolvidos no sistema geral de produção ou implicados em relações de trabalho da mais variada espécie, como os servidores públicos.

2. A recente experiência e a observação o tanto quanto possível neutra de todos os movimentos de trabalhadores (estaduais, aliás, mais que os das empresas privadas), já desde antes da promulgação da Carta de 1988, encaminham o analista para a suposição de uma ordem social plexa em suas diretrizes jurídicas, em que a estrutura estatal, responsável, *ultima ratio*, pelas linhas básicas da organização das relações de trabalho, não primou por um sentido uniforme e coerente na disciplina das vigas mestras que devem presidir o fluxo dessas relações.

Ainda que algo se debite à displicência, à benevolência ou à complacência do governo que se expirou em 15 de março de 1989, ainda assim as causas da generalizada irrupção, dos conflitos, das greves e suas mais variadas formas de solução encontram ressonância no próprio teor da Constituição de 1988, ao acentuar — e até multiplicar —, junto do incondicionado direito de greve (à exceção dos servidores estatais) — os meios ou caminhos de se solucionarem os conflitos coletivos de trabalho.

3. A abertura constitucional para a instituição da Justiça do Trabalho situa-se na Carta de 1934, art. 122, que volta a constar do art. 139 da Constituição de 1937, nos quais figura uma competência ampla para “dirimir as questões” (na de 1934) e/ou “os conflitos (na de 1937) oriundos das relações entre empregados e empregadores, reguladas na legislação social” (*verbis*).

Com o Decreto-Lei n.º 1.237, de 2 de maio de 1939, que organiza a Justiça do Trabalho, precisa-se a sua competência, pelos Conselhos Regionais do Trabalho, para julgar os “dissídios coletivos que ocorrerem dentro da respectiva jurisdição”. Se o dissídio excedesse esta jurisdição, a competência originária era da Câmara de Justiça do Trabalho, art. 8.º, I, *a*, do Decreto-Lei n.º 1.346, de 15 de junho de 1939. Em ambos os dispositivos, letra *d*, do primeiro e letra *c* do segundo, estabeleceu-se a não pouco estranha competência de caber à Justiça do Trabalho a competência para estender a toda a categoria “os contratos coletivos de trabalho” (cf. em sua projeção conceitual e histórica as obras de ARAUJO CASTRO — *Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro—São Paulo. Ed. Freitas Bastos, 1941, pp. 69 ss., e FERREIRA, Waldemar Martins. *Princípios de Legislação Social e Direito Judiciário do Trabalho*. São Paulo. São Paulo Editora Ltda., 1938, pp. 113 e ss., em seus antecedentes, desde 1932).

4. Ao obumbrado silêncio da Constituição de 1934, a de 1937 qualifica a greve e o *lock-out* recursos anti-sociais, proibindo-os expressamente (art. 139, segunda parte), palmilhando, todavia, o curso da negociação coletiva, através do instituto da convenção coletiva (art. 12, § 1.º, *i*, na de 1934, com denominação e art. 137, letras *a* e *b*, na de 1937, nomeada “contrato coletivo de trabalho”).

Explica-se, *en passant*, a parcial intervenção estatal na autonomia privada de se concertarem conflitos coletivos, sob a Carta de 1937, tanto em razão do regime centralizador e totalitário nela imposto quanto no próprio encurtamento do instituto, como “contrato coletivo”, intervenção através dos órgãos da Justiça do Trabalho que podiam “estendê-lo” à categoria toda, virtude que não possuíam, segundo polêmica doutrina estrangeira elaborada até então.

Sob tal aspecto, na extensão, o contrato coletivo torna-se misto, entre privado e estatal, o que já o deforma.

5. Quer-se chamar a atenção, como antes fora feito em tese de concurso, para a concorrência de soluções de conflitos coletivos, no Brasil, a

convenção coletiva e a sentença normativa (cf. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Da Sentença Normativa. Tese*. Belo Horizonte. 1961, pp. 32 e ss.), em que à forma do “auto-regramento” se conjuga à do “hetero-regramento”: convenção coletiva e sentença normativa, anotando-se que esta é um meio impositivo de se solucionar os conflitos, sem a menor concessão à vontade dos interessados, salvo nos acordos pactuados no curso do processo.

Se se compreendia o deslocamento das soluções dos conflitos coletivos para a esfera estatal — e mais, pelo seu Poder Judiciário, nele incorporada, pela Constituição Federal de 1946, a Justiça do Trabalho, com seus Tribunais — ao tempo da Carta de 1937, que aboliu as formas agudas de pressão social e econômica, que é a greve, tal postura já se tornou menos harmônica a partir de 18 de setembro de 1946, em que a greve passou a ser admitida, “cujo exercício a lei regula” (art. 158), mantido o Poder Normativo da Justiça do Trabalho, conquanto subordinada a sentença normativa à lei (art. 123 e § 2.º também da Constituição Federal de 1946). (Cf. SITRÂNGULO, *Conteúdo dos Dissídios Coletivos de Trabalho*. S. Paulo. Ed. LTr. 1978, pp. 104 ss.).

O que primeiro estranha é esta dualidade de meios de solução dos conflitos coletivos, mesmo em sua singeleza originária e pelos condutos abertos da Carta de 1946, quando, em princípio, os diversos países, ao regularem a questão, partem do princípio da negociação, em geral através de intermediadores (eleitos ou predesignados em lei), para chegar-se à norma conclusiva, a convenção coletiva (o tratado de paz, como lhe chamava DUGUIT), na preservação maior da autonomia das partes conflitantes. Adota-se a arbitragem, a facultativa ou a obrigatória: o árbitro ou órgão congênere, escolhido ou imposto, se falha a conclusão negocial (cf. o excelente livro de PEDRO VIDAL NETO. *Do Poder Normativo da Justiça do Trabalho*. São Paulo. Ed. LTr. 1983, pp. 42 ss.; DRAKE, Charles D. *Labour Law*. 2 ed., London. Sweet & Maxwell Ltde. 1973, p. 546 ss., esp. 555 e KAHN-FREUND, Otto. *Labour and the Law*. 2. Ed., London. Stevens & Sons. 1977, pp. 95 ss. e 115 ss.).

6. Assimila-se, mais pronunciadamente, a forma interventora de solução dos conflitos coletivos, pelo Estado, sob o regime da Constituição Federal de 1967, que, aparentemente, permitiu a greve (art. 158, XXI, salvo nos serviços públicos, pelo art. 157, § 7.º), mantido o princípio inquisitório do processo coletivo do trabalho em caso de sua deflagração, com atribuição aos Presidentes dos Tribunais do Trabalho ou ao Procura-

dor da Justiça do Trabalho de instaurarem o dissídio coletivo (CLT, art. 856). Entenda-se a Lei n.º 4.330, de 1-6-1964, para não se aludir ao Decreto-Lei n.º 1.632, de 4-8-1978.

A intervenção, porém, ganha uma peculiar feição no novo Estado totalitário, quando se emprega a lei — como norma hierarquicamente superior à sentença normativa — não apenas a nível procedimental, como cláusulas retentivas ou inscricvas nas decisões da Justiça do Trabalho, em dissídios coletivos, a começar pela Lei n.º 4.725, de 13 de julho de 1965, modificada pela Lei n.º 4.903, de 16 de dezembro de 1965, a que se seguem os Decreto-Leis n.ºs 15 e 17, de 1966, com instrumentalização do processo de dissídio coletivo e esvaziamento da sentença normativa como conteúdo, em aras ao “aperfeiçoamento da política salarial do Governo” (cf. LOBO, Eugênio R. Hadock. *Dissídios Coletivos e Aumentos Salariais*. Rio de Janeiro. Edições Trabalhistas. 1967, pp. 7 e ss.).

7. Sentença normativa e convenção coletiva são ductos concorrentes para se solucionarem conflitos coletivos do trabalho. Isto é elementar (cf. FILHO, Evaristo Moraes de. *Tratado Prático de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro. Ed. Freitas Bastos. S/A. 1960, p. 188 ss.).

O que importa, no equacionamento do tema, é buscar a sintonia de um ou de outro destes ductos — ou de ambos! — com o ordenamento jurídico, a política jurídica por ele expressa, a par de seu comportamento com reconhecimento de formas privadas de pressão, agudas até como a greve e de outros canais que levem ao mesmo fim.

Já em 1961, afirmara-se:

“A sentença normativa é meio anormal, portanto, excepcional, de formalmente se editarem regras abstratas no ordenamento jurídico. A captação do regramento desloca-se para um poder de natureza diversa, encaracterizada na sua função, que é o Judiciário” (cf. VILHENA, ob. cit., p. 107).

A compatibilidade assenta-se na contextura geral da ordem jurídica implantada, em que a sentença normativa pode tornar-se anômala na resolução de conflitos coletivos, resolução que só encontrará compatibilidade em outros meios mais idôneos, técnica e politicamente, sobretudo a convenção coletiva, a que se chega pela negociação e pela arbitragem, sobretudo a facultativa. Respeita-se, aqui, a autonomia coletiva, princípio basilar do Direito Coletivo do Trabalho, como acentua ERNESTO KROTOSCHIN.

8. Como regra estatal — proferida em dissídio, por um Tribunal —, a sentença normativa significa a alienação da autonomia grupal. Não se coaduna com o exercício desta autonomia.

Pode-se, por outro lado, conceber o exercício da função jurisdicional estugada por um conflito, em que um dos contendores, mesmo depois de proferido o julgamento, não arreda o pé da resistência e da pressão, sob a forma de greve?

Há paradoxo no exercício do Poder Normativo: de um lado, substitui ele a autonomia das categorias profissionais e econômicas para extinguirem seus conflitos e, de outro, em intensa intervenção estatal, perde ele (o Poder Normativo) toda a sua substância e a sua virtualidade, com a absorção pela lei de sua faculdade geratriz de normas e condições de trabalho, como se viu, em seu esvaziamento, sob o lume da Constituição Federal de 1967, mormente após a Emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969.

Sente-se que algo de esdrúxulo ocorre com os dissídios coletivos, o que volta a evidenciar-se, pelo lado oposto, à luz da Constituição Federal de 1988.

9. Em artigo inédito, recentemente publicado na revista *Syntesis* (N. 10-90), JOSÉ LUIZ DE VASCONCELOS aponta algumas dissonâncias — sem chegar a confrontalidades — entre normas, espírito, sentido e filosofia da Constituição Federal de 1988 e a solução dos conflitos coletivos pelo Poder Judiciário, a Justiça do Trabalho.

Sabe-se que, nos dissídios coletivos econômicos, cria-se uma norma, que juridiciza fatos. Com juridicizar fatos, pelas chamadas “cláusulas normativas”, a sentença normativa vem a ter a mesma função que a lei, compreendidas a generalidade e a abstratividade no âmbito das categorias conflitantes. Daí o dizer que a sentença normativa é *dispositiva* ou *constitutiva*, no tocante aos dissídios econômicos (que compõem a sua maior substância senão a sua quase totalidade — cf. VILHENA. *Da Sentença Normativa* cit., pp. 54 ss., esp. 56/7).

Com suporte no art. 93, da Constituição, VASCONCELOS reconhece que

“as decisões normativas geralmente adotadas por *critérios opinativos ou de antecedentes*, implicarão num aprofundamento técnico a que os tribunais não estão afeitos, *senão sob o prisma jurídico*” (Revista e art. cit., p. 155).

Escapa aos juízes o conhecimento situacional, carencial, transigível das partes em dissídio (as categorias, pelas empresas e pelos empregados), o que reverte para as convenções coletivas ou para os acordos de fábrica (ou de empresa) uma direção opcional senão ótima ao menos mais consentânea com a complexa realidade que se vai equacionar.

FREDERICK HARBISON e JOHN COLEMAN trazem excelente contribuição para este problema, expondo, mas a nível de sindicalismo maduro e responsável:

“As partes iniciam as negociações do contrato com um conhecimento sofisticado das necessidades da outra parte e com razoável idéia das reações possíveis em resposta a determinada exigência. Os líderes sindicais, por exemplo, geralmente fazem uma completa avaliação da situação financeira e de concorrência da companhia e têm a compreensão dos problemas pessoais que enfrentam os diversos administradores na organização da empresa. De sua parte, os dirigentes da empresa estão bem informados sobre os meandros da política do sindicato e perfeitamente avisados das aspirações e necessidades dos dirigentes e representantes sindicais. Esse tipo de compreensão parece resultar, de um lado, em crescente ênfase sobre a negociação factual e, de outro lado, em grande volume de concessões íntimas.” (Cf. sua obra *Estratégia nos Dissídios Coletivos de Trabalho*. Trad. de Leopoldo C. Fontenele. São Paulo. Ed. Fundo de Cultura. 1963, pp. 78/9.)

Para que a sentença normativa, nos dissídios econômicos, assumisse foros de correspondência com aos desiderata que pretende alcançar seria necessário se transpusessem os juízes integralmente para os campos situacionais do conflito e o tivessem vivido e o vivessem em sua completa integralidade temporal e espacial (que se faça o pleonasma, ainda efêmero). Tais parâmetros, entretanto, escapam de sua experiência profissional e pessoal.

Dentro da avançada acepção de LUHMANN, são muito diversos os “papéis” em que se encontram os negociadores das convenções coletivas e os em que se encontram os Juízes dos Tribunais do Trabalho, embora se intente manter a dualidade de formas de resolução dos conflitos coletivos e por normas que tendem ao mesmo fim e tenham o mesmo objeto (cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. de Maria da

Conceição Côrte-Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 1980, pp. 55 e ss.).

Acontece que o requisito técnico nos dissídios econômicos somente aparece no que diz respeito ao procedimento, já que o conteúdo da sentença normativa — salvo se expressa e diretamente circunscrito por lei — fica praticamente no arbítrio de juízes e Tribunais do Trabalho, como dispõe o § 2.º do art. 114 da mesma Constituição, o qual, por ângulo adverso, duplica as normas prioritárias, que podem afastar regras de conteúdo dos dissídios, ao ressaltar:

“podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho” (*verbis*).

O *juízo de equidade*, em que se formula a norma coletiva nos dissídios econômicos, vem a ser excluído ou limitado, quer pela lei, quer por “disposições convencionais” mínimas, uma novidade a ser decifrada.

Daqui, parte-se para uma indagação mais profunda e geral, em que se inquire se a própria Constituição não acaba por entender anômalo e estranho o então “poder normativo da Justiça do Trabalho”. É o que sucintamente se exporá, em conclusão.

10. Ao lado do seu § 2.º — que atira a sentença normativa para uma condição de fonte subsidiária de direito — o *caput* do art. 114 da Constituição Federal de 1988 tonaliza a atividade dos Tribunais do Trabalho em “conciliar e julgar” os dissídios individuais e coletivos.

A operação a que deve entregar-se o juiz do trabalho é a de *juízo*, ultrapassado o momento conciliatório. Tal operação, ínsita na função *jurisdicional*, tem natureza decisória, como a revela peculiar ao Poder Judiciário LOPES DA COSTA, em lúcida passagem:

“O poder característico do juiz é o poder jurisdicional de decisão e de execução (poder de declarar o direito e forçar a sua realização)” (cf. COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. 3.ª ed. Atualizado por SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1982, p. 72.)

Aliam-se a isto o “contraditório”, “a ampla defesa”, a precondução pela lei (CF, art. 5.º, II e LV).

Dentro do princípio da captação sistemática da regra constitucional, não há negar que a Carta de 1988, a despeito de manter o poder normativo

da Justiça do Trabalho, cria-lhe dificuldades de passagem e o situa em terreno movediço e precário, quando sempre insiste na convenção ou no acordo coletivo como forma prioritária de se resolverem os conflitos de trabalho, tanto os individuais plúrimos quanto os propriamente coletivos (art. 7.º, XXVI, VI, XIII, XIV, art. 8.º, VI).

Pelo § 1.º do art. 114 injetou-se no especial terreno da competência da Justiça do Trabalho a arbitragem facultativa, prévia ao dissídio coletivo, que só se autoriza se as partes se recusarem à negociação ou à arbitragem (§ 2.º) (cf. a clássica obra de MITSOU, T. *Les Rapports entre Convention Collective et Sentence Arbitrale*. Paris. Lib. Gén. de Droit de Jurisprudence. 1958, pp. 19 ss.).

Como que bloqueando o exercício desse poder normativo, esponta agudo o art. 9.º da mesma Constituição, que desaba pelo irrestrito poder de greve (não se fala em direito de greve), atraindo o Poder Judiciário, casualmente, para uma operação meramente declarativa, em seu § 2.º, com a atribuição de dizer se houve ou não abuso no exercício desse poder, com supostos palidamente definidos na Lei n.º 7.783, de 21 de junho de 1989.

É de curial sabença que, em greve a categoria profissional, depois de decidido o dissídio, se esta greve perdura, ela se dirige não mais como um meio coercitivo contra o empregador, mas contra o próprio Tribunal, o que redundava em proverbial absurdo, para não se evocar a legislação dos países industrialmente mais avançados, como se pode ver em PIERRE-ANDRÉ MARMIER: *Le Droit de Négociation Collective*. Lausanne. Edit. René Thonney-Dupraz. 1975, pp. 42 ss. e, ao acaso, DE BUEN, Néstor. *A Solução dos Conflitos Trabalhistas*. São Paulo. LTr. Ed. 1986, pp. 71 e ss.

Se a greve é uma força conducente à elaboração e à conclusão de uma norma coletiva, como seu momento conflitual mais agudo, torna-se muito difícil compaginá-la com a atividade judicial, o *iter* processual, a *jurisdictio*, para atingir-se o mesmo escopo e ainda para não argumentar com os desbordamentos dos movimentos grevistas, sua degeneração desvirtuadora e pendente uma lida coletiva.

Como um surto umbilical nos conflitos coletivos, a greve atua como fator de pressão em sua solução, mormente em torno de condições salariais como, em um lance, expõem HANAU-ADOMEIT:

“Dies ist eine weitere Verbindung zwischen Arbeitskämpfrecht und Tarifrecht” Cf. HANAU, Peter u. ADOMEIT. Klaus. Arbeitsrecht. 9 Auflage. Frankfurt a. M. Alfred Metzner Verlag. 1988. S. 83.b.

A Escola Judicial

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

Ministro do Superior Tribunal de Justiça.
Professor da UFMG e da UnB

SUMÁRIO

1. *A implantação da escola judicial no Brasil.* 2. *A experiência estrangeira.* 3. *A experiência brasileira.* 4. *A participação de Minas Gerais.* 5. *Um novo sistema.*

1. *A implantação da escola judicial no Brasil*

Expressa a Constituição de 1988, em seu art. 93, que lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o *Estatuto da Magistratura*, observados alguns princípios, dentre os quais:

1. a aferição do merecimento pelos critérios da *presteza e segurança* no exercício da jurisdição e pela *freqüência e aproveitamento* em cursos reconhecidos de *aperfeiçoamento*;

2. previsão de cursos oficiais de *preparação e aperfeiçoamento* de magistrados como requisitos para *ingresso e promoção na carreira*.

Insera-se, assim, em nossa Lei Maior, agora com caráter obrigatório, e de forma mais abrangente, orientação timidamente esboçada no sistema constitucional anterior, segundo a qual a lei poderia "estabelecer, como condição à promoção por merecimento, a partir de determinada entrância, ou acesso aos Tribunais de segunda instância, pelo mesmo critério, freqüência e aprovação em curso ministrado por escola de aperfeiçoamento de magistrados", sendo de aduzir-se que essa permissão somente foi introduzida na Constituição de 1967 10 (dez) anos após sua promulgação, a saber, através da Emenda n.º 7, de 1977.

Já em 1975, porém, ao formular o seu "Diagnóstico" do Poder Judiciário brasileiro, no qual eram apontados os males, as causas e as soluções, o Supremo Tribunal Federal enfatizava que a primeira e capital difi-

culdade estava no recrutamento de bons juizes, sendo óbvio afirmar que, sem magistrados de excelente formação moral e intelectual, não há judiciário altamente capaz, acrescentando:

“O recrutamento de juizes, no primeiro grau, se faz por meio de concursos. Há mister, porém, que a seleção, para ser profícua, se realize entre o maior número possível de candidatas. E que se adotem os melhores critérios.

Quanto ao primeiro aspecto, é preciso tornar mais atrativa a carreira, assegurando-lhes melhores ganhos e vantagens. A este respeito, o relatório referente às Justiças dos Estados aponta as dificuldades para um mais amplo recrutamento de juizes. Desconforto em postos iniciais da carreira, desprestígio da função judicante, trabalho excessivo, complexo e variado, dada a multiplicidade de atribuições, de alta responsabilidade e mal remunerado, não estimulam vocações.

Quanto à remuneração, a garantia de irredutibilidade de vencimentos, diante da inflação, é meramente teórica. E a magistrados não será adequado postularem majorações nas áreas de outros poderes, pelo evidente constrangimento que daí lhes decorre. Resulta disso que, em vários Estados, a remuneração da magistratura se torna desatualizada e insuficiente. Impõe-se, portanto, solução de ordem geral.

Quanto ao segundo aspecto — melhores critérios de recrutamento a par da conveniência do concurso de ingresso em duas fases, permitindo que entre elas se insira estágio probatório, mencione-se a idéia da criação de cursos ou institutos de preparação para a magistratura, semelhantes ao “Centre National d’Etudes Judiciaires”, com desejável intercâmbio entre Universidades e Tribunais, para a seleção dos melhores alunos.

A medida parece recomendável máxime quando a multiplicação de Faculdades acarreta indubitosa baixa do nível do ensino.

Além da boa escolha dos juizes, cumpre tenham eles conhecimentos atualizados, quer por meio de cursos periódicos, quer pela disseminação da informação jurídica, obrigatoriamente estabelecida, principalmente em áreas especializadas.”⁽¹⁾

A partir desse pronunciamento, desencadeou-se no Brasil todo um movimento em torno da criação de cursos de formação e aperfeiçoamento de magistrados, movimento esse que ensejou não apenas a inclusão do texto já mencionado no corpo da Constituição anterior como também a inserção,

(1) “Revista da Amagis” 1/64.

na "Lei Orgânica da Magistratura Nacional" (Lei Complementar n.º 35/79), das seguintes normas:

"Art. 78

§ 1.º — A lei pode exigir dos candidatos, para a inscrição no concurso, título de habilitação em curso oficial de preparação para a Magistratura."

"Art. 87

§ 1.º — A lei poderá condicionar o acesso por merecimento aos Tribunais, como a promoção por igual critério, à frequência, com aprovação, a curso ministrado por escola oficial de aperfeiçoamento de magistrados."

Sem embargo do caráter facultativo dessas normas, nelas residia, talvez, a única inovação de grande porte da frustrante "reforma de 1977", inovação unanimemente aplaudida na época, como registrou a imprensa.

O entusiasmo despertado pela previsão de tais cursos proporcionou a realização, em início de dezembro de 1976, em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, de *Simpósio Nacional* sobre "Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados", quando várias teses foram levadas à apreciação, dentre as quais uma de Minas Gerais, apresentada pelo autor desta exposição (2).

Introduzia-se na legislação brasileira sistema há muito existente na legislação estrangeira, sendo significativo anotar que, aproximadamente 20 (vinte) anos antes, em 1958, se realizara o *Primeiro Congresso Internacional dos Magistrados* (3).

Não era, entretanto, desconhecido o tema entre nós, como atesta estudo da lavra do Prof. EGAS MONIZ ARAGÃO, publicado no vol. 3, correspondente ao primeiro semestre de 1961, da extinta *Revista de Direito Processual Civil* (4).

Sob o título "Formação e Aperfeiçoamento de Juízes", o ilustre processualista do Paraná buscou fazer a correlação entre o aprimoramento da magistratura e a melhoria da prestação jurisdicional, especialmente no que tange à qualidade das decisões e ao número de impugnação recursais. Em palavras duras, mas que retratavam a realidade da época, escreveu:

"A carreira da magistratura, infelizmente, não tem o condão de atrair os mais preparados e capazes. Bem ao contrário, para elas se voltam alguns desiludidos da vida profissional, ou-

(2) "Ajuris" 9/34.

(3) *Sobre as suas risoluzioni*, v. *Primo Congresso Internazionale dei Magistrati*, ed. Giuffrè, 1959, tomo I, pp. 591 e segs.; e ainda em RF 257/372, *Ajuris* 9/45-46.

(4) Editada pela Saraiva, sob a direção geral do Prof. Alfredo Buzaid, mas que não ultrapassou o 6º (sexto) volume.

tros que não conseguiram vencer, ou que intentavam um sucesso excessivamente rápido, finalmente os que buscam apenas a tranquilidade de um subsídio constante. Poucas são, na realidade, as verdadeiras vocações de juiz. No que tange à carreira de magistrado — escreveu Frederico Marques —, cremos que em breve precisaremos imitar a Igreja e fazer intensa campanha em prol das “vocações judiciárias”. Bem exata é a sua observação. Embora o vencimento inicial possa ser aumentado, constituindo-se, pois, no menor problema, há outras dificuldades, a igual do que ocorre com os religiosos, que afugentam os candidatos à vida de juiz, vida dura, inçada de sacrifícios, em certas ocasiões tão penosa quanto a dos ascetas, o que espanta obviamente quem divise um triunfo mais cômodo.

Inicia-se a carreira após um estafante estágio de substituições que envolvem constantes e continuos deslocamentos, em pequenas e desconfortáveis cidades do *hinterland* que não proporcionam ao juiz, muita vez, o mínimo de bem-estar que lhe seria lícito pretender para si e sua família. Às vezes, em certas comarcas, inexistem até mesmo instalações para que o juiz nelas resida, coagindo-o a morar em outro lugar e viajar quase diariamente a fim de despachar o expediente. Enfim não há atrativos, eis a verdade, na magistratura. Reflexo da realidade apontada é o alheamento em que se mantêm todos quantos tenham oportunidade de alcançar êxito nos centros maiores e melhores, o que, embora obliquamente, facilita a disputa de vagas para candidatos menos capazes, que não resistiriam a uma seleção mais enérgica ou a um confronto com outros colegas, de maior valor.”

E aduziu:

“O exame, conquanto ainda seja a melhor forma de apurar a capacidade intelectual dos pretendentes, nem sempre dá notícia da vocação de magistrado dos candidatos. Ademais, belas inteligências aninham-se em caracteres medíocres ou maus enquanto finíssimas formações éticas são servidas por inteligências menos brilhantes. No curso da carreira esses fatores, obscurecidos ou adrede ocultados pelo candidato à época da seleção, vêm à tona, criando impasses desagradáveis e de difícil e penosa solução.”

Mostrando as deficiências do sistema de então, e salientando que a solução não estaria no aumento das vias recursais, preconizava o eminente jurista que melhor seria melhorar o tirocínio dos juizes, submetendo o candidato a juiz a estágios iniciais e os juizes a cursos de aperfeiçoamento, indispensáveis à atualização de seus conhecimentos profissionais.

Apesar dos esforços nesse sentido, até hoje não se conta no Brasil com uma Escola Judicial Nacional, para o que concorreram alguns fatores,

dentre os quais a omissão da cúpula do Poder Judiciário e a indefinição de quem deveria por ela responsabilizar-se.

Enquanto nos Estados as escolas ficaram a cargo ora dos tribunais (como em Minas Gerais), ora das Associações de Magistrados (como no Rio Grande do Sul), alternando bons e maus momentos, fracassaram até aqui as tentativas da criação de uma escola judicial verdadeiramente nacional.

Dentre essas tentativas, destacou-se a da Associação dos Magistrados Brasileiros, que chegou a realizar, no início da década de 1980, alguns poucos cursos em convênio com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) (5). A iniciativa, contudo, não prosperou, como, aliás, já se podia antever, uma vez que se limitava a esporádicos cursos de especialização, sem metodologia permanente e sistema eficaz de seletiva participação dos magistrados.

Anuncia-se no início desta nova década, com o estímulo dado pelo constituinte de 1988, a sua definitiva implantação, para isso já tendo havido sugestões e pronunciamentos das direções atuais do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e da Associação dos Magistrados Brasileiros.

2. *A experiência estrangeira*

Estreitamente ligados ao tema da formação e aperfeiçoamento dos magistrados se situam os sistemas de recrutamento de juizes, que variam de país para país. Os mais conhecidos, alguns dos quais adotados no multifário modelo brasileiro, são:

- a) do voto popular;
- b) da livre nomeação pelo Executivo;
- c) da livre nomeação pelo Judiciário;
- d) da nomeação pelo Executivo com propostas de outros Poderes;
- e) da nomeação pelo Executivo dependendo da aprovação pelo Legislativo;
- f) da escolha por órgão especial;
- g) do concurso.

Nos países mais desenvolvidos, porém, o recrutamento tem sido acompanhado de uma preparação específica, normalmente representada por estágios sob orientação de escolas judiciais.

(5) Cfr. "Informativo" da AMB de setembro de 1980, onde foi publicado os termos do convênio.

Uma rápida peregrinação por alguns desses países nos mostra as experiências por eles vividas.

a. Alemanha

Na Alemanha Ocidental, o ingresso na magistratura pressupõe a formação teórica, na qual o candidato deverá cursar a universidade, com a duração mínima de 7 (sete) semestres.

Aprovado no exame teórico, terá o mesmo direito ao segundo período, de índole prática, remunerado.

Nesse estágio prático, com duração mínima de dois anos, entra em contato, sob orientação, com a vida forense, nos tribunais e nos escritórios, familiarizando-se ainda com órgãos da administração em geral.

A seguir, submete-se a novo e rigoroso exame, mais prático que teórico.

Se nele aprovado, estará apto "a ocupar um posto de juiz", e, conseqüentemente, ser aproveitado como juiz, promotor, tabelião ou advogado.

Destinando-se à magistratura, começará na categoria de juiz auxiliar, "juiz de experiência", não podendo funcionar isoladamente no primeiro ano de exercício, mas apenas em órgão colegiado (observando-se que, a exemplo dos demais países europeus, ali o juízo colegiado é a regra).

Seu estágio, como auxiliar, dura de três a cinco anos, após o que ingressa definitivamente na carreira, com todas as garantias asseguradas. Nomeado, será vitalício e inamovível.

As promoções na carreira se dão apenas pelo critério de merecimento, existindo em *Trier a Richterakademie* (Academia de Juízes), destinada ao aprimoramento dos magistrados em temas mais complexos, polêmicos ou momentosos. Dentre os que se inscrevem são selecionados os juízes de acordo com a especialização e a aptidão, respondendo os respectivos Estados pelas despesas de hospedagem e alimentação na Escola⁽⁶⁾.

b. Itália

O ingresso, também na Itália, e por disposição constitucional, é feito através de concurso público de provas e títulos, dentro dos quais tem relevo a *laurea in giurisprudenza* (defesa de tese).

(6) É de registrar-se que, bem mais aparelhada, rápida e onerosa que a brasileira, a Justiça alemã contava em 1981 com 15.532 (quinze mil e quinhentos e trinta e dois) juízes, dos quais 12.019 (doze mil e dezenove) na jurisdição ordinária, para uma população aproximada de sessenta milhões de habitantes (Cfr. relato de FRANCISCO DE PAULA XAVIER NETO, in "Notas sobre a Justiça na Alemanha", *Coleção Ajuris* 18, 1982, p. 14). Ainda s/ a organização judiciária na Alemanha Ocidental, do autor, v. "Revista Brasileira de Direito Processual", vol. 3/189.

Aprovado no concurso, o candidato é nomeado *uditore giudiziario*, por decreto do *Ministro di Grazia e Giustizia*.

A seguir, depois de um período de tirocínio, de dois anos aproximadamente, e novo exame prático, é nomeado para o cargo de *aggiunto giudiziario*, por decreto do Presidente da República.

Somente após três anos no exercício desse cargo é promovido ao de *giudice*, na qualidade de *pretor*.

Paralelamente à nomeação por concurso, podem excepcionalmente ser admitidos como magistrados de cassação, por indicação do Conselho Superior da Magistratura, professores de direito e advogados com o mínimo de 15 (quinze) anos de prática profissional, desde que inscritos nos quadros da jurisdição superior.

Normalmente, segundo relato pessoal do Prof. Vigorith em 1986, para cinco mil candidatos existem 250 (duzentas e cinquenta) vagas, submetendo-se o candidato a provas escritas de civil, penal e administrativo, e a nove exames orais (7).

c. Portugal

Tomando por base o *regime anterior* (8), em Portugal o ingresso na magistratura judicial se fazia através de concurso de provas promovido pelo Conselho Superior Judiciário, que procedia a minucioso exame do *curriculum vitae* e dos antecedentes dos candidatos, sendo estes voluntários ou compelidos, vedado o acesso às mulheres.

Os voluntários eram os diplomados em direito com formação final universitária "com distinção", com o mínimo de 7 (sete) anos de bom e efetivo serviço na função de "delegado de procurador da República", inspetor de polícia judiciária, juiz municipal ou advogado. Os compelidos eram os delegados de procurador da República (representantes do Ministério Público) que constituíssem a metade superior da lista de antiguidade da 1.ª classe (a mais elevada), com classificação mínima de "bom", salientando-se que os que não eram admitidos, faltassem ou fossem reprovados, eram rebaixados a outras categorias do serviço forense (v.g., oficiais de registro).

Assim, praticamente a carreira do Ministério Público se constituía em fase preliminar ao ingresso na magistratura.

Na legislação lusa *pós-revolucionária*, convém assinalar que o D.L. 744, de 20-12-75, confessando-o "necessariamente precário e experimental",

(7) Sobre a organização judiciária italiana, v. COSTA LOURES, *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 5/77.

(8) Sobre o tema, v. estudo do autor em LEMI — *Revista Jurídica*, vol. 73/1-37.

criou o "estágio" como requisito ao ingresso nas magistraturas judicial e do Ministério Público. Com duração de um ano, previu-se sua realização em duas fases: uma de formação inicial e outra de formação complementar junto aos tribunais de 1.^a instância das comarcas de Lisboa e Porto.

No novo regime, Portugal passou a ter uma maior preocupação com a magistratura.

Em trabalho destinado a encontro internacional⁽⁹⁾, narrou o Prof. RICARDO FIUZA sua experiência, vivida de novembro de 1982 a outubro de 1983, no "Curso de Formação Inicial de Magistrados Judiciais", do Centro de Estudos Judiciários, com sede em Lisboa, assim relatando o funcionamento daquele órgão:

"Funcionando desde 1979 nos termos dos Decretos-Leis números 374-A/79 e 264-A/81, o Centro de Estudos Judiciários cuida da formação do Magistrado Judicial e do Magistrado do Ministério Público, em cursos separados, sem embargo de atividades em conjunto. Sua missão começa com a seleção para ingresso no centro. Os candidatos selecionados, chamados "auditores de justiça" e com salário de 80% do início da carreira, divididos em grupos de 20 alunos, fazem, então, o Curso de Formação Inicial, que se divide em quatro etapas:

a) dez meses de atividades teórico-práticas, com aulas diárias e exames periódicos;

b) dez meses de período de iniciação nos tribunais, com avaliação feita por magistrados designados;

c) seis meses de período de pré-afetação nos tribunais (já nomeados juízes);

d) três meses de formação complementar no Centro de Estudos Judiciais.

Depois dessas etapas, são designados efetivamente para responder por uma comarca.

O Centro de Estudos Judiciários também realiza cursos de formação permanente para os magistrados vitalícios, sendo estes opcionais.

Sendo um organismo oficial, unido ao Ministério da Justiça, o Centro de Estudos Judiciários não se dedica a cursos de preparação para o concurso dos que pretendam ingressar na magistratura."

(9) "El ingreso en la carrera, perfeccionamiento y formación de la magistratura judicial en el Estado de Minas Gerais, Brasil", in *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, 18/345.

E concluiu proclamando o modelo luso, adaptado às peculiaridades brasileiras, como o mais conveniente ao nosso País.

d. Inglaterra

Na Inglaterra, a rigor, não consta haja uma escola judicial, uma vez que a função jurisdicional ali é confiada a profissionais, geralmente mais idosos, recrutados da classe dos advogados.

Deve-se assinalar, porém, que a escolha recai em juristas de elevado conceito, o que representa alta dignificação pessoal e incontestável realização profissional.

São de CARLOS MAXIMILIANO, em sua belíssima obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (ed. Freitas Bastos, n.º 70), escrita no primeiro quartel deste século XX, as seguintes considerações:

“Revivescência moderna, embora não uma simples imitação, do pretor da antiga Roma, é o juiz da Inglaterra.

A Grã-Bretanha possui a melhor magistratura do mundo. Remunera generosamente o trabalho dos membros dos tribunais superiores; confia a investidura, como uma honraria, a um advogado de nomeada, que mais nada espera do governo, porque não há promoções na organização judiciária; depois do breve tirocínio, pode retirar-se o serventuário togado, com uma esplêndida pensão.

A Inglaterra possui o juiz grão-senhor, com instalação pomposa, e no gozo de acatamento e prestígio; homem independente, com experiência da vida e um nome brilhante a zelar, ele tem poder maior do que o dos seus pares do continente.”

e. Japão

No Japão, em 3-5-47, foi criado, em Tóquio, junto à Corte Suprema, o *Instituto de Pesquisas e Práticas Legais*, destinado à formação, orientação e aprimoramento dos que atuam na magistratura e na advocacia.

Segundo o sistema adotado, somente após ter frequentado esse Instituto, e se aprovado, estaria o candidato em condições de exercer a atividade forense, sendo interessante salientar que o referido Instituto, muito rigoroso e com atuação muito enaltecida, passou a dedicar-se permanentemente a pesquisas e estudos sobre aspectos legislativos e judiciários⁽¹⁰⁾.

O estágio, no qual se ingressa através de exame, tem a duração de um ano, no mínimo, e remunera os que a ele estão submetidos como estagiários.

(10) Cfr. *Primo Congresso Internazionale dei Magistrati*, Giuffrè, tomo I, pp. 113/128.

f. Rússia

Os poucos dados existentes informam que na Rússia se permite que qualquer cidadão seu possa ser eleito juiz (por período de 3 (três) anos, com possibilidade de recondução), ou assessor popular (os juízes se compõem, normalmente, de dois assessores populares e um juiz), desde que esteja no gozo de seus direitos civis e políticos, em sufrágio universal, direto e secreto, pelos cidadãos do distrito em que o juízo tenha sede.

g. Estados Unidos

Em estudo publicado sob o título "O sistema judiciário norte-americano e o aprimoramento dos seus juízes", com suporte em dados de 1978, tive oportunidade de escrever:

"O recrutamento dos juízes

Há, basicamente, três sistemas quanto ao recrutamento de juízes nos Estados Unidos: a) por nomeação; b) por eleição; c) misto.

Pelo sistema de nomeação estão os juízes federais em todo o País, e os juízes de quinze Estados-Membros, ressaltando-se que não se exige que aqueles e estes se submetam a concurso.

Pelo sistema de recrutamento por eleição perfilham-se dezesseis Estados, com mandatos que variam, via de regra, de quatro a seis anos. Cumprindo anotar que o sistema se aplica também às Cortes de segunda instância.

Não vêem os norte-americanos maiores inconvenientes nesse sistema, que a nós espanta, sendo mesmo defendido por uma corrente, sob o argumento de que, se todo o poder deve emanar do povo, o Judiciário não deverá constituir-se em exceção.

Há Estados, por outro lado, que buscam conciliar os dois sistemas. É o exemplo da Califórnia. Uma vez nomeados, os juízes deverão submeter-se, após certo período, ao voto popular.

Ainda no terceiro grupo, merece destaque um sistema que vem obtendo a preferência dos estudiosos, e que não exige a participação do voto popular. Segundo esse sistema, um comitê, composto de juízes, advogados e representantes da comunidade, examina os candidatos e recomenda três ao Executivo, ao qual cabe escolher um deles.

Inexistindo carreira, inexistente sistema de acesso, o que não impede que muitos dos juízes das Cortes superiores passem antes

por Cortes inferiores. Convindo ainda anotar que há poucas mulheres na função judicante.

O aprimoramento dos juizes

A exemplo do que vem ocorrendo em outros países, tem merecido especial relevo nos Estados Unidos o aprimoramento dos juizes, partindo-se do pressuposto de que constituem eles a base de todo e qualquer sistema judiciário.

No plano federal, por volta de 1950, foi criado um subcomitê para a orientação dos juizes após a nomeação.

Mas foi em 1968 que importante passo se deu, quando pela *Public Law 90-219* se criou o Centro Federal Judiciário (*Federal Judicial Center*) para as atividades de pesquisa e orientação de programas de treinamento para juizes, *prosecutores* e funcionários das Cortes.

Órgão de pesquisa e desenvolvimento do Judiciário federal, o Centro dá cumprimento à política da Conferência, cabendo-lhe não só buscar o aperfeiçoamento da administração das Cortes mas também encontrar meios para tornar a Justiça mais efetiva, através de novos métodos e procedimentos.

Em síntese, são suas funções principais:

1. conduzir pesquisas e estudos sobre a atuação das Cortes e estimular e coordenar iguais pesquisas e estudos em outros setores ligados à Justiça;
2. desenvolver e apresentar ao exame da Conferência recomendações para o aperfeiçoamento da administração e direção das Cortes;
3. estimular, criar, desenvolver e conduzir programas de reciclagem e treinamento para o pessoal do Judiciário, inclusive para os funcionários da Justiça;
4. dar assistência à Conferência.

Localizado em Washington, em excelentes instalações, na histórica *Dolley Madison House*, oferece seminários de aproximadamente dez dias de duração e programação mais ampla no mês de setembro, quando há férias coletivas na Justiça federal.

Sem embargos de ser facultativa a frequência, os dados vêm revelando que têm sido cada vez mais altos os índices de comparecimento, afastada a descrença inicial.

No plano estadual, em preliminar, deve-se afirmar que diversos Estados administram cursos e seminários de orientação e reciclagem, embora sem uma programação prefixada.

Uma instituição, no entanto, merece especial destaque.

Em Reno, Estado de Nevada, funciona uma escola judicial de âmbito nacional, *The National Judicial College*.

Em escorço histórico, pode-se dizer que, no início de 1962, um dos ministros da Suprema Corte, Tom Clark, demonstrou sua preocupação com a falta de treinamento dos juizes, sobretudo se considerados os meios habituais de recrutamento dos juizes (por eleição ou nomeação sem concurso).

Obtidos recursos, realizaram-se cursos a partir de 1964, quando se concluiu pela necessidade de cursos permanentes.

A *American Bar Association*, em face do movimento pela criação de uma escola judicial permanente, criou uma direção de doze membros, quase todos juizes, à qual entregou o Colégio Judicial, ficando este a integrar a Conferência dos juizes estaduais.

Para melhor se compreender a iniciativa da *American Bar Association*, impõe-se esclarecer que a mesma possui, em sua organização, uma divisão de administração judiciária.

Idealizado o plano, os recursos necessários à implantação e funcionamento da escola, pelo período de dez anos, foram obtidos com a Fundação *Fleischmann*, que condicionou a verba à localização da escola no *campus* da Universidade de Nevada, embora sem vinculação a esta.

Em 1965, com vultosa ajuda financeira da referida fundação, instalava-se em Reno o Colégio Judiciário, denominado inicialmente *National College of the State Judiciary*.

A junta governativa da *American Bar Association*, que determina a política do Colégio, elege a sua direção por períodos de três anos, sendo ela composta de doze membros, dos quais quatro são eleitos a cada ano, para melhor rotatividade, ficando a cargo do reitor (*dean*) a parte operacional.

Quanto à programação, inicialmente havia dois cursos anuais, com duração de dois meses cada um. A seguir, passaram os programas a ter a duração de quatro semanas.

A partir de 1970, alterou-se essa programação, quando foram elaborados programas de duas semanas para os juizes que já haviam cursado o programa de quatro semanas.

Atualmente há três tipos básicos, que duram de uma a três semanas, e que se preocupam mais com o ensino da prática e dos procedimentos, sem afastar o estudo teórico: a) para juízes de jurisdição plena; b) para juízes de jurisdição limitada; c) para juízes não *lawyers*.

Os vinte e três mil juízes estaduais, relacionados por computadores, são convidados através do envio dos programas às suas Cortes. E são inscritos pela ordem de chegada das respostas.

Além da sua programação normal (em 1978 estão programados trinta e oito cursos), o Colégio ainda realiza, anualmente, de vinte a vinte e cinco programas locais, de dois a três dias de duração. Participando também desses, mediante informações e assistência e mantendo estreito intercâmbio com o Centro Federal Judiciário.

Os cursos, ministrados normalmente a grupos de cento e vinte a cento e cinquenta juízes, subdivididos em grupos de quarenta e cinco, e que se preocupam inclusive com a administração das Cortes, destinam-se apenas aos juízes, inexistindo propósito, ao que consta, de estendê-los a funcionários, advogados ou a membros do Ministério Público.

Os orientadores são recrutados quase todos na própria magistratura, muito embora sejam também convidados professores de Direito, Sociologia e outros ramos afins, representando o convite alta dignificação profissional.

Os juízes levam geralmente as suas famílias, o que é incentivado não só pela beleza da região e pela programação social e esportiva paralela, mas sobretudo como estímulo à concentração nos estudos.

A par da organização administrativa modelar, impõe-se ainda enfatizar que o Colégio, hoje unanimemente elogiado pela excelência de sua atuação, tem sido importante fator de uniformização de normas de organização judiciária e de procedimento." (11)

Em agosto de 1990, em comunicação ao Superior Tribunal de Justiça (e certamente a outros órgãos), o Embaixador norte-americano deu ciência que comissão de especialistas, nomeados por iniciativa do Congresso e pela Suprema Corte, apresentou, em 2-4-1990, relatório sobre a reforma do sistema judiciário federal daquele país, propondo mais de uma centena de alterações, dentre as quais a criação de justiças especializadas e "de um

(11) *Scientia Iuridica*, Livraria Cruz, Braga, Portugal; *AJuris* 22/182. Também, do autor, "Considerações sobre o direito norte-americano", *RF* 264/83; *Comparative Juridical Review* 19/3.

órgão dentro do Poder Judiciário que se dedicaria exclusiva e permanentemente a acompanhar o desenvolvimento da máquina judiciária, comunicando ao Congresso americano medidas que devam ser adotadas a curto, médio e longo prazos, antes que condições de emergência ou de crise venham a surgir”.

h. Espanha

Esta é, sem dúvida, uma das mais antigas escolas judiciais dentre as hoje existentes, funcionando no *campus* da Universidade de Madri, em prédio ao lado da Faculdade de Direito, destinando-se à formação integral de juízes, de aspirantes da carreira do Ministério Público e ao aperfeiçoamento dos serviços auxiliares.

Escrevendo em 1962 a seu respeito, in *Compendio de Derecho Judicial* (Madrid, p. 160) assegurou J. RODRIGUES DEL BARCO:

“Respondió la creación de la Escuela Judicial a la necesidad de corregir los defectos del sistema de oposición pura, en el que si bien se demostraba la capacidad y formación jurídica, principalmente teórica del aspirante, no en cambio, como dice Menéndez Pidal, la práctica necesaria y menos la moralidad y demás cualidades esenciales en el magistrado, por lo que tanto este autor como otros varios ya propugnaron la creación de este organismo.”⁽¹²⁾

Desde seu início, esta Escuela previa estágios teórico e prático.

i. França

Com base em dados mais antigos, escrevi na década de setenta:⁽¹³⁾

“Possui a França singular sistema de formação de magistrados, aplicado através do *Centre National d'Études Judiciaires*.

Dentre os requisitos gerais para ingresso no CNEJ, o candidato deverá apresentar licenciatura em direito.

Aprovado no concurso, o aluno, chamado “auditor”, submeter-se-á a dois períodos, sendo um de formação e outro de aprimoramento, cada um com a duração de dezoito meses.

O primeiro período, de caráter mais prático, se desenvolve nos “Centros Regionais”, onde existem Faculdades de Direito, sob orientação programada, quando são anotados dados relativos

(12) Cfr. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, RF 257/372; *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 6/133.

(13) *Ajuris* 9/34, RBDP 13/123, RF 257/372.

à saúde e aptidão geral, observando-se, quanto a esta, presença, educação e disciplina, capacidade de síntese e de julgar, caráter e grau de responsabilidade, capacidade de trabalho e pontualidade, cultura geral e jurídica, estilo, expressão e organização.

O segundo período se realiza em Paris, preferencialmente, e tem como finalidade precípua aprofundar os conhecimentos jurídicos e os gerais, impondo-se aos alunos, além do exercício da prática, a freqüência a cursos teóricos, conferências, colóquios, e visitas a importantes centros econômicos, administrativos e jurídicos, para captação da realidade social.

Concluídos os dois períodos, no total de três anos, realiza-se a seguir a classificação, na qual são computados os resultados obtidos nos dois períodos e no exame final, versando este sobre prova escrita (elaboração de sentença cível e penal), prova oral, e uma entrevista coletiva com examinadores, professores e magistrados.”

Em recente relatório, datado de fins de 1989, encaminhado à presidência do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, hoje com assento no Supremo Tribunal Federal, assinalou:

“Podemos apurar que o ingresso na carreira da magistratura dá-se da seguinte forma: a Escola Nacional de Magistratura oferece, todos os anos, cerca de duzentas vagas para ingresso. Inscrevem-se cerca de 3.000 candidatos, bacharéis e (ou) doutores em direito. De regra, não são preenchidas todas as vagas, porque é duríssimo o exame vestibular. Os aprovados seguem um curso de dois anos. Ao serem matriculados, são nomeados auditores judiciais. Ali, cursam disciplinas teóricas, fazem estágios em Tribunais, auxiliando os magistrados, e são acompanhados em toda a sua formação por professores, juízes, de regra. Ao cabo do curso, se tiverem sucesso nos exames finais, são nomeados juízes.

A Escola Nacional da Magistratura (ENM) é um estabelecimento público subordinado ao Ministério da Justiça. Ela foi criada em 1958. Sua sede está em Bordeaux, mas ela dispõe de um estabelecimento em Paris. Ela assume a formação profissional dos magistrados franceses e o aperfeiçoamento dos magistrados já em função e contribui, também, na formação de magistrados de países estrangeiros, em particular daqueles Estados com os quais a França é ligada por acordos de cooperação técnica em matéria judiciária. O Ministério Público da França integra a magistratura. Assim, a Escola prepara magistrados-juízes e magistrados-M.P.

A direção executiva da Escola assim se constitui: Diretor, Secretário-Geral, Diretor da Formação Inicial, Subdiretor de Estu-

dos e Subdiretor de Estágios. Diretor de Cursos de Aperfeiçoamento (a formação contínua), Diretor Adjunto, Subdiretor de Aperfeiçoamento. Coordenando as duas áreas há o Subdiretor de Coordenação.

Admitidos na Escola, os futuros magistrados ganham o título de auditores de justiça. A escolaridade dura 24 meses, comportando uma escolaridade propriamente dita na Escola, em Bordeaux. O período de escolaridade em Bordeaux compreende: estudos profissionais, para aquisição de técnicas judiciárias em cada domínio de especialidade (instrução, instância etc.); estágios; atividades de informação (os auditores trabalham em grupo sobre um tema dado); formação em informática (computadores); línguas estrangeiras. Em seguida, os auditores seguem estágio denominado jurisdicional, destinado à aquisição de experiência profissional prática, a lhes permitir adquirir os traços essenciais do magistrado nas principais funções judiciárias.

Num terceiro tempo, os auditores voltam à Escola, Bordeaux ou Paris, para um período de 4 (quatro) meses. Essa terceira fase permitirá um aprofundamento das práticas jurídicas e jurisdicionais adquiridas nas etapas precedentes. Finalmente, efetuam os auditores 3 (três) meses de estágio de aperfeiçoamento na função judicial escolhida como primeiro posto. Esse período permite uma especialização após a fase de formação polivalente, anterior. Ao cabo desses 24 meses, após aprovação em exames finais, o auditor de justiça é nomeado magistrado numa das jurisdições francesas. Nos oito anos seguintes, ele deverá voltar à Escola para aperfeiçoamento, num período global de quatro meses, devendo receber formação em informática (computadores), inclusive. Essa formação técnica e profissional (aperfeiçoamento) é classificada nas seguintes rubricas, que variam conforme o ano: 1) os estágios, em grupo ou individualmente, em cinco grandes setores: Justiça (Corte de Cassação, Corte Européia de Justiça); Instituições e Administração (Senado, Conselho da Europa, Defesa Nacional etc.); Economia (Bancos, Empresas de Seguro etc.); Sociedade e modo de vida (hospitais etc.); Comunicação e Cultura (Centro Nacional de Cinema, Direção dos Museus, Imprensa etc.); 2) Sessões sobre temas atuais: o trabalho e a paralisação do trabalho (problemas econômicos, sociais e jurídicos da greve e das relações de trabalho); a morte (os serviços de medicina legal, os problemas de transplante de órgãos, a eutanásia); a pena (o processo de imposição da pena em colaboração com a Escola de Administração Penitenciária e o Centro de Reeducação); 3) atividades em torno de um tema geral, como, por exemplo, "a sentença", ou o "ato de decidir". Esse tema é objeto de reflexão, em sete

sessões, nas quais serão tratadas: a eficácia da decisão (reflexão sobre a diversidade das necessidades da justiça e os problemas de execução); a exploração pública da decisão judicial pela imprensa (a repercussão da decisão na opinião pública); os impactos da descentralização sobre a decisão do juiz (o entrosamento da Justiça com outras instituições sob o ponto de vista das últimas reformas administrativas e judiciárias). Para 1990, o programa inclui: A) Modernização da Justiça: iniciação à participação; formação da gestão destinada aos juízes chefes de jurisdição (no Brasil, uma comparação grosseira: os juízes diretores de foro, que administram a Seção Judiciária); aprendizado de técnicas de comunicação; a eficácia da Justiça Civil; a eficácia da Justiça Criminal; B) Justiça: reflexões sobre: as liberdades; a morte (colocação histórica e sociológica); transplante de órgãos; polícia científica, exames médicos etc.; a questão médico-legal; C) os direitos do homem; D) o estatuto dos estrangeiros; E) Biologia, Biotecnologia e Direito; F) a família (com inúmeros temas para reflexão); G) Sessões: 1) o direito comunitário; 2) o direito de imprensa; 3) o direito de construir; 4) Justiça e segurança nas estradas e no trânsito; 5) o direito da nacionalidade; 6) a intervenção do juiz no sistema familiar; 7) o Direito do Trabalho; seguem-se outros temas; H) Instituições e Administrações, com diversos temas; I) Comunicação e cultura, idem, idem; J) Sociedade e modo de vida, idem, idem; K) Economia, idem, idem."

E acrescentou o admirado constitucionalista:

"A Escola Nacional da Magistratura tem uma Seção Internacional, instalada em Paris, que organiza atividades pedagógicas diversas, estágios, formação e aperfeiçoamento de magistrados e futuros magistrados de Estados estrangeiros, principalmente dos Estados com os quais a França está ligada por acordos de cooperação técnica em matéria judiciária." (14)

3. A experiência brasileira

Paulatinamente vão sendo implantadas as escolas judiciais em todo o País. Difícil encontrar um Estado onde já não esteja funcionando, mesmo precariamente ou em estado embrionário, uma escola de juízes, quer sob a direção do respectivo Tribunal de Justiça, quer sob a orientação e o comando da associação de magistrados local, algumas, inclusive, já contando com sede própria, equipadas com serviço de vídeo, regionalizadas, com concursos de monografias e até conveniadas com congêneres estrangeiras.

(14) Ainda sobre o sistema francês, EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, "Uma escola nacional de magistratura: o modelo francês", in *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, 44/33.

Não há, porém, uma metodologia uniforme e um planejamento bem estruturado, não obstante algumas escolas já tenham atingido um grau de funcionamento relativamente satisfatório.

O que prepondera são os cursos rápidos de atualização e outros de preparação, com certa duração.

Os primeiros são destinados aos magistrados, realizados nas capitais ou em regiões variadas dos Estados, versando sobretudo temas de direito e processo civil e penal. Representam, na realidade, meras reciclagens de temas mais afeitos à atividade jurisdicional, e na maioria das vezes servem também como motivação para o congraçamento e a reunião de magistrados em torno do debate de temas de interesse da classe. Apresentam, contudo, saldo positivo, na medida em que despertam o interesse cultural, suscitam questionamentos doutrinários, atualizam conhecimentos, afastam dúvidas, motivam a magistratura, geralmente envolta no praxismo das soluções dos casos concretos, que são às centenas ou aos milhares, em volume muitas vezes de causar perplexidade (1^b).

Os segundos, a saber, os cursos de preparação, em regra são mais deficientes e não passam, no estágio atual, de mera manifestação de idealismo. Com efeito, sem contar com candidatos já aprovados em concurso e já remunerados pelos cofres públicos, o que se nota é a freqüência limitar-se a grupos residentes na sede onde realizados, uma vez que os residentes em outras comarcas e regiões não podem deixar suas atividades profissionais, sendo de aduzir-se, lamentando-se ainda mais, que desses grupos poucos concluem tais cursos, se submetem aos concursos, são aprovados e aproveitados. Em síntese, a utilidade prática dos mesmos se mostra significativamente reduzida.

Além desses dois tipos, há um outro em funcionamento, felizmente produtivo e eficaz, embora também limitado, a saber, aquele que consiste em rápidos cursos ministrados aos candidatos recém aprovados em concurso e até mesmo já nomeados para o cargo.

Geralmente são condensados, com duração muito pequena, de alguns dias, quando os novos magistrados têm contato com orientadores, que em algumas exposições lhes transmitem a experiência do exercício da função

(15) A propósito, consoante anotado retro, enquanto na Alemanha, país de instituições e população estáveis, em 1981, para uma população aproximada de sessenta milhões havia quinze mil e quinhentos juizes, e nos Estados Unidos, em 1978, existiam vinte e três mil juizes estaduais, no Brasil, para cento e cinquenta milhões de habitantes há pouco mais de cinco mil cargos de juizes, dos quais aproximadamente um quarto (25%) está vago, segundo dados do Supremo Tribunal Federal em 1990. Outrossim, enquanto as Cortes de Cassação da Itália e da França (esta, com exclusão do direito público) têm, respectivamente, trezentos e cinquenta e quatro (354) e cento e setenta (170) magistrados, o nosso Superior Tribunal de Justiça conta apenas com trinta e três (33).

jurisdicional, quer no tocante a aspectos de natureza jurídica, quer em relação à conduta pessoal e funcional, dado que muitos sequer conhecem a vida interiorana ou têm efetiva prática forense ⁽¹⁶⁾.

Ao lado das escolas estaduais, surgem também as escolas na Justiça comum federal e na Justiça especializada do Trabalho, umas e outras igualmente voltadas para o aperfeiçoamento, para a reciclagem, com metodologia centrada em palestras de especialistas. Dessas iniciativas, talvez a merecedora de maior atenção seja a que se processa em busca da modernização da Justiça Federal, com um programa que não se restringe à magistratura, mas também aos serviços auxiliares, hoje sob o comando do Superior Tribunal de Justiça e com o apoio já em curso de órgãos das Nações Unidas e do governo brasileiro ⁽¹⁷⁾.

4. A participação de Minas Gerais

Escrevendo sobre a participação de Minas Gerais na criação das escolas judiciais no País, tive ocasião de assinalar:

“Quando do recolhimento de sugestões pelo Supremo Tribunal Federal, para o diagnóstico solicitado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, um grupo de juízes mineiros, de 1.ª instância, fez externar suas reivindicações, no receio de que a reforma se limitasse aos escalões superiores, sugerindo a adoção de um estatuto judiciário de âmbito nacional, e sobretudo, a criação de escolas judiciais, não só para o ingresso na carreira, mas também para o constante aprimoramento dos órgãos judiciários.

Quando da elaboração da Resolução — TJMG 61/75, e por inspiração do mesmo grupo de juízes, importante passo foi dado, com a inserção do art. 397, segundo o qual “o Tribunal de Justiça, quando julgar oportuno, criará curso de formação e aperfeiçoamento dos Magistrados”.

Assumindo a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado o Desembargador Edésio Fernandes, professor universitário e homem de profunda sensibilidade, a idéia germinou, tendo Sua Excelência feito realizar, por ocasião da nomeação dos novos juízes mineiros, proveitoso curso intensivo de preparação dos

(16) Esses cursos são muito comuns em Minas Gerais, onde normalmente se realizam durante uma semana, com palestras, visitas a órgãos específicos, debates e encontros menos formais, versando inclusive temas como o relacionamento do magistrado com a comunidade.

(17) Cfr., a propósito, trabalho do Ministro Evandro Gueiros, “Programa de Desenvolvimento para uma alta administração da justiça”, in *Revista de Informação Legislativa*, do Senado, nº 100/75, X-XII/1968.

mesmos, através de palestras e encontros, nos quais foram salientados aspectos práticos e éticos da carreira, em iniciativa que mereceu aplausos gerais.”

Os anos passaram e a Escola Judicial em Minas Gerais transformou-se em grata realidade, sempre vinculada ao Tribunal de Justiça e dirigida pelos transitórios ocupantes da Vice-presidência, cargo a que têm ascendido pelo critério da antiguidade naquele egrégio Pretório, o mais alto do Estado.

Sem embargo da maior ou menor dedicação, do entusiasmo, do idealismo e da visão dos eventuais ocupantes desse cargo, é de justiça salientar que o seu sucesso, nestes anos, se deve em grande escala à dedicação do Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza, figura humana exemplar, de trato lano e personalidade marcante, que soube se impor, com habilidade e firmeza, ao respeito e à admiração de toda a magistratura mineira, quer pela sua atuação à frente de órgãos administrativos do Tribunal de Justiça, quer especialmente pela sua magnífica atuação como coordenador da Escola, que veio a receber o nome do seu criador, Desembargador Edésio Fernandes.

Os relatórios publicados, quanto às suas atividades, desenvolvidas a partir de 1976, bem refletem o currículo da Escola, que tem prestado à magistratura mineira, uma das mais conceituadas do País, os melhores serviços e inestimável contribuição⁽¹⁸⁾.

5. *Um novo sistema*

Felizmente, já está ultrapassada a fase na qual se discutia sobre a conveniência da criação de escolas judiciais e a adoção de cursos de formação e aperfeiçoamento.

Vive-se agora uma nova realidade, em que as preocupações se voltam para o encontro do melhor caminho a trilhar, na busca do melhor modelo a ser adotado em um País de dimensões continentais como o nosso, com tantas diversidades regionais.

Surgem as propostas⁽¹⁹⁾. E é chegado o momento de debatê-las e implantá-las.

(18) Como um dos participantes do movimento pela sua criação, entusiasta da idéia desde que conheci a Escuela Judicial da Espanha, em 1972, membro do seu corpo de expositores desde o primeiro encontro, em setembro de 1976, e autor das sugestões que resultaram na indicação do Prof. Ricardo Fiúza para coordenador e do nome do Desembargador Edésio Fernandes para designá-la, não posso deixar de registrar a especial ternura que por ela nutro.

(19) A propósito, Xavier Neto, “Escolas de Magistratura — uma proposta”, Campo Grande, MS, 30-8-90.

Alguns pontos já vão se assentando, ganhando força e coesão. Assim, já se fala na criação de uma escola efetivamente de âmbito nacional (sem prejuízo da existência de outras, estaduais e especializadas), com sede em Brasília, DF, vinculada ao Supremo Tribunal Federal, ou ao Superior Tribunal de Justiça, e com participação da Associação dos Magistrados Brasileiros, com uma postura institucional, a independer dos eventuais ocupantes dos postos de direção do Poder Judiciário. Escola com funcionamento permanente, com programas preestabelecidos e metodologia realista, dotada de um corpo de professores recrutados entre doutrinadores e magistrados de escol, que se prestaria a orientar e municiar as demais escolas, além de voltar-se para os grandes temas, sejam eles de teoria geral ou filosofia do direito, sejam os de momentânea repercussão na vida nacional. Escola com órgão de planejamento permanente, preparando o futuro.

Mas, ao lado da criação dessa escola nacional, nos moldes referidos, impende que outras medidas paralelas sejam adotadas, dentre as quais a mudança atual do sistema de recrutamento dos juízes e a adaptação das demais escolas ao novo modelo.

Não mais se pode contentar com a aferição do conhecimento dos candidatos através do concurso de provas e títulos e das condições pessoais dos mesmos mediante simples informações, nem sempre prestadas com o necessário rigor, ou mesmo através de entrevistas do candidato no momento da arguição. Convenhamos que tal sistema é acientífico, primário e de pouca eficiência, há muito superado nos países mais desenvolvidos.

Além do mais, é de recordar-se que tal sistema não desenvolve a formação deontológica e nem proporciona o acompanhamento do novo magistrado no início da sua carreira, ensejando que sejam vitaliciadas, pelo simples decurso dos dois (2) anos, profissionais sem vocação, desidiosos e até mesmo de conduta reprovável, circunstâncias que poderiam ser apuradas naquele período se os mesmos, no início da carreira, fossem submetidos a estágios sob orientação e fiscalização da escola judicial, orientação que se prestaria até mesmo para evitar o fenômeno conhecido por "juizite", ou seja, a tendência de grande número de novos juízes à prepotência, à arrogância, ao complexo da autoridade.

Em última análise, o mínimo que se recomenda é que os candidatos aprovados nos exames de conhecimento sejam submetidos, já com remuneração, a uma segura e eficaz orientação das escolas judiciais, dando-se maior destaque à declaração de vitaliciedade, como, aliás, sugeriu em linhas gerais anteprojeto de reforma da lei de organização judiciária de Minas Gerais.

E torna-se necessário que assim seja em decorrência também do atual despreparo dos que se graduam em Direito, dadas as fragilidades atuais da grande maioria, ou quase totalidade, dos nossos cursos jurídicos, muitos dos

quais funcionando precariamente em fins de semana e em baixíssimos níveis.

Por outro lado, com o estágio de preparação na própria escola judicial, poder-se-ia pensar na dispensa do período de 2 (dois) anos para a submissão ao concurso, recrutando-se jovens vocações ainda não atraídas por outros setores do mercado profissional e sem os vícios tão encontrados em candidatos já mais experientes, muitos deles interessados prioritariamente em uma aposentadoria mais rendosa.

Dentro de uma nova filosofia de valorização do homem e de aperfeiçoamento do Poder, outro ponto que se poderia repensar seria o respeitante à exigência constitucional do magistrado somente poder disputar o acesso na carreira estando a compor a primeira quinta parte da lista de antiguidade (Constituição, art. 93, II, *b*), regra que privilegia a antiguidade em detrimento do mérito, desestimulando os melhores e favorecendo, muitas vezes, os menos aptos, com inegável prejuízo para a sociedade. É certo que a norma constitucional tem o elevado escopo de evitar o nepotismo e os "afilhadismos", mas não menos certo também é que não se corrige um erro com outro, sendo suficiente a adoção de eficazes critérios objetivos para sanar aqueles vícios.

São estas, porém, apenas algumas colocações no mundo superior das idéias, para o debate e a reflexão, que nos parecem pertinentes em face da prevista reforma constitucional de 1993. O importante, entretanto, agora, é que implantemos e aperfeiçoemos as escolas judiciais.

Segundo a conhecida lição de HERMANN HESSE, "se a sabedoria se adquire, a experiência se transmite". E é essa experiência que a escola judicial deve repassar aos novos juizes, ao lado de sólida e atualizada cultura, sem a qual não se pode ter julgadores à altura das relevantes funções que exercem.

Em conclusão, é bom que sonhemos. Diria mesmo que mais que navegar é preciso sonhar. Exercitar os ideais, buscar a modernidade, usar a tecnologia dos novos tempos, aproximar o futuro. Só assim teremos hoje a Justiça segura, rápida e menos onerosa que perseguimos, sem esquecermos que no centro de tudo está o juiz, com suas grandezas e fraquezas, o homem, feito à imagem e semelhança do Criador. Sonhar com o juiz do futuro, como sonhava CHARPENTIER:

"cavalheiresco, hábil para sondar o coração humano, enamorado da ciência e da Justiça, ao mesmo tempo que insensível às vaidades do cargo, arguto para descobrir as espertezas dos poderosos do dinheiro, informado das técnicas do mundo moderno, no ritmo desta era nuclear onde as distâncias se apagam e as fronteiras se destroem, onde, enfim, as diferenças entre os homens logo serão simples e amargas lembranças do passado..."

A Constitucionalidade do Bloqueio de Valores

ADRIANO PERÁCIO DE PAULA

Advogado e doutorando da Faculdade de Direito da UFMG

Em março de 1990, com a posse da nova administração federal, e no âmbito de extensas reformas de ordem econômica, prescreveu-se, entre outras medidas, que os ativos financeiros depositados em instituições estatais e particulares, e que ultrapassassem um determinado patamar, restariam bloqueados junto ao Banco Central pelo período de 18 meses (arts. 5.º, 6.º, 7.º e 9.º da Medida Provisória n.º 168/90, ratificados pelos mesmos artigos da Lei n.º 8.024/90).

Pela novidade e pelo extremo da medida, a sociedade ficou perplexa e atônita, reagindo, também e naturalmente, com argumentos de ordem jurídica que classificavam aquelas normas como atentatórias ao fundamental direito de propriedade garantido pela Constituição Federal (art. 5.º, inc. XII).

Em acréscimo, outras tantas vezes se levantaram assegurando que o indigitado bloqueio mal disfarçava um tributo, quando nada na forma de confisco, ao menos como empréstimo compulsório. Em destaque, a opinião de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (*O Plano Brasil Novo e a Constituição*; Forense Universitária; Rio de Janeiro; 1990; p. 10), quando assevera:

“Não se diga que as medidas que integram o Plano não configuram empréstimo, porque os cruzados novos bloqueados encontram-se à disposição futura do mutuante? A verdade é que a sua disponibilidade foi atingida pela autoridade, que detém, em seu estabelecimento controlador da moeda

(Banco Central), tais cruzados, utilizando-se do Banco depositário (sua *longa manus*) como mero instrumento de política de "enxugamento de liquidez".

Todavia, a medida tal como apresentada não preenche os requisitos para a atuação do empréstimo compulsório (art. 148 da Constituição Federal), uma vez que não foi instituída na forma da lei complementar, ou sequer decorre de despesas ou investimentos "de caráter urgente e relevante interesse nacional".

Mas a inflação, no estágio e consistência que tomava, atendia certamente a esta urgência que caracteriza o empréstimo compulsório; é o que replicaram tantos.

Sem dúvida, e podemos compartilhar seguramente desse ponto de vista. Entretanto, o bloqueio jamais, pelos menos *nos termos originalmente propostos*, constituía-se em fator de atendimento às despesas públicas contratadas, ou por contratar; e sequer tratava-se de investimento público, posto que sobre os valores retidos não houve — para usarmos a terminologia da lei — a transferência de titularidade do particular para o Fisco.

E, além disso, os valores bloqueados não foram contabilizados pela União em seus ativos, uma vez que "receita pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem crescer o seu vulto, como elemento novo e positivo" (ALIOMAR BALEEIRO *apud* Luiz Celso de Barros. *Ciência das Finanças*; Edit. Jalovi; 3.^a ed.; São Paulo; 1990; p. 137).

E sabidamente não se tratando de tributo, não podemos aplicar à espécie o disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal que trata do confisco. Até porque, se confisco o fosse, não teria sentido que resumisse a reter apenas os ativos financeiros contratados junto a diversas instituições, e não outros bens, tais como os imóveis, os salários, os automóveis, os utensílios de qualquer natureza, etc., como é próprio de qualquer verdadeiro confisco.

Mas, principalmente, se pesquisarmos a etimologia do termo confisco, constataremos que "é um vocábulo que deriva do latim *conficatio*, de *confiscare*, tendo o sentido de ato pelo qual se apreendem ou se adjudicam ao "fisco" bens pertencentes à outrem, por ato administrativo ou sentença judiciária, fundados em lei" (DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico* — Edição Universitária; vols. I e II; Forense; Rio de Janeiro; 1989; p. 505), e que não se aplica ao caso em debate.

Neste sentido temos a opinião judiciosa de IVAN NUNES FERREIRA (*apud* Marcos Quelotti e Mauro Bomfim; *Medidas Provisórias do Plano Brasil Novo à Luz da Constituição*. Edição do Autor; Belo Horizonte; 1990; pp. 108/109), ao propugnar que a "Medida Provisória n.º 168, de 15 de março, que trata de matérias previstas no art. 22 da Constituição, evidentemente não encerra qualquer expropriação, na medida em que importa

uma indisponibilidade, parcial e temporária, dos ativos financeiros que lhe servem de objeto, sem, contudo, transferir a sua propriedade. Esses ativos não saem do patrimônio do seu dono, continuando entre os bens suscetíveis de estimação pecuniária”.

Porém, ultrapassada esta barreira, cumprida está somente uma parte da proposta, visto que já concluímos que o mencionado bloqueio não é um tributo. E seguindo adiante, há de se indagar da natureza jurídica do efêmero instituto — e efêmero, posto que a sua duração está pré-determinada em 18 meses, a partir de quando deixará de existir gradativamente.

Com efeito, temos que a utilização foi cerceada, somente, no que toca a valores financeiros, entendidos aqueles que encontravam-se contratados por depósito com as diversas instituições credenciadas para tal finalidade.

Assim, não desfigurando sua original contratação, e sempre tendo como parâmetro que o combate à inflação foi a razão desta regra, com a conseqüente redução do meio circulante representado por moeda ou títulos na forma deste; verifica-se que o bloqueio se deu em decorrência de uma obrigação imposta pela lei.

Por conseguinte, estamos diante do que dispõe o art. 1.282, I, do Código Civil, ou seja, o depósito necessário, “quando independe da vontade dos interessados, realizando-se no desempenho de obrigação imposta por lei” (ARNALDO RIZZARDO, *Contratos*; vol. II; Aire Edit.; Rio de Janeiro; 1988; pp. 763/764). Já que, “por vezes, em virtude de leis de direito público, o Estado toma posse de bens alheios, ou por *medidas cautelares*, ou por *medidas executivas*, ou por *medidas de requisição* (...). O Estado responde como se tivesse havido contrato de depósito” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*; tomo XLII; 3.ª ed.; Edit. Rev. Tribunais; São Paulo; 1984; p. 385).

“Com esta fisionomia, e destinados, como são, a entreter a vida econômica, tais contratos não poderiam estar sujeitos, na sua execução, às normas que presidem o cumprimento das obrigações oriundas dos contratos civis” (ORLANDO GOMES; *A Crise do Direito*. Edit. Max Limonad; São Paulo; 1985; p. 270). Visto que “dá-se o depósito necessário, quando o depositante se vê compelido a fazê-lo diante de um estado de necessidade premente, ou em virtude de obrigação legal” (SAN TIAGO DANTAS; *Programa de Direito Civil II (Os Contratos)*. Edit. Rio; Rio de Janeiro; 1978; p. 357); tudo porque “o depósito necessário regula-se, quando legal, pelas disposições da lei em cujo desempenho se efetua” (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA; *Instituições de Direito Civil*; vol. III; 5.ª ed.; Forense; Rio de Janeiro; 1981; p. 323).

Afastada, pois, a hipótese de tratar-se de tributo de qualquer espécie, e indicada a natureza jurídica do instituto — contrato civil de ordem públi-

ca —, há de se investigar da sua constitucionalidade ante ao já tratado direito de propriedade. Tendo-se, desde já, que a resposta a esta indagação segue no art. 5.º, XXIII, da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, que impõe à propriedade o atendimento à sua função social.

Ademais, se tal medida atentasse contra o direito de propriedade, que se pretende absoluto, poderíamos seguir nesta ordem de idéias e taxar de inconstitucionais aquelas normas civis que limitam a propriedade, e que se encontram inscritas até mesmo na consciência jurídica da coletividade (ver arts. 674 e seguintes do Código Civil).

E, indubitavelmente, o combate à inflação, na forma como proposto, mal de graves reflexões econômico-sociais, pespega à propriedade, em suas prescrições reconhecidamente contundente, aquela função social de que nos fala a regra constitucional.

Daf, o entendimento ora proposto, de que não há, pelo menos no que tange ao bloqueio dos ativos financeiros depositados, qualquer laivo de inconstitucionalidade, vez que se trata de atribuição específica do Banco Central o controle da moeda circulante no País, conforme dispõem em conjunto o art. 164, § 2.º, da Constituição Federal e o art. 4.º, II, da Lei n.º 4.595/64.

Visto que “através da Constituição e das leis os cidadãos recebem uma série de direitos. Cumpre, todavia, que seu exercício seja compatível com o bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da *liberdade* e da *propriedade* esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO; *Elementos de Direito Administrativo*; Edit. Rev. Tribunais; São Paulo; p. 164).

É o que podemos classificar como *poder de polícia*, *potestas* estatal, entendido no seu sentido mais amplo. Tomando-se que “nos Estados Unidos, o *poder de polícia* tem considerável extensão, não se limitando à *segurança pessoal* contra as vias de direito, nem à *salubridade* e à *moralidade pública*, mas compreendendo também os *meios protetores da condição econômica e social* dos indivíduos no fomento do bem-estar da comunidade e da regulamentação de sua vida econômica” (Bielsa, *Cienciade la Administración*, 2.ª ed., 1952, p. 351 *apud* JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR; *Comentários à Constituição de 1988*; vol. II; Forense Universitária; Rio de Janeiro; 1989; p. 746).

Mas, daí a concluir que tenha visto com bons olhos o bloqueio dos *meus* ativos financeiros, para os quais acalentava singelos projetos de caráter particular; ou mesmo entender que a medida não é recomendável para os fins a que se presta, qual seja, o combate à inflação; são assuntos que escapam a qualquer abordagem de ordem jurídica, no qual se limitou este estudo.

O Programa Brasileiro de Privatização de Empresas Estatais

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO
Advogado

SUMÁRIO

I — Introdução. II — Visão global do tema. III — Noção histórica do intervencionismo estatal. IV — Tratamento constitucional do intervencionismo. V — A intervenção estatal na Constituição de 1988. VI — As primeiras empresas estatais brasileiras. VII — Razões da privatização. VIII — Experiências de privatização em outros países. IX — Fundamentos do Programa Brasileiro de Privatização. X — Comentários à Lei nº 8.031, de 12-4-90. XI — Conclusão.

I — Introdução

A promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988, muito embora não tenha criado um novo Estado, teve o condão de trazer algumas inovações com vistas ao retorno da democracia no País.

A posse de um novo governo, eleito diretamente pela maioria do povo brasileiro, completou esse processo de legitimação para a execução de uma série de reformas estruturais necessárias a acabar com a caótica situação financeira que vem massacrando o povo brasileiro.

Dentro desse espírito, várias medidas, tendentes a atacar a galopante inflação, foram editadas, atingindo tanto o particular quanto o Poder público — o chamado PLANO BRASIL NOVO.

Finalmente concluiu-se que não são apenas os preços e os salários os elementos causadores da inflação, mas, sim, o elevadíssimo *deficit* público, que leva o Estado à emissão de moeda, à majoração de tributos e ao endividamento externo e interno.

Somente através de uma ação conjunta, atacando todos esses pontos, é que torna-se viável atingir a meta pretendida. Daí o “pacotão”, congelando preços e salários, procurando tornar efetiva a arrecadação dos tributos já existentes e, especialmente, tentando reduzir a máquina estatal, extinguindo órgãos e entidades inúteis ou ineficientes e transferindo outras à iniciativa privada em virtude de não desempenharem um papel típico do Poder público.

A essa transferência para a iniciativa privada de entidades onde o Estado é o titular do comando é que se dá o nome de “privatização”, objeto da presente análise.

II — *Visão geral do tema*

Para que se possa entender o real alcance desse processo, é de fundamental importância que se tenha uma razoável noção da estrutura da Administração Pública Brasileira, os aspectos históricos que levaram à criação das empresas estatais, o tratamento constitucional da matéria e, finalmente, os modelos existentes no Direito Comparado que norteiam a experiência brasileira.

III — *Noção histórica do intervencionismo estatal*

A descentralização administrativa surgiu, antes de mais nada, como um instrumento de libertação do estado do formalismo que rege a ação administrativa. A adoção de formas de direito privado na gestão da entidade, na escrituração contábil, na celebração de contratos tornava o Estado infinitamente mais ágil na consecução de seus fins.

Inicialmente, essa descentralização personalizava apenas os serviços públicos prestados pelo Estado. O exercício de atividades econômicas e, conseqüentemente, a produção de riquezas competiam à iniciativa privada, sem que houvesse qualquer ingerência do Poder público. Era o Estado liberal.

A primeira metade do século XX trouxe acontecimentos que desbancaram essa teoria de alheamento do Estado. Sucessivamente, a 1.^a Guerra Mundial, a quebra da Bolsa de Nova Iorque e a 2.^a Guerra Mundial, todas com graves conseqüências, deixaram clara a necessidade de modificação nessa política, tornando imperiosa a presença do Estado, tanto na economia quanto na área social (obviamente não foi esse o momento do surgimento das empresas estatais, cujas origens remontam à época do mercantilismo — séculos XVI e XVII —, através de empresas coloniais inglesas e holandesas).

Surge o Estado Intervencionista, legitimado a intervir na atividade privada para condicionar o exercício dos direitos a determinados fins sociais. Não se tratava, pois, de um retorno ao absolutismo, cujos princípios não mais se adequavam em relação ao Estado de Direito.

IV — *Tratamento constitucional do intervencionismo*

Coube à Constituição alemã de Weimar, em 1919, desencadear esse processo de maior participação estatal na vida da sociedade. Como assinala A. B. Cotrim Neto, em seu trabalho denominado "A Intervenção do Estado na Economia" — in *Revista de Informação Legislativa* n.º 96, pág. 151 — "pela primeira vez, quicá, na história do pensamento jurídico, subordinava-se a economia a normas de direito público, e, sem dúvida pela primeira vez, inseriu-se o controle estatal da economia privada no quadro de uma Constituição Política (Constituição de Weimar, artigos 151, 157, 158, 164 e, especialmente, art. 165).

No Brasil, a primeira Constituição a mencionar o tema foi a de 1934, determinando que a economia se organizasse de acordo com os princípios

da justiça social e que possibilitasse vida digna, garantindo a liberdade econômica.

Com a Constituição de 1946 é que foram desenvolvidos os princípios dentro dos quais deveria se pautar a atividade econômica, conciliando-se a *livre iniciativa* com a *valorização do trabalho humano*, assegurando o trabalho a todos.

A Carta de 1967 enumerou cada um desses princípios, que deveriam destinar-se à realização da justiça social. A emenda constitucional de 1969 acrescentou, ainda, a finalidade de assegurar o desenvolvimento nacional.

V — *A intervenção estatal na Constituição de 1988*

Com o advento da Constituição de 1988, o papel do Estado na economia foi remodelado. A Ordem Econômica funda-se na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, cabendo ao Estado as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Assim, o papel do Estado na atividade econômica deixa de ser o de agente propulsor da economia e produtor da riqueza, função essa que é reservada à iniciativa privada; cabe-lhe reprimir os abusos e assegurar o bem-estar da coletividade e o desenvolvimento do País.

Foram previstas quatro formas de intervenção: a normativa, a repressiva, a tributária e a exploração direta da atividade econômica.

Dá-se a intervenção normativa através da concessão da proteção e benefícios especiais e temporários a empresas brasileiras de capital nacional que desenvolvam atividades estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País. Por esse mecanismo, o Estado incentiva setores privados ao invés de ele próprio exercer tais atividades. Dá-se, ainda, a permissão do ingresso do capital estrangeiro no País, em hipótese que a lei regulará.

A intervenção repressiva visa a coibir o abuso do poder econômico que tenha por finalidade a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. É a defesa do consumidor. Há, ainda, a polícia sanitária.

A intervenção tributária caracteriza-se pela utilização do tributo um meio de execução de uma política de seleção de fatos que denotam capacidade econômica contributiva ou para privilegiar alguns setores — CF, art. 149.

Por fim, a intervenção através da exploração direta da atividade econômica ocorrerá sempre que for necessária aos imperativos de segurança nacional ou tenha por objetivo atender relevantes interesses coletivos.

A própria Lei Maior já elenca setores que, devido à sua relevância, não admitem a participação da iniciativa privada, constituindo monopó-

lio da União. São eles ligados ao petróleo e aos minérios e minerais nucleares.

Somente nessas hipóteses é que cabe ao Estado assumir a forma empresarial e ocupar um espaço que, na nova ordem constitucional, compete à iniciativa privada. Sujeita-se ele, então, a formas de direito privado, através da criação de empresas e estas, via de consequência, ao regime jurídico de direito privado, quanto aos aspectos tributários e trabalhistas. Afinal, num Estado de Direito, não seria justo que o poder público, exercendo uma atividade concorrente com a do setor privado, se valesse de privilégios decorrentes de sua posição para obter melhores resultados.

O texto federal comete ainda, ao Estado, o dever de prestação de serviços públicos, segundo a titularidade oriunda do sistema federativo de repartição de competências. Essas titularidade é inalienável. Pode o Estado, por lei, criar uma entidade que personalize esse serviço, titularizando-o, ou, então, delegar ao particular a sua execução. Esse aspecto assume importante papel ao se tratar de privatização de empresas estatais.

Por enquanto, é de fundamental importância que se frise que há dois tipos de empresas do Estado: as que se destinam à intervenção na atividade econômica e as que titularizam a prestação de serviços públicos.

Na organização da Administração Pública brasileira estas empresas, muito embora integrem a chamada Administração Indireta (ou melhor, Administração Descentralizada, eis que destacadas da Administração Centralizada ou Direta), são pessoas jurídicas de direito privado e assumem duas formas básicas:

“empresas públicas, quando forem constituídas com capitais eminentemente públicos;

sociedades de economia mista, quando o Estado se associa ao particular para a constituição do capital social.”

VI — *As primeiras empresas estatais brasileiras*

O processo de criação dessas empresas no Brasil desencadeou-se durante a Segunda Guerra Mundial, quando razões de “segurança nacional” levaram à criação da Fábrica Nacional de Motores (cuja finalidade era a fabricação e manutenção de motores de avião), a Companhia Siderúrgica Nacional, a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Hidrelétrica do São Francisco.

A década de 50 deu ensejo à criação da indústria de base, que mereceu o apoio financeiro do Governo com a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. No mesmo período surgiu a Petrobrás.

Mas foi nas décadas de 60 e 70 que o Estado brasileiro empolgou-se em dinamizar sua atividade empresarial, objetivando estar presente em áreas complementares às empresas de base originariamente criadas. Sur-

giram os grandes grupos da ELETROBRÁS, SIDERBRÁS, NUCLEBRÁS, PORTOBRÁS, TELEBRÁS. Consta que nesse período, segundo a SESI, mais de trezentas empresas estatais teriam sido criadas.

VII — Razões da privatização

É óbvio que os diversos motivos que levaram ao excessivo intervencionismo estatal, em muitos casos, não mais estão presentes e não se coadunam com o texto constitucional vigente. Como visto, fora das hipóteses em que haja prestação de serviços públicos ou de exploração direta da atividade econômica para atender imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo não podem existir empresas estatais.

Urge, pois, que se corrija a anomalia do gigantismo do Estado, oriunda de uma política que atribuiu-lhe o papel de condutor da economia. Este é o objetivo primordial da privatização: devolver à iniciativa privada um espaço que, em situação de normalidade, lhe compete, retornando o Estado às suas funções típicas, especialmente no que concerne ao essencial como saúde pública, segurança, educação e saneamento.

VIII — Experiência de privatização em outros países

Dá a formulação de um programa, que foi influenciado pelas experiências de outras nações optantes, por razões diversas, pelo mesmo processo.

Na Espanha, por exemplo, a privatização foi fundada numa questão pragmática, qual seja, a busca de uma maior eficiência no desempenho das empresas. Os recursos disponíveis eram poucos e a técnica empregada estava longe da desejável. Concluiu-se que o melhor que se tinha a fazer seria destinar os poucos recursos para atividades típicas do setor público, cometendo à iniciativa privada a condução de atividades econômicas. O resultado foi uma invejável recuperação econômica.

Já na Inglaterra, a privatização foi uma opção mais filosófica, consistente em definir que não cabe ao Estado produzir riquezas, gerar lucros e exercer atividades econômicas. Este papel deveria caber à iniciativa privada, que o faria com maior eficiência. Ao Estado cumpre zelar pelo bem-estar social dentro de um regime de liberdade ao particular. A pressão do investidor pelo retorno do capital empregado e a liberação do protecionismo governamental levaram a uma maior eficiência na produção.

O processo francês de privatização teve como uma de suas grandes preocupações democratizar o patrimônio público constituído pelas estatais, através de um sistema de venda pulverizada das suas ações, permitindo ao pequeno poupador participar e influir na condução dos negócios do País. Procurou-se, ainda, obter a participação dos assalariados. O resultado do programa deveria servir primordialmente para desindividuação do Estado e apenas um pequeno percentual se destinaria para os programas estatais.

Tinha-se em mente, também, a vida ao setor privado como força motriz de crescimento econômico, retirando o Estado do setor industrial competitivo.

Em Portugal, a necessidade da privatização foi o financiamento do setor público e o emprego de recursos para sanar outras empresas públicas não privatizáveis, isso aliado a uma preparação em termos de eficiência empresarial para ingresso na Comunidade Econômica Européia.

Na República da Coreia, a privatização foi utilizada como um dos mecanismos para melhorar a eficiência das empresas públicas, ao lado de um fortalecimento da autonomia gerencial. O processo obedeceu ao sistema de venda de ações, estimulando-se, principalmente, a propriedade de ações para os empregados e a participação popular. Concedeu-se um desconto para os acionistas que se dispusessem a manter as ações por três anos. O sucesso resultou num incremento na competitividade das exportações desse país.

No Japão, a inflação que assolou o país em virtude da 2.ª Guerra Mundial (que gerou grandes despesas militares) e, depois, a crise do petróleo, de 1973 (que elevou o custo de vida), resultaram na necessidade de redução de despesas financeiras do governo, obtida através da privatização.

Na Malásia, deixou-se de lado o entendimento (também reinante no Brasil dos anos 60) de que o papel crescente do Estado era uma resposta ao desenvolvimento econômico. A privatização foi utilizada como um meio de fortalecer o debilitado e quase inexistente setor privado, bem como para reduzir o desperdício e a inadequação do setor público.

O Plano de Desenvolvimento Econômico Tailandês foi calcado, basicamente, nos investimentos do setor privado e na presença do capital estrangeiro.

Nas Filipinas, o programa de privatização que está sendo desenvolvido tem em vista obter uma fonte de dinheiro novo capaz de financiar outros projetos e empreendimentos governamentais.

Na Hungria, o objetivo da privatização foi o de descentralizar a economia, retornando aos parâmetros traçados pelo mercado. Diante disso, as empresas estatais deixariam de ser subordinadas ao Governo, deslocando-se da hierarquia estatal para tornarem-se autocontroladas, permitindo-se, até mesmo, a alienação de seus ativos. É a chamada "privatização espontânea".

Verifica-se, ainda, que as profundas mudanças ocorridas no Leste europeu, desencadeadas pela "Perestróica", foram o reconhecimento da falência do setor público como gestor da atividade econômica.

IX — Fundamentos do programa brasileiro de privatização

Cada uma dessas experiências pode ser sentida no diploma legal que traça as diretrizes para a privatização no Brasil.

Efetivamente, o programa brasileiro tem um caráter filosófico, qual seja, o de que a atividade produtiva compete à iniciativa privada, cabendo ao Estado zelar para que seja mantido o bem-estar social. Trata-se de princípio que norteia o funcionamento do Estado brasileiro e vem estampado logo no artigo inaugural da Carta Magna (inciso IV). É a nova concepção de Estado, intermediária entre a filosofia liberal e a intervencionista — o Estado Bem-Estar.

Cumpra, pois, que se faça a retirada do Estado de setores que ocupa sem amparo na Constituição. A presença estatal em setores que não se refiram a imperativos de segurança nacional, relevante interesse coletivo ou prestação de serviços públicos deve cessar ainda que o seu desempenho seja eficiente e rentável. Afinal, não é o lucro que está em jogo, mas um limite constitucional traçado para a atuação interventiva estatal. O desrespeito a esses limites é a negação do próprio Estado de Direito.

Por outro lado, é inegável que há um aspecto pragmático nesse processo, já que não se pode, com poucos recursos, ser eficiente em um variado número de áreas e atividades.

Sendo insuficientes esses recursos, torna-se indispensável que sejam eles destinados a funções típicas do poder público, como as já mencionadas educação, saúde, saneamento e segurança, as quais encontram-se em precaríssima situação.

Tão importante quanto redirecionar esses recursos é reduzir os gastos estatais com a manutenção de uma máquina administrativa gigantesca (e muitas vezes inútil), a fim de que as verbas disponíveis e as outras que ingressarem nos cofres públicos resultem num efetivo proveito em termos de eficiência. Tanto que o plano surge em meio a um pacote de medidas que visam a extinguir órgãos públicos, demitir o excesso de pessoal, alienar bens inúteis ou onerosos à administração e uma maior arrecadação, não apenas através da instituição de novos tributos, mas também numa maior fiscalização no pagamento daqueles já devidos.

Outra verdade que precisa ficar clara é que o processo de privatização até agora não tinha sido implantado por falta de vontade política do Governo, muito embora os diplomas legais então vigentes não tratassem adequadamente da matéria.

A Lei n.º 4.728/65, em seu art. 60, autoriza o Poder Executivo a alienar apenas as ações de sociedade de economia mista, ressalvando a necessidade de manutenção da maioria das ações com direito a voto nas empresas em que deva ser assegurado o controle estatal (sabendo-se que estas seriam apenas as prestadoras de serviço público ou que atendam a relevante interesse coletivo e à defesa nacional). Portanto, não abrangeu as empresas públicas.

A única forma de privatização sugerida é a venda de ações (pela própria natureza do diploma legal em que se insere o dispositivo).

O Decreto-Lei n.º 200/67, por sua vez, no art. 178 (com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 2.299/86) não se preocupa com a prestação de serviços públicos, relevante interesse coletivo e segurança nacional, ditando como critério autorizativo da privatização a ocorrência de prejuízo, a inatividade e o atendimento satisfatório pela iniciativa privada.

Tinha, contudo, o mérito de abranger outros entes da Administração Descentralizada (e não apenas as sociedades de economia mista).

A privatização não seria, segundo o dispositivo, a única forma de solução para as inconveniências dessas entidades, que poderiam retornar à Administração Centralizada ou ser incorporadas a outras entidades. Poderia, assim, a critério do Executivo, permanecer presente o poder público nas atividades por ela representadas.

Em resumo, nenhum dos diplomas legais oferecia qualquer solução técnica e definitiva para o problema.

A privatização:

— não pode abranger apenas as sociedades de economia mista, quando há empresas públicas, fundações e até autarquias desempenhando papéis que não mais competem ao poder público, segundo o princípio da livre iniciativa (quicá, jamais competiram!);

— não pode ter por motivação *apenas* o prejuízo, a paralisação, ou o atendimento satisfatório pela iniciativa privada, das atividades desenvolvidas pelas “estatais”; ao contrário, o objetivo é mais amplo, qual seja, o de fazer o poder público retornar aos limites constitucionalmente aceitos, independentemente dos fatores acima;

— não pode ser instrumento através do qual o poder público se demite do seu dever de prestar serviços públicos, atender aos relevantes interesses coletivos e zelar pela segurança nacional, haja ou não lucro nessas atividades;

— não é atendida, *apenas*, através da simples venda de ações, podendo ocorrer através do aumento de capital, alienação ou locação de bens, etc.;

— deve ser precedida de um saneamento das empresas envolvidas, de forma a tornar-se atrativa ao setor privado.

X — Comentários à Lei n.º 8.051, de 12-4-90

Deixando de lado os fundamentos que levaram à edição do programa, passa-se, agora, ao exame do seu conteúdo.

O seu nascimento deu-se através de medida provisória (que recebeu o n.º 155), forma legislativa que o art. 62 da Lei Maior reserva apenas às hipóteses de urgência e relevância.

Muito embora o julgamento da *relevância* de uma matéria seja um critério eminentemente político, a juízo do Presidente da República e, de-

pois, do Congresso Nacional, o mesmo não ocorre em relação à *urgência*, já que a própria Constituição, em seu art. 64, parágrafos 1.º e 2.º, estabelece um parâmetro jurídico.

Urgente, para fins da adoção de medida provisória seria apenas a matéria que tivesse que ser apreciada pelo Poder Legislativo em prazo inferior aos quarenta e cinco dias que são fixados para votação de projetos de iniciativa do Presidente da República.

Aqui sequer cabe a discussão se a urgência mencionada no § 1.º do art. 64 refere-se a todos os projetos de iniciativa do Presidente da República ou apenas àqueles de sua iniciativa privativa, previstos no art. 61, CF. É que acarretando alteração na estrutura da Administração pública, através da redução de órgãos da Administração Indireta, o tema não prescinde de provocação do Chefe do Executivo (CF, art. 61, § 1.º, II, e). Ademais, trata-se de decidir intervir ou não na economia, descentralizar ou não um serviço.

Indiscutivelmente, em relação a essa medida específica, a urgência autorizadora da forma adotada existia apenas em parte, já que alguma medida devia ser tomada para cessar a inconstitucional presença do Estado em áreas indevidas. Entretanto, há que se analisar o diploma legal dentro do contexto em que se situou e, nesse passo, verifica-se que a medida faz parte de um organismo em que nenhuma peça pode surtir efeito isoladamente. O chamado PLANO BRASIL NOVO deveria ser apreciado como *um todo e, dentro dele*, inúmeras medidas que se entrelaçavam perderiam a eficácia se não implementadas imediatamente. Essa urgência global retira, pois, qualquer mácula de autoritarismo (com que se abusou do decreto-lei, na antiga Carta de 1967 e mesmo da medida provisória após 5-10-88) com relação à utilização da medida provisória para o Programa de Privatização.

Ademais, o órgão julgador dessa urgência é o Congresso Nacional, que, introduzindo algumas modificações na Medida Provisória n.º 155, de 15-3-90, transformou-se na Lei n.º 8.031, de 12-4-90. Destarte, parece incabível que o Poder Judiciário venha a declarar inconstitucional uma lei em virtude de não ter havido urgência na utilização da medida provisória. Seria violar o Princípio da Tripartição das Funções do Estado, acolhido pelo art. 2.º, CF.

A primeira crítica que se faz ao programa está na sua própria denominação: "Programa Nacional de Desestatização". Com efeito, a "desestatização" consiste em objetivo bem mais amplo que é reduzir a participação do Estado na Economia, diminuindo o excessivo intervencionismo normativo (através de mecanismos de mais liberdade ao mercado, na fixação de preços e salários, simplificação de exigências burocráticas e limitação do protecionismo) e do fomento indiscriminado (selecionando os incentivos fiscais, subsídios e empréstimos, com vistas a um melhor direcionamento de gastos) — é o que vem sendo denominado em outras medidas do Programa Nacional de *Desregulamentação* (que, como o nome já diz, atinge as regras,

não verbas); a *Privatização* é apenas uma parcela da *Desestatização*, caracterizando-se pela transferência para a iniciativa privada de empresas controladas pelo poder público.

Não sendo o programa tão abrangente (como se esperava) deveria ser denominado Programa Nacional de *Privatização*.

Ultrapassado esse aspecto, logo no art. 1.º se verifica que são louváveis os seus objetivos, onde está notória a mesclagem entre o ponto de vista filosófico e o pragmático.

No inciso 1 a preocupação tem sede constitucional, tendente a “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente (a medida provisória utilizava apenas o termo “atualmente”) explorada pelo setor público”.

Já nos demais incisos, a motivação é de ordem prática, visando à alienação de um patrimônio para a obtenção de receita e à redução da máquina administrativa, e, conseqüentemente, dos gastos públicos, para maior concentração de esforços onde seja indispensável a presença estatal.

Em total dissonância com a determinação do art. 1.º, inciso I da lei, o art. 2.º estabelece que *poderão* ser privatizadas (a medida provisória era enfática ao utilizar a expressão “*serão* privatizadas...”) as empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo e, também, as criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram a controle, direto ou indireto, da União.

Ora, se essas empresas estão sendo indevidamente exploradas pelo setor público, por desempenharem função que não mais cabe ao Estado, a privatização é um *imperativo* constitucional e não uma mera *faculdade*, como pode se inferir numa leitura superficial e isolada do dispositivo.

Tanto isso é certo, que a lei não se preocupa com o lucro ou prejuízo das empresas; seu objetivo é fazer o Estado retornar aos limites constitucionalmente aceitos (segurança nacional, relevante interesse coletivo e prestação de serviços públicos — *onde não pode haver privatização*).

Isso fica claro no seu art. 2.º, § 3.º, que os dispositivos da lei não se aplicam às estatais que exerçam atividades de competência exclusiva da União, de acordo com os arts. 21, 159, inciso I, alínea c, e 177 da Constituição Federal (ao texto original da Medida Provisória n.º 155, o Congresso Nacional acrescentou o Banco do Brasil S.A. e o órgão ressegurador referido no art. 192, II, CF).

O art. 8.º frisa esse entendimento ao dispor que a União poderá deter, direta ou indiretamente, *ações de classe especial* do capital social de empresas privatizadas que lhe conferem o poder de veto em matérias (caracterizadas nos estatutos) *sempre que razões de interesse nacional o requieram*.

Vale ressaltar que o antigo Governo havia enviado ao Congresso Nacional um Projeto de Lei (n.º 3.308/89) onde traçava diretrizes gerais para a privatização e era mais preciso nesse ponto, definindo quais as

empresas que não poderiam ser privatizadas, dentre elas a Casa da Moeda, a Petrobrás, o BNDES, o Banco do Brasil, a Caixa Econômica, as Indústrias Nucleares, a Eletrobrás, que, indiscutivelmente, atuam em áreas onde o Estado deve estar presente.

Críticas houve quanto ao fato de vincular-se o Poder Executivo aos termos de uma lei para privatizar empresa constituída por ato administrativo. O argumento é no sentido de que o ato poderia ser revogado pelo próprio Poder Executivo, sem ingerência do Legislativo.

Inobstante o objetivo não ser o de extinguir a empresa, mas o de transferi-la à iniciativa privada, o certo é que, com o advento da novel Carta Magna, a criação de empresas estatais só pode ser feita por lei (CF, art. 37, XIX), parecendo, então, que se só a lei pode criar, só a lei pode extinguir. Ademais, constituindo patrimônio da União, é indispensável a autorização legislativa (CF, art. 48, V).

Quanto à forma de execução do processo de privatização, a lei evolui em relação aos diplomas legais anteriores, prevendo, não apenas, a alienação da participação acionária (inclusive o controle acionário), mas, também, a abertura e o aumento de capital, a alienação ou cessão de bens e instalações, bem como o respectivo arrendamento, locação ou empréstimo das mesmas, autorizando-se a transformação, incorporação, fusão ou cisão de sociedades.

Prevê, ainda, como forma de privatização, a dissolução ou desativação de empresas, o que, a despeito de não representar qualquer transferência à iniciativa privada, implica em perda definitiva de todos os investimentos nelas feitos (recuperando-se apenas o valor do patrimônio), razão pela qual deve ser utilizada em hipóteses restritas que a técnica do processo aconselhar.

Aproveitando as experiências francesas e inglesas, o programa tem um ideal de democratizar o capital dessas empresas, dando preferência à venda de ações de forma pulverizada junto ao público, aos empregados, aos acionistas, fornecedores e consumidores. A não-utilização da pulverização (hipótese em que não haverá mudança estrutural do sistema, mas mera "troca de dono") deve ser justificada.

O Programa dedicou especial atenção à criação de um órgão técnico consultivo do Presidente da República, denominado COMISSÃO DIRETORA DO PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO, a ele diretamente subordinada (e não vinculada) com a função primordial de indicar as empresas a serem privatizadas e sugerir política de execução do processo e gestão dos recursos obtidos.

Tal órgão veio a substituir o Conselho Fiscal de Desestatização e a respectiva Secretaria Executiva, extintos nesse mesmo diploma legal.

Para assessorá-lo, especialmente nos aspectos contábeis e financeiros, foi criado o cargo de Gestor do Fundo Nacional de Desestatização, fundo esse constituído através do depósito da totalidade das ações ou quotas emi-

tidas pelas empresas que sejam direta ou indiretamente da União e cujas alienações vierem a ser aprovadas.

Nesse passo (e sem questionar a origem ou a legitimidade na propriedade dessas ações) parece ter havido verdadeira desapropriação das ações de terceiros, sem prévia declaração dos motivos que a autorizam (utilidade e necessidade pública ou interesse social), violando o art. 170, II, CF, e mais, o titular dos recursos oriundos da venda de ações tem a sua "receita" (indenização) pela "venda" das ações vinculadas à quitação de suas dívidas junto ao setor público (art. 15). Vê-se, pois, que, violando-se princípio basilar do Direito Administrativo, conferiu-se auto-executoriedade à arrecadação de tributos, que nunca deixou de prescindir da participação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a coerção fosse necessária.

Em contrapartida, a lei tem preocupações louváveis em resguardar a lisura do processo, conferindo-lhe ampla publicidade através da divulgação de relatórios gerais da execução do programa e específicos de cada privatização, envolvendo aspectos da situação financeira de cada empresa, os critérios de avaliação, a forma escolhida para a privatização e, especialmente, a destinação dos recursos. É o expresse acatamento ao Princípio da Publicidade da Administração, consubstanciado no art. 37 da Lei Maior, que permite o controle de atos lesivos ao patrimônio público via ação popular.

Essa publicidade, aliada à necessidade de previsão do programa anual de privatização na Lei de Diretrizes Orçamentárias, concilia a liberdade do Executivo com a indispensável participação e controle do Legislativo sobre o processo, de modo a não prejudicar a sua celeridade.

Resguardando, ainda, a moralidade do programa, impediu-se que os membros da Comissão Diretora, os respectivos funcionários, bem como sócios e membros das empresas a serem privatizadas adquirissem as ações ou bens incluídos no processo de privatização. Trata-se de salutar acréscimo do Congresso Nacional ao texto original da Medida Provisória n.º 155/90, que impede que os chamados "insiders" utilizem-se de informações privilegiadas para adquirirem um patrimônio em melhores condições. Do contrário, seria a própria negação do ideal da democratização do capital e da gestão dessas empresas.

Uma das grandes (e fundadas) preocupações quanto ao programa é que, ao mencionar-se que deve ser feito relato sobre a situação financeira da empresa, preocupa-se com quem vai responsabilizar-se pelo seu passivo no futuro, nada se mencionando sobre a origem e o responsável pelo débito, que, muitas vezes, foi contraído em total desrespeito à lei e à moral e não pode ficar esse aspecto imune a averiguações.

Quanto à privatização das empresas prestadoras de serviços públicos, a lei prevê uma fórmula engenhosa (embora de técnica discutível) para a sua execução, pressupondo que no ato de privatização ocorra a delegação pelo Poder Público, da concessão ou permissão do serviço objeto de exploração.

Como é sabido, a prestação de serviços públicos compete ao Estado — CF, art. 175 —, que pode, contudo, delegar a sua execução ao particular mediante ato ou contrato administrativo (permissão ou concessão, respectivamente). A titularidade do serviço, ainda que haja delegação, continua sendo do Poder Público.

Se ao invés de delegar ao particular a execução do serviço, o Estado prefere executá-lo por seus próprios meios, pode optar pela adoção do mecanismo de criação, por lei, de empresas que titularizem esse serviço.

Essa titularidade engloba não apenas a execução do serviço, mas a responsabilidade pela sua prestação e um poder de direção, fiscalização e controle. Logo, se a lei outorga à empresa estatal a titularidade do serviço, passando ela a personalizá-lo, somente outra lei, revogando essa outorga, poderia resgatá-la, já que não se pode falar, pura e simplesmente, na alienação da empresa, com a respectiva titularidade do serviço. Seria transformar um serviço público em privado, violando o art. 175 da Constituição Federal.

A técnica seria extinguir a empresa, resgatando a titularidade para depois delegar-se a execução do serviço, mediante licitação onde poderia ou não vincular-se o patrimônio então afetado à sua prestação. É, aliás, a fórmula que se pretendeu utilizar na Lei n.º 8.029/90 (oriunda da aprovação da Medida Provisória n.º 151/90) para combater a ineficiência dos órgãos da administração direta e de empresas estatais.

O dispositivo proporciona uma operacionalização simplificada da passagem de uma empresa estatal e a respectiva atividade de exploração de serviço público para o setor privado, que envolveria todas essas operações autônomas.

A interpretação que parece mais adequada e lógica é a de que a lei considera revogadas todas as outorgas de titularidade de serviço público feitas às entidades selecionadas e no ato de participação opera-se, a um só tempo, a alienação da empresa e a delegação de *execução* do serviço, ficando a titularidade com o delegante. A delegação deve obedecer às normas traçadas no Decreto-Lei n.º 2.300/86 — Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos.

Ainda assim não fica claro (embora de fácil dedução) o fato de que uma eventual revogação da delegação não implica, necessariamente, no retorno da empresa — pessoa jurídica — ao Poder Público. O que retorna é apenas o serviço.

Para concluir, tem-se que o programa, apesar de inúmeros méritos, deixou de tratar de pontos delicados e importantes que foram disciplinados pelo Projeto de Lei n.º 3.308/89 apresentado pelo antigo Governo.

Assim, os critérios para admissão do capital estrangeiro e a conversão da dívida externa em capital de risco, tão importantes para o equaciona-

mento das finanças do País e a recuperação da confiança dos investidores estrangeiros, não receberam nenhum tratamento especial do legislador.

O mesmo se diga em relação ao delicado aspecto da avaliação das empresas estatais, com inclusão ou não do seu passivo de responsabilidade da União, bem como quanto ao financiamento pelo BNDES, incentivando o processo. Essa questão fica, então, transferida para a discussão da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei de Orçamento Anual, que, obrigatoriamente, devem dispor sobre as dívidas da União e suas empresas e sobre os investimentos das estatais ligadas ao fomento.

Também para a Lei de Diretrizes Orçamentárias vai ficar a orientação quanto aos recursos obtidos com a privatização, já que tais créditos não podem ser utilizados como um cheque em branco pelo Executivo, carecendo de autorização legislativa (o Projeto de Lei n.º 3.308 destinava esses recursos à redução das dívidas e para o financiamento de investimentos estratégicos).

Não se fixou um prazo para implementação dos atos de privatização — o PL n.º 3.308/89 já elencava algumas empresas que deveriam ser imediatamente transferidas para o setor privado.

X — Conclusão

O mais importante, porém, é o reconhecimento de que a privatização não é um mero mecanismo de obtenção de receitas ou de combate à ineficiência do Estado em certos setores; é uma imposição constitucional já que os limites de intervenção do Estado estão traçados na Lei Maior, fora dos quais privilegia-se o indivíduo, o cidadão, o trabalho e a livre iniciativa.

Continua sendo necessária a vontade política do Governo para a privatização, já que, num regime de tripartição das funções do Estado, não se pode impor que o Poder Judiciário, através de mandado de injunção ou através de mandado de segurança, diga ao Poder Executivo onde o Estado deve ou não deve intervir na atividade econômica, onde deve haver ou deixar de haver descentralização de serviços públicos. Há, apenas, a via da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão — CF, art. 103, § 2.º — onde os legitimados pelo art. 103 da Lei Maior podem reclamar a regulamentação da lei pelo Executivo, com o fim de tornar efetiva a aplicação da norma constitucional que assegura a livre iniciativa (CF, art. 170, IV), e a limitação da intervenção estatal na economia, art. 173.

Resta, pois, zelar para que o Estado retorne aos limites constitucionalmente aceitos, permitindo-se que a democratização das empresas estatais leve a condução dos negócios do País a um número maior de pessoas e, ainda, que os recursos públicos, revigorados, possam ser utilizados para a consecução de funções tipicamente públicas, recuperando-se a rede de educação, saúde e saneamento, bem como proporcionem uma maior segurança à sociedade.

Tratamento Jurídico Dispensado no Brasil ao Capital Estrangeiro

WERTER R. FARIA

Professor Titular de Direito Comercial na
UFRGS

Antes de falar sobre o tratamento que lhe é dispensado, convém esclarecer o que se entende por capital estrangeiro. Conforme o art. 1.º da Lei n.º 4.131, de 3 de setembro de 1962, são "os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, assim como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no País para aplicação em atividades econômicas, desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior".

O capital real e o capital monetário constituem elementos objetivos da definição. Mas para ser tido na conta de estrangeiro é necessário que o capital: a) se destine ao exercício de atividade econômica; b) entre no País sem dispêndio de divisas; e c) pertença a pessoas naturais residentes e domiciliadas no exterior, ou a pessoas jurídicas com sede no estrangeiro.

Quanto à forma de ingresso no País, o art. 3.º, a, dessa lei, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro, divide-o em capital de investimento direto e capital de empréstimo, quer em moeda, quer em bens.

Conferência proferida na Semana de Estudos Jurídicos para Integração Latino-Americana (Faculdade de Direito da UFRGS, em 9-10-90).

Na forma de investimento direto, pode ser aplicado em qualquer atividade econômica, exceto naquelas que a Constituição reserva para os brasileiros e para as empresas brasileiras de capital nacional, tais como: a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica (art. 176, § 1.º), a propriedade e exploração de embarcações nacionais, a navegação de cabotagem e a interior (art. 178, §§ 1.º e 3.º), a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 222).

O art. 192, III, da Constituição admite a participação do capital estrangeiro em instituições do sistema financeiro nacional, designadamente nas bancárias, de seguro, de previdência e de capitalização. A lei complementar que dispuser normas sobre o sistema financeiro nacional estabelecerá as condições para essa participação, levando em conta especialmente os interesses nacionais e os acordos internacionais. Outro dispositivo — o art. 172 — prescreve que a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

Todo capital estrangeiro que entrar no País sob a segunda forma, ou seja, como investimento, está sujeito ao controle do Banco Central do Brasil.

Há estudiosos que acrescentam uma terceira forma de ingresso de capital estrangeiro: a transferência de tecnologia, “através de contratos de licença de uso de patentes ou de marcas, contratos de fornecimento de tecnologia industrial (bens de consumo e insumos), contratos de cooperação técnico-industrial (bens de capital) e contratos de serviços técnicos (ALMEIDA, 1989). Na lei, porém, a transferência de tecnologia é classificada de investimento direto.

Os direitos de propriedade industrial ora se destinam à formação de capital social em bens, ora à exploração mediante concessão. Se não há pagamento imediato de contraprestação ao titular que resida ou tenha sede no exterior, o ingresso assume a forma de investimento direto.

Nas diretivas adotadas pela Comissão da Comunidade Econômica Européia sobre os movimentos de capital liberalizados, a divisão tradicional das formas de ingresso de capital estrangeiro é substituída por listas, cada uma sujeita a regras jurídicas peculiares. Na primeira lista, encabeçada pelos investimentos diretos, figuram os direitos de autor.

Uma das primeiras definições de investimento direto, na doutrina nacional, é devida a CARNEIRO (1961): “denomina-se ‘investimento direto’ a empresa residente no país recipiente mas domiciliada no exterior. Tais empresas compreendem:

- a) as filiais e subsidiárias de matrizes sediadas no estrangeiro;

b) as empresas organizadas no exterior para operarem no país recipiente; e

c) as empresas organizadas no país recipiente mas controladas no exterior”.

Quando se chama de investimento direto a empresa residente no País — embora seja destinatária dos bens entrados nele para serem usados em sua atividade econômica — pretende-se qualificá-la como investidora estrangeira. Segundo GRAF (1981), explica-se que uma empresa nacional se considere como investimento estrangeiro “em função de que, do ponto de vista econômico e político (não jurídico), a nacionalidade da sociedade depende da de seu sócio (majoritário) controlador”.

Mais recentemente XAVIER (1988), desprezando a definição de capital estrangeiro que se encontra na lei, propôs outra: “é a aquisição do direito a um rendimento, por não residente no País, em contrapartida da cessão onerosa de recursos provenientes do exterior, registrada no Banco Central do Brasil”. Ela acrescenta o elemento formal. Qualquer que seja a forma de ingresso no País, o capital estrangeiro está sujeito a registro, “sem o qual este não se beneficia do especial estatuto jurídico constante da Lei n.º 4.131/62”.

As diretivas da Comissão da Comunidade Econômica Européia sobre os movimentos de capitais liberalizados estão acompanhadas de notas explicativas, uma das quais conceitua o investimento direto: “investimentos de qualquer natureza a que procedem pessoas singulares, empresas comerciais, industriais ou financeiras e que sirvam para criar ou para manter relações duradouras e diretas entre o investidor e o chefe de empresa ou a empresa a que esses fundos são destinados para o exercício de uma atividade econômica”.

CARNEIRO (ob. cit.) destacou a importância do domicílio da empresa na definição de investimento direto. Aquele corresponde ao local de onde emana o seu controle, que pode ser chamado eufemisticamente de relação duradoura. “Não há, porém, uniformidade de vistas sobre o que se deve entender por controle, neste particular. De acordo com o Departamento do Comércio dos Estados Unidos, basta, para que haja controle sobre o investimento direto, que 50% ou mais das ações com direito a voto estejam em mãos de acionistas domiciliados no exterior em relação ao local do investimento direto. De acordo com o Departamento do Tesouro daquele mesmo país, tal percentagem se reduz ao mínimo de 25%. O Fundo Monetário Internacional estabelece uma terceira categoria de investimentos diretos para aqueles sobre a gerência dos quais tenham ‘voz ativa’ pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas fora do país recipiente. Qualquer destes critérios permite que o investimento direto tenha domicílio em mais de um país”.

O critério da nossa lei corresponde ao adotado pelo Departamento do Comércio estadunidense. Para efeito de registro de reinvestimento de lucros do capital estrangeiro, o parágrafo único do art. 3.º da Lei n.º 4.131, de modo indireto, reputa domiciliada no exterior a "pessoa jurídica com sede no Brasil mas filiada a empresas estrangeiras ou controladas por maioria de ações pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas com residência ou sede no estrangeiro".

Pelo art. 171, I, da Constituição, empresa brasileira é a que se constitui sob as leis brasileiras e tem sua sede e administração no país. Sem perder a nacionalidade brasileira, a empresa, quando sujeito de investimento estrangeiro, naquelas condições, se tornará domiciliada também no estrangeiro.

Além da forma de ingresso do capital e do registro, existem outros elementos para que se tenha o capital na conta de estrangeiro. O primeiro é a destinação dos bens, máquinas e equipamentos à produção de bens ou serviços, ou dos recursos financeiros ou monetários ao emprego em atividade econômica. Quanto ao investimento direto, o segundo requisito consiste na inexistência de "dispêndio inicial de divisas", gasto que ocorreria, em outras circunstâncias, para o pagamento dos bens no exterior. A terceira condição — comum ao investimento direto e ao financiamento — concerne à propriedade dos fundos, que deve ser de pessoa física residente e domiciliada no exterior, ou de pessoa jurídica com sede no estrangeiro.

Esclarecidos os conceitos de capital estrangeiro e de investimento direto, vejamos como aquele é tratado na legislação brasileira. O art. 2.º da Lei n.º 4.131 garante que lhe "será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições", e proíbe quaisquer discriminações que não estejam previstas em seu texto. Como lembra ALMEIDA (ob. cit.), "algumas exceções, no entanto, têm-se verificado à luz da Lei n.º 4.728/65 (Lei do Mercado de Capitais) e do Decreto-Lei n.º 1.986/82. Enquanto aquela estabelece que em períodos de desequilíbrio do balanço de pagamentos o Banco Central, ao adotar medidas de contenção de crédito, pode limitar o recurso ao sistema financeiro do País, o Decreto-Lei n.º 1.986/82 diferencia o tratamento dado aos investidores nacionais no mercado de capitais, com normas específicas para as sociedades de investimento de cujo capital social participem pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior".

BAUMANN (1989) põe em relevo que "uma das características marcantes das relações da economia brasileira com o resto do mundo nas duas últimas décadas foi a crescente importância do influxo de capitais de empréstimo, até certo ponto substituindo os investimentos diretos". Em que pese à tendência universal ao emprego de outras modalidades de inversão, como *joint ventures*, transferência de tecnologia com participação societária

e franquia, assim como a intensificação do empréstimo, o mencionado autor pondera que “não se deve perder a perspectiva de que a legislação brasileira também tem contribuído para estimular relativamente mais as operações de empréstimo do que os capitais de risco: o pagamento de juros é taxado no ato da remessa, enquanto os lucros são taxados pelo imposto sobre a renda e no ato da remessa”.

Na base desta discriminação está a forma de ingresso do capital estrangeiro. Não obstante implicar tratamento diferenciado, a desigualdade se estabelece entre capitais estrangeiros, e não entre estes e o capital nacional.

Cumprе admitir que a regra da igualdade de tratamento para o capital estrangeiro possui escasso ou nenhum valor, porquanto não é função da lei, mas da Constituição, fixar o conteúdo de preceitos legais que venham a ser editados.

O art. 171 da Constituição — que dificilmente subsistirá à arduosa revisão constitucional de 1993 — reafirma o conceito de empresa ou sociedade brasileira do art. 60 da Lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, não revogado pela nova lei das sociedades por ações. A despeito de se constituir na conformidade da lei brasileira e ter sua sede e administração no País, para a sociedade ser considerada de capital nacional é necessário que o controle efetivo da sociedade esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno. Pela mesma norma constitucional, entende-se por controle efetivo da sociedade “a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades”. Em setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, na forma do § 1.º, II, do mesmo dispositivo, a lei pode exigir que o controle efetivo da empresa, quer dizer, o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia, estenda-se às suas atividades tecnológicas.

A empresa brasileira de capital nacional perde esta qualificação quando se converte em investimento estrangeiro e muda o controle efetivo, em termos exatamente inversos aos da definição contida do inciso II do referido artigo da Constituição. Continua, entretanto, empresa brasileira, visto que se organizou conforme a legislação do País e sua sede e administração permaneceram no território nacional.

Deixarei de abordar a conversão da dívida externa representada por empréstimos em investimento do principal, outras quantias e juros, possibilitada pelo segundo regulamento da Lei n.º 4.131, baixado com o Decreto n.º 55.762, de 17 de setembro de 1965, cujo art. 5.º, a, independentemente de previsão legal, faculta “a conversão, em investimento, do

principal de empréstimos registrados ou de quaisquer quantias, inclusive juros, remissíveis para o exterior”.

Um terço da nossa dívida externa provém do ingresso de capitais norte-americanos. Um terço também corresponde ao reinvestimento, ou seja, “a quantia que poderia ter sido legalmente remetida para o exterior, a título de rendimento, e não o foi, sendo aplicada, consoante o respectivo registro contábil, em conta de ‘passivo não exigível’, na própria empresa ou em outro setor da economia nacional”, para me valer da definição do art. 5.º do primeiro regulamento da lei que disciplina os investimentos de capital estrangeiro, expedido com o Decreto n.º 53.451, de 20 de janeiro de 1964.

Com o objetivo de dominar o mercado nacional deste ou daquele produto, implantam-se, não raro, novas unidades fabris, ou se adquire o controle de indústrias concorrentes, graças à utilização de recursos gerados pela empresa receptora de capital estrangeiro, sem novo aporte de recursos. Segundo BAUMANN (ob. cit.), a análise da posição de reinvestimentos, em 31 de março de 1988, informada pelo Banco Central do Brasil, acusa este processo de dominação de mercado, “marcadamente acentuado na produção de alimentos processados (em que reinvestimentos aparecem como a principal forma de investimento) e significativo nas indústrias de material elétrico e de comunicações e química”.

Não posso omitir outro aspecto inquietador: a perda, nos últimos anos, da atração exercida pelo Brasil sobre o capital estrangeiro, que faz com que a remessa de lucros e dividendos supere seu ingresso sob a forma de investimento. O autor por último referido constata, “não apenas uma substituição de fluxos de recursos, com preponderância dos capitais de empréstimo, como um aumento relativo das remessas de lucros e dividendos, de tal forma que o fluxo líquido de recursos passa a ser negativo.

Merecem destaque os dados referentes a 1986, em que pela primeira vez em muitos anos o valor líquido dos investimentos externos é negativo, bem como o fato de que boa parte da retomada desse valor a partir de 1987 baseia-se sobretudo no processo de conversão da dívida externa.”

Pelo art. 14 da Lei n.º 4.131, são proibidas remessas para pagamento de *royalties* pelo uso de patente de invenção e de marca de indústria, de comércio e de serviço, entre filial ou subsidiária, sujeito do investimento estrangeiro, e a respectiva matriz, com sede no exterior, ou quando a maioria do capital daquela pertencer ao credor residente fora do país. Para este efeito, subsidiária de empresa estrangeira é a pessoa jurídica, estabelecida no país, de cujo capital com direito a voto pelo menos cinquenta por cento pertençam a empresa com sede no exterior (art. 20, parágrafo único, do Decreto n.º 55.762).

Por via de regra, as remessas a título de retorno de capital e de rendimento de sua aplicação no país dependem do pagamento do imposto de renda que for devido e de três registros no registro de capitais estrangeiros: a) do investimento ingressado no país; b) da empresa em que foi aplicado; e c) da remessa para o exterior.

Nas remessas de rendimentos de capital estrangeiro sob a forma de empréstimo, classifica-se de amortização a parte que exceder à taxa de juros constante do contrato e do seu registro. O Banco Central pode impugnar e recusar a taxa que ultrapasse a vigorante no mercado financeiro do país de origem dos recursos para operações do mesmo tipo e condições, na data da realização do empréstimo (art. 8.º da Lei n.º 4.131).

As remessas para o pagamento de *royalties* pela exploração de patente de invenção, marca de indústria, de comércio e de serviço e outros direitos da propriedade industrial, dependem de prova da existência e vigência, no Brasil, dos respectivos privilégios concedidos pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial e da não-caducidade no país de origem (art. 11 da Lei n.º 4.131, na redação dada pela Lei n.º 4.390).

O art. 28 da mesma lei, em sua nova redação, regula a hipótese em que ocorra "grave desequilíbrio no balanço de pagamentos" ou existam "sérias razões para prever a iminência de tal situação". Se o saldo líquido do balanço de pagamentos for negativo, ou houver ameaça de se tornar em breve tempo negativo, o Banco Central pode impor, por prazo limitado, restrições à remessa de investimentos do capital estrangeiro. Por remessa de investimentos entende-se, não apenas o retorno do capital que ingressou no país sob a forma de investimento direto ou de empréstimo, como de seu lucro.

As restrições temporárias consistem na proibição de remessas para o exterior, a título de retorno de capital, e na limitação delas, a título de lucros, a dez por cento ao ano, no máximo, sobre o capital e reinvestimentos registrados na moeda do país de origem (§ 1.º).

Quando a restrição persistir por mais de um exercício e os rendimentos ultrapassarem a percentagem fixada para a remessa de lucros ao exterior, esta poderá ser autorizada, contanto que a importância relativa ao excesso tenha sido comunicada ao Banco Central e os lucros recebidos, nesse exercício, não atinjam aquele limite (§ 2.º).

Ainda no caso de desequilíbrio, real ou esperado, do balanço de pagamentos, o limite máximo cumulativo anual para as remessas de quantias, a título de pagamento de *royalties* e assistência técnica, administrativa ou semelhante, é de cinco por cento da receita bruta da empresa (§ 3.º).

Entretanto, mesmo que se verifique desequilíbrio no balanço de pagamentos, os juros e quotas de amortização, estipulados nos contratos de empréstimo com registro no Banco Central, não sofrem qualquer restrição em sua remessa para o exterior (§ 5.º).

A remessa de lucros do capital estrangeiro aplicado em atividades produtoras de bens e serviços de consumo suntuário, definidas em decreto, é a única que a própria Lei n.º 4.390 (art. 2.º) restringe a oito por cento, anualmente, do capital registrado no Banco Central. A parcela excedente a esse limite máximo qualifica-se como retorno, e deduz-se do registro correspondente, para efeito de remessas futuras. Poderá, no entanto, converter-se em reinvestimento, aplicado em bens e serviços, ou em regiões e setores de atividades consideradas, por decreto, de interesse para a economia nacional (§ 1.º). Em todas as hipóteses de restrição às remessas de investimentos, determinadas por motivo de desequilíbrio iminente, o limite máximo diminui para cinco por cento, ao ano, sobre o montante dos registros do capital ingressado no país e do seu reinvestimento.

A conclusão a que se chega a respeito da lei brasileira sobre a aplicação do capital estrangeiro e as remessas para o exterior com seu retorno e dos lucros, é que encerra poucas restrições e, como acrescenta ALMEIDA (ob. cit.), os mecanismos tributários atuam mais no sentido de estimular o reinvestimento dos lucros que delimitar propriamente o montante de remessas, destacando-se a importância da tributação progressiva como reguladora das mesmas."

Bibliografia

- ALMEIDA, Shella Márcia E. S. de. O Capital Estrangeiro: regulamentação Legal no Brasil e em Outros Países; texto para discussão publicado pelo Instituto de Planejamento em maio de 1989. pp. 6, 7 e 11.
- BAUMANN, Renato. Comportamento Recente do Capital Estrangeiro — Algumas Considerações Gerais; nota para discussão publicada pelo Instituto de Planejamento em abril de 1989, p. 3.
- CARNEIRO, O. A. Dias. Movimento Internacionais de Capital e Desenvolvimento Econômico, Recife, 1981, p. 90.
- GRAF, Jorge Barrera. Sujetos de la Ley de Inversiones Extranjeras; Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1981, p. 1.018.
- KAVIER, Alberto. Natureza Jurídica do Certificado de Registro de Investimento Estrangeiro — Alienação Parcial de Participações Societárias e Redução do Capital Social; Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, 1988, p. 39.

Agricultura e Inflação sob o Capitalismo Periférico

MAURO MÁRCIO OLIVEIRA

Assessor Legislativo do Senado Federal.
Agrônomo, Mestrado em Economia

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *O quadro geral.* 3. *Agricultura, desenvolvimento e inflação.* 3.1. *Aspectos globais.* 3.2. *Aspectos específicos.* 4. *Conclusão? O impasse heterodoxo.*

1. *Introdução*

Enquanto nas economias capitalistas maduras a inflação, tal como colocada por Keynes (ROBINSON, 1979: 98-99), decorreria da pressão da demanda efetiva para a realização da massa de valores gerada a cada período produtivo (e, na compreensão keynesiana, é apenas e tão-somente no pleno emprego que se verifica a “inflação verdadeira ou autêntica”), nos países capitalistas periféricos de industrialização incompleta, o enfoque, não desprezando o lastro teórico geral, deve levar em conta uma série de circunstâncias específicas, algumas das quais serão objeto de apreciação ao longo deste texto. No caso presente interessa trazer ao debate as possíveis relações entre agricultura e inflação, passando, de início, por elementos de caráter geral da economia como um todo. Este trabalho sugere, como vários outros, que a compreensão do fenômeno pode se beneficiar da interação de aspectos de natureza social e política.

2. *O quadro geral*

A dissonância entre o social e o econômico (DSE) como fator inflacionário secular — O capitalismo supõe um grande mercado (no limite, infinito, para o imperialismo) porque sua capacidade produtiva é, historicamente, inigualável. Quanto menos um determinado país capitalista pode desenvolver seu poder internacional de conquista de mercado, mais importante e estratégico se torna seu próprio mercado interno. Neste sentido, parece haver uma estreita interação entre o sistema econômico como um conjunto de leis, uma “lógica de funcionamento” e a estrutura social em

que se desenvolve o processo de produção de valores. Quanto mais se identificam, mais profunda seria a realização do potencial econômico do sistema produtivo. Neste sentido, a dissonância entre o "econômico" e o "social" ou ainda, a "inadaptação" do social ao econômico criará dificuldades e problemas específicos ao crescimento, os quais têm sido, genericamente, tratados sob o rótulo de "subdesenvolvimento" (1).

Na base de um processo civilizatório excludente, as crises (subconsumo-subprodução) são recorrentes porque a tendência do processo produtivo capitalista é produzir, de forma crescente, um montante de valor cada vez maior. Diante desta tendência, uma conformação social mais aberta concorre para a democratização das oportunidades. Se o processo civilizatório é excludente, as forças produtivas ficam subordinadas à "lógica" de uma pequena elite, cujo consumo inclui a "queima" do valor excedente de forma perdulária, com supérfluos, e os dispêndios de corte patrimonialista. Na ausência da produção de "bens supérfluos" no próprio país, o consumo conspicuo se faz no exterior, desviando do fluxo de formação das riquezas nacionais soma de recursos produtivos. Por outro lado, a opção patrimonialista pode implicar na retirada, do circuito da produção de valor, dos excedentes apropriados. Tal patrimonialismo afigura-se-nos como manifestação da recorrente imobilização a que alude RANGEL, 1978.

Uma pequena digressão histórica situará os termos desta dissonância. Na Inglaterra (como de resto, na Europa Ocidental), o capitalismo se implanta a partir de uma sociedade solidificada, em bases diferentes, porém com uma longa tradição política, social, econômica e institucional de apropriação dos recursos naturais.

A DSE, em termos keynesianos, produz uma baixa propensão a consumir, de tal forma que, ao longo do processo de crescimento do país, o acréscimo da renda ($\Delta D = \Delta D_1 + \Delta D_2$) deságua no investimento (D_2)

de forma a originar uma situação de hiperinvestimento. Este fato, de início potencialmente favorável à economia, acaba por desvanecer-se, na moldura da DSE, porque: a) esteriliza-se sob a forma de capital fundiário em estado potencial; b) enfraquece seu impacto por aplicar-se em equipamentos do tipo capital-intensivo, incapazes de expandir o emprego na escala da oferta da força de trabalho; e c) cumulativamente, a aquisição de tais bens é feita no exterior, com o que exporta postos de emprego. Nestas condições, haverá uma baixa elasticidade-emprego do investimento, mesmo que o multiplicador venha a ser razoavelmente elevado (2). Neste particular, no arrendamento capitalista interagem, na sua definição e prática, agentes

(1) Ao termo "social" está-se dando uma dimensão muito mais ampla do que na verdade a sociologia lhe consagra. Uma das obras mais fundamentais que trata desta aqui chamada DSE é de Max Weber, *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, publicada originalmente em 1904/1905.

(2) Quando Keynes diz que "uma comunidade pobre tenderá a consumir a maior parte da sua produção, de modo que um investimento modesto será bastante para lhe garantir o pleno emprego..." (KEYNES, 1970, p. 42) é certo que ele não levava em conta os pontos b e c, acima indicados.

econômicos produzidos pelo, e anteriores, ao próprio capitalismo. Decorre desta base social já formada, que o capitalismo não imobiliza parte dos valores criados para tornar mercadorias os recursos naturais, especialmente a terra. Neste sentido, é como se a estrutura anterior tivesse sido “funcional” ao próprio capital. Nos Estados Unidos, conquanto o processo tenha sido qualitativamente diferente, os recursos naturais (a terra, em especial) foram, desde o início, democratizados quanto à propriedade, com o que sua aquisição se deu, em grande proporção, por uma variada gama de agentes econômicos, não incluídos na definição de burguesia. Assim, a apropriação e a transformação da terra em mercadoria não concorreu, *prima facie*, com aplicações produtivas do capital dinheiro em poder das classes dominantes. No Brasil, ao contrário dos dois processos precedentes, instalou-se, desde o início, uma base social de natureza *excludente* — expulsiva das terras — o que vai, então, propiciar resultados inteiramente diversos. A propriedade fundiária no Brasil foi estabelecida em grandes porções (capitanias, sesmarias, latifúndios). Este sistema acabou não só por impedir o acesso dos pequenos (trabalhadores escravos, trabalhadores livres, pequenos comerciantes, artesãos) mas também por gerar um padrão latifundista para as novas apropriações, com duas características: a) o acesso a essas grandes áreas torna a imobilização fundiária *alternativa* a aplicações produtivas e b) transformação da terra de um bem natural em ativo dos capitalistas exigiu esterilização crescente de recursos produtivos sob a forma de capital fundiário. A gravidade deste movimento fica magnificada se: a) a terra não é colocada em produção (correspondendo, pois, a uma maturação infinita do “investimento” do ponto de vista da sociedade; e b) o montante de terras a ser apropriado e transformado em mercadoria é muito grande (relativamente à capacidade produtiva instalada e ao caráter social excludente), o que exigirá, então, soma considerável de capital-dinheiro disponível. O corolário de a terra não ser colocada em produção é a revelação de uma “lógica econômica” específica, que não se orienta pelo *rendimento* (caso em que a renda fundiária forma o preço da terra) mas pela realização do valor — incluída aí a incorporação de externalidades do mundo real e da órbita financeira — de uma só vez, pelo preço de venda. É neste sentido que o patrimonialismo se afirma como fator inflacionário secular, tal como, em outras palavras, diz RANGEL — 1978: “. . . a inflação se relaciona não com movimentos superficiais da economia, mas com o que há de mais estratégico nela, isto é, com a taxa de capitalização ou de formação de capital, a qual, com mais propriedade estudaremos sob a denominação mais genérica de *taxa de imobilização*” (grifo do autor) (3).

Poder-se-á redargüir que o grau de verdade desta explicação comparativa entre três diferentes experiências é inadequado na condição contemporânea, dada a similitude de o preço da terra representar a renda fundiária capitalizada. Isso, entretanto, não desfaz as diferenças históricas acumuladas durante séculos, as quais deram constituição ao caráter particular de cada

(3) RANGEL, I. Op. cit., p. 32.

uma delas na potencialização-negação das forças produtivas e que este caráter informa seus desempenhos atuais.

A tentativa de superação da DSE pela ação do Estado — Mesmo restringida pela “lógica” da elite, a ação de produção de valores, imposta pelo capitalismo, acaba por contraditar os vínculos e movimentos sociais que a impedem de se manifestar. Nisto, há uma dinamização do jogo social pela ordem capitalista, ainda mais acirrada pelas relações de comércio internacional, estabelecidas pelo país. Entretanto, as condições peculiares da formação social de um país subdesenvolvido, a nível da formação das elites (oligarquia, burguesia) é de tal modo que as suas várias frações não se põem de acordo sobre os “projetos” a serem levados a efeito pelo Estado⁽⁴⁾. Este tipo de desacordo no seio da própria elite, sem nenhuma ameaça para a sua hegemonia de dominação político-econômica, aponta uma certa *autonomia relativa* do aparelho de estado, nos termos colocados por POULANTZAS⁽⁵⁾. Na brecha aberta por esta autonomia relativa é que são forjadas as “novas” propostas de desenvolvimento (à luz da lógica capitalista), as quais, por sua vez, podem se concretizar como forma de superação da DSE⁽⁶⁾. Neste século, o Estado tem assumido operações de grande monta, tais como a liquidação de estoques invendáveis de produtos agrícolas (superproduções de café, produções de açúcar sem preços), construção e operação dos grandes complexos de energia elétrica, aço, comunicações, serviços públicos de água, luz e transporte, financiamento de longo prazo para implantação da indústria de bens de consumo e de bens de capital. Caso tais operações tivessem ficado sob a responsabilidade e iniciativa das frações da elite nacional, certamente o panorama atual não seria o que conhecemos. Mas, se, de um lado, tivemos um empuxo excepcional do ponto de vista do crescimento econômico, por outro é de se chamar a atenção para os potenciais desequilíbrios (dimensão, natureza e intensidade) que esta autonomia relativa gerou e continua a gerar do ponto de vista orçamentário. Seja porque o montante dos gastos supera o das receitas, seja porque o montante dos adiantamentos impõe o rigor de um perfil de créditos a receber incompatível com as despesas de manutenção normais

(4) Lembrar que o país muda de regime (monarquia para república), há deslocamento de importância da região Nordeste para o Sudeste, muda de regime de trabalho (escravidão para livre mercado), muda de atividades predominantes (cana-de-açúcar para café) e, finalmente, muda dos interesses dominantes da agricultura para a indústria.

(5) “... esse Estado (capitalista) só pode realmente servir a classe dominante na medida em que for relativamente autônomo das diversas frações dessa classe, exatamente para poder organizar a hegemonia da totalidade da classe.” (POULANTZAS, 1982, pp. 227-228).

(6) A superação tal como mencionada representaria o grau máximo de uma escala de negação da DSE. O aprofundamento nesta escala deve depender da força relativa de cada fração da elite. Talvez seja mais apropriado falar-se do abrandamento da DSE pela ação do Estado. A superação talvez só se realize fora da órbita subdesenvolvimentista em que vive o país, o que nas condições capitalistas reinantes, é quase impossível. Daí que, ao invés da superação, o caminho mais corriqueiro dos vários países subdesenvolvidos seja a tentativa da revolução como superação não da DSE mas da própria ordem capitalista.

da máquina e despesas extras imprevisíveis, seja porque o adiantamento de créditos para a ampliação do aparelho produtivo exige, por sua natureza, um longo período de maturação, é bastante provável que o desequilíbrio daí resultante, mesmo contrário à DSE, superponha-se a esta como um novo fator inflacionário (7).

Num primeiro momento poder-se-ia pensar que esta ação relativamente autônoma do Estado fosse contra os próprios interesses da burguesia, por dois motivos preponderantes: seu caráter inflacionário e a concorrência por espaços "naturalmente" reservados à iniciativa privada. Se aceitarmos a concepção de que o processo inflacionário traz em seu bojo o conflito da distribuição de renda entre classes oponentes e entre as próprias frações, também se pode aceitar que a burguesia se encontra mais bem aparelhada para se defender deste mesmo processo, uma vez que detém os instrumentos para a determinação dos preços das mercadorias, dos salários e do próprio dinheiro, *vis-à-vis* os assalariados que oferecem sua força de trabalho a um preço dado e com rendimentos fixos a cada período. Isso não exclui, evidentemente, o conflito *interna corporis* (capital comercial x capital industrial x capital bancário) e é esta expressão de perda de frações que acabam filtrando como censura ao processo inflacionário em geral. Por outro lado, se a estatização conflita com os interesses de algumas frações dominantes, na medida em que a ação estatal concorre com determinadas parcelas do capital privado, não se pode esquecer da organicidade da ação do aparelho estatal para a totalidade desta numa classe dominante, seja acelerando o processo de acumulação capitalista, seja viabilizando determinados empreendimentos impossíveis de serem levados a frente por conta da unidade mínima de capital exigido, seja criando as chamadas economias externas, apropriáveis pelo capital. Evidentemente que os reclamos das classes dominantes passam a "fazer sentido" (de seu ponto de vista) quando as desproporções da ação estatal tornam-se poderosas o suficiente para ameaçar o "equilíbrio" das relações de dominação capitalista na sociedade (8).

(7) O exercício da autonomia relativa do Estado não dispensa o caráter despótico do Estado, característica que algumas frações da elite podem aproveitar melhor do que outras (tome-se, p. ex., o padrão de desenvolvimento do Estado militarista). Seria interessante explorar a natureza do Estado capitalista subdesenvolvido à luz do enfoque oferecido por Lauro Campos (1980) para o caso dos países considerados capitalistas retardatários (Alemanha, Japão, Itália) quando diz que o "nazi-fascismo é o resultado, na esfera do poder, das contradições que o capitalismo retardatário e semi-integrado tem de superar num mundo já ocupado pelas relações do capitalismo central (op. cit., p. 127, nota 27). Uma outra observação à margem da autonomia relativa é que a análise estática pode sugerir que não é o Estado que é sustentado pelas classes dominantes, mas é o Estado que sustenta tais classes.

(8) Ao fator inflacionário secular, provocado pela DSE, deve-se agregar a também perspectiva tendencial da inflação nos países centrais tal como lembrada por SAYAD (1979): a) até os anos 30, alternaram-se períodos inflacionários e deflacionários; b) depois dos anos 30, a ocorrência da deflação tornou-se rara; atingindo até 10% a taxa inflacionária até os anos 70; c) após 70, este teto foi rompido.

3. Agricultura, desenvolvimento e inflação

Este tópico é o que busca atender aos objetivos específicos do texto, na medida em que, intencionalmente, restringe a discussão do tema à agricultura. As limitações daí decorrentes, de certa forma ressaltadas por SAYAD, 1979, atendem, por outro lado, à postulação de implementar a avaliação do fenômeno inflacionário por setor da economia na medida em que a mesma "... é basicamente um processo distributivo gerado pela necessidade e/ou aspirações tanto de mudanças de poder aquisitivo entre setores quanto de transferências entre diversos setores" (9).

Um dos aspectos mais ressaltados quando se analisa a agricultura brasileira como fator inflacionário, é o que trata do cumprimento de seus papéis no concerto da economia. Independente do enfoque, este é o tema de DELFIM NETO, 1965, PASTORE, entre outros. Neste particular, SAYAD, 1979, entende que a avaliação de quantos entrem por este caminho é de fundo essencialmente político, já que a negação do cumprimento do papel da agricultura levará à tomada de posição favorável às transformações estruturais (conhecidas nos anos 60 como "reformas de base").

No caso presente, queremos chamar a atenção para o que denominamos de patrimonialismo. Retomando o tema, diríamos que a transformação do espaço geográfico em espaço econômico é a história da incorporação dos recursos naturais à economia, mercantilizando-os, com valor e preço atribuídos. Se a atitude decorrente da estrutura de dominação na sociedade em questão é patrimonialista (ou seja, não se orienta de forma preponderante pelo rendimento — como fluxo — mas pelo patrimônio — como estoque), haverá uma imobilização do dinheiro em poder do público em recursos naturais que se transformam em ativos (terras à frente), o que provoca um deslocamento da finalidade que a moeda cumpre numa economia monetarizada, forçando assim um permanente desequilíbrio entre o real e o monetário. Além disso, esta fração da riqueza fica em estado potencial de forma quase indefinida dada à propensão em não se levar em conta o rendimento, mas sim o estoque. Neste sentido, quanto maior for a quantidade de terras a transformar em ativos, quanto mais tarde estas terras entrarem no processo produtivo e quanto menor o prazo em que esta mercantilização vier a ocorrer, mais inflacionário é o processo de imobilização.

3.1. Aspectos globais

A força político-econômica da elite brasileira — De início concentrando seus interesses na produção de mercadorias agrícolas (cana, café,

(9) MONTORO, Fº 1977: 122) A tentativa e o interesse de se estudar os aspectos peculiares da inflação ligados à agricultura não podem obscurecer seu caráter globalizante.

cacau, etc.), mas sempre voltada para setores vinculados ao mercado externo, forçava o ajustamento de sua produção à escala mundial, dimensão de seu mercado final. Nestas circunstâncias, restava ao Estado a responsabilidade de gerenciar as crises daí advindas. Os casos mais comuns foram ou a esterilização da oferta (compra, queima, eliminação) ou a compra das cambiais resultantes da exportação. Quanto mais próximas da escala mundial tais produções, tanto mais esforço cabia ao Estado, seja pela via monetária, seja pela via cambial, as quais desaguavam, via de regra, em ônus inflacionário para toda a sociedade. Erigindo-se sobre uma base social excludente, com baixa capacidade de arrecadação fiscal, a influência da elite brasileira sobre o Estado terminava por realimentar o processo, já que as opções de revitalização ou de soerguimento da economia sobre outras bases eram muito limitadas. As duas variantes clássicas, mais uma vez, eram a dissipação ostentatória e as imobilizações.

A criação do mercado interno pela industrialização — Levada a efeito como estratégia de desenvolvimento, a industrialização implantou-se condicionada por duas circunstâncias que iriam determinar, desde cedo, seu perfil e suas potencialidades. Em relação ao plano externo, definiu-se pelo padrão tecnológico empregado nas economias centrais, com capacidade de absorção de trabalho inferior ao que traduziria a disponibilidade interna mas, ao mesmo tempo, defasada e pouco eficiente em relação à existente nos países exportadores. A partir de 1964, com uma concepção mais favorável ao capital estrangeiro, a importação de técnicas e de padrões de industrialização com uso mais intensivo de capital e menor absorção de mão-de-obra, acentuou a desproporção entre o crescimento da capacidade instalada e o do mercado interno⁽¹⁰⁾. Ainda em relação ao plano externo, os preços finais das mercadorias aqui produzidas, refletindo a ineficiência tecnológica e a proteção à indústria nascente, eram proporcionalmente mais altos do que os dos congêneres estrangeiros. Em relação ao plano interno, uma economia ainda primário-exportadora, mantinha uma taxa de salários muito baixa, alardeada menos como estratégia para redução dos preços dos produtos de exportação e mais como vantagem para atração de investimentos estrangeiros. Essa prática, na verdade, era não mais que o produto do caráter excludente da própria sociedade. Assim, ao invés da industrialização romper com a estrutura econômica típica da DSE e provocar um intenso processo de criação e realização de mercadorias, ela se deu sem o questionamento à estrutura aprisionadora para o desenvolvimento de corte capitalista. A combinação destas facetas produziu uma relação preços de mercadorias industriais-taxa de salário muito alta, restringindo, conseqüentemente, os surtos de desenvolvimento a partir da ampliação do mercado interno. A industrialização, tanto quanto seja baseada em capital intensivo e se faça espacialmente concentrada, apresenta um caráter inflaciogênico na medida em que tende a manter capacidade ociosa de forma crônica (porque diante de um mercado subconsumista não se realiza a integridade dos ganhos de escala) e a se ver gravada de

(10) SUZIGAN, W. 1975: 466.

altos custos de transporte⁽¹¹⁾. Nestas condições, a industrialização acabou adaptando-se a uma estrutura de subconsumo, impotente para comunicar ao setor agrícola, produtor de bens e salários voltados ao mercado interno, dinamismo peculiar às agriculturas desenvolvidas⁽¹²⁾. Na verdade, a industrialização pôde ser impulsionada apenas nos limites conferidos pelos valores patrimonialistas da arcaica sociedade brasileira.

O (sub) Estado capitalista — É assim que sobre uma base estrutural de DSE, gera-se uma sociedade subconsumista e um Estado (na verdade, um sub-Estado), dominado por um conjunto de frações de elite muito dividida nos momentos de real transformação. É este Estado que, valendo-se de uma autonomia relativa, dá o tom da transformação — mesmo limitada — que o país experimentou. Nestes momentos, ele agrega aos papéis clássicos, novos papéis na economia. Um papel que crescentemente passou a ser assumido pelo Estado foi o financiamento de longa maturação, deixando o setor privado completamente descompromissado desta função⁽¹³⁾. Isso não só amplia o potencial inflaciogênico das funções do Estado como mantém a perspectiva patrimonialista das elites. O aparelhamento relativamente mais moderno deste Estado acaba, muitas das vezes, por ser utilizado em favor de interesses mais imediatos de frações da elite, muitos de natureza retrógrada, através dos quais se mantêm relações do poder incompatíveis com o sentido de modernização da economia como um todo. Exemplo disso é o revigoramento ao patrimonialismo fundiário comandado pelo próprio Estado através dos instrumentos da discriminação e arrecadação de terras devolutas, desapropriação por interesse social, manipulação do imposto territorial rural, apoio à colonização privada de grande porte e vinculada a processos de manipulação e corrupção, concessão de incentivos fiscais, etc.⁽¹⁴⁾.

O fenômeno do insulamento no mercado financeiro — A organicidade que une os mercados fundiário e financeiro acaba por imprimir neste último, de constituição mais recente, as marcas daquele outro. Estas marcas não são outra coisa que a manifestação da DSE sobre este próprio mercado financeiro. Assim, o mercado financeiro cresce à luz dos valores das elites dominantes e reproduz o patrimonialismo. Como este mesmo patrimonialismo é “antifuncional” para o desenvolvimento do capitalismo, o Estado

(11) SUZIGAN, W. Op. cit. p. 467.

(12) RANGEL, 1978) menciona, várias vezes, este fenômeno, ora como “insuficiência genérica ou global da demanda” (p. 28); “baixíssima propensão a consumir (p. 35); “depressão do poder de barganha das massas trabalhadoras” (p. 60); “demanda de consumo que se expande preguiçosamente” (p. 61).

(13) Muito recentemente tivemos notícia das dimensões do D III no Brasil, através da imprensa, a qual afirmava que o País é tido como o 2º ou 3º exportador de armas do mundo. Mais uma vez, a precocidade do D III mostra que o “desenvolvimento” brasileiro se faz sem o enfrentamento das questões básicas de ampliação do mercado interno para o D II. A respeito do desenvolvimento de D III, ver CAMPOS, op. cit. pp. 134-135.

(14) DELGADO, G. 1986: 213.

acaba por tentar superar tal limitação com uma série de instrumentos, um dos quais o financiamento às iniciativas privadas. Financiamento estatal mais voltado para investimento no início e que mais tarde tem de ser diversificado para atender também as atividades de curto prazo, p. ex., o giro dos estoques.

No período mais recente da história econômica do Brasil, especialmente a partir do pós-guerra, a prática, pelo Estado, de uma política fiscal expansionista com expansão simultânea de crédito ao setor privado através do Banco do Brasil acabou por “afastar” o capital privado do financiamento aos investimentos de longa maturação em infraestrutura e em setores de base, com o que ficam sobrecarregadas as finanças públicas⁽¹⁵⁾.

A consequência desta prática é o que denominamos de insulamento no mercado financeiro, ou seja, formam-se “ilhas de financiamento” a atividades específicas, sem comunicação umas com as outras, muitas vezes mantendo condições totalmente diferenciadas em cada uma das “ilhas”. Esta verdadeira “proteção” a mercados financeiros isolados impede a entrada de capitais privados neste tipo de negócio, sendo no entanto a “proteção” de natureza às avessas. Não há “proteção” para privilégios à obtenção de taxas mais altas, mas para preservar a existência e prática de taxas mais baixas e condições mais favorecidas. Assim, ao invés de se buscar a equalização entre as diversas taxas de juros, trabalha-se no sentido de repelir os capitais potencialmente interessados em participar do mercado financeiro. Curiosamente tal repelência ocorre pelo lado da oferta de capitais mas não pelo lado da demanda; à repelência pelo lado da oferta vai corresponder uma alta atratividade pelo lado de demanda, o que reforçará, desde o nascimento, deste mercado, as possibilidades de vinculação orgânica com o mercado fundiário. É neste quadro de ótica invertida que o insulamento no mercado financeiro acaba sendo paradoxalmente funcional. Ou seja, na falta de uma base financeira compatível com as dimensões da potencialidade que o capitalismo desenvolve, a segmentação do mercado financeiro é absolutamente necessária para permitir fluidez ao capital produzido por uma deformada estrutura. Na ausência de tal insulamento, o capital espraído em todos os setores não poderia ser reunido em dimensões suficientes para irrigar as atividades produtivas faltantes na estrutura produtiva que se instala. Nasce daí o complexo (subinvestimento) — (superinvestimento), referido por RANGEL⁽¹⁶⁾ ao mencionar a contínua criação de capacidade ociosa na economia brasileira.

O caráter inflacionário da montagem do sistema financeiro decorre da sua deformação genética (nascido à semelhança do mercado fundiário,

(15) O desenvolvimento deste argumento, especialmente o do afastamento da iniciativa privada dos financiamentos de longo prazo por uma combinação perversa da lei da usura com taxas inflacionárias altas, está em SUZIGAN, 1975.

(16) Numa “economia precocemente oligopolística”, o que “sobra” nestes setores, “faltará” para investir na agricultura. RANGEL, pp. 24, 28, 55, 56.

concentrado e discriminador) e do sobre-esforço estatal em, ele próprio, ofertar linhas de crédito amplas, abundantes e de retorno no longo prazo, obrigando-o a estabelecer um mecanismo de autofinanciamento perverso (que ora pode ser o fiscalismo acentuado sobre a massa de salários, ora a emissão de moedas e/ou títulos da dívida pública) (17). Nesta mesma linha, SAYAD, 1979, entende que a perspectiva do sistema financeiro oferece financiamentos mais satisfatórios ao setor produtivo e só deverá ocorrer "quando os investimentos não produtivos em imóveis deixarem de apresentar a atual rentabilidade elevada e, além disso, houver alguma diminuição das possibilidades de ganhos especulativos (18).

O sistema financeiro para a agricultura (SNCR) é uma espécie do gênero aqui tratado e suas vinculações com o mercado fundiário rural têm sido focalizadas com maiores detalhes por diversos autores, entre os quais destaque DELGADO, 1986.

3.2. Aspectos específicos

Para uma sociedade em estágio inicial de desenvolvimento capitalista é de se supor que a composição orgânica do capital seja muito baixa relativamente a uma outra, na qual as forças produtivas tenham evoluído de forma mais aprofundada. Naquela, a moeda vai ser demandada, fundamentalmente, para a realização de mercadorias conhecidas como bens não duráveis e, em menor proporção, para os bens duráveis. Quase nunca para bens de produção produzidos pelo trabalho humano (pela óbvia razão de que ali não existem), mas sim para os "bens naturais" irreprodutíveis, como a terra. Nesta situação, o estoque de ativos financeiros é representado quase que tão-somente (quando não de modo exclusivo) pela moeda (19). Se, então, desde cedo, neste tipo de economia, há sob um painel não diversificado do estoque de ativos financeiros uma pressão muito alta sobre a moeda para a aquisição dos "bens naturais", é de se esperar um desbalanceamento entre os mercados real e monetário. Isso porque crescentes parcelas do estoque de moeda são demandadas para "transformar" a terra em mercadoria. Parte da emissão primária é, pois, canalizada para a monetarização da terra. Na medida em que a taxa de incorporação da terra à economia mercantil, sob a forma de ativo capitalista, seja superior à taxa de criação de riquezas pela economia, o desbalanceamento entre o real e o monetário tende a agravar-se. A simultaneidade de monetarização da terra com a manutenção de seu "valor" em suspenso, sem que seja colo-

(17) Quando o Estado não forma, com seus recursos, a massa de oferta de recursos financeiros, ele banca todos os desvarios dos administradores, sejam de entidades públicas ou privadas. Este é o caso dos sucessivos "rombos" no sistema financeiro e o passivo do SFEH.

(18) SAYAD, J. Op. cit. p. 624.

(19) Ainda em 1960, de 7 tipos de ativos financeiros (moeda, depósitos a prazo, depósitos de poupança, letras de câmbio, ORTN/LTN, letras imobiliárias e fundos mútuos), apenas 2 (moeda e depósito a prazo) compunham o estoque de ativos financeiros no Brasil, sendo que moeda representava mais de 93% do total. Ver CONTADOR, 1974, Tabela 1, p. 254.

cada em produção, representa uma esterilização crescente e continuada de valor produzido pela sociedade o que tende a reduzir o seu dinamismo, engendrando um estado de subconsumo, restrição do tamanho do mercado e conseqüente busca do mercado externo, o qual, recorrentemente, introjeta-se no mercado fundiário nacional, tal como será mostrado a seguir, reforçando ainda mais seu caráter patrimonialista.

Esta "sobredemanda" por um único ativo financeiro, a moeda, só vai ser reduzida quando a base destes mesmos ativos tornar-se diversificada⁽²⁰⁾ e, assim, proporcionar ao capital-dinheiro alternativas de aplicação *vis-à-vis* à fundiária, até então não existente. No Brasil, este é um fenômeno muito recente, e até que acontecesse, ocorreu um brutal esforço da economia para transformar as terras em ativo, exacerbando a demanda por moeda, exatamente no sentido oposto ao esperado ao longo da tendência do desenvolvimento⁽²¹⁾ provocando, por conseguinte, todas as conseqüências já sugeridas para este tipo de orientação.

A hipertrofia do setor agrícola exportador — De fins do século XIX até meados dos anos 50, não foi desenvolvida nenhuma política industrial deliberada por parte do Estado. Do início deste século até os anos 20, predominou a defesa dos interesses comercial e agrícola (café, em particular) com pouco ou nenhum interesse em promover a industrialização do País (que ocorre em "surto espontâneos"). Daí até meados dos anos 50, aplicam-se medidas esparsas de apoio ao crescimento da política industrial ainda prioritariamente ocupada com o suporte ao setor agrícola (principalmente café) em crise (SUZIGAN, 1975). Nestas condições, durante este período, poderíamos dizer da hipertrofia do setor agrícola exportador do ponto de vista das ações de apoio econômico por parte do Estado. Na medida em que aí predominam os interesses das frações da elite ligados ao modelo primário-exportador, se bem de forma decrescente em termos de poder, elas próprias forçarão a realização de suas produções na escala de seus próprios mercados na escala mundial. E é em função do comportamento do mercado externo que se orientará a intervenção do Estado. Tal intervenção, recorrentemente, exigirá esforço acima das próprias condições, seja para controle da oferta, seja para a realização, em moeda nacional, da produção exportada. Na base de uma sociedade restringida para a ampliação das oportunidades, tal esforço de intervenção nunca poderá ser cadastrado como deflacionário. Muito pelo contrário, quase sempre será inflacionário.

Há uma interação extremamente reveladora entre o patrimonialismo e a hipertrofia do setor agrícola exportador que a seguir se esboça. A busca da realização das mercadorias agrícolas tem como referência o mercado externo, na medida em que este *locus* de realização das *commodities* apresentaria as melhores condições de preço. Esta fixação do ideal de máximo potencial de realização só é possível porque as mercadorias agrícolas, uma vez colhidas, podem ser fisicamente transportadas até os mercados finais

(20) O estoque de moeda passou de 93% de um conjunto de 7 diferentes ativos financeiros, em 1960, para 45%, em 1973. CONTADOR, op. cit., p. 254.

(21) CONTADOR, op. cit., pp. 282-283.

consumidores, para ali realizarem seus valores. Já com a terra, esta mesma possibilidade deixa de existir. Diante da impossibilidade de realizar o valor atribuído à terra no exterior, a elite dominante transplanta para dentro do seu próprio país o padrão de remuneração atribuível ao seu capital enquanto dinheiro, no exterior. Neste sentido, pode-se falar da introjeção das condições de rendimento do mercado financeiro externo, multiplicadas pela impotência da moeda subdesenvolvida, constantemente desvalorizada frente às moedas capitalistas centrais com o que se reforça o mecanismo excludente de acesso à terra, pois o preço da terra deixa de refletir a renda fundiária para refletir complexas interações da economia nacional com os mercados internacionais de *commodities* e financeiro. O esquema a seguir ilustra as interações-direta (a) e indireta (b) — sugeridas.

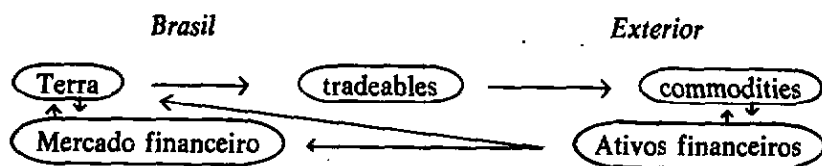


Figura 1. Introdução do mercado financeiro externo no Brasil.

Inelasticidade de oferta ⁽²²⁾ — Segundo CAMPOS, 1980, na agricultura o padrão de acumulação é diferente do da indústria. Na indústria, há acumulação e desconcentração espacial, inclusive para fora do país, com transplante de indústrias. Na agricultura, o transplante é impossível. “A indústria transplantada produz fora o excedente; a agricultura capitalista só pode produzir o excedente internamente, exportando o produto agrícola ⁽²³⁾. Assim, a inelasticidade de oferta não seria inerente ao setor agrícola sob o capitalismo nem mesmo no mundo subdesenvolvido. A produção agrícola dos Estados Unidos, neste século, comprova a alta elasticidade de oferta da agricultura, sob a ordem capitalista. Mesmo no subdesenvolvimento, as crises de superprodução de café e cana, no passado, e a contemporânea produção crescente de soja e laranja, por exemplo, mostram o potencial da elasticidade da oferta agrícola. O elo comum entre as duas situações certamente reside no poder da demanda em estimular a oferta agrícola. No caso brasileiro, a relativa estagnação da oferta dos domésticos ⁽²⁴⁾ decorre da interação da DSE com a inacabada industrialização, a

(22) Para um desenvolvimento mais amplo e formalizado do modelo estruturalista, ver (OLIVEIRA, 1964) e (RAMOS, 1986).

(23) CAMPOS, L. Op. cit. p. 141. Neste particular, o ponto de vista de Ignácio Rangel é também o de Campos, ou seja, o de que a oferta agrícola é muito elástica (RANGEL, I. Op. cit., p. 29).

(24) A disponibilidade interna de alimentos em calorias por habitante-dia, no mercado interno, cresce no período 1940/42 a 1964/66, de 1263,2 a 1889,4; entre 1967 a 1979, esta mesma variável evolui a uma taxa de -1,34%. Já no período 1977-84, o índice de quantidade produzida por habitante de culturas domésticas apresenta uma taxa de -1,94% a.a. Ver (HOMEM DE MELLO, 1985), tabelas 1 e 3.

qual exige um sobreesforço da sociedade brasileira em efetivá-la. A DSE comparece tanto do lado da demanda quanto do lado da oferta. No primeiro caso, restringindo a dimensão e o crescimento do mercado interno pelos mecanismos já explicitados; no segundo caso pelo caráter patrimonialista que comunica às estruturas produtivas do setor rural, do que resulta um mercado fundiário imperfeito e um mercado financeiro igualmente imperfeito (uma vez que organicamente vinculados), com predomínio dos interesses do capital comercial (de toda sorte submetido ao financeiro tão logo este se erige) naqueles produtos destinados ao mercado interno, com pouco grau de transformação industrial.

Aceitar a argumentação estruturalista sobre o processo inflacionário significa, segundo nossa concepção, desviar o foco de uma situação muito mais ampla e determinante do fenômeno inflacionário (a DSE e todas as suas conseqüências) para um caso particular e reflexo, qual seja a inelasticidade da oferta de produtos agrícolas (hoje, destinados ao mercado interno) por estar subordinada a uma forma de produção camponesa (que eu diria pequena produção). Não que haja oposição entre ambas as postulações, ambas de natureza transformadora, quando nada reformista, mas no caso da versão estruturalista agindo sobre a oferta quando o elemento dinâmico é a demanda.

Padrão espacial da agricultura e inflação — O Brasil dos séculos da escravidão conviveu com uma produção de alimentos sempre marginal, quase ilegal. Na ordem escravocrata, o trabalhador livre era desvio e como tal condenado a produzir riquezas de forma insegura, não reconhecida, certamente fora das terras mais férteis e das mais favoráveis quanto à localização. Isso só poderia encarecer os produtos para os consumidores finais das aglomerações urbanas.

O Brasil moderno que começa a ser desenhado com o fim da escravidão, com a imigração de mão-de-obra livre e com o deslocamento do centro dinâmico da economia do Nordeste para o Sudeste, vai assistir à ocupação de suas melhores terras pelo café, cultura voltada ao mercado externo, tal como a cana-de-açúcar. A dramaticidade da produção de alimentos reduz-se pelo fato de a mesma realizar-se nas próprias fazendas de café, o que não acontecia com a cana. A despeito deste aspecto favorável não se pode perder de vista a precedência da alocação da mão-de-obra para a cultura do café, ficando a produção de alimentos como atividade complementar, muitas vezes limitada aos mercados mais próximos.

Além deste aspecto, o padrão de exploração agrícola impunha um caráter itinerante à produção do café nas faixas das melhores terras, o que levou as lavouras desde o Rio de Janeiro, para São Paulo e depois até o oeste do Paraná. Ia o café e com ele as culturas alimentares voltadas ao abastecimento do mercado interno. Enquanto se explorou terras de alta fertilidade natural, homogêneas e próximas aos centros de consumo, a renda diferencial derivada desta mesma fertilidade não constituiu nenhum tipo de restrição à expansão da oferta. Mesmo quando a produção distan-

ciou-se, mas nas mesmas manchas de solo fértil, a expansão das linhas ferroviárias ao longo do eixo dominante da penetração do café pelo interior assegurou uma certa acomodação (25).

Mas à medida em que a demanda final por alimentos (dada a intensa e rápida urbanização) se expandia, progressivamente era dada por esgotada a existência de novas manchas férteis de terra nas proximidades dos grandes centros; a produção de alimentos sofria a concorrência locacional por outras explorações e, finalmente, se instala um perfil industrial ligado à área do transporte muito mais favorável aos meios rodoviários do que aos ferroviários (à época considerados decadentes), a produção de alimentos passa a mudar a equação global para o abastecimento.

A secular prática extrativista e itinerante da agricultura brasileira, diante da indisponibilidade territorial de ver acentuada sua ampliação em bases perdulárias e dada sua orientação para o mercado externo, "disciplina" o uso dos solos, de forma a ocupar os espaços mais próximos às aglomerações demográficas (mercado de força de trabalho) e aos portos (embarque) com culturas exportáveis e os mais distantes com a produção de bens-salário para o mercado interno. Para este último caso, estabelece-se um dilema: instalar-se nos cerrados ou na Amazônia, já que o Nordeste nunca entrara em seus cálculos. Dos cerrados, o País não conhecia nada, nem a ele estavam associadas referências generosas de riquezas. Pelo contrário, os cerrados eram tidos como desérticos, incapazes de serem fertilizados pelo trabalho humano. Aliás, neste particular, mesmo que a agricultura brasileira dispusesse de experiência, tecnologia e capital para conquistar os cerrados, era inconcebível ao cálculo econômico da época investir somas consideráveis para criar, pelo trabalho coletivo, um solo fértil e produtivo. O nosso fazendeiro — mais próximo dos bandeirantes do que dos pioneiros, para usar uma imagem de Vianna Moog — era basicamente um extrator, um acumulador primitivo, baseado na produtividade natural dos solos. De outro lado a Amazônia, no subconsciente coletivo, ainda simbolizava o Eldorado, local pródigo, exuberante, pleno de riquezas e de tesouros e, muito provavelmente, fertilíssimo. Embalados por esta concepção geral, abstrata e catártica, puseram-se o Estado e as elites dominantes a viabilizar a ocupação da Amazônia, de início através da mão-de-obra dos ocupantes desprovidos, atavicamente produzidos pela "máquina do desenvolvimento". No fundo, a idéia era a de obter uma onífrica sobrevida do padrão perdulário de ocupação-destruição produzido pela agricultura brasileira.

Cedo, o sonho se esboroa a partir da constatação de que as manchas de terras férteis eram muito localizadas, de difícil acesso e incapazes de proporcionar a apropriação da produtividade natural na escala desejada. Por esta razão, há uma rearticulação do Estado e das elites dominantes para a ocupação dos cerrados. Enquanto isso, as tendências anteriormente

(25) Esta última hipótese está baseada no baixo custo de transporte que pode ter sido praticado na modalidade ferroviária por conta dos interesses dominantes da burguesia do café.

expostas continuavam a produzir efeitos: prossegue a substituição de culturas alimentares por outras concorrentes; agora o café é plantado em bases a não mais permitir cultura alimentar intercalar; chega a hora da cana-de-açúcar, da laranja, da soja, do algodão. O rodoviarismo liquida de vez com a opção ferroviária, com o transporte fluvial, encarecendo o transporte de cargas. O fluxo migratório, no prazo de uma geração, transforma, de maneira irreversível, o Brasil rural em Brasil urbano. Enquanto a produção que aí se instala não é ponderável, há como comprimir a manifestação da renda fundiária pela manipulação de instrumentos típicos da ação estatal. Compensatoriamente, de um lado, com os subsídios ao crédito rural sob a forma de taxas de juros reais negativas e, de outro, com o controle e o tabelamento dos preços ao consumidor final, complementados, em ocasiões específicas, pela importação também subsidiada. Mas na medida em que a produção nos cerrados passa a ser não só crescente como também ponderável, o Estado já não terá condições financeiras de impedir a manifestação da renda diferencial gerada pelo novo padrão locacional da produção agrícola (26). Até que a produtividade se manifeste em toda sua potencialidade e modalidades mais eficientes de transporte sejam instaladas, forças inflaciogênicas permanecerão produzindo efeitos na economia, quando não de forma direta pela elevação dos preços dos bens-salários, pela maior demanda de recursos públicos utilizados na tentativa de bloquear este primeiro efeito (27).

Por fim, pode-se estabelecer uma relação de funcionalidade para o capital fundiário estabelecido em terras mais férteis e mais próximas aos grandes centros com a contínua expansão da fronteira econômica para a produção de bens-salários porque na medida em que esta se estabelece e toma vulto, a renda fundiária para os proprietários daquelas terras sobe, o que os coloca na situação favorável — quando simultaneamente proprietários e empresários — de escolher entre uma cultura de mercado externo e uma de mercado interno, esta em bases mais rentáveis comparativamente à mesma cultura explorada na fronteira. Subsídios do Estado à produção de fronteira são elementos de litígio frente aos interesses do capital fundiário estabelecido em zonas privilegiadas, a não ser que este mesmo capital fundiário desconcentre-se em direção à fronteira, quando aí, então, a avaliação se torna complexa.

Produção, oferta e estoques — A produção na agricultura depende das condições ambientais prevaletentes (regime de chuvas, insolação, temperatura, umidade, etc.), não se dando, pois, em condições controladas. Esta dependência leva a que o processo de produção não tenha continuidade ao

(26) Em 1984, os cerrados participavam com 35% da produção nacional de arroz, 15% da de feijão, 20% da de mandioca, 19% da de milho, 27% da de soja, 5% da de trigo e 14% da de algodão (este dado é de 1980). Ver (CERRADO-TUBA-RAO, 1987:349).

(27) Este tipo de efeito acaba afetando a acumulação na indústria por força da absorção de maior parcela dos orçamentos domésticos para bens-salários agrícolas.

longo do ano, o que gera produtos em épocas específicas. Daí dizer-se que a produção agrícola — vegetal e animal — é estacional.

A estacionalidade da produção gera um problema particular, qual seja o de distribuí-la, para fins de realização, ao longo do período que se segue, chamado de entressafra. Assim, ao invés de apresentar uma produção em forma de fluxo contínuo, a agricultura produz estoque em datas marcadas. Em si, esta característica, na medida em que “foge” ao melhor padrão de realização das mercadorias — do ponto de vista do capitalismo — obriga a que o próprio sistema trate de despendêr energias no sentido de regularizar o fluxo de oferta, que uma vez atingido, permite maior grau de fluidez para o capital, isto é, melhores condições para sua reprodução. Neste particular, lança-se mão do progresso técnico ao nível da produção (melhoramento genético para desenvolver espécies precoces, tardias e safreiras; irrigação; adaptação de espécies a diferentes ecotipos, etc.) e da formação de estoques (ampliação da produção além da capacidade de consumo efetivo, investimento em infra-estrutura e especialização de mercado financeiro) para regularizar a oferta, tal como é o padrão da demanda. Do ponto de vista da produção esta seria a principal conseqüência da penetração do capitalismo no campo: produzir excedentemente, de maneira a propiciar a formação de estoques permanentes. E quando tal penetração logra transformar a base produtiva, a agricultura apresenta uma oferta altamente elástica, haja vista os exemplos dos EUA e da CEE como todo (28). Nestas circunstâncias a oferta de produtos agrícolas, em um dado período, deixa de depender direta e primariamente da produção do período precedente porque há a mediá-las, o estoque. Com isso, eventuais quebras de safras — seja por motivos naturais incontroláveis, seja por problemas econômicos — são absorvidas na esfera imediata à produção e não retransmitem efeitos indesejáveis aos preços finais, preservando-se, pois, a regularidade do abastecimento com baixas variações dos preços. Este efeito é tão mais importante quanto mais fundamental e insubstituível é o produto agrícola, vale dizer quanto maior é sua inelasticidade de demanda. Para produtos com maior grau de elasticidade, dada a possibilidade de substituição por outro, o estoque não aparece como medida de fundamental importância. Estes mecanismos de desestacionalização das safras agrícolas ocorrem, *pari passu*, com o crescimento econômico, sendo identificáveis, em geral, nas economias capitalistas maduras.

No capitalismo dependente periférico esta situação não ocorre a não ser de forma tópica, para dado produto ou para um dado período. Isso porque não estão disponíveis simultaneamente às condições necessárias do progresso técnico, da infra-estrutura para estocagem e de um sistema financeiro diversificado. No Brasil, a questão tecnológica, a despeito de contar com uma história centenária, foi objeto de concentração de esforços para alguns produtos, nem sempre os alimentares.

(28) Isso não desqualifica a identificação de estruturas produtivas real porém não formalmente submetidas ao capital e os diversos mecanismos empregados para obter-se tal resultado.

Até muito recentemente, a orientação da pesquisa esteve condicionada a produtos exportáveis (*tradeables*) de forma preponderante. O diagnóstico no caso da armazenagem ainda é mais dramático. O impacto presumido do Plano Cruzado flagrou o país absolutamente despreparado para uma ampliação significativa das safras ou da formação de estoques por importação de produtos selecionados. Por fim, o desenvolvimento do sistema financeiro, apesar de notável, foi informado pela especificidade da DSE, desde a origem imbricado com o mercado fundiário e insulado em padrões desuniformes. Assim como o Estado assumiu a oferta de financiamento de longo prazo, também tem sido o Estado quem banca as eventuais formações de estoques. A constrição do mercado de trabalho — pela via secular do patrimonialismo e pela recorrente ação da inflação sobre os salários — e a tentativa de manipulação dos preços finais afugentam os capitais privados no “transporte temporal” da produção. Nestas condições, muitas vezes, produção se torna sinônimo de oferta quando não ocorrem situações mais graves, nas quais a oferta é inferior à produção doméstica. A consequência imediata é a instabilidade que se instala no aparelho produtivo.

Há uma interessante abordagem da inflação a partir do paradigma keynesiano de formação de preços amparado nos *spot markets* e *forward markets* ⁽²⁹⁾. A este respeito se expressa HICKS: “Uma das coisas mais importantes que aprendemos com Keynes é que os preços, num mercado de preços flexíveis (caso dos produtos agrícolas), apesar de aparentemente serem determinados pela demanda corrente pela mercadoria e por novas ofertas futuras, são, na realidade, determinados pela disposição dos comerciantes em manter os estoques. O equilíbrio do mercado é um equilíbrio de estoques e não um equilíbrio de fluxo”. (grifo meu) ⁽³⁰⁾. Na perspectiva de Keynes e na de Hicks sobre o grau de determinação dos preços pelos estoques, a situação para a agricultura brasileira é de alta instabilidade. Isso decorre da não-existência de estoques e, em existindo, de sua baixa magnitude. Temos visto que a formação de estoques (especialmente os de alimentos) é sofrível. Nos casos em que esteja disponível, sua magnitude não tem sido capaz de fornecer uma sobrevida além da próxima safra. É como se o *carry-over* por ano-safra fosse nulo ou até negativo. Nas duas situações — inexistência e encurtamento dos períodos de existência — há acentuada instabilidade dos preços por absoluta incapacidade de firmar-se uma idéia sobre “preços normais” ⁽³¹⁾.

(29) Deixa-se de lado a proposta de atualização do modelo keynesiano para a situação dos países capitalistas dependentes, de autoria de TAVARES & BELLUZZO, 1986, por ser de uma abrangência muito maior. A limitação do modelo original ainda assim permite uma compreensão razoável sobre o objeto de interesse deste trabalho, mesmo porque nos interessa mais o mercado *flex-price*.

(30) (HICKS, 1987:25).

(31) BLER, A. G., PAULANI, L. & MESSENERG, R. 1987, p. 47 *et passim*. A tão popular tese dos “choques de oferta” ganha força por conta da inexistência de estoques.

Ao que tudo indica, a instabilidade de preços gerada pela volatilidade de "preços normais", ainda conforme mostra KALDOR in BIER & OUTROS (32), está intrinsecamente ligada à demanda, vista pelo lado dos salários nominais. Para um submercado, freqüentemente assolado por arrochos salariais, as decisões especulativas dos detentores de estoques tornam-se altamente arriscadas pela impossibilidade de realizarem as mercadorias em seu poder com ganhos compatíveis com alternativas de aplicação de seu capital dinheiro (33). E quando, para proporcionar o mínimo de garantia à realização da renda dos agricultores, o Estado adquire e forma estoques, nenhuma melhoria se pode esperar do ponto de vista da ação dos estoques determinar "equilíbrio" de preços porque as decisões político-burocráticas estão ancoradas mais nos aspectos financeiros da operação do que no aspecto final da formação de preços nos respectivos mercados. Essa orientação estatal será tanto mais descolada do mercado real dos produtos agrícolas quanto mais endividado e mais entrelaçado ao sistema financeiro estiver o aparelho de Estado (34).

A heterogeneidade tecnológica como fator inflacionário — É da natureza do sistema capitalista produzir continuamente o progresso técnico como alavanca dos processos de acumulação e de concentração de capitais. Com a complexidade crescente do aparelho produtivo, corpori-

(32) BIER, A. G., PAULANI, L. & MESSEBERG, R. Op. cit., pp. 48-49.

(33) Esta talvez seja a razão para explicar a "funcionalidade" perversa para os agricultores do capital comercial ao processo de cumulação limitado e canhestro.

(34) Nesta situação de endividamento, "medidas de impacto" acabam por provocar mais instabilidade e para este aspecto advertem TAVARES & BELLUZZO: "É conveniente esclarecer que não são os níveis alcançados pelas taxas de juros que provocam a inflação, mas as expectativas de bruscas flutuações nas taxas." (p. 55). Nada mais normal do que aceitar a inclusão dos estoques e, por decorrência, da expectativa, em modelos de previsão de preços em economias capitalistas maduras. O capitalismo avançado produzindo além da demanda efetiva (entendida como fluxo), acaba por produzir estoques e, nesta linha, provavelmente muitos inventáveis. Inevitavelmente é de esperar que seus detentores tendam a se precaver quanto a percalços no futuro, ocasião da realização de suas mercadorias, ainda em estado potencial. Neste sentido, começa a fazer parte de seu cálculo econômico a "inflação futura". Aquilo que foi chamado de "fuga para a frente" da valorização da riqueza capitalista por TAVARES & BELLUZZO (p. 56) sugere um maior grau de complexidade na relação entre valor e preço porque até então a valorização capitalista das mercadorias se valeu do trabalho morto (passado) e do trabalho vivo (presente), incorporados à própria mercadoria. Com a emergência da "era dos estoques e das expectativas" surge um terceiro elemento do valor, o "trabalho em gestação", capaz de ser manipulado por conta da força econômica dos grandes blocos de capital. Ou seja, antes mesmo deste "trabalho em gestação" criar valores, os mesmos já são apropriados no presente. Na busca de manter posições na sociedade, a concorrência intercapitalista tende a exacerbar e a exigir capacidade de resposta e condições favoráveis que colocam em cheque a própria sobrevivência do sistema nas bases em que está erigido. Está-se antecipando para o presente as próprias contradições que o presente engendra com o desenvolvimento do processo produtivo. Para um país capitalista dependente isso é ainda mais trágico, na medida em que a DSE, reveladora de uma interação "disfuncional" entre o passado e o presente terá de incorporar mais ainda a dimensão do futuro!

fica-se paulatinamente um setor responsável pela produção de mercadorias capazes de produzir outras mercadorias, o que irá condicionar o progresso técnico a uma padronização cada vez maior.

Num país capitalista dependente ou não há tal setor (ou departamento I) ou ele é muito incompleto. Por definição, a dependência é também de tecnologia e um destes países importa continuamente máquinas e processos produtivos dos países centrais, muitas vezes obsoletos e ultrapassados. Associado a este aspecto, neste mesmo país "hospedeiro", a DSE restringe a ampliação do mercado interno, estimula o patrimonialismo e dificulta a ampla manifestação das potencialidades da produção capitalista. A resultante destes movimentos é, entre outros, uma permanente heterogeneidade do padrão tecnológico. Por conta da incapacidade de transformação dada por uma base produtiva incompleta, a concorrência capitalista no setor de produção de mercadorias voltadas ao consumo (D II) não "destrói" tal heterogeneidade, pelo contrário, parece preservá-la. Assim, as firmas menos eficientes não são deslocadas do mercado. Nesta situação é de se supor que o preço final homologue as baixas produtividades, beneficiando aquelas firmas com padrão tecnológico superior. Do ponto de vista da distribuição da massa de valores produzida, isso corresponde a uma apropriação mais do que proporcional pelas firmas mais produtivas (exibindo até um certo caráter rentista), com acentuado prejuízo para a categoria dos consumidores finais que poderiam estar pagando menos pelas mercadorias produzidas nestas circunstâncias⁽³⁵⁾, sendo portanto um exemplo muito ilustrativo de como a inflação interfere na questão distributiva.

4. Conclusão? O impasse heterodoxo

Os dois elementos básicos da concepção heterodoxa do problema inflacionário são a inércia e os choques. Em termos estritamente teóricos e reduzida à simplificação necessária, a heterodoxia encontra, desde seu nascimento, parentesco com concepções outras que iluminaram o debate acadêmico e que inspiraram ação política precedente. São, entre outros, os casos da "inflação estrutural", concebida por SUNKEL no final dos anos 50 e do "mecanismo de realimentação" inflacionária de SIMONSEN, do início dos anos 70⁽³⁶⁾. A distinção, politicamente relevante, da heterodoxia reside na escolha de métodos, tendo daí advindo o próprio nome da "escola", contraposto à "concepção monetarista da inflação", tida como ortodoxa.

O Plano Cruzado, de 1986, foi a montagem operativa da concepção heterodoxa apenas no que concerne a um de seus elementos básicos, a

(35) CAMPOS denomina este fenômeno de "inflação subterrânea" (p. 113, nota 12). SOARES, 1987, nos dá um exemplo concreto desta situação para o trigo, na qual o aparelho do Estado é dominado pela burguesia contra os interesses da população.

(36) Estes "parentescos" levaram (BRESSER PEREIRA & NAKANO, 1986) a considerar a heterodoxia como o 3º estágio do paradigma estruturalista.

componente inercial da inflação. Ele não tratou dos choques. Aos níveis prevalecentes da taxa da inflação, a inércia foi considerada como ponto básico a ser atacado.

O tempo se encarregou de mostrar que a despeito da potencialidade da componente inercial para a formulação de um programa de combate à inflação, a atuação isolada neste particular se esborou rapidamente, provocando a reversão do quadro à situação anterior.

Do ponto de vista global, DE PAULA, 1987, registrou que "a teoria da inflação inercial passa ao largo de questões essenciais, porque nem mesmo as reconhece ou as considera relevantes... Não é, por exemplo, capaz de formular a questão realmente central de qual o verdadeiro lugar da inflação na economia capitalista contemporânea" (87).

No que concerne à agricultura, LEMOS & NABUCO, 1987, e OLIVEIRA (1986a, 1986b, 1986c) também flagraram um certo vazio da heterodovia em não combinar a *nível de plano operativo*, os dois elementos de sua concepção (inércia + choque) para um efetivo tratamento à inflação, pois a longo prazo, só a ação sobre os elementos reais da economia seriam capazes de debelar a permanente fonte inflacionária, tal como a entendemos e a expusemos ao longo deste trabalho.

Seria aceitável a tese de que o ônus não devesse recair sobre os ombros da concepção teórica (já que afinal identifica os dois componentes inflacionários) mas sobre o uso político feito deste próprio entendimento. Ocorre que a própria implementação do Plano Cruzado apresenta-se-nos como um indicador formidável de sua natureza. A sua aceitação pelas elites, a ausência de traumas sociais e o ambiente de "paz política" que o Plano produziu indicavam paradoxalmente sua incapacidade transformadora. Neste sentido, o Plano foi mais uma demonstração de como as ciências sociais sob a ordem capitalista dominante produzem conhecimento "ajustado" à própria ordem, sem capacidade de transformação real.

A pretendida transformação real questiona a organização dos "mercados imperfeitos" ou não democratizados do capital sob suas diferentes formas: capital fundiário, capital bancário e capital comercial. Posto o problema desta forma, estaríamos nos aproximando da concepção estruturalista naquilo que trata da inelasticidade de oferta. Mas também poderíamos entender que acima e além desta concepção paira a DSE que se materializa através de uma permanente restrição à expansão do mercado interno (pela "deformação" patrimonialista de alocação dos recursos) e, por decorrência, numa estrutura subconsumista, incapaz de estimular a oferta de produtos alimentares (88).

(87) DE PAULA, 1987: 54.

(88) Ainda recentemente, o reajuste do piso salarial (dez./87), elevou-o a não mais do que a US\$ 50 mensais. A velha lei de Say parece ter sido cunhada para a economia industrial nascente. Para o caso da agricultura, a lei de Say aplicar-se-ia ao contrário (à demanda cabe o papel ativo).

O lado político da inflação aflorou quando a heterodoxia proclamou que o choque heterodoxo era neutro. Chamou-se, com isso, a atenção para o aspecto distributivo da inflação, através dos indicadores de preços relativos. Neste particular, a ação do Estado como "árbitro" torna-se essencial. E aí está a essência política do fenômeno na medida em que cada fração da elite vai lutar para não perder, relativamente a outras frações, posições na sociedade e espaço na órbita do poder⁽³⁹⁾.

Mesmo que o processo de desenvolvimento do capitalismo nos países periféricos se faça segundo uma trajetória particular, parece inegável que no caso brasileiro algum tipo de transformação radical deverá ser provocado na agricultura para permitir o desenvolvimento das forças produtivas. A ordem invertida dos fatos não retira a evidência de verdade das transformações na agricultura, contida nas palavras de DELFIM NETTO, 1979: "... a história revela que toda revolução industrial foi precedida de uma revolução agrícola. A revolução se processou antes na agricultura para depois tornar possível a revolução industrial" (40).

Bibliografia

- BIER, Amaury G.; PAULANI, Leda & MESSEBERG, Roberto. *O heterodoxo e o pós-moderno: o cruzado em conflito*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987, 142 p. (Coleção Economia, vol. 19).
- BRESSER & NAKANO, Y. *Inflação inercial e choque heterodoxo no Brasil*. In: REGO, José Marco, org. *Inflação inercial; teorias sobre a inflação e o Plano Cruzado*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986, pp. 123-148.
- CAMPOS, Lauro. *A crise da ideologia keynesiana*. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1980, 355 p.
- CERRADOS-TUBARÃO (Os desafios da nova fronteira). *Anais da Comissão Especial de Estudos relacionados com a Produção de Alimentos e Corredor de Abastecimento e Exportação*. Presidente Senador José Ignácio Ferreira. Brasília, Senado Federal, 1987, 372 p.
- CONTADOR, Cláudio R. *Desenvolvimento financeiro, liquidez e substituição entre ativos no Brasil; a experiência recente*. PPE, IPEA, Rio de Janeiro, 4 (2): 245-284, junho 1974.
- DELFIM NETTO, Antônio. *Agricultura e inflação*. *Digesto Econômico*. Associação Comercial de São Paulo, São Paulo, XXXVI (269): 5-18, set.-out. 1979.
- DELFIM NETTO, A. & outros. *Alguns aspectos da inflação brasileira*. São Paulo, ANPES, 1965 (Estudos ANPES, 1).

(39) SIMONSEN, 1979, avançou ao afirmar que a inflação é problema de determinação política, sem porém desenvolver a tese. Suponho, dadas sua formação teórica e interação com a estrutura do poder à época, que ele pensava num alto grau de "autonomia relativa" do Estado para solucionar o problema inflacionário. Sob regimes ditatoriais é possível supor tal possibilidade (e até a de um "deslocamento" do Estado de uma estrutura de classes) mas não sob regimes democráticos. Além do mais, a "autonomia relativa" do Estado parece ser mais factível quando ela se dá diante de rupturas regionais (nordeste x centro-sul) ou setoriais (agricultura ou café x indústria). A inflação, por ser de natureza muito mais ampla e geral, dificultaria a ação do Estado, para o combate direto.

(40) DELFIM NETTO, 1979:5.

- DELGADO, Guilherme C. *Capital financeiro e agricultura no Brasil: 1965-1985*. São Paulo, Ícone, 240 p. 1986.
- DE PAULA, João Antonio. *Evolução do debate sobre a inflação no Brasil*. In: PIMENTA, Haydn C. org. Plano Cruzado. Ataque e defesa. Rio de Janeiro, Forense, 1987, pp. 39-60.
- HICKS, John. *A crise na economia keynesiana*. São Paulo, Vértice, 1987, 69 p. (Biblioteca do Futuro, 7).
- KEYNES, John M. *Teoria geral do emprego do juro e do dinheiro*. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1970, 366 p.
- LEMOES, Mauro Borges & NABUCO, Maria Regina. *Choque heterodoxo na agricultura?* In: PIMENTA, Haydn C. org. Plano Cruzado. Ataque e defesa. Rio de Janeiro, Forense, 1987, pp. 133-166.
- MELO, Fernando H. de. *Prioridade agrícola: sucesso ou fracasso?* São Paulo, Ploneira, 1985, 200 p.
- MONTORO Fº, André Franco. *Inflação e desequilíbrio*. *Estudos Econômicos, IPE/USP*, São Paulo, 7 (3): 103-125, set./dez. 1977.
- OLIVEIRA, Julio H. G. *On structural inflation and latin american structuralism*. In: Oxford Economic Paper (oct. 1964) in SAYAD [23].
- OLIVEIRA, M. M. A agricultura e o cenário da estabilização econômica. *Cadernos de Difusão de Tecnologia, Embrapa, Brasília*, 3 (1): 171-187, jan./abr. 1986.
- OLIVEIRA, M. M. Avaliação do Plano Austral — aspectos destacados da agricultura argentina. *Revista de Administração de Empresas, FGV*, Rio de Janeiro, 28 (4): 53-63, out./dez. 1986.
- OLIVEIRA, M. M. Política agrícola. Nem só plantando tudo dá. *Rumos do Desenvolvimento, BNDES*, Rio de Janeiro, XI (62): 19-23, nov./dez. 1986.
- PASTORE, Afonso Celso. A oferta de produtos agrícolas no Brasil. *Estudos Econômicos, IPE/USP*, São Paulo. 1 (3): 35-70.
- POULANTZAS, Nicos. O problema do estado capitalista. In: BLACKBURN, Robin, org. Ideologia na ciência social. Ensaio crítico sobre a teoria social. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982, pp. 219-241 (Coleção Pensamento Crítico; v. 44).
- RAMOS, Carlos Alberto. *Agricultura e inflação: a abordagem estruturalista*. Rio de Janeiro, BNDES, 1986, 118 p. (10º Prêmio BNDES de Economia).
- RANGEL, Ignácio. *A inflação brasileira*. 3ª ed. São Paulo, Brasiliense, 1978, 150 p.
- ROBINSON, Joan. *Filosofia econômica*. Rio de Janeiro, Zahar, 1979, 120 p.
- SAYAD, João. Inflação e agricultura. *Pesquisa e Planejamento Econômico, IPEA/IPLAN*, Rio de Janeiro, 9 (1): 1-32, abril 1979.
- SIMONSEN, Mário Henrique. A inflação e o poder político. *Digesto Econômico, Associação Comercial de São Paulo, São Paulo, XXXVI (269): 93-97, set./out. 1979*.
- SOARES, Ricardo Pereira. Trigo: falta ampliar a concorrência entre os moinhos. *Dados Conjunturais da Agropecuária, IPLAN/IPEA, Brasília*, nº 148: 15-37, set. 1987.
- SUZIGAN, Wilson. Industrialização e política econômica: uma interpretação em perspectiva histórica. *Pesquisa e Planejamento Econômico, IPEA*, Rio de Janeiro, 5 (2): 433-474, dez. 1975.
- TAVARES, Maria da Conceição & BELUZZO, Luiz Gonzaga de Melo. Uma reflexão sobre a natureza da inflação contemporânea. In: REGO, José Marcio, org. Inflação inercial, teorias sobre inflação e o Plano Cruzado. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986, pp. 47-72.

A Pau e Pedra: Notas sobre o Vandalismo

JOSÉ ARTHUR RIOS

"São vândalos". Do Ministro Ozires Silva sobre atos recentes de sabotagem na rede elétrica de Brasília.

De todos os delitos, um existe que se caracteriza pela sua total estupidéz. Não traz lucro ou vantagem aparente. Embora represente uma forma de agressão violenta, não se confunde com a vingança pessoal. Muitas vezes, só prejudica seu autor, limitando-lhe o acesso a bens e serviços de utilidade. No entanto, esse delito que ocupa o último lugar, na escala da racionalidade do crime, vem aumentando por toda a parte, no Primeiro, Segundo e Terceiro mundos. É o vandalismo.

A todo momento chegam-nos notícias de surtos de destruição e, entre nós, de quebra-quebras, protagonizados por multidões enfurecidas que se voltam contra o patrimônio material, público ou particular. Fenômeno extremamente complexo para na fronteira indecisa entre o desvio de conduta, o comportamento anti-social e o crime propriamente dito. Multiplica-se em inúmeras modalidades penais e atinge os mais variados objetos.

Nosso *Código Penal* capitula-o, grosso modo, sob o título dos crimes contra o patrimônio, no capítulo do *dano*, definido no seu *caput*, como destruição, inutilização ou deterioração de coisa alheia. O dano passa a qualificado quando cometido com violência a pessoa ou grave ameaça, com emprego de substância inflamável ou explosiva, contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresas concessionárias de serviços públicos ou sociedades de economia mista; e por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima.

Como a destempe, o legislador introduziu no capítulo mais um artigo onde prevê a destruição, inutilização ou deterioração de coisa tombada em virtude de valor artístico, arqueológico e histórico; e, ainda, a alteração, sem licença da autoridade competente, de qualquer aspecto de local espe-

cialmente protegido por lei. Talvez para atender o interesse de algum ruralista, contemplou ainda a introdução ou abandono de animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito e desde que daí resulte prejuízo (1).

É esse, entre nós, o marco jurídico-penal do problema e não se pode deixar de louvar o esforço do legislador tentando abranger em poucos artigos tamanha diversidade de delitos. Acontece que ganha vulto a onda de vandalismo, e sua abrangência é cada vez maior. Aumentam a tortura, desfiguração e destruição de animais sob os mais variados pretextos — a crueldade não deixa de ser uma modalidade sádica de vandalismo. O roubo de obras de arte e monumentos, pendendo da perícia ou imperícia do ladrão, começa, muitas vezes, pela mutilação do objeto. Nem os cemitérios escapam. A violação de sepulturas é praticada, muitas vezes, vandalicamente, por fanatismo ou motivações étnico-religiosas (2). A depredação de sítios arqueológicos se processa hoje com o fito de roubo ou para simples obtenção de “lembranças”. De atos destrutivos podem resultar incêndios. O fogo é um dos meios favoritos do vândalo. E cabe perguntar se a “alteração de local especialmente protegido por lei” não abrangerá modalidades de vandalização do meio ambiente? E a destruição de plantas em parques ou jardins públicos? Por aí, vamos longe e, de repente, entramos fronteiras a dentro da ecologia.

Tantos os casos, tão diversos os meios, situações e objetos do destrutivismo que o marco jurídico nos parece mesquinho, carecendo, a todo momento, do elástico da interpretação. Desde o murro, o pontapé, a força física, até o emprego da barra de ferro, da pedra, do cacete, até o fósforo, a tinta indelével, o canivete, a brocha — tudo é usado pelo vândalo, na sua fúria, que se projeta nos mais variados ambientes, no transporte público, na cabine telefônica, no monumento, na lápide do cemitério, nos abrigos, nas portas e garagens, nos banheiros públicos, mas também nos cinemas e teatros — cujas poltronas aparecem, muitas vezes, laceradas a gilete —, nas bancadas dos estádios e nas carteiras escolares.

Se é verdade que o termo, cunhado por um bispo medieval, inspirou-se na sede de botim dos Vândalos que invadiram Roma, nos idos de 455, sob o comando de Genserico, não há dúvida que, desde então, fez largo cami-

(1) Os artigos do *Código Penal* pertinentes a dano, contidos no Título II (Dos crimes contra o patrimônio), capítulo IV (Do dano), arts. 163 a 187. Nem sempre o fato social corresponde ao fato jurídico, v.g. na Holanda: “Vandalism as such has no legal basis” — mas repercute em vários delitos. Ver *Dutch Penal Law and Policy*, Boletim 1, Ministério da Justiça, Haya, 1990.

(2) Sobre a depredação de sítios arqueológicos, ver o interessante artigo de Ricardo Agurcia Fasquelle, “La depredación del patrimonio cultural en Honduras: el caso de la arqueología” in *Organização das Nações Unidas. ILANUD*, ano 5, nº 15 e ano 6, nº 16, San José, 1982-1983, pp. 124 e sgs. Faz pouco, ganhou repercussão na imprensa internacional, a violação de túmulos em cemitério judaico pelos partidários do líder francês, anti-semita, Le Pin.

nho⁽³⁾. E será possível falar em fúria quando a destruição resulta de comportamento muito nosso, pura molecagem — antena do rádio de automóvel partida, em gesto displicente, sem nenhum proveito para o praticante, vidraça ou telha quebrada à pedra, vidro do carro riscado a capricho, galho da árvore partido e assim por diante. Manifestações de vandalismo miúdo — lixo largado na rua, dejeções lançadas aos canteiros de praças — nada disso lembra a cólera cega dos vândalos de Genserico. Como as garatujas pixadas por toda parte, às vezes em lugares só acessíveis a experimentados alpinistas. Garatujas, às vezes obscenas, às vezes poéticas — porque hoje há poetas, como pintores, que batalham com denodo pela imortalidade nas paredes dos banheiros e nos muros de edifícios. Não nos esqueçamos de que Hitler começou sua carreira como medíocre pintor de paredes. . .

Só nos ocorre o símile com os bárbaros, quando nos defrontamos com os quebra-quebras do protesto, acionados contra veículos, fábricas, ferrovias, presídios. Nesse casos tampouco se pode afirmar que a conduta vandálica seja inteiramente irracional ou desmotivada. A ideologia lhe empresta um simulacro de racionalidade e pode ser, em muitos casos, sua motivação, explícita ou não.

Daí a dificuldade de tipificação jurídica do dano, que varia de legislação para legislação, aplicando-se ao caso o dito Pascal sobre a verdade. Em certos sistemas, como no Código Penal alemão, o ato é punível quando o objeto é destruído ou desfigurado. Na lei inglesa, a destruição intencional só é punível quando o valor do dano sobe acima de vinte libras. Em outros, o *graffito* é incluído entre os atos vandálicos, desde que a garatuja ou inscrição seja desenhada à revelia do proprietário. O conceito é ainda ampliado quando o ato pode restringir a finalidade original do objeto ou quando os custos de restauração se tornam relevantes.

O dano, em muitos casos, parece ser um acompanhante acidental do crime, como no caso do roubo com arrombamento, em que o fim do delinqüente não é a destruição, mas o lucro. No caso de subtração de obras de arte, a laceração da tela foi o meio que o profissional inepto ou principiante encontrou, na pressa, para roubá-las à galeria ou museu. Mas há casos, amplamente divulgados na imprensa, em que o fanático ou demente vandalizou propositalmente a obra de arte, pixou-a ou recortou-a, sem nenhuma intenção de roubo.

Na carreira de muitos delinqüentes em que o estrelato é precedido por uma série de condutas anti-sociais, o vandalismo é uma espécie de pré-vestibular do crime, encorajado pelo ambiente de pobreza, a desorganização social da área de moradia e a solidariedade do bando. Walter B. Miller analisou, certa vez, o padrão de atividade dos bandos de rua, assinalando os seguintes comportamentos: quebrar as vitrinas das lojas (às vezes, para roubar mercadorias, outras apenas para disparar os sinais de alarma); ligar os sinais de alarma de incêndio; atear incêndios; apedrejar os bombeiros

(3) Ap. Edwin Kube e Leo Schuster, *Vandalism in urban milieu* (relatório) Conselho da Europa, Strasburg, 1984, p. 1. O termo, no seu uso técnico, escasseia nas melhores Enciclopédias.

quando chamados; apedrejar automóveis e trens em movimento (conduta semelhante à encontrada em subúrbios do Rio de Janeiro); apedrejar policiais. Miller chama a essas condutas — minimotins — e vê nesse padrão de comportamento um componente de elementos de lucro, excitação, risco de roubo e agressão “normais”, misturado ao elemento complementar de desafio direto às autoridades, que caracteriza delitos de maior envergadura. Temos aí uma descrição que lembra episódios ocorridos entre nós, característicos de “quebra-quebras” (4).

O psicólogo N. R. F. Maier, da Universidade de Michigan, distinguiu dois tipos de comportamento destrutivo em crianças, que pode ser provocado pela incapacidade dos pais em atender corretamente aos reclamos da idade. Quando a criança desmonta um relógio, não se trata de pura destrutividade, sua intenção é apenas dar vazão a uma vocação experimental. Mas pode ocorrer que o mesmo comportamento seja sintoma de frustração e tenha a finalidade de ferir os pais. Maier generaliza suas observações à conduta criminosa, distinguindo tipos de delinquência que obedecem a uma complexa motivação. Um deles, no fundo, é mera perversão de motivos corretos, como no caso do furto, da fraude, da evasão de impostos. Outro, corresponde a profundas frustrações, como os crimes sexuais, o homicídio e — acrescentamos, o vandalismo — sobretudo nas suas modalidades “puras”, quando instigado não por vingança ou reivindicações conscientes, mas por impulsos indefinidos e inconscientes — como nos quebra-quebras coletivos (5).

Não se pode compreender o vasto acervo de comportamentos destrutivos, hoje abrangidos pelo termo vandalismo, sem recorrer a uma visão mais ampla das próprias relações entre homem e objetos, impregnadas, no mundo de hoje, de fundas ambivalências. O homem moderno enriqueceu de forma extraordinária o seu ambiente, expandindo, a possibilidades imprevisíveis, sua dimensão de *homo faber*. Essa criação de objetos, ferramentas, armas, utensílios, que remonta à pré-história do homem e, foi objeto

(4) Sobre quebra-quebras, ver *infra*. In Edward C. Banfield. *A crise urbana: natureza e futuro* (tradução), Rio de Janeiro, 1974, pp. 257-58. Outros casos de vandalismo como fenômeno associado a desordens de rua, *ib.*, pp. 275 e sgs. A idéia do vandalismo como comportamento precursor de carreira criminal, aparece nitidamente, na única vez em que o autor o menciona, na biografia de um delinquente, in J. S. Tobias, *Crime and Industrial Society in the Nineteenth Century*, Victoria, Australia, 1972, p. 90.

(5) N. R. F. Maier, ap. H. J. Eysenck, *Crime and Personality*, 1977, pp. 159-60. Comparar com as considerações de Fyvel sobre o comportamento destrutivo, *op. cit.*, pp. 62 e sgs. e 126-28. O vandalismo é uma subcategoria nesse vasto território, que se confunde com a agressão. É de lamentar que, em seu estudo clássico sobre o tema, Erich Fromm, não o tenha contemplado especificamente, embora esteja implicitamente compreendido em sua definição de agressão como, “todos os atos que causem e tenham a intenção de causar lesões a outra pessoa, animal ou objeto *inanimado*” (o grifo é nosso). *A Anatomia da Destrutividade Humana* (tradução), Rio de Janeiro, (1973), 1987, p. 253. Muito do que diz da agressão, se aplica, é claro, ao nosso tema, sobretudo a tipologia que estabelece entre intencional, ou maligna e não intencional, acidental, lúcida, auto-afirmativa. *Ibid.*, pp. 255 e sgs.

de tantos mitos clássicos, não poderia ter ocorrido, como toda criação que participa de um mistério, sem uma relação de amor.

Não há, entretanto — sabemos-lo desde Catulo (*odi et amo*) e aperfeiçoamos essa idéia com Freud —, não há relação amorosa que não comporte sua contrapartida de ódio, rejeição e destruição. Os objetos, criação do homem, não escapam a esses extremos da vida afetiva. Não se pode afirmar que essa destrutividade seja mero resultado do industrialismo. O primitivo também pratica rituais de destruição da riqueza. Marcel Mauss descreveu esses cerimoniais em tribos da costa americana do Pacífico do Norte e no Alasca (6). É verdade que, no primitivo, essas orgias de destruição apóiam-se em noções mágicas sobre as relações entre o homem, a natureza e os objetos que ele próprio fabrica e aos quais transmitiria a energia mágica, o *mana*, que lhe é próprio.

O que o industrialismo introduz nessa relação é o distanciamento maior entre criador e criação, fabricante e fabricado. A produção não é mais direta e pessoal como nos artesanatos, que, segundo o nome indica, partilham da natureza da arte. A produção agora é impessoal e essa distância entre homem e objeto, que reduz este à simples dimensão do uso, aumenta com a massificação e a mecanização. A ferramenta, prolongamento do corpo, desdobra-se em conjunto de artefatos, em máquinas, movidas por energias de fontes e procedências remotas.

O vandalismo que nos aparece sob a forma de agressão, marcada de contra-sensos e irracionalidades, pode ser uma maneira de simbolização. O fato de se voltar para objetos e espaços públicos ou comuns revela uma vontade extrema de apropriação, num mundo de propriedades marcadas e demarcadas. E uma subversão contra o Estado, a autoridade. A reação nos parece infantil: é a resposta da criança que destrói o brinquedo, quando obrigada a cedê-lo ao parceiro. Mas quanto de infantil e magicamente primitivo permanece na conduta do adulto urbanizado?

Não é de estranhar que para a mente racional o ato destrutivo represente um contra-senso. Incendeia-se o coletivo, quebra-se o telefone público, pixa-se o transporte, limitando dessa forma as possibilidades do seu uso. Para o homem-massa, despido de sutilezas jurídicas, escapam as destinações comuns do tributo individual e as *finesses* da propriedade coletiva. Para uma sociedade tal a nossa, em que o povo ainda se refere ao governo como “eles” — algo remoto e estranho —, não é de admirar que se esta-

(6) “Durante o *potlach* (nome dessa grande celebração) os *kwakwiltl* queimam literalmente milhares de mantas, destroem canoas e até um escravo é morto para manter o prestígio do chefe.” Melville J. Herskovits, que descreve o estranho costume, acrescenta: “A economia do prestígio é um sistema turvo, onde o ganho resulta do dispêndio e não da poupança e a posição mais alta fica reservada para aqueles que gastam, de forma mais ostensiva, as contribuições dos menos privilegiados, para o desfrute substitutivo dos contribuintes”. *Man and his works*, Nova Iorque, 1948, p. 287. Marcel Mauss, no seu famoso ensaio, mostrou que esse costume não se limita aos “primitivos”, mas se generaliza a populações letradas e aos chamados “bárbaros”, e se prende a noções mágicas em torno da propriedade material. *The Gift* (tradução), Londres, 1969, p. 10.

beleça um abismo entre o meu, o nosso e o deles — da mesma maneira que entre o *meu* grupo e os outros.

A cólera é irracional e a multidão enfurecida pelo atraso do trem, o aumento da tarifa, a mudez do telefone — reage a objetos impessoais e à terra-de-ninguém do serviço público, pelo quebra-quebra. É uma forma frustrada de mensagem, recado, nítido e literal no caso da pixação, dos *graffiti*, utilitários, ideológicos ou obscenos. As imagens deixadas pelo homem pré-histórico nas paredes das cavernas tinham sentido muitas vezes propiciatório, ao lado do simplesmente lúdico. A inscrição nos nossos monumentos, placas inaugurais e comemorativas representa recados que remetemos a uma imortalidade, muitas vezes, discutível. A pixação não tem esse lado consensual, reveste sentido grotesco, depreciativo, destrutivo, projeção de desejos e intenções, muitas vezes, inconscientes.

Execrados hoje pelos proprietários de imóveis, perseguidos pela polícia, odiados pelos estetas — grafiteiros e grafitosos — são, ao revés, adorados pelos arqueólogos que vêem nas toscas inscrições que nos chegaram da antiguidade uma dessas raras manifestações do povo da rua, moleques, vagabundos, até desenhistas e poetas de ocasião, que assim deram voz e vaza a suas veleidades criativas, a suas críticas impotentes, a suas reivindicações e protestos, gizados, num momento de raiva, vadiagem, bebedeira ou frustração, no túmulo egípcio ou no muro de Pompéia. Nem Cristo na cruz escapou ao grafiteiro que lhe gravou a imagem sofridora numa muralha do Palatino, e esse fragmento venerável até hoje se preserva no museu do Colégio Romano (7).

Na sociedade urbana e industrial dos nossos dias, dotada de enorme capacidade de impessoalidade e marginalização, o homem reduzido à capacidade de produzir e consumir, empobrecido no seu ser próprio pelo pagar ou receber recorre ao único elemento telúrico, pessoal, indisputado, que lhe resta, quando a autoridade é ausente, conivente ou omissa — o poder de destruir. O fetichismo do objeto industrial só pode ser compreendido na relação singular do usuário, figura jurídica, criada exatamente pelo progresso técnico dessa sociedade que põe à disposição de uma multidão, socializando-a, uma série de bens e serviços, outrora privilégio de uma minoria. Ter à disposição, no entanto, não quer dizer propriamente possuir. O uso é uma atividade ambígua, o usuário uma condição equívoca. Sua posse é efêmera, restrita, condicionada. Tem o uso, não o poder de dispor.

A propriedade sempre foi uma forma de identificação social. Não nos esqueçamos de que, em sua forma romana, compreendia o poder de destruir, *utere e abutere*. A complexidade do mundo moderno foi introduzindo distinções, e gradações, e até limitações no conceito jurídico. A propriedade comum é uma delas. A conversão crescente da propriedade imóvel — em que se apoiavam fortemente as sociedades tradicionais — em valores móveis, cria novas tensões, insatisfações, inseguranças. Sem falar na grande

(7) Ver "Graffito", *Enciclopaedia Britannica*, Londres, 1958, vol. 10, p. 601.

periferia social dos que nada têm, móvel ou imóvel, só às vezes o salário, ou nem isso.

Outrora, a identidade pessoal se materializava na terra, no prédio — palavra que lembra presa —, no pasto, na pedra. Hoje, à falta de melhor, a pessoa se identifica com pequenos espaços, defendidos a unhas e dentes, objetos de uso pessoal, o rádio, o transistor, a TV, o *walkman*, que adquirem importância simbólica enorme. Às vezes com a plantinha, o cacto na janela, hispido, árido, representando uma perspectiva de vida, sem flor nem fruto; ou com animais de estimação, o gato, o passarinho. Todos conhecem a espantosa novela de Simenon, em que um casal de velhos se odeia ferozmente após um gaticídio perpetrado no felino de estimação de um deles. A vida estreita, que não deixa de ser humana, comporta sempre essas paixões.

O objeto de uso comum polariza frustrações e agressões. Raro, alegrias. Em certo ônibus que parte de um subúrbio do Rio de Janeiro, todo dia de manhã, rumo ao Centro, os passageiros, sempre os mesmos, fraternizam, chamam-se pelos nomes, gracejam, cantam, até comemoram seus aniversários com bolo e velinha. Já na volta, ao cair da tarde, do Centro para o subúrbio, pelo desencontro dos horários, ninguém mais se conhece e, decorre a viagem — fato a meditar — sempre morna e muda, sem festa nem fraternidade. Rompe-se o encanto. Obscuramente, as autoridades percebem tudo isso e inventam a frase feita: “ajude-nos a conservar o seu...” — veículo ou orelhão. O que só é convincente para os já convencidos, isto é, para aqueles que atribuem valor ao bem ou serviço, que aprenderam a respeitá-lo, que galgaram um degrau de conscientização e maturidade comunitária e social.

Em busca de elementos comuns a toda essa variedade de comportamentos e, no sentido de contribuir à sua conceituação jurídico-penal, podemos ousar uma definição. Seria vandalismo todo ato destrutivo, descaracterização, desfiguração, ou mutilação intencional de objeto material, passível de avaliação econômica, de propriedade pública ou particular, levado a cabo por um indivíduo, grupo de pessoas, ou multidão, em área urbana ou suburbana, a ponto de restringir, alterar, deturpar ou eliminar o uso original desses bens.

Essa conceituação objetiva talvez nos evite os meandros e sutilezas de definições calcadas na motivação do agente, que vêm inspirando várias classificações e tipologias⁽⁸⁾.

(8) Como a de Cohen, por exemplo, que inclui um tipo “aquisitivo” quando a destruição do objeto é meio para conseguir o produto do roubo, o que nos parece extrapolar o vandalismo puro. Cohen enumera (a) o vandalismo tático (que corresponde ao nosso demonstrativo), (b) o ideológico, (c) o vindicativo (retaliativo), (d) o lúdico e (e) o maligno (sic). Ap. Kube e Schuster, op. cit., pp. 2-3. Estas categorias são, na prática, difíceis de distinguir e, além do mais, comuns a outros tipos de crime cujo *leit motiv* não é a destruição do objeto, mas nos quais, ao contrário, esta é secundária, instrumental ou acidental. É mais uma enumeração descritiva que uma tipologia.

Da imprecisão dessas definições, resulta a fragilidade das estatísticas, onde quer que foram tentadas. Sem dúvida, o que indicam é a maré montante do destrutivismo. O número de danos ao patrimônio vem crescendo nas nações industriais⁽⁹⁾. Sem falar nas cifras escuras, elevadíssimas nessa modalidade de delito, em que a própria apreensão do delinqüente e a denúncia depende de critérios muitas vezes subjetivos, na qual, até a distinção entre o crime caracterizado e o simples desvio de conduta é, às vezes, tênue.

A destruição do objeto pode constituir o fim colimado pelo agente ou meramente accidental, quando apenas meio, no caso do roubo com arrombamento, seja de cofres de banco, carros fortes, máquinas registradoras ou de jogo (*Slot machines*). O vandalismo típico, ao contrário, é o que encontra seu fim na pura destruição.

Numa primeira tentativa, logramos distinguir alguns tipos: a) *demonstrativo*, quando o agente busca atrair a atenção das autoridades, do público, dos possíveis interessados e dos *midia* — o que é freqüente nos motins das penitenciárias e em movimentos reivindicativos de estudantes, operários etc.; b) *ideológico*, quando as destruições espetaculares são praticadas, dentro do contexto de uma doutrina ou ideologia, por grupos organizados,

(9) "De um modo geral, pode-se afirmar que os atos de vandalismo, nas nações industriais, mostram tendência crescente" (Kube e Schuster, op. cit., p. 3). Os dados parecem justificar a afirmação. Na França, por exemplo, entre 1976 e 1980, o número dobrou. Na Dinamarca, entre 1976 e 1981, triplicou. Na República Federal da Alemanha, onde só se registra um tipo especial de vandalismo, o dano à propriedade, o número dobrou entre 1971 e 1981. Nesse país, os dados indicam a incidência, ou pelo menos, o registro de casos, sobretudo, nas grandes cidades. Nos centros urbanos de mais de 100 mil habitantes, chega a 862,0. Na Inglaterra, onde as estatísticas incluem o incêndio criminoso (*arson*), o número de incidentes, entre 1976 e 1981, aumentou de cerca de 56 mil, para mais de 82 mil. Na Holanda, onde as estatísticas da criminalidade recolhidas pelo Ministério da Justiça são apuradas, analisadas e interpretadas, a percentagem de vítimas de danos à propriedade aumentou de 5% (1975) para 9,7% (1979). E, ainda, a taxa de vitimização geral das maiores (29%). Jan J. M. van Dijk e Carl D. Steinmetz, *The burden of crime on Dutch society (1973-79)*, Haya, 1980, p. 8. Nos Estados Unidos, em 1985, o vandalismo ocupava o 12º lugar na estatística de crimes. O número de prisões por esse delito chegava a 259 mil, representando, com invasão (*trespassing*) 19% dos crimes contra a propriedade. US Department of Justice, *Report to the Nation on Crime and Justice*, Washington D.C., 1988, pp. 67 e 78. Sobre o vandalismo escolar nos Estados Unidos, relatórios de diretores de escolas parecem indicar que o risco para uma escola de sofrer qualquer ato vandálico, em um mês, é de um para quatro. O custo correspondente seria de US\$ 200 a US\$ 600 milhões. O relatório do Instituto Nacional de Educação mostra que as escolas maiores sofrem mais vandalismo que as menores. Ap. Edwin G. West, "American Schools Working", *American Education*, jan./feb., 1984, pp. 11 e sgs.

leaders ou *meneurs* — o que é freqüente na sabotagem e nos atentados terroristas; c) *retaliativo*, quando o objeto visado é apenas símbolo de um indivíduo ou grupo que contrariou interesses do agente, por exemplo, na destruição de criações, queima de canaviais ou quebra de máquinas e equipamentos, em fábricas, usinas e instalações — no que se confunde com a sabotagem — tudo movido da intenção de prejudicar indivíduo, grupo ou empresa, nos conflitos entre patrões e empregados, mas também em questões entre vizinhos; d) *competitivo*, quando a destruição é parte da competição, ou é entendida como medição de forças, proeza, levadas a efeito pelas torcidas de clubes esportivos, equipes, grupos concorrentes desavindos entre si ou inconformados com decisões de árbitros nos estádios e em seus arredores; e) *lúdico*, no caso, sobretudo de crianças e adolescentes como jogo, brincadeira, ou simples molecagem, manifesto em pisações e garatujas, formas, quando muito de comportamento anti-social; f) *egoístico* ou *vicariante*, quando exprime uma frustração sem objeto preciso, como a destruição ou uso indevido de banheiros públicos, bebedouros, orelhões, caixas de correio, bancos de praça e praia, mutilação de árvores e plantas em jardins e parques, crueldade com animais etc.; e g) *predatório*, quando a destruição ou mutilação se confunde com a apropriação do objeto. No Rio de Janeiro, em 1984, o roubo de grades de esgoto, as “bocas-de-lobo”, deu à municipalidade um prejuízo de 22 milhões de cruzeiros. O mesmo ocorre com estátuas, bustos, monumentos em bronze das praças, parques, jardins e cemitérios do Rio ⁽¹⁰⁾.

Outra classificação poderia abranger o individual, o de grupo ou bando, e o de multidão. Nestes se inserem os quebra-quebras de que colhemos manifestações insignes ao longo da história de cidades e metrópoles brasileiras, no caso do Rio de Janeiro, pelo menos, desde o século XIX. A 1.º de janeiro de 1880, uma multidão de cerca de cinco mil pessoas, instigada pela oratória de Lopes Trovão, reage contra o imposto de um vintém sobre os bilhetes de bondes, destruindo-os, arrancando trilhos, espancando cocheiros, revirando paralelepípedos, erguendo barricadas. É a Revolta do Vintém, que deixou alguns mortos. Em 1882, um aumento no preço do gás provoca, pela primeira vez, a quebra de lâmpades. Em 1901, nova destruição de bondes provocada por aumento nas passagens. Em 1902, a fúria da multidão se volta contra os trens da Central devido a mudança de horários. A falta de água, no mesmo ano, provoca a destruição dos registros em vários pontos da cidade ⁽¹¹⁾.

(10) Os furtos das grades de esgoto são praticados com uma técnica especial. Contam com a participação de grupos que usam kombis de fundo falso. O motorista pára sobre a grade e três ou quatro homens a retiram para dentro do veículo. A mesma técnica é usada para o furto de estátuas, bustos, monumentos em bronze. Cerca de 250 grades eram furtadas por mês. Valiam no mercado Cr\$ 88.000,00 e eram vendidas a Cr\$ 3.000,00 o quilo nos depósitos de ferro velho da Baixada. Parece que esses roubos são praticados por pequenos grupos ou isolados. Ver minuciosa e fascinante reportagem de J. Paulo da Silva no *Jornal do Brasil* de 24-6-84.

(11) José Murilo de Carvalho, *Os Bestializados*, São Paulo, 1989, p. 134.

Nada, porém, se compara à “Revolução da Vacina” de 1904, fenômeno extremamente complexo que envolve resistências culturais à modernização, à crise política da República, sempre à beira da barbárie e do golpe, a influência do positivismo nas elites, a presença do anarquismo e as primeiras reivindicações operárias. Estamos aqui diante de um verdadeiro motim popular provocado, aparentemente pela obrigatoriedade da vacina contra a varíola, na realidade obedecendo a motivações mais profundas cuja análise escapa a nosso propósito, e na qual a destruição de patrimônio público e particular se fez acompanhar de conflito armado que deixou mortos e feridos (12).

Quebra-quebra dos mais conspícuos, foi o que sucedeu à declaração de guerra do Brasil aos países do Eixo, quando multidões de desocupados, marginais, percorriam as ruas do Centro, invadindo, depredando e saqueando lojas e escritórios de indivíduos ou empresas sabida ou aparentemente pertencentes às nacionalidades alemã, italiana ou japonesa. Não é de espantar que muitos equívocos tivessem sido cometidos. Ultimamente, os quebra-quebras se voltam, nas metrópoles, contra o transporte público — ônibus, trens suburbanos — sempre que há aumento de tarifas ou por ocasião de atrasos inexplicados.

Dessas insurreições populares, dentro de um contexto de reivindicações urbanas, tivemos episódios marcantes, pela extensão e destroços produzidos, a partir de meados dos anos 40, na periferia de São Paulo. Mas foi a partir de 1947, na metrópole paulistana, que deflagraram surtos violentos de protesto popular. No dia 1.º de agosto, na descrição de um estudioso, “grupos de populares tomam a iniciativa das depredações, quebrando vidros dos veículos de transporte, ateando fogo às cortinas e destruindo bancos, relógios de marcação de passageiros... As iniciativas de pequenos grupos são imediatamente acompanhadas por populares que estão nas filas de ônibus ou bondes e recebem a adesão de pedestres... São incendiadas centenas de ônibus e bondes... As manifestações da raiva popular que, em princípio se dirigiam contra o serviço de transportes coletivos, em seguida se voltaram contra o comércio e algumas tendas de gêneros alimentícios... Tudo é saqueado e destruído, desaparecendo das lojas de gêneros de primeira necessidade, doces, frutas e, até mesmo, algum maquinário de escritório e dinheiro” (13).

(12) Ver a descrição do motim, do ponto de vista do Governo em Afonso Arinos de Melo Franco, *Rodrigues Alves*, Rio de Janeiro, 1973, vol. II, pp. 389 e segs. Descrição inspirada em mais ampla documentação em José Murilo de Carvalho, op. cit., pp. 91 e segs. Relato fidedigno, apoiado em farta documentação, de testemunha participante, em E. Salles Guerra, *Oswaldo Cruz*, Rio de Janeiro, 1940, pp. 225 e segs.

(13) José Alvaro Moisés, “Protesto urbano e política: o quebra-quebra de 1947”. Texto apresentado ao Grupo de Trabalho de Movimentos Sociais Urbanos da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, Rio de Janeiro, outubro, 1980 (mimeografado).

O analista que descreveu o episódio, qualifica-o como "luta elementar, desorganizada, caso se queira, de defesa econômica". E a identificação do antagonista pela massa enfurecida num setor do Estado, no caso, a Prefeitura Municipal de São Paulo.

O historiador inglês E. Hobsbawm, que estudou fenômenos de rebeldia em multidões urbanas na Europa, nos séculos XVIII e XIX, e forneceu um padrão de análise a diversos historiadores brasileiros, tentou defender o caráter político, implícito ou explícito, desses surtos. Essas turbas urbanas seriam formadas pelos deserdados do sistema. Entre nós, seriam operários de baixa qualificação, pequenos funcionários, em suma "baixa classe média, cuja volúpia destrutiva se teria dado em função do aumento da curva de preços dos produtos ou serviços básicos e componentes essenciais da cesta de subsistência das classes populares". A diferença da situação européia seria, entre nós, "a industrialização limitada e o processo de urbanização excludente que gradativamente expulsa as massas urbanas para a periferia da cidade, que as lança no processo que irá conduzi-las a reivindicar aspectos de sua cidadania".

Posto o problema dessa forma, em termos de cidadania, e de participação, institucional e não político, em sentido estreito — aceitamos as conclusões de José Álvaro Moisés, embora tenhamos em conta de não provadas as indicações sobre a composição social e profissional da turbamulta.

A essa explosão, outras, não menos memoráveis, se lhe seguiram, em Niterói (1959), no Grande Rio e na Grande São Paulo (1974 e 1976), quando a destruição se volta contra os transportes coletivos.

Licia do Prado Valladares, a quem devemos outra análise de quebra-quebras, desta feita no Rio de Janeiro, em 1978, tendo como protagonistas operários do Metrô, demonstra que o canteiro de obras, vandalizado, apresentava condições objetivas para o desdobrar da crise: "Existia aí . . . um quadro objetivo de exploração que podia ser interiorizado coletivamente, dada a frequência e densidade dos contatos — praticamente todos dormiam, comiam e trabalhavam juntos . . . Em segundo lugar, uma grande concentração de operários . . . E, finalmente, os operários se viam inseridos num espaço altamente repressivo e controlado, por si só gerador de violência." (14) Chamar o quebra-quebra, como faz a A., de "movimento social" parece-nos excessivo, a menos que se dê ao conceito sentido diverso do habitual; e, já que a própria autora insiste na ausência de reivindicações específicas e precisas, e no "caráter aparentemente espontâneo e anárquico" do motim.

Mais objetivo nos parece J. A. Moisés, quando se refere a um tipo de ação direta causada pela falta de alguma alternativa político-organizatória,

(14) Licia do Prado Valladares, "Quebra-quebras na construção civil: o caso dos operários do Metrô do Rio de Janeiro". Trabalho apresentado à 30ª Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, São Paulo, julho, 1978, (mimeografado).

pela inexistência de canais institucionais, que afirmasse os direitos dessas massas e garantisse continuidade à sua intervenção.

Mais impressionante que o número questionável de delitos é o vulto dos danos causados pelo destrutivismo. Geralmente registram-se os atentados ao patrimônio escolar, pela importância dos prejuízos que acarretam ao orçamento da educação. Para ficarmos em um país considerado não só de economia avançada, mas de alto nível de educação — a Suécia —, esses danos montam a 500 milhões de coroas por ano. No Parlamento da Holanda, entre custos diretos e indiretos do vandalismo em todo o país, citou-se a cifra de 1,5 milhões de guilders, *por dia*. Numa pesquisa de opinião, feita em quatro mil escolas nos Estados Unidos, verificou-se a incidência de atos mensais de vandalismo em 25% delas, com um custo médio, por ato, de US\$ 81. Quando recordamos a incidência de números escuros, concluímos que essa estimativa está longe de cobrir todos os danos reais.

Pesquisas revelam que não são eles apenas diretos e pecuniários. Kube e Schuster referem como conseqüências não menores, ferimentos e contusões em crianças nos recreios, restrições à circulação em edifícios de apartamentos pelos danos aos elevadores e escadas, ferimentos produzidos por falsos alarmes de fogo; mortes ocorridas devido à inutilização de telefones públicos; acidentes de trânsito motivados por destruição de placas e sinais; e o aumento das taxas de seguro nas áreas caracterizadas por altas taxas de vandalismo. Sem falar na desvalorização dos imóveis, até de bairros e vizinhanças inteiros, onde tal comportamento predomina, aumentando o sentimento, hoje geral, nas grandes cidades, da perda de segurança ⁽¹⁵⁾.

Surgem, de vez em quando na nossa imprensa, informações parciais e fragmentárias sobre destrutivismo. Sabemos, por exemplo, que a Fundação de Parques e Jardins, no Rio de Janeiro, gasta cerca de 20 milhões de cruzeiros para reparos em monumentos, obras etc. Em São Paulo, o vulto dos danos é bem maior. As depredações em orelhões, caixas postais, ou luminárias, ônibus e trens acarretaram aos cofres públicos um prejuízo de US\$ 50 milhões, em 1989. Os números são expressivos, 75 mil orelhões foram depredados em todo o Estado e, no primeiro trimestre de 1990, 15 mil telefones públicos (custo de cada aparelho novo: Cz\$ 75.000,00) ⁽¹⁶⁾.

(15) Kube e Schuster, op. cit., p. 6.

(16) Esses dados estão contidos na excelente reportagem de Cristina Iori (JB, 9-7-90). Os "a pedidos" dos jornais encerram, ardiúde, constantes reclamos contra depredações que dificultam o trabalho, a circulação, a comunicação de sem-número de moradores de nossas cidades. Notamos com satisfação que em São Paulo parece crescer o gosto pelas estatísticas: cerca de 200 mil pessoas ficam no escuro, cada ano, pela destruição de lâmpadas, luminárias, ou roubo de fios de cobre da rede de iluminação pública, o que custa Cr\$ 330 milhões ao contribuinte. Dados na reportagem de Cristina Iori. As bibliotecas não escapam à destruição. Do acervo da biblioteca da Universidade de Brasília (UnB), de 500 mil volumes, 100 mil foram roubados ou destruídos pela comunidade universitária. A administração da biblioteca não sabe como controlar o problema. No setor de recuperação, 1.500 livros esperam reparos. Desse total, um terço será jogado no lixo, devido ao avançado estado de deterioração. Ver "Ladrões e agressores destroem o acervo da biblioteca da UnB", JB, 5-8-90.

Mas quem é esse novo vândalo que transfere para o patrimônio material das cidades sua *vis destructiva*? Nesse ponto, os pesquisadores divergem em função da problemática que enfrentam. A identificação, pela variedade já assinalada de agressões, não é de molde a conduzir a um perfil do depredador, mas a uma galeria inteira de retratos. Sustentam alguns que os novos vândalos agem predominantemente em grupo. Parece que predominam, entre os agressores, os não adultos, mas isso depende claramente do tipo de dano estudado, escola, recreio, praça de esportes. Quem vê, por acaso, na TV, as multidões enraivecidas, depredando meios de transporte, edifícios públicos ou de empresas, estações e abrigos, incitadas ou excitadas pelos motivos mais diversos, logo chegaria à conclusão oposta. Isso talvez explique as discrepâncias entre Cohen, que estimou em dois terços a proporção de adultos entre os agressores, e Buikhuisen, que avaliou a mesma proporção nos abaixo de 21 anos, a maioria deles, entre 15 e 17 anos. Já Richards encontrou-os em maior proporção entre 12 e 14 anos. Na República Federal da Alemanha, a proporção de adultos, nesses incidentes, é de 48,4%; mas as estatísticas alemãs cobrem todo e qualquer dano à propriedade (17).

Diversos pesquisadores ousaram esboçar um perfil social do vândalo. Seria basicamente do sexo masculino, de personalidade problemática e oriundo de baixa camada de renda. Esse retrato esquemático vem, no entanto, recebendo retoques e qualificações. Parece que nos países avançados, o vândalo provém tanto de áreas urbanas e suburbanas, como de zonas rurais, mas não devemos nos esquecer de que o conceito de rural nesses países, onde a urbanização levou ao campo serviços essenciais e um alto nível de renda, não é o mesmo que o nosso. Seu meio familiar seria tanto da classe trabalhadora, como da baixa e média classe média, bem como das mais diversas origens étnicas.

No caso de metrópoles brasileiras, como o Rio de Janeiro, casos exemplares, como o apedrejamento de trens, o roubo de fios de cobre nas ferrovias, a desfiguração de inscrições de estátuas e monumentos, a destruição de presídios durante motins, a depredação de coletivos, nos protestos contra aumentos de tarifa ou atrasos no horário, a pixação generalizada, parecem comprometer desviantes ou delinqüentes, adolescentes e adultos, tanto marginais como trabalhadores de classes de baixa renda, ou pequena classe média. É curioso assinalar que desses cenários de vandalismo acham-se, até agora, excluídos o metrô (o que não acontece, por exemplo, no de Nova Iorque), os aeroportos e os edifícios sob controle policial ou militar, estes últimos pela vigilância constante, fator em toda parte impeditivo de atos

(17) Para Kube e Schuster que resumem esses dados "as pesquisas sugerem que os não compreendidos na idade adulta são o grupo claramente dominante". Op. cit. p. 7, conclusão que hesitamos em subscrever. Os adolescentes e os jovens adultos talvez sejam, isso sim, o grupo mais visível, mais fáceis de apreender pela repressão policial.

depredatórios. E também as igrejas, embora estas não sejam poupadas de pirações nos muros externos, nem de ocasionais atos de profanação, que não coincidem exatamente com a pura destruição (18).

Por toda parte, os estudiosos parecem identificar os atos vandálicos com crianças e jovens. Talvez se apresentem hoje tais atos como típicos da delinqüência juvenil. O contrário, todavia, não pode ser afirmado. As multidões destrutivas atraem jovens e desocupados, o que não quer dizer que somente esses elementos perpetrem crimes de dano ao patrimônio.

No entanto, vem atraindo a atenção de estudiosos a associação de práticas vandálicas com certos grupos de idade. Howard Jones, por exemplo, comparando dados de 1953 e 1965, na Inglaterra, mostrou o alto percentual de jovens (50,6%, de 14 a 17 anos, e 41,5%, de 17 a 21 anos) no total dos inculcados de grave dano à propriedade (*serious damage*). Em função desses dados pôde escrever: "Arrombamento com invasão de domicílio e dano à propriedade são atos, entre outros, que incluem um elemento de violência nos quais vem aumentando acentuadamente a participação de adolescentes. Embora o primeiro venha crescendo mais entre jovens adultos e o segundo nos adolescentes, é indiscutível que ambas as condutas vêm sofrendo forte ascensão no grupo entre 14 e 17 anos." (19)

J. M. Martin, pesquisador americano, especializado em vandalismo juvenil, mostrou que as famílias de vândalos se caracterizam por maior intensidade de conflito entre pais e filhos. E, finalmente, o próprio vandalismo, mais que qualquer outro tipo de delinqüência masculina, parece ser quase exclusivamente um delito de grupo (20).

O fato tem sido objeto de muita teorização. Jones, estudioso da delinqüência juvenil, atribui enorme importância, em tudo isso, à posição do adolescente em nossa sociedade e aos conflitos que esta lhe impõe, retardando seu papel sócio-econômico e sexual de adulto, e regateando estímulos para acelerar sua maturação (21).

A delinqüência juvenil na Inglaterra dos anos 50 parece mostrar a paradoxal correlação entre a elevação das cifras do crime juvenil e a expansão de serviços sociais. Foi justamente nessa fase, entre 1955-60, que a Inglaterra viu o pleno emprego, a elevação dos salários e o ingresso no

(18) Ultimamente chegam notícias de incêndios propositais em mais de uma igreja de Curitiba (Paraná), cuja autoria, até o momento em que estas linhas foram escritas, é desconhecida. Já a destruição de um templo protestante representou vingança da população enfurecida contra o pastor suspeito de homicídio e foragido. (Agosto-setembro, 1990).

(19) Howard Jones, *Crime in a changing society*, Londres, 1969, pp. 138-39.

(20) "Vandalismo e quebra-quebra de torcidas esportivas são essencialmente delitos de grupo." A afirmação é de Josine Junger-Tas e Marianne Junger, *Juvenile Delinquency*, Haya, 1984, p. 8.

(21) Ap. Jones, op. cit., pp. 143-44.

consumismo; a expansão da educação e da assistência à infância; mas também o aumento da delinqüência jovem, contrastando com a promoção das classes trabalhadoras inglesas e sua migração da favela para um novo e mais alto padrão de vida suburbana. É a época dos "Teddy boys" e do "hooliganism", grupos ou bandos dotados de alta agressividade em relação a pessoas, instalações, equipamentos etc.

Descrevendo uma das gangues mais conspícuas na Inglaterra dos anos 50 e 60, Fyvel afirma que das suas características dominantes uma era precisamente "seu desejo claramente compulsivo para destruir, rebentar, prejudicar". E conclui: "Talvez nossa época tenha alimentado essa tendência geral".

O mesmo autor descreve um espetáculo de *rock and roll*, em Londres, em que observou, além da generalizada excitação na multidão de jovens, rapazes e moças, entre 14 e 19 anos, literalmente comprimidos no salão, "um travo nítido de insensibilidade e destrutividade ... marca da época" (22).

Esses fatos não se limitaram à Inglaterra. Fyvel enumera fenômenos idênticos em vários países, quase todos do grupo industrial avançado. A delinqüência juvenil cresce nos Estados Unidos e, com ela os episódios de vandalismo: multidões de jovens reunidos em competições cortam pneus de automóveis, destroem vitrinas e cartazes comerciais, forçando a intervenção da polícia. O mesmo ocorre na Alemanha, na França dos *blousons noirs*, na Suécia e até na Rússia. O hooliganismo e suas manifestações vandálicas, apesar da censura vigente, até pouco, na imprensa soviética, e da relutância das autoridades em admiti-lo, reponta em jornais de Moscou e das principais cidades russas. O mesmo fenômeno ocorria, por esse tempo, no Japão (23).

(22) T. R. Fyvel, *The Insecure Offenders*, Londres, 1961, pp. 126-27. Essa agressividade dos jovens produziu um clássico da literatura inglesa. *A Laranja Mecânica*, de Anthony Burgess, que já logrou as honras de um filme de sucesso.

(23) Por isso mesmo é tanto mais surpreendente a afirmativa de Manuel Lopez-Rey: "Deixando de lado os exageros sobre a menor gravidade da criminalidade juvenil, nos países socialistas, o certo é que, nos países capitalistas são freqüentes, nas grandes áreas urbanas, as escolas, os institutos e as universidades transformadas em focos de vandalismo, os quais, nestas últimas se disfarçam de "revolucionarismo", tanto de esquerdas, como de direitas. A este respeito, basta comparar as fachadas das escolas, institutos e universidades de países socialistas com as dos capitalistas para nos convenceremos de que, nestes, a perspectiva sócio-política da educação foi abastardada por critérios psicológicos. Sem dúvida, o estudante deve protestar, e, seu protesto deve ser vigoroso e, quando procedente, autenticamente revolucionário; mas, uma coisa é isto, e outra, o vandalismo e a irresponsabilidade sócio-política que revela." *Criminologia*, vol. II, Madri, 1978, p. 75. Comparemos estas afirmações, baseadas em impressões, literalmente, de fachada, com as observações de Fyvel sobre o sistema educacional soviético: "... A União Soviética, manifesta um problema de delinqüência juvenil (*hooligans*), sério bastante para filtrar na imprensa nacional. Certos distritos de cidades soviéticas também não são seguros à noite. Em cidades como Moscou, Leningrado, Kiev, esquadrões de jovens comunistas foram organizados para ajudar a milícia a patrulhar parques e ruas contra os bandos juvenis." (p. 292) Ver, ainda, a transcrição do jornal russo citado, *ibid.*, pp. 29-30.

Elemento novo, nesses cenários, é a influência, cada vez maior dos mídia e seu papel na promoção dos jovens, cuja imagem ganha importância desproporcionada ao seu *status* real na sociedade.

De muito diversa natureza é a variante do vandalismo, resultado de greves ou conflitos trabalhistas, como o que presenciamos, há pouco tempo na Ford, em São Paulo e na Autolatina. Nesses casos, reveste nome de longa tradição na luta entre o sindicalismo operário e o patronato. Chame-se sabotagem.

A idéia por trás desses comportamentos é a de intimidar a empresa pelo uso da força. Os primeiros tumultos industriais tomaram como alvo as máquinas, não os homens. A destruição de propriedade, como o incêndio, era um meio de promoção violenta de reivindicações sociais, ou incidental no processo subversivo ou revolucionário. Nesse sentido esses episódios pontilham a história recente européia e americana provocando respostas legislativas de penalização e responsabilização por danos (24).

Defendida como consequência inescapável da luta entre o trabalho e o capital, onde quer que a produção industrial assuma a forma capitalista e se acenda a luta sindical, foi advogada como alternativa ou complementação à greve. Thorstein Veblen tentou assemelhar a sabotagem dos operários à limitação da produção ou destruição do produto pelos patrões a fim de manter o preço. Argumentava que numa economia em que os lucros do empresário dependem da criação de uma escassez artificial, a sabotagem passa a ser conduta característica tanto de patrões como de empregados.

É claro que representa muito mais que isso no contexto de uma ideologia sindicalista revolucionária. Georges Sorel mostrou a incoerência da atitude: se o sindicalismo visa a tomada da empresa e seu controle pelo sindicato, como se compadece esse objetivo com a destruição dos meios essenciais de produção? O que explica a cisão entre o sindicalismo ortodoxo e o revolucionário, bem como a oposição à sabotagem pelos movimentos comunistas e socialistas. É curioso que a vandalização do maquinário e das instalações fabris desapareceu do programa dos grupos trabalhistas organizados, mas se manteve, em geral — excetuados episódios recentes, entre nós, marcados, portanto, de retrocesso sindical —, em grupos de baixa organização. Há quem atribua a persistência desse tipo de vandalismo, em certos movimentos sindicais, à crença, geralmente subliminar, de que a demanda de mão-de-obra é limitada e que as restrições à

(24) Ver comentários de William Seagle, art. "Riot", *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. XIII, 1934, pp. 386-91. A sabotagem, que é a rutura material do processo industrial, pela destruição do maquinário, parece ter merecido essa designação, segundo alguns, da palavra francesa *sabot*, tamanco, e do ato de usá-lo para emperrar a máquina. Segundo outros, seria uma forma de trabalho grosseira, rústica. De qualquer modo, passou a fazer parte do vocabulário sindicalista, desde o Congresso da Confederação Geral do Trabalho, em Toulouse, em 1897, e, foi sempre brandido na retórica e na prática do radicalismo sindical.

produção ou a destruição do produto, agem como elastério sobre a oferta de emprego. A economia da abundância, a contratação coletiva de trabalho — estabelecendo obrigações recíprocas a patrões e empregados —, a conscientização da empresa como interesse, senão propriedade, comum de gerentes e trabalhadores, seu papel como geradora de empregos, e a dimensão ética dos papéis industriais, tudo isso tende a tornar a sabotagem, como comportamento industrial específico, coisa do passado ⁽²⁵⁾.

E o que dizer das políticas de “valorização” dos anos 20 e 30 que consistiam na destruição de produtos — massacre de carneiros na Austrália, queima de café na velha República, com o fito de criar escassez no mercado e elevar o preço — na lógica primária do “capitalismo selvagem”. Dizem até que foi o Brasil quem introduziu no economês, com sua política cafeeira, o termo “valorização” ⁽²⁶⁾.

Trata-se de um tipo específico de vandalismo, ciente e empresarial, ou estatista, voltado, em nome do mercado, contra a produção. Mas há também um comportamento destrutivo do consumidor. Às vezes, é difícil distinguir entre certos comportamentos consumistas e atitudes e condutas vandalizantes. O consumo, incentivado e induzido, da forma como se apresenta na economia moderna quase que exige a constante destruição de mercadorias, o que deu lugar ao processo conhecido como sucateamento. A vocação do produto artesanal era perdurar; a do produto industrial, perecer. O vandalismo apenas acelera essa vocação de desgaste.

Coube a Thorstein Veblen analisar o que chamou, nas sociedades modernas, de consumo ostensivo que não aparece em função de necessidades, mas da luta pelo prestígio social, pelo *status* ⁽²⁷⁾. A busca da última moda, do último tipo, do “*dernier cri*”, nada tem a ver com necessidades de sobrevivência, mas com exibição consumista. A obsolescência do produto não tem relação com a resistência maior ou menor do material em que é produzido. Por melhor que seja, em prazo mais longo ou mais curto, será sucateado, trocado por outro que seguirá o mesmo destino. Sob esse ângulo, o vândalo é olhado com certa admiração e simpatia, a destruição que protagoniza, como benfeitor. É um benfeitor social, porque não deixa

(25) Ver Paul F. Brissenden, art. “Sabotage”, *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. XIII, p. 495. É expressivo o fato de ter desaparecido qualquer referência à sabotagem na 2ª edição da Enciclopédia, de 1968, a não ser breve menção relacionada com resistência e guerra civil (vol. VII, p. 499). Os tempos mudaram, pelo menos, nas sociedades do Primeiro Mundo.

(26) Entre 1931 e 1944 foram destruídos pelo Governo Federal 78.214.253 sacas de café de 60 kg. Se a produção tivesse sido suspensa durante uma safra inteira, o Brasil teria podido continuar a fornecer café normalmente durante quatro safras e meia, só utilizando os estoques destruídos. Em suma: o Brasil queimou o resultado de quatro anos de sua principal atividade econômica. Só durante a II Guerra Mundial, devido a fortes geadas que levaram à subprodução, cessou a “valorização” do café — pelo fogo. (Dados em *Superintendência dos Serviços de Café*, Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, publicados em Fundação Getúlio Vargas, *Conjuntura Econômica*, vol. 27, nº 12, dezembro, 1973, p. 70.)

(27) Thorstein Veblen, *The Theory of the Leisure Class*, New York, 1953, passim.

dormitar a máquina da produção. Não seria de estranhar que algum poeta venha, um dia, a compor um hino ao vândalo.

Basta ver a exploração do vandalismo nos mídia. Com que gosto nos filmes se destróem carros, edifícios, armas, pontes, móveis e imóveis! (28) Esse enorme *potlach* alegra secretamente o espectador, transformado momentaneamente em criança, satisfazendo os impulsos destrutivos que repousam em todos nós. O uso generoso do explosivo, da bomba, da dinamite, não é mero recurso cinematográfico. O automóvel, objeto dotado de grande valor simbólico na cultura consumista, é alvo habitual desses atos destrutivos, o que já indica o significado mais profundo deles.

A cidade moderna, produzida pela expansão do mercado e da indústria, e pela grande acumulação capitalista, começa com uma *razzia* institucional e um amplo vandalismo urbanístico. A busca de novos espaços acarretou a eliminação das antigas corporações e a destruição do casario, a demolição de igrejas, mercados, parques, aldeias. Num romance famoso, Emile Zola descreveu a expansão de uma grande loja, na Paris do século XIX, em detrimento das antigas casas ao seu redor, obstinadamente compradas para serem postas abaixo, dando lugar a novos departamentos (29).

Toda cultura pratica ritos de destruição, cerimônias crematórias e eliminatórias, que asseguram a própria continuidade cultural. Não é apenas o mundo do crime que cultiva a “queima de arquivo”, o processo sinistro de eliminação do cúmplice que sabe demais, do informante, da testemunha incômoda. A liquidação de estoques comerciais dá-se o nome de “queima”. A propaganda se encarrega de dar-lhe aspectos de dilapidação, de orgia consumista. Há uma constante e generalizada queima de passado na cultura moderna, cujas raízes econômicas exigem permanente renovação, material e tecnológica. O bota-abaixo das cidades modernas, com técnicas aperfeiçoadas de demolição e implosões, nada mais é que a modalidade oficial e consensual de um vandalismo bem pensante.

Essas condutas “normais” não podem deixar de inspirar o “marginal” urbano, que se caracteriza por alto grau de heteroagressividade e destruti-

(28) Sobre o papel estimulador das imagens de violência nas mídia, sobretudo, na TV, ver H. J. Eysenck e D. K. Nias, *Sex, Violence and the Media*, Londres, 1980, pp. 252 e sgs. O vandalismo é explicitamente mencionado à p. 15, mas, só tratado em relação ao futebol (p. 203).

(29) Lewis Mumford, *The City in History*, New York, 1961, p. 414. Num dos seus romances famosos, *Le Bonheur des Dames*, em que descreve, com a argúcia de sociólogo, o advento do grande comércio capitalista, representado por uma grande loja de trajes femininos. Emile Zola narra essa expansão, em detrimento do casario em seu redor, paulatinamente e planejadamente comprado e logo demolido dando lugar aos novos departamentos do empório. Não há como não ler esse texto — em que a literatura naturalista se transforma em pura sociologia, no melhor estilo positivista — à luz das considerações sobre “a auto-destruição inovadora”, em Marshall Berman, *Tudo que é sólido desmancha no ar* (tradução), Rio de Janeiro, 1990, pp. 97 e sgs. “... Como Marx a vê, tudo o que a sociedade burguesa realza é construído para ser posto abaixo.” A destruição por atacado para abertura de grandes avenidas, os bulevards, por onde circulassem pessoas e mercadorias, foi a obra de Haussmann. *Ibid.*, p. 153.

vidade. As tensões e contensões do cotidiano alimentam esses impulsos latentes, sobretudo nos jovens.

A sociedade moderna oferece inúmeras oportunidades para situações e ritos de destruição. Basta atentar para as queimas juninas de fogos, a tasca de balões, a não menos importante tasca do judas no sábado de aleluia, os *poilach* natalinos, em que o costume do presente pode atingir proporções delirantes, as celebrações de papel picado em que se lançam das janelas, compulsivamente, não só sucata de papéis, de embrulho com rolos de papel higiênico, o que não deixa de ser altamente simbólico e, em extremos de entusiasmo, até documentos de importância. Sem falar nas destruições periódicas de arquivos quando da passagem de uma a outra administração, o desprezo permanente votado por todo governo recém-chegado às obras e construções iniciadas pelo seu antecessor — tudo isso são formas públicas ou privadas, ostensivas ou envergonhadas, de comportamentos destrutivos. Qual o limite entre demolição urbana e depredação? O interesse do usuário nem sempre justifica a *razzia*, a perda de valores urbanos e monumentais. Como no caso do bairro do Catumbi, no Rio de Janeiro, onde casas antigas foram demolidas sem nenhum cuidado de preservação de valores urbanísticos. A construção de viadutos é o grande pretexto e oportunidade para esses delírios destrutivos. Tudo em nome da velocidade da circulação — que acaba em colossais engarrafamentos.

Para compreender todas essas formas de destruição não nos parece necessário invocar o “instinto de morte” de Freud. Trata-se de condutas “normais”, em que a excitação circular dos bandos de jovens, das multidões enfurecidas ou das comemorações coletivas apenas eleva o nível de destrutividade, transformando a mera conduta anti-social ou desvio em delito manifesto.

Marx, deixando correr a pena num dos seus raros momentos de lirismo, escreveu: “É o mundo encantado, invertido, de cabeça para baixo, em que Monsieur le Capital e Madame La Terre aparecem como personagens, sociais, ao mesmo tempo que perpetram suas bruxarias diariamente, como simples coisas materiais. O grande mérito da economia clássica consiste precisamente em ter dissipado essa falsa aparência e este engano, esta substantivização e cristalização dos diversos elementos sociais da riqueza entre si, esta personificação das coisas e esta materialização das relações de produção, esta religião da vida diária ...”⁽³⁰⁾

Para Marx, o valor dos produtos do trabalho nada tinha a ver com o aspecto físico do objeto nem com as relações materiais que daí derivavam. “O que aqui reveste aos olhos dos homens a forma fantasmagórica de uma relação entre objetos materiais, não é mais que uma relação concreta estabelecida entre os próprios homens”. Essa “fantasmagoria” é o que Marx chamava “fetichismo do mundo das mercadorias”.

(30) Ap. Maurice Godellier, *Economia, Fetichismo e Religião nas Sociedades Primitivas* (tradução), Madrid, 1978, pp. 309 e sgs.

Na interpretação de um discípulo de Marx "... Não é o homem que se engana sobre a realidade, é esta que engana o homem, ao aparecer sob uma forma que a dissimula..." Esse modo de aparição às avessas constitui assim o ponto de partida obrigatório das representações que os indivíduos alimentam de suas relações econômicas. Essas representações "... constituem na consciência dos indivíduos um campo mais ou menos coerente de fantasmas espontâneos e de crenças ilusórias referentes à realidade social em cujo seio vivem" (31).

Eis o mundo criado pelo modo de produção mercantil que perde sua aparente solidez e se transforma em fantasmagoria, *fantasmata*, *ídola*, fetiches. E, Marx, que pretende desmitificar esse mundo e esconjurar o feitiço, não perde vaza de assemelhar essas representações "às regiões nebulosas do mundo da religião, onde os produtos da mente humana semelham seres dotados de vida própria, de existência independente e relacionados entre si e com os homens". Não foi à-toa, mas em função de antigos e radicados preconceitos sobre a religião, que o imaginoso autor do *Capital* foi buscar esse termo para caracterizar e desfigurar, com seu sarcasmo, a economia capitalista.

Atribuir ao objeto um poder mágico, positivo ou negativo, dotá-lo de uma força espontânea ou induzida é crença generalizada nas sociedades primitivas e nas civilizações antigas, que inspirou formas de idolatria cultivadas pelo paganismo de todos os tempos. Resíduo dessas crenças é o apego a certas *imagens* que, na sociedade industrial, se transforma no uso supersticioso do retrato ou até na conservação, não menos, de resíduos do corpo, unhas, dentes, cabelos. A capacidade infinita de simbolização do homem substitui nesses pobres pedaços de matéria a individualidade do seu antigo possuidor, tornando-os até objeto de cerimônias mágicas, de magia branca ou negra (32).

Mas assim como há devoções, dedicações simbólicas, assim também há representações destrutivas, apropriações radicais do objeto pelo seu total aniquilamento. Ou, pela sua incorporação, sua assimilação material ao corpo humano. Possuir, nessa faixa obscura da mente, é devorar. Devorar é

(31) *Ibid.*

(32) Quando os portugueses chegaram à África Ocidental, observaram a veneração dos negros a certos objetos, pedras, árvores, peixes e deram-lhes um nome aplicado aos amuletos ou talismãs familiares — feitiço ou encanto — palavra derivada do latim *factitius*, no sentido de encanto mágico. Tylor é que conta isso na sua *Civilização Primitiva*, mas, foi o Presidente de Brosses que imaginou a palavra fetichismo para designar essas práticas. Mais tarde, Augusto Comte, imprimiu ao termo dignidade filosófica, assim chamando a religião primitiva, na qual os objetos exteriores se mesuram animados de uma vida análoga à do homem. Tylor substituiu ao termo o de animismo, daí por diante preferido pelos autores de língua inglesa, deixando o primeiro para um estado elementar de idolatria, em que os espíritos se encarnariam em certos objetos materiais. E há quem sugira se restrinja ainda mais a designação aos objetos preparados ou fabricados pelo homem; de toda maneira, a objetos, dos quais se espera, que prestem ao homem algum serviço. Ver René Dussaud, *Introduction à l'Histoire des Religions*, Paris, 1914, p. 89.

destruir. O que dá ensejo às orgias da boca, às comilanças, aos banquetes cuja importância e significado ritual transparecem nos costumes e na mitologia das sociedades primitivas e clássicas.

Que diria Marx ante o fenômeno do consumismo de nossos dias, e do enfeitamento de multidões consumistas por toda sorte de objetos-mercadorias e sem nenhuma relação com seu valor intrínseco ou utilitário? Que diria ante o *kitsch*, a industrialização do vulgar e do simplesmente feio? Sua classificação de burgueses e proletários, sob o critério da propriedade dos meios de produção, teria que desdobrar-se para abranger as múltiplas camadas dos que têm acesso aos paraísos consumistas ou, ao contrário, deles são excluídos. Esses se desinteressam inteiramente da propriedade dos "meios de produção" satisfeitos com geladeiras, congeladores, radinhos de pilha, *walkmen*, TVs, computadores — toda a parafernália do homem consumista, na qual encontra prestígio e dignidade, indiferente ao ascetismo dos moralistas e às vituperações dos reformadores. A felicidade para esse homem não está no reto viver, mas no pleno possuir.

É nessa perspectiva do fetichismo consumista e dos seus espelanismos que devemos situar o problema da conduta destrutiva generalizada. O *homo vandalus* é a outra face do *homo faber*. O ato destrutivo pode representar o extremo desejo de posse. Na peculiar relação do consumo, na fruição sem limites do objeto, o ato final é a destruição. Nesse mundo de relações coisificadas e de prestígios vacilantes, a tensão do desejo insatisfeito leva facilmente à mutilação do objeto. Não é apenas sua destruição além da possibilidade de apropriação, levada a efeito pelo marginal ou pelo descamisado, num momento de revolta, motim ou frustração — mas o ato vandálico desfechado pelo "filhinho de papai", ou pela "gente bem", isto é, dos que estão no pleno usufruto das benesses da vida.

O destrutivismo latente no homem-massa contemporâneo, subliminar à ideologia ou ao sentimento revolucionário, mas capaz de servi-los a qualquer momento, volta-se contra o objeto — como a criança que "castiga" a porta no seu caminho; ou o adulto que tropeça no móvel, no escuro, e reage com o pontapé punitivo.

Não é possível compreender o vandalismo recorrendo aos binômios simples utilizados para explicar a conduta criminosa, hereditariedade e cultura, frustração-agressão, personalidade e situação.

Não há como não concordar com Kube e Schuster quando acham "necessário apresentar os fatores causais do vandalismo em nível mais pragmático, incluindo estímulos físicos. Isso porque teorias sobre agressão do tipo usual são de pouca utilidade prática" — leia-se preventiva. Daí incluïrem entre estas causas o aprendizado de modelos, as diferenças de socialização, as condições sociais e de vida desfavoráveis, a polarização negativa exercida por grupos de companheiros, abuso de álcool e drogas etc. Mas, acrescentam, "esses fatores têm de ser considerados na sua complexa inter-relação — do que resulta que podem amplificar mutuamente seus efeitos. Apontam para estruturas de necessidade e motivação, para padrões

de comportamento e atitudes, como o desejo de chamar atenção, provocar medo pela violência insensata e imprevisível, dar vaza a energias contidas, bem como compensar desigualdades sociais e o anonimato da vida urbana”.

É evidente, à medida que os estudiosos aprofundam o tema, que as teorias generalizantes vão sendo complementadas por particularizações mais precisas, referidas a cada tipo de vandalismo e de vândalo. Assim, a destruição nas escolas comporta explicações que incluem, necessariamente, a relação entre professor e aluno, entre pais e alunos e, até, entre burocracias e escolas. As teorias de teor psicológico e de pendor behaviorista, presas ao estreito binômio frustração-agressão, ou estímulo-resposta, têm de ceder terreno a uma teorização de mais amplo escopo, no caso dos *graffiti*, dos quebra-quebras. Cada tipo de vandalismo — e de vândalo — exige teorização específica, na qual a motivação psicológica se contraponha, em doses variáveis, à consideração da diversidade de situações⁽³³⁾.

Parece-nos, por exemplo, que é nas complexidades e lacunas da propriedade e da apropriação, e seu revés, a despossessão e a marginalidade social, que talvez se logre uma visão mais clara do destrutivismo contemporâneo.

Nos anos 30, Gabriel Marcel tentou um esboço de fenomenologia da posse. Implícita na idéia do ter, dizia ele, está a noção de coisa — o que, desde logo, estabelece uma distância entre o eu que possui e o *quid* possuído. Além disso, a relação acarreta um poder, uma potencialidade. Prosseguindo nessa análise fina, dizia: “É certo, há um laço (na relação do ter) entre o quem e o *quid*; e esse laço não é simples conjunção externa. Por outro lado, enquanto esse *quid* é uma coisa, submetida, portanto, às vicissitudes próprias às coisas, pode se perder, *pode ser destruído* (grifo nosso). Torna-se, portanto, ou corre o risco de tornar-se, o centro de uma espécie de turbilhão de temores, de angústias e nisso se transforma precisamente a tensão essencial à ordem do ter.”

Marcel percebia, nessa relação entre o possidente e o possuído, certo dinamismo, algo, segundo ele, parecido à dialética do senhor e do escravo em Hegel. “Nossos bens nos devoram...” Citava Spengler, para quem, entre o puro possuir e o trabalho responsável — como entre o dinheiro e a terra lavrada — havia uma diferença abissal. A criação, portanto, aboliria essa dualidade. Acrescentaríamos: e também a participação⁽³⁴⁾.

Não vamos acompanhar o pensador francês nas considerações que o levaram à sua famosa distinção entre o ser e o ter. O que interessa, no momento, é a possibilidade que abre para uma compreensão mais profunda desse desvio da conduta que é o vandalismo e que reside na relação profunda entre homens e objetos, entre homens e coisas, relação cada vez mais comprometida na sociedade industrial ou neo-industrial dos nossos dias

(33) Kube e Schuster, op. cit., pp. 9 e sgs. Para dar uma idéia da variedade de tipos, organizamos a matriz anexa.

(34) Gabriel Marcel, *Être et Avoir*, Paris, 1936, pp. 236-41.

É característico e paradoxal que o vandalismo seja muitas vezes desencadeado pelo usuário do transporte ou do equipamento. O comércio também é freqüentemente vitimado por essa fúria destrutiva. A vitrina — avanço comercial na aproximação entre o consumidor e o artigo, técnica revolucionária de *marketing* e de exposição de mercadorias na época em que foi criada — é o primeiro alvo do quebra-quebra, na forma de pedra, tijolo, barra de ferro. E nem sempre pelo saque, mas pelo simples orgasmo da destruição⁽³⁵⁾.

Tudo isso no bojo de um largo processo que tende a especializar as cidades em mercados, grandes armazéns de mercadorias que devem ser compradas, circuladas, distribuídas, consumidas. A vitrina, na sua aparente fragilidade, oferece, mas também retira. A mão se estende, mas encontra a barreira, quase nada, do vidro. “Pode olhar, mas não toque”. O olhar acende o desejo, mas este não atinge seu objeto. Mumford, na sua fina análise da cidade, percebeu que a expansão do mercado baseava-se na substituição das satisfações diretas pelas satisfações vicárias e das experiências de vida pelos bens monetizados⁽³⁶⁾.

O vandalismo continua repetindo no miúdo o que a engenharia urbana vem fazendo no atacado. O comportamento destrutivo traz sempre uma enorme carga de vicarismos, de substituições, pela sua própria natureza simbólica. O que se destrói ou se pretende destruir é a sombra de alguma coisa, é representação — é fantasmagoria.

A repressão da destrutividade se exerce pela vigilância policial ou comunitária. Nosso *Código Penal* cominou penas de detenção para o dano à propriedade. É aí que, a nosso ver, têm largo espaço as chamadas penas alternativas à prisão, como a multa e o trabalho na comunidade, para

(35) Em pequeno estudo, redigido em abril de 1983, a pedido da Confederação Nacional do Comércio, em função de acontecimentos do momento, tivemos ocasião de escrever: “Desde tempos imemoriais, o comércio vem sendo regularmente visado e atingido pela baderna das ruas ... A constância dessa vitimização, ainda que vandálica, dá que pensar. A qualquer comoção social, crise ou declaração de guerra, motim ou carestia, a malta cidadina, espontânea ou organizada, atira-se, a pau e pedra, contra balcões e vitrinas, num ardor de destruição digno de maiores empresas ... A posição do comércio é, por natureza, vulnerável ... É visível, sua atividade é transparente, seu produto está ao alcance da mão, sua vitrina à distância fácil da pedrada ou do cacete. Guardar-se, para o comerciante, é deixar de existir, cerrar as portas é como abrir falência — as expressões são até sinônimas.” Acrescentávamos que a motivação principal do vandalismo (e do saque) seria ainda aparecer o comerciante, no processo inflacionário, como vítima expropriada. “A loja, o armazém, o supermercado são os terminais visíveis de uma cadeia inflacionária invisível. O consumidor pouco sabe de custos industriais e, geralmente, ignora os impostos, as taxas, os encargos sociais, que oneram o produto. Ele vê o preço na vitrina, na prateleira, no balcão e, de coração aos saltos, acompanha sua ascensão vertiginosa. As coronárias do consumidor são frágeis, sua inteligência não é especulativa, sua imaginação, de raio curto. Para ele, a alta dos preços é uma maquinação, a mudança na etiqueta — sempre para mais — um roubo. No tribunal dos julgamentos populares não há crime sem culpa, delito sem autor. Assim como julga, executa, na ação sumaríssima do linchamento e do vandalismo.”

(36) Mumford, op. cit., pp. 437-38.

reparo material do prejuízo causado. O trabalho criador e restaurador do dano é o primeiro passo na educação do vândalo.

Já as experiências bem sucedidas de prevenção do vandalismo e de proteção dos equipamentos e do ambiente urbano, público ou particular, vêm se orientando em dois sentidos que, de certa forma, se combinam. Um deles é a busca do consenso e da coesão da comunidade ou do grupo em torno da instituição visada ou do equipamento — igreja, escola, biblioteca, museu, parque ou edifício público. A outra é a definição, apropriação e destinação de espaços, às vezes impropriamente chamados de territórios, tornando-os funcionais em relação a usuários ou proprietários. É a eliminação dos hiatos urbanos, das terras-de-ninguém, que geram e atraem particularmente o vândalo.

É esta idéia que aparece encapsulada no conceito elaborado por Oscar Newman, do *Espaço protegido* — obra que traz na portada o subtítulo: “A prevenção do crime através do plenajamento urbano”. Depois de uma pesquisa minuciosa de áreas residenciais e da vitimização de seus moradores por atividades criminais, Newman recomendava: “O componente essencial de nossa proposta é uma definição territorial conjugada com uma melhoria da capacidade do ocupante de vigiar e controlar seu domínio assim definido . . . Defendemos a definição territorial e a criação de oportunidades de fiscalização e controle, de modo a permitirem ao cidadão da sociedade aberta conseguir o domínio de seu ambiente em benefício das atividades que nele pretende desempenhar — tornando-o apto a reduzir outras que venham a destruir seu *habitat*, quer se trate de criminosos ou de um poder discriminatório” (37).

Newman partia da premissa de que a maioria dos crimes cometidos nesses conjuntos eram “crimes de oportunidades” e, neste caso, estariam os episódios de vandalismo que considerou, nos dois conjuntos estudados, como estatisticamente representativos. E mais, que a maioria das atividades delinquentes decorria nas entradas, recepção, corredores, elevadores, *playgrounds*, escadas, portanto *dentro* dos edifícios e nos seus espaços comuns. Daí sua idéia de planejar esses conjuntos dentro de um conceito de proteção e segurança.

Um dos estudos recentes sobre atos destrutivos, os vê “como protesto contra a determinação de nossas vidas por alguém fora de nós e contra a programação e racionalização de cada uma de nossas ações”. Daí também a medida prática que vem se adotando em vários programas bem sucedidos de prevenção de vandalismo e que consiste em atribuir aos usuários responsabilidade cada vez maior no controle dos espaços e equipamentos utilizados; uma identificação maior entre os usuários e esses espaços e equipamentos, seja orrelhões, garagens e edifícios, bancos de praças, sinais de trânsito, recreios e edifícios escolares. Vigilância e responsabilidade pa-

(37) Oscar Newman, *Defensible Space*, New York, 1973, p. 204. Newman deve ter tomado dos etólogos, o conceito de território e, aqui, cabe a crítica de Lopez-Rey: “... a relação com a territorialidade é mais aparente que real”, op. cit. II, p. 120.

recem constituir os dois braços, no mesmo corpo ou em corpos diferentes, na prevenção do vandalismo. Na Holanda, onde o custo do destrutivismo nos transportes urbanos tendia a subir, partiu-se da observação de que os atentados ocorriam fora das vistas dos funcionários. E criou-se um corpo especial de vigilância para conter os vândalos. Parece que a experiência deu certo (38).

O problema da destrutividade nos defronta mais uma vez com a crise geral da participação, com a anomia generalizada na sociedade moderna em suas múltiplas formas. E, portanto, com seu reverso, a responsabilidade social, que tende perigosamente, em nosso tempo, a ser investida e identificada apenas nas estruturas de poder. Quanto mais se concentra o poder, mais omisso, menos responsável é o cidadão comum. E sua impotência, sentida e percebida, se converte em desvio, em destrutividade.

Se alguma crítica se pode fazer à proposta de Newman, é que não pode ser puramente arquitetônica. A proteção do espaço é nada sem que algum grupo, associação ou comunidade venham a assumir uma responsabilidade pelo espaço e seus usos, sua fiscalização, seu controle. Ora, é precisamente essa idéia de responsabilidade social que se acha hoje, por toda parte, em crise. Newman dá grande importância ao cidadão e, se a cidadania é um conjunto de direitos e deveres, não podemos deixar de perceber que a balança hoje pende mais para os primeiros que para os segundos. Generalizada hoje a omissão — dos pais no controle das crianças, dos usuários pela manutenção dos serviços e equipamentos, dos moradores pelos espaços habitados ou utilizados. A grande crise da identidade urbana parece ser o problema maior do nosso tempo e de sua solução parece depender, entre outras coisas, a prevenção do vandalismo.

Em uma escola pública permanentemente vandalizada por seus próprios alunos nos fins de semana, um diretor inteligente resolveu o problema confiando sua preservação aos pupilos, o que acabou com as depreciações. E, não temos dúvida, que a descaracterização da unidade social da turma, pelo sistema de créditos, introduzido nas universidades — sem entrar aqui no mérito do sistema — acarretou grande mobilidade na composição do grupo discente, cujos membros perdem todo relacionamento permanente e descaracterizou o grupo, levando a pixações, *graffiti* e até destruição, ou, pelo menos indiferença à conservação do material e dos equipamentos escolares.

Donde se conclui que as medidas repressivas e policiais, de raio curto e mais curto fôlego — embora necessárias no imediatismo e na premência das crises destrutivas não resolvem o problema essencial do vandalismo que pede uma restauração do sentido grupal e da vida comunitária, no dia-a-dia tumultuário, opressivo e violento de nossas cidades.

(38) Henk van Aniel, *Crime prevention that works*, The Hague, 1988, pp. 11-12. Para um programa holandês de repressão e prevenção do vandalismo, ver M. Kruissink, *The Hait program: diversion of juvenile vandals*, Ministério da Justiça, Boletim 1, Haia, 1990, *passim*.

ANEXO

<i>Tipos</i>	<i>Natureza</i>	<i>Alvos e Cenários</i>	<i>Agentes</i>	<i>Meios de Ação</i>	<i>Motivação</i>
I. PRÉ VANDÁLICO	Desvio, condutas anti-sociais, pré-criminosas, infantis regressiva molecagem etc.	Vidraças telhas, árvores, animais, bebedouros e banheiros públicos carteiras e instalações escolares salas de espetáculos muros, paredes, jardins, parques etc.	Crianças indivíduos grupos não imputáveis adultos (raro)	Instrumentos contundentes, cortantes, tinta indelével etc.	Egoística, lúdica, competitiva (proeza) retaliativa
II. VANDALISMO PURO (destrutivismo) Subtipos 1. Depredação 2. Destruição de objeto de valor artístico ou arqueológico 3. Desfiguração 4. Fixação (grafiti) 5. Iconografia 6. Sabotagem 7. Sabotagem industrial etc.	Destruição como fim	Idem Casas e jardins máquinas e instalações industriais, museus, bibliotecas, salas de espetáculos estradas, meios de transporte público estações, hospitais abrigos, orelhões, luminárias sítios arqueológicos e históricos monumentos parques, zóos, áreas comuns de edifícios, conjuntos habitacionais etc.	Adolescentes, jovens adultos, adultos (predominantemente sexo masculino) em grupos, bandas ou multidões vinculados a papéis institucionais, usuáries ou anônimos	Idem ferramentas, máquinas, armas, fogo, meios químicos	Egoística lúdica, competitiva (proeza) demonstrativa, ideológica vindicativa
III. ACIDENTAL ou SECUNDÁRIO	Roubo Arrombamento Saque	Depósitos de bens ou valores, museus, sítios históricos ou arqueológicos, bibliotecas etc.	Indivíduos ou bandas, profissionais e especialistas do crime multidões	Instrumentos, ferramentas	Apropriativa lucrativa necessidade

Dois Momentos Decisivos na Vida de Rui Barbosa

RUBEM NOGUEIRA

Professor Titular na Universidade Católica
da Bahia. Do Instituto dos Advogados
Brasileiros

“O destino de cada qual é, a um tempo,
sua maior delícia.”

ORTEGA Y GASSET

I — *Um improviso triunfal*

Foi inicialmente desfavorável a impressão causada, de modo particular, aos Delegados das grandes potências reunidas a partir de 15 de junho de 1907, em Haia, na Segunda Conferência da Paz, pelo Embaixador e Primeiro Delegado do Brasil. Incomodava-os sua assiduidade aos trabalhos das quatro Comissões, procurando inteirar-se de todas as pautas e — o que lhes parecia uma impertinência — não se omitindo em nenhum relevante debate de matéria jurídica, quando era preciso fixar a posição brasileira. Uma testemunha presencial dos fatos informa: “Nos trabalhos da Conferência se passaram em revista todos os aspectos mais delicados e controvertidos do Direito Internacional, à luz de novos princípios fundamentais e no sentido dos interesses gerais da humanidade. E Rui não deixou de se ocupar a fundo de uma só das questões trazidas à discussão, apresentando emendas e substitutivos e os defendendo amplamente, com erudição e proficiência” (1).

O preconceito de superioridade de certas raças e da invencibilidade de certos impérios parecia persistir ainda vivo naquele ambiente. A men-

(*) Trabalho lido na Academia de Letras da Bahia a 5 de novembro de 1990.

(1) Rodrigo Otávio — “Minhas Memórias dos Outros” — Nova Série — 1979 — Capítulo VII.

talidade dominante ali era que a países quase desconhecidos ou de inexpressiva importância militar não assentava bem a pretensão de debatedor de assuntos próprios de povos ricos, como guerra, rearmamento e assemelhados. Deram para lhe não prestar atenção aos discursos. Cavaqueavam ou liam jornais enquanto o *Dr. Verbosa* falava. Sim, foi esta a etiqueta que lhe pregaram, certos, quem sabe, de vê-lo acabar de uma vez por todas com a obstinação de analisar serena e profundamente os assuntos mais caros às nações poderosas.

Mas isso durou poucas semanas, antes que o Primeiro Delegado do Brasil se alinhasse entre as duas ou três principais figuras da Conferência. A reviravolta, a esse respeito, teve início no incidente de 12 de julho de 1907, ocorrido entre Mr. De Martens, Presidente da 4.^a Comissão, e o Chefe da Delegação do Brasil, que tinha assento à sua direita por ser Presidente de Hora da Primeira Comissão.

Nesse dia, Rui Barbosa leu um discurso, não extenso, onde examinou o melindroso tema da conversão de navios mercantes em vasos de guerra. Isto, segundo disse, equivalia à eliminação do art. 1.^o da Declaração de Paris de 1856, subscrita pelo Brasil, a qual abolia o curso — uma *conquistadora*, frisou bem o orador. Ao salientar o dever de se não admitirem inovações capazes de pôr em risco os resultados acumulados no intuito de melhorar a guerra sujeitando-a, dentro dos limites do possível, às regras do direito, admitiu que a restauração do curso era um perigo. Esta proposição não seria grata às grandes potências navais da época. “Não tendo meio de me opor à consagração deste perigoso instrumento de guerra”, concluiu, “meus votos são que adotemos as garantias mais estritas contra a desnaturação de que ele é suscetível”.

No exórdio de sua oração havia aludido ao título, dado àquela Conferência, de *Parlamento das Nações*, o que o levou a afirmar ser da essência dos parlamentos o não se limitarem a votar, mas discutirem com a liberdade mais ampla da palavra. “A palavra — advertiu — não faz mal ainda quando extravasa (. . .). Nos países onde se desconfia da palavra e por isto ela é proscrita, nunca se chega a um acordo e os antagonismos se tornam irredutíveis. Nos países onde incessantemente se agita a discussão, como na Inglaterra, nos Estados Unidos, sempre se pode chegar a um acordo e não existem problemas insolúveis. Não me leveis pois a mal se procedo em harmonia com a idéia que faço desta representação do mundo civilizado, quando a encaro segundo a denominação adotada, como o parlamento dos povos, ampliando um pouco os limites de apreciação desta matéria, na aparência tão estreitos”. E sentou-se em meio ao total silêncio do auditório.

De Martens, 2.^o Delegado do autocrático império czarista, ou não gostou ou não entendeu o liberal pensamento do Chefe da Delegação Brasileira. “Na presidência da Comissão, dava impressão de um mestre-escola, impertinente, severo e áspero, dirigindo uma classe de meninos”. E reagiu conforme o seu temperamento, imediatamente após haver o orador voltado

a sentar-se. “O discurso — disse com enfado — será impresso e inserto na ata. Adverte porém que a política deve ser excluída das deliberações da Comissão, por não se compreender no programa russo, que as potências aprovaram, e a circular do governo russo declarou formalmente que a política não é da alçada da Conferência” (2).

Estrugiram aplausos gerais.

Que significava aquilo? Uma censura ao jurista? Uma repreensão ao Embaixador e Primeiro Delegado do Brasil?

A resposta foi instantânea, adequada e demolidora, mas o Senhor De Martens reconheceria a falta cometida, e por fim se rendeu à grandeza de Rui Barbosa, a quem pouco mais tarde escreveria: *Je suis heureux d'avoir trouvé auprès de Votre Excellence un si sympathique accueil, et je compte sur votre puissant appui à l'avenir. Eis aí. Sinto-me feliz por ter encontrado junto a Vossa Excelência um acolhimento tão simpático, e conto com o seu poderoso apoio no futuro.*

Em verdade o impróprio despacho verbal de Frederico De Martens caiu como um raio no plenário da reunião daquela manhã chuvosa de 12 de julho. Para Rui Barbosa foi um choque, *um terrível choque* — como diria anos depois. Mais do que isso: *Foi o momento mais crítico de toda a minha carreira*, reconheceu um dia (conferência de 17 de fevereiro de 1910, em juiz de Fora). Mas, sublinhou, *desse terrível choque, desse momento crítico* “resultou imediatamente uma corrente nova nas impressões da Conferência a meu respeito”. Tudo graças à improvisação de sua réplica a De Martens mal este acabara de dizer a palavra final de seu agressivo despacho.

Esse fato histórico, verdadeiramente singular na vida das assembleias internacionais, assinala o momento preciso em que o Embaixador brasileiro conquistou para sempre a admiração e o respeito das 44 nações representadas em Haia. Ele contém uma quantidade de grandeza que nos enobrece, e por isso merece lembrado, embora pelo pobre intermédio destas minhas apagadas palavras.

Rui Barbosa venceu com uma oração verdadeiramente improvisada, em língua estrangeira, num país de seculares tradições de alto saber filosófico, científico e artístico, sob forte emoção e ante uma assembleia de celebridades jurídicas dos países cultos, onde “todos os discursos eram lidos”. Momento raro que a história dos grandes homens recolhe.

O improviso genuíno, penso eu, importa na criação instantânea da idéia e de seu revestimento vocabular. Talvez raramente isso ocorra. Na maioria das vezes só a modelagem, a forma verbal torna-se objeto de

(2) *Deuxième Conférence de La Paix — Actes et Discours de M. Rui Barbosa* — La Haye, 1907, pp. 53-60.

elaboração repentina, mas não a idéia, já memorizada pelo seu autor. Conhecem-se casos impressionantes da segunda espécie, como os de alguns discursos dos irmãos Mangabeira, ou o do então chanceler Francisco Clementido de San Tiago Dantas, na Polônia, em 1962, ao receber o título de doutor *honoris causa* da Universidade de Cracóvia. Segundo relato de um de seus companheiros de comitiva oficial a mim feito, minutos antes de levantar-se para agradecer a honraria foi o ministro brasileiro surpreendido pela informação de que a tradição universitária do país impunha, em tais ocasiões, discursos lidos. Diante do imprevisto, pediu que lhe trouxessem imediatamente uma folha em branco de papel ofício. E foi nela que o grande orador “leu”, em francês, o seu agradecimento. Sem dúvida, aí o discurso já devia estar mentalmente preparado ou pelo menos o homenageado já lhe teria pensado as idéias básicas, deixando para o momento a composição da frase.

Em Haia, ao contrário, o Embaixador do Brasil foi colhido de surpresa pela desdenhosa hostilidade da advertência do 2.º Delegado russo, com a qual a ninguém, e muito menos a ele, convidado munido de credencial de Embaixador de nação amiga, seria dado contar. Mal porém De Martens calou-se, Rui Barbosa, num átimo, pediu a palavra, ergueu-se e produziu uma resposta do mais alto nível. Deu-se aí o improviso legítimo, na criação súbita do pensamento e do invólucro literário.

Batista Pereira, segundo Secretário da Delegação, no exato instante em que seu chefe se erguia, correu, “com um frio na espinha”, a postar-se por detrás de sua cadeira, na expectativa do pior, pois Rui estava pálido e de tal maneira abalado pela reprimenda do presidente da Comissão, que disse: “Je demande la *parôle*”, em vez de *parole*. Batista Pereira ainda não se havia integrado na família de Rui Barbosa, e o que ele narra sobre a ocorrência é uma página verdadeiramente honrosa para o escritor, a quem devemos admiráveis trabalhos acerca da vida e da obra de Rui Barbosa. Mas quero louvar-me, agora, em depoimento, aliás de todo coincidente, de outra testemunha ocular do fato — o Primeiro Secretário da Delegação Brasileira, Rodrigo Otávio de Langaard Menezes, para dar-vos uma idéia exata da verdade do extraordinário episódio.

Rodrigo Otávio nada devia a Rui. Estava na Europa a passeio, quando o Barão do Rio Branco lhe comunicou por telegrama que o escolhera para o cargo e o nomeara. Quatorze anos antes, isto é, em 1893, nas ações de reparação civil ajuizadas pelo advogado Rui Barbosa em favor de professores vitalícios e militares vítimas de atos inconstitucionais de Floriano Peixoto, tinha sido Rodrigo Otávio o seu *ex-adverso*, como Procurador da República. Na Conferência, o Embaixador e Primeiro Delegado do Brasil o tratara secamente nada lhe pedindo, de coisa nenhuma o incumbindo. Dez anos mais tarde entestar-se-iam novamente, nos autos da questão entre o Estado de Minas Gerais, que Rui defendia, e o médico Dr. Américo Werneck, arrendatário da estância hidro-mineral de Lambari,

cujo patrono foi Rodrigo Otávio. Desse litígio, crivado de sutis teses jurídicas, que Rui perdeu em duas instâncias, ficaram-lhe algumas mágoas pessoais do colega, e por isto ao escrever posteriormente suas *Memórias dos Outros* Rodrigo Otávio declara achar que Rui morreu zangado consigo. Estas coisas são aqui recordadas apenas para pôr em destaque a imparcialidade do depoimento de Rodrigo Otávio sobre o ocorrido entre De Martens e Rui Barbosa. As palavras do 2.º Delegado russo causaram a quantos as escutavam um pasmo indizível.

Quando, dentro do mais profundo silêncio, “Rui se levantou e pediu a palavra, como que impelido por uma força incoercível” — narra o memorialista — “eu estava na sala, levantei-me também e foi esse um dos momentos de mais viva emoção de minha vida. Senti que uma grande cena ia se passar e era o nome do Brasil, o prestígio do Brasil, a honra do Brasil que estavam em causa. Martens, ao lado de Rui, mantinha a cara amarrada e mostrava, de princípio, manifesto nervosismo. E Rui, pequeno, humilde, com voz sumida, que depois se elevou e se tornou clara, começou a proferir esse discurso que foi, por certo, a peça oratória mais notável que a Conferência ouviu e lhe proporcionou o seu momento de maior brilho intelectual.”

De Martens não compreendera certamente o pensamento do Embaixador brasileiro nas considerações gerais introdutórias por ele feitas ao discursar sobre a transformação dos navios mercantes em vasos de guerra, matéria jurídica de sutil condicionamento político. Rui Barbosa havia incurcionado na área do que os jusfilósofos de hoje chamam *a dimensão política do Direito*. Ele tivera, em momento tão decisivo de sua existência, a intuição de um problema que atualmente é objeto de reflexões dos mestres da Filosofia do Direito.

Na resposta instantânea à despropositada censura do 2.º Delegado russo, distinguiu entre a política vedada à Conferência e a que não lhe era proibida, e desenvolveu a idéia antes apenas incidentalmente referida da natureza essencialmente política de alguns temas daquele *Parlamento das Nações*, “a política encarada como ciência, a política estudada como história, a política explorada como regra moral”.

Passou a apreciar casos. “Porventura quando a Rússia contemplava a redução dos armamentos no programa da primeira Conferência, porventura quando o governo do Czar fazia desta só idéia o objeto do programa primitivo da Conferência de 1899, porventura quando outras potências agora anunciavam propor-lhe a inclusão no programa da Conferência atual, não nos convidavam a entrar a fundo na política?” E a elaboração das leis? “Desde o momento em que se cogita de elaborar leis, domésticas ou internacionais, o que antes de mais nada releva inquirir, no que respeita a cada projeto, é a possibilidade, a necessidade, a utilidade do alvitre, diante da tradição, do estado atual dos sentimentos, das idéias e dos interesses, que animam os povos, que regem os governos. E no entanto não é política tudo

isso?” E a soberania? “Não há nada mais eminentemente político, debaixo do céu, que a soberania. Não há nada mais resolutamente político do que pretender traçar-lhe limites. Não será, portanto, política da mais declarada e franca o que estais fazendo, quando procurais alçar, com o arbitramento obrigatório, uma barreira ao arbítrio das soberanias?”

As nações representadas na Conferência, quando deliberavam, adotavam, recusavam ou transigiam, tinham por detrás a política dos seus governos como causa, inspiração, motor dos seus atos. “A política — acentuou — é a atmosfera dos Estados. A política é a região do Direito Internacional. De onde emana todo ele, senão da política? São as revoluções, são as guerras, são os tratados de paz que elaboram lentamente esse grande corpo do direito das nações” (.....) Por outro lado: “A política é que transformou o direito privado, revolucionou o direito penal, instituiu o direito constitucional, criou o direito internacional. É o próprio viver dos povos, é a força ou o direito, é a civilização ou a barbárie, é a guerra ou a paz. Como, pois, subtraí-la a uma assembléa de homens livres, congregados ao começar do século XX, para imprimirem a forma convencional ao direito das nações? Como, se esse direito e a política se confundem? Talvez só por constituirmos aqui apenas uma assembléa diplomática? Mas a diplomacia outra coisa não é que a política, sob a mais delicada, a mais fina, a mais elegante das suas formas. Aqui está porque, senhores, me vejo obrigado a concluir, no fim de contas, que, cortar-nos de todo em todo o contato com a política, seria impor-nos o impossível, e o que então se nos impediria era o próprio uso da palavra” (3).

Um experiente e culto professor de Ciência Política ou de Direito Constitucional possivelmente não ministraria de sua cátedra sobre essa matéria melhor lição. “Depois desse incidente — afirma Rodrigo Otávio — já não eram proferidas em vão quaisquer palavras que Rui pronunciasse. Todos se aproximavam para ouvi-lo melhor e, daí até o fim dos trabalhos, seu prestígio aumentava e se consolidava, crescendo de tal modo que acabou se impondo à admiração de seus pares”.

II — *Uma grande acusação*

Outro momento decisivo de sua vida ocorreu num episódio que embora não referido por seus biógrafos ou críticos, se revestiu de extrema gravidade, envolvendo Rui Barbosa diretamente com o presidente do Supremo Tribunal Federal.

Homem de ação política, mas também profissional do foro e, o que mais importava, dependente do rendimento de sua banca de advogado para acudir aos compromissos familiares, sociais e culturais, sempre de elevado nível, todas as conveniências em regra respeitadas na vida de relação

(3) *Deuxième Conférence de La Paix* — cit., pp. 60-66.

estariam a aconselhá-lo a não se envolver naquele melindroso caso. A verdade é que vivia principalmente dos honorários percebidos como patrono de causas judiciais, jurisconsulto e consultor jurídico de empresas, aos quais se somavam os subsídios parlamentares. Ganhava bem, é certo, mas não tinha capital. Haja vista este pormenor altamente elucidativo: todo o seu patrimônio, ao morrer, reduzia-se à mansão da Rua São Clemente, uma caruagem, um automóvel e uma biblioteca imensa, constituída ao longo de mais de meio século de vida pública. Tudo isso avaliado oficialmente não atingiu a três mil contos de réis, fortuna que qualquer fazendeiro, comerciante ou industrial médio da época teria. Foi aliás essa a importância paga, em apólices da dívida interna, após a sua morte, pelo Governo federal, ao adquirir-lhe a casa, a mobília, o arquivo, a biblioteca e a propriedade intelectual de todas as obras.

Contudo, ao apanhar o presidente do Supremo Tribunal Federal em gravíssima falta funcional, não vacilou um instante em cumprir o "melindroso dever" de assumir a tribuna do Senado Federal e acusá-lo em termos, embora "com o mais profundo pesar", pois naquele ano de 1905 tinha ajuizado ante o Supremo Tribunal Federal a maior questão judicial de toda a sua carreira profissional — a do Estado do Amazonas, cujo patrono ele era, contra a União, reivindicando o Território do Acre.

O alto magistrado a quem imputava a autoria de crime de responsabilidade estaria sujeito a processo e julgamento pelo Senado Federal. Sentia-se assim no dever de não silenciar. Em três discursos analisou o ilícito atribuído ao Ministro Olegário Herculino de Aquino e Castro, que não era seu desafeto, contra quem nada pessoalmente opunha, antes pelo contrário, até havia intervindo junto ao Marechal Deodoro na hora de nomeá-lo para o Supremo Tribunal. O fato, sem precedente conhecido, fora divulgado pelo *Correio da Manhã*, com todos os elementos indispensáveis à formação de um juízo de valor. Em síntese era este: mediante *entrelinha* feita em acórdão do Supremo Tribunal por ordem de seu presidente, havia-se alterado o texto da sentença, acrescentando-se-lhe referência a juros de mora considerados não devidos por não constarem da decisão (cerca de quarenta contos de réis). Denunciada publicamente a ocorrência, o ministro-presidente do Tribunal confirmou-o, embora sob a alegação de que a *entrelinha* tivera por fim sanar uma omissão e fora feita de acordo com o *relator* e o *revisor*.

Contudo, o Ministro Aquino e Castro tentou justificar-se, alguns jornais accorreram em sua defesa, o próprio Supremo Tribunal Federal, possivelmente constringido e saindo um pouco de sua esfera de atuação, votou moção de solidariedade ao seu presidente. Mas nada disso obscurecia a conduta anômala do Ministro Aquino e Castro, porquanto uma vez declarado o resultado, a sentença é imutável. *Aposto a minha honra de jurisconsulto, de homem* — bramiu Rui no Senado — *aposto a minha honra de jurisconsulto, de homem, que não há um jurista digno deste nome, neste País ou fora*

dele, que admita aos membros de um tribunal coletivo o direito de corrigir sentença por meio de entrelinhas.

A aposta estaria ganha, visto que à luz da ciência do processo era inquestionável a singela premissa do seu raciocínio anteriormente exposto ao Senado:

“A sentença não é um ato do presidente do tribunal, não é um ato dos juízes, relator ou revisores do feito, é um ato do tribunal inteiro, é um ato em que o tribunal inteiro delibera e que só por deliberação do tribunal inteiro pode ser alterada.”

Ao concluir o seu primeiro discurso submetera Rui ao Senado uma Indicação, pedindo fosse ouvida a Comissão de Justiça e Legislação para dizer, à vista de sua denúncia, com os elementos probatórios a ela anexos, “se seria ou não o caso de sujeitar-se o ministro-presidente do STF a processo por crime de responsabilidade, em obediência a texto explícito da Constituição (art. 57, § 2.º)”.

A Comissão de Justiça e Legislação, em extenso parecer de 28-12-1905, quanto ao principal, deu razão a Rui Barbosa, firmando esta declaração de princípio:

“Não pode ser objeto de contestação que sentença lavrada e assinada, ainda mesmo que deixe de exprimir a verdade da decisão proferida, só pode ser alterada, modificada ou completada pelos trâmites prescritos nas leis processuais, não o podendo ser por outro modo, posto que no intuito de restabelecer a exatidão do julgado.”

Quanto à efetiva responsabilização do presidente do STF, entendeu não ser viável ante a falta de regra de procedimento para o Senado. Além disto o dispositivo constitucional invocado não era executável por si mesmo, não dava a norma reguladora do exercício daquele dever jurisdicional do Senado. O Congresso Nacional teria enfim de editar uma lei do processo de responsabilidade para todos os casos de tal natureza.

A afirmativa peremptória do parecer, reconhecendo a irregularidade, a ilegalidade e a injustificabilidade do ato praticado pelo presidente do STF, satisfiz inteiramente a Rui Barbosa. A verdade jurídica estava de seu lado. Mais uma vez cumprira a missão penosa de arauto dos valores impessoais da legalidade constitucional e sentia-se bem consigo mesmo. O que lhe ia na alma seria mais tarde traduzido nestas palavras de Ortega: *Todo ser é feliz quando cumpre o seu destino, a saber, quando obedece à linha de sua vocação de sua necessidade substancial, quando se realiza, quando, enfim, está sendo o que em verdade é* (4).

(4) Ortega y Gasset, “*Que és Filosofia?*” — Revista de Occidente, Madrid, 1988, pp. 12-13.

Pesquisa - Direito Comparado

A partir do n.º 110, a Revista de Informação Legislativa abrirá espaço para divulgação de leis estrangeiras cuja comparação com as nacionais possa parecer útil e relevante.

Iniciamos com as leis inglesas de proteção ao consumidor, gentilmente fornecidas à Subsecretaria de Edições Técnicas pela Embaixada Britânica, em Brasília, e traduzidas para o português pelos tradutores de língua inglesa do Senado Federal:

- ISTVAN VAJDA
- PATRÍCIA DE QUEIROZ CARVALHO ZIMBRES
- VANIRA TAVARES DE SOUZA

Lei de Proteção ao Consumidor, 1961

Organização das Seções

1. *Exigências de Segurança e Instruções.*
2. *Proibições quanto à venda etc. de bens que não atendam às normas constantes da seção 1.*
3. *Aplicação da seção 2.*
4. *Despesas.*
5. *Interpretação.*
6. *Revogações e Disposições Transitórias.*
7. *Título Abreviado, Início da Vigência e Abrangência.*

ADENDO

Disposições quanto à inspeção, testes e aplicação por parte das autoridades locais.

CAPÍTULO 40

*Uma lei para dispor sobre a proteção aos consumidores
(19 de julho de 1961)*

Seja decretado por Sua mui Excelente Majestade, por e com o conselho e consentimento dos Lordes Espirituais e Temporais e Comuns, neste presente Parlamento reunidos e pela autoridade do mesmo, como se segue:

1. — (1) O Secretário de Estado poderá, através de normas, impor, a respeito de qualquer classe de bens:

- (a) quaisquer exigências, seja quanto a composição ou conteúdo, desenho, fabricação, acabamento ou embalagem, ou quanto

a qualquer outro aspecto relacionado, de bens daquela classe ou qualquer de suas partes componentes que sejam, em sua opinião, necessárias para evitar ou reduzir risco de morte ou danos a pessoas;

- (b) quaisquer exigências para garantir que bens daquela classe ou qualquer de suas partes componentes sejam, do modo determinado, marcadas ou acompanhadas por qualquer advertência ou instrução determinada ou qualquer forma determinada de advertência ou instrução que, na opinião do Secretário de Estado, seja ou sejam necessárias como mencionado acima.

(2) As exigências podem ser impostas, nos termos desta seção, tanto com respeito a todos os bens de uma classe determinada, quanto com respeito a qualquer descrição determinada desses bens e de modo geral em circunstâncias determinadas, e as normas constantes desta seção podem dispor diferentemente sobre casos diferentes.

(3) As normas constantes desta seção poderão dispor que o Adendo a esta lei aplicar-se-á a bens de qualquer classe determinada nos termos desta seção ou a tais bens e a bens dos quais tais bens são partes componentes.

(4) Uma classe ou descrição de bens poderá ser determinada nos termos desta seção, mesmo que os bens sejam para uso apenas como partes componentes de outros bens (não importando se esses bens sejam ou não bens de uma classe ou descrição determinadas).

(5) Será dever do Secretário de Estado, antes de impor as normas nos termos desta seção, aconselhar-se com pessoas ou organizações de pessoas, conforme lhe parecer necessário.

(6) O poder de ditar normas conferido por esta seção será exercido através de instrumento legal que será sujeito a anulação de acordo com uma resolução de qualquer das Casas do Parlamento.

2. — (1) Sujeito às disposições desta seção, nenhuma pessoa venderá ou terá em seu poder com o propósito de venda, quaisquer bens a respeito dos quais, ou de suas partes componentes, quaisquer exigências das normas constantes da seção anterior estejam em vigor, exceto se todas as exigências das normas relativas aos bens ou a suas partes componentes forem obedecidas.

(2) Sujeito às disposições desta seção, nenhuma pessoa venderá ou terá em seu poder com o propósito de venda uma parte componente destinada, mas não incorporada em quaisquer bens, a respeito dos quais

quaisquer exigências das normas constantes da seção anterior estejam em vigor, sendo esta parte componente tal que, caso estivesse incorporada aos bens, quaisquer exigências das normas aplicáveis aos bens estariam sendo infringidas ou não obedecidas.

(3) As normas desta seção anteriormente mencionadas não se aplicarão a uma pessoa:

- (a) quando ela estiver vendendo ou, conforme for, esteja de posse, que não no curso de uma transação comercial, ou esteja atuando como agente ou como empregado do agente de uma pessoa que não estava atuando no curso de uma transação comercial em confiar a mercadoria a um agente;
- (b) quando ela tiver razão suficiente para crer que os bens ou partes componentes não serão usadas na Grã-Bretanha;
- (c) em caso de venda sob um acordo de venda a prazo, se ela, em hora nenhuma tiver estado de posse dos bens ou partes componentes e apenas tiver se tornado proprietária de tais bens por ocasião da assinatura do acordo;
- (d) quando ela estiver vendendo ou, conforme for, esteja de posse com o propósito de venda, dos bens ou partes componentes como sucata, o que quer dizer, pelo valor do material de que são feitos os bens ou partes componentes e não pelo seu uso como produtos acabados; ou
- (e) em caso de bens ou partes componentes que tenham sofrido avarias devido a incêndios ou enchentes, quando ela estiver vendendo ou, conforme for, esteja de posse com o propósito de venda, dos bens ou partes componentes para pessoa que negocie com a compra de bens avariados com o fim de consertá-los ou recondicioná-los para revenda, ou para uma pessoa por quem os bens ou partes tiverem sido segurados contra avarias.

(4) No que diz respeito a qualquer exigência relativa à fabricação de bens ou parte componente de bens, exceto se as normas constantes da seção anterior dispuserem de outro modo, as subseções (1) e (2) desta seção não se aplicarão em relação a bens ou partes componentes fabricadas antes da imposição da exigência ou, se tais normas assim dispuserem, não se aplicarão em relação a tais bens ou partes até uma data determinada.

(5) As normas constantes da seção anterior podem incluir outras isenções semelhantes da aplicação das subseções (1) e (2) desta seção, aplicáveis a casos que vierem a ser determinados, do modo que parecer ao Secretário de Estado necessário ou conveniente.

(6) Se, a respeito de bens de qualquer classe ou descrição, as normas constantes da seção anterior assim o dispuserem, as subseções de

(1) a (3) desta seção (com exceção dos parágrafos (d) e (e) da subseção (3)) aplicar-se-ão aos bens daquela classe e descrição, como se referências a vender ou a uma venda incluísssem referências a aluguel sob um acordo de arrendamento mercantil ou de locação, e a referência a uma venda sob um acordo de venda a prazo fosse uma referência a locação sob um acordo de arrendamento mercantil:

Contanto que as subseções (1) e (2) desta seção não se apliquem:

- (a) no caso de aluguel mediante locação, quando o aluguel for acessório ao aluguel de prédios;
- (b) no caso de posse com o propósito de aluguel mediante locação, quando a posse tiver como propósito um aluguel que for acessório ao aluguel de prédios;
- (c) em qualquer caso de aluguel, quando o aluguel tiver sido legal por ocasião de seu início.

3. — (1) Qualquer obrigação imposta por ou em virtude da seção precedente a qualquer pessoa a não vender, alugar ou estar de posse de quaisquer bens ou partes componentes consiste em dever seu perante qualquer outra pessoa que possa ser afetada pela infração ou desobediência da exigência em questão e o não-cumprimento desse dever é passível de sofrer ação judicial (sujeito às defesas previstas em lei e a outros eventos aplicáveis a ações por quebra de dever prescrito em lei).

(2) Qualquer pessoa que infringir a seção precedente será culpada de delito e passível, mediante condenação sumária, a multa não superior a cem libras ou, em caso de um segundo ou subsequente delito, a multa não superior a duzentos e cinqüenta libras ou a prisão por um período não superior a três meses ou a ambas:

Contanto que uma pessoa não seja condenada por delito nos termos desta seção, por razão de infração ou desobediência a qualquer exigência imposta pela seção 1 desta lei relativa aos bens ou parte componente em questão, se essa pessoa provar ter tido motivos para crer que tais exigências foram cumpridas.

(3) Quando ficar provado que um delito, nos termos desta seção, cometido por uma pessoa jurídica, foi cometido com o consentimento ou cumplicidade de qualquer diretor, gerente, secretário ou outro funcionário similar da organização, ou puder ser atribuído à negligência de sua parte ou de qualquer pessoa pretendendo agir em seu lugar, essa pessoa, assim como a organização, serão consideradas culpadas do delito.

Nesta subseção, a expressão “diretor”, relativa a qualquer pessoa jurídica estabelecida por ou nos termos de qualquer ato com valor legal, com o objetivo de operar qualquer indústria ou parte de indústria ou

empreendimento de propriedade nacional, cujos negócios sejam conduzidos por seus membros, significa um membro dessa pessoa jurídica.

4. — Qualquer aumento atribuível a esta lei de quantias concebidas a título de Concessão de Deficiência de Tarifas (Rate Deficiency Grant) ou Concessão de Equalização do Ministério das Finanças (Exchequer Equalisation Grant) sob legislação relacionada com o governo local na Inglaterra, País de Gales ou na Escócia, será reembolsada com verbas providas pelo parlamento.

5. — Nesta lei, as seguintes expressões têm o seguinte significado:

“Lei de 1932” significa a Lei de Arrendamento Mercantil e Pequenas Dívidas (Escócia) de 1932, emendada pela Lei de Arrendamento Mercantil de 1954;

“parte componente” inclui os acessórios;

“acordo de venda a crédito” significa um acordo para a venda de bens no qual a totalidade ou parte do preço de compra é pagável em prestações, exceto que, no que se refere à Escócia, aí não se inclui um acordo de venda sob um contrato ao qual a lei de 1932 se aplique;

“acordo de arrendamento mercantil”, no que diz respeito à Inglaterra e País de Gales, tem o mesmo significado que na Lei de Arrendamento Mercantil de 1938 e, no que diz respeito à Escócia, significa um contrato ao qual a lei de 1932 se aplique; e, no que diz respeito à Escócia, referências ao aluguel sob um acordo de arrendamento mercantil e a um locatário submetido a tal aluguel incluirão referências a um acordo de venda nos termos de um contrato semelhante ao acima mencionado e a um comprador submetido a um tal contrato, respectivamente;

“danos a pessoas” inclui doença ou incapacidade;

“determinado” significa determinado pelas normas constantes da seção 1 desta lei.

6. — (1) Sujeitos às seguintes disposições desta seção, a Lei dos Equipamentos de Calefação (grades protetoras de lareira) de 1952 e a Lei dos Queimadores de óleo (Padrões) de 1960, ficam revogados.

(2) Com respeito a bens das classes seguintes, quer dizer, aquecedores a gás, aquecedores elétricos, aquecedores a óleo e partes componentes de aquecedores a óleo, esta lei será aplicada como se:

(a) quaisquer normas impostas pela citada lei de 1952 ou pela citada lei de 1960 e em vigor antes da vigência desta lei tivessem sido impostas pela seção 1 desta lei e

- (b) referências constantes de qualquer dessas duas leis a quaisquer tais, normas ou quaisquer disposições daquelas leis fossem referências a esta lei ou à disposição correspondente dela constante,

e qualquer tal norma poderá ser modificada ou revogada nessa conformidade.

(3) A não ser que a exceto no que as normas constantes da seção 1 desta lei de outra forma dispuserem:

- (a) as sub-seções (1) a (3) da seção 2 desta lei aplicar-se-ão em relação a bens da classe mencionada sujeita às extensões de abrangência especificadas na subseção (6) daquela seção, sem prejuízo das disposições da mencionada seção (6);
- (b) O Adendo a esta lei aplicar-se-á em relação a bens daquelas classes, mas como se o § 7.º estabelecesse que “autoridade local” significa, no que diz respeito à Inglaterra e País de Gales, o conselho de uma região administrativa de condado, de uma região administrativa de distrito e de uma região administrativa metropolitana, ou o “Common Council of the City of London” e, no que diz respeito à Escócia, um conselho de condado ou cidade.

7. — (1) Esta lei poderá ser citada como a Lei de Proteção ao Consumidor, 1961.

(2) Esta lei entrará em vigor após o término do período de um mês a contar do dia de sua aprovação.

(3) Esta lei não se estenderá à Irlanda do Norte.

ADENDO

Disposições sobre a Inspeção, Testes e Aplicação da Lei pelas Autoridades Locais

1. — (1) Sujeito às disposições deste Adendo, um funcionário de uma autoridade local, portando autorização por escrito dessa autoridade para assim agir e mostrando essa autorização, se solicitado, poderá inspecionar quaisquer bens aos quais este Adendo se aplique, com o propósito de determinar:

- (a) se os bens ou quaisquer de suas partes componentes são bens aos quais se aplicam as exigências determinadas e
- (b) se assim for, se essas exigências estão sendo cumpridas.

(2) Sujeito às disposições deste Adendo, um funcionário de uma autoridade local portando autorização por escrito dessa autoridade para assim agir e mostrando essa autorização, se solicitado, poderá inspecionar parte componente destinada mas não incorporada a quaisquer bens aos quais este Adendo se aplique com o propósito de determinar:

- (a) se está dentre aquelas às quais as exigências determinadas se aplicam e, se assim for, se essas exigências estão sendo cumpridas;
- (b) se é uma das que é necessário inspecionar, de modo a decidir se qualquer das exigências determinadas aplicáveis a bens que a compreendem estaria sendo cumprida se tal parte estivesse incorporada nos bens e, nesse caso, se essas exigências estariam então sendo cumpridas.

2. Uma autoridade local poderá, sujeita às disposições deste Adendo, adquirir quaisquer bens com o propósito de submetê-los a testes a fim de decidir se qualquer das exigências determinadas aplicáveis aos bens ou a suas partes componentes está sendo cumprida ou, no caso de bens que sejam partes componentes, se qualquer das exigências determinadas aplicáveis aos bens às quais elas se destinam estariam sendo cumpridas se as partes estivessem incorporadas aos bens.

3. As normas constantes da seção 1 desta lei poderão dispor que, em casos que forem determinados, qualquer dos testes mencionados no parágrafo anterior será aplicado, às custas da autoridade local, por pessoa ou organismo que venha a ser autorizado, nos termos das normas, a aplicar o teste e poderá determinar a maneira pela qual o teste mencionado no parágrafo anterior será aplicado.

4. Um funcionário de uma autoridade local não poderá, em virtude do parágrafo 1 deste Adendo, inspecionar quaisquer bens ou parte componente e uma autoridade local não poderá, em virtude do parágrafo 2 deste Adendo, adquirir quaisquer bens ou parte componente, a não ser que os bens ou partes componentes sejam mantidas na sua jurisdição para o propósito de serem vendidas ou alugadas no curso de uma transação comercial.

5. — (1) Uma pessoa que intencionalmente obstrua qualquer pessoa no exercício de seus poderes nos termos do parágrafo 1 deste Adendo será culpada de delito e passível de condenação sumária a multa não superior a vinte libras.

(2) A subseção (3) da seção 3 desta lei aplicar-se-á em relação a um delito, nos termos deste parágrafo, do modo como ela se aplica em relação a um delito nos termos daquela seção.

6. Uma autoridade local na Inglaterra ou no País de Gales poderá instaurar um processo por delito nos termos desta lei, cometido na área de sua jurisdição.

7. Neste Adendo, "autoridade local", no que diz respeito à Inglaterra e País de Gales, significa uma das seguintes autoridades, quer dizer, os conselhos de condados, regiões administrativas de condados, distritos de condados e regiões administrativas metropolitanas e o "Common Council of the City of London", como for determinado (tanto em geral quanto para descrições específicas de áreas) por normas constantes da seção 1 desta lei relativas aos bens em questão e, no que diz respeito à Escócia, significa um conselho de condado ou cidade, como for determinado.

Quadro de leis mencionadas nesta lei

<i>Título abreviado</i>	<i>Secção e Capítulo</i>
Lei de Arrendamento Mercantil e Pequenas Dívidas (Escócia), 1932	22 & 23 Geo. 6. c. 53.
Lei de Arrendamento Mercantil de 1938	1 & 2 Geo. 6. c. 53
Lei dos Equipamentos de Calefação (Grades Protetoras de Lareira), 1952	15 & 16 Geo. 6. & 1 Eliz. 2. c. 42
Lei de Arrendamento Mercantil, 1954	2 & 3 Eliz. 2. c.51
Lei dos Queimadores de Óleo (Padrões) 1960	8 & 9 Eliz. 2. c. 53

Lei de Segurança do Consumidor, 1978

CAPÍTULO 38

Organização das Seções

1. *Normas de segurança com respeito a bens.*
2. *Delitos contra as normas de segurança.*
3. *Ordens e avisos para proibir o fornecimento de bens ou advertir sobre perigos provenientes dos bens.*
4. *Autoridade para obter informações.*
5. *Aplicação da lei.*
6. *Responsabilidade civil.*
7. *Suplemento.*
8. *Despesas, etc. e relatórios.*
9. *Interpretação.*
10. *Revogações e disposições transitórias.*
11. *Aplicação à Irlanda do Norte.*
12. *Título abreviado e início de vigência.*

ADENDOS

- Adendo 1 — Ordens de proibição, avisos de proibição e avisos de advertência.*
- Adendo 2 — Aplicação da lei.*
- Adendo 3 — Revogações.*

ELIZABETH II

Lei de Segurança do Consumidor de 1978

CAPÍTULO 38

Uma lei para estabelecer disposições suplementares com respeito à segurança dos consumidores e outras pessoas afetadas (20 de julho de 1978)

Seja decretado por Sua mui Excelente Majestade, por e com o conselho e consentimento dos Lordes Espirituais e Temporais e Comuns, neste presente Parlamento reunidos, e pela autoridade do mesmo, como se segue:

1. — (1) O Secretário de Estado pode estabelecer normas contendo disposições que tenham sido autorizadas pelas subseções (2) e (3) desta seção, conforme for por ele considerado apropriado, com o objetivo de

assegurar que os bens sejam próprios para uso ou que as informações adequadas a respeito de bens sejam fornecidas e que as informações inadequadas não sejam fornecidas; e as normas relativas a esta subseção são doravante referidas nesta lei como “normas de segurança”.

(2) As normas de segurança podem conter disposições:

- (a) relativas à composição, ou conteúdo, desenho, fabricação, acabamento ou embalagem de bens, ou relativas a outras questões referentes a bens;
- (b) que exijam que os bens estejam de acordo com alguma norma técnica ou padrão específico ou que sejam aprovados ou sejam de um tipo aprovado por uma certa pessoa, ou que exijam fornecimento de informações, e determinem a maneira como tais informações devam ser fornecidas, objetivando indicar que os bens estão de acordo com a norma ou são aprovados ou são de tal tipo;
- (c) com respeito a normas técnicas e padrões para bens (que podem constar das normas de segurança, ou normas técnicas e padrões, no todo ou em parte, cujas especificações tenham sido publicadas por qualquer pessoa no Reino Unido ou em outra parte) e com respeito à aprovação periódica por parte do Secretário de Estado, para qualquer propósito das normas de segurança, de normas técnicas e padrões, no todo ou em parte, dos quais se tenham publicado especificações;
- (d) com respeito à concessão, recusa, alteração e cancelamento de aprovações para bens ou tipos de bens, com respeito às condições e alteração das condições que podem ser anexadas a tais aprovações, bem como as taxas que podem ser cobradas pelas mesmas, e com respeito a recursos contra recusas, alterações e cancelamento de tais aprovações e contra as condições e alterações de condições de tais aprovações;
- (e) com respeito ao teste e inspeção de bens, para determinar a maneira pela qual e a pessoa por quem será realizado qualquer teste ou inspeção exigido pelas normas de segurança, e para determinar as normas técnicas e padrões a serem aplicados na realização de tal teste ou inspeção;
- (f) com respeito às formas de tratar dos bens dos quais alguns ou todos não satisfaçam o teste exigido pelas normas de segurança ou por uma norma técnica ou padrão estabelecido por um procedimento ali determinado;
- (g) para exigir que uma advertência ou instruções ou outras informações relativas aos bens sejam assinaladas nos mesmos ou os acompanhem, ou sejam fornecidas de alguma outra maneira com relação aos bens, e para assegurar que as in-

formações inadequadas com relação a eles não sejam fornecidas seja através de marcas enganosas ou por outros meios;

- (h) que proíbam pessoas de fornecer, ou de se oferecerem para fornecer, concordarem em fornecer, exporem ou possuírem para fornecimento, bens que o Secretário de Estado considere impróprios para uso, e bens com respeito aos quais não sejam satisfeitas as exigências destas normas;
- (i) que proíbam pessoas de fornecer, ou de oferecerem para fornecer, concordarem em fornecer, exporem ou possuírem para fornecer, bens que se destinem a serem usados como partes componentes de outros bens e que, quando usados dessa forma, façam com que os outros bens infrinjam as exigências destas normas.

(3) As normas de segurança podem:

- (a) estabelecer disposições diferentes para circunstâncias diferentes ou disposições relativas apenas a circunstâncias específicas;
- (b) estabelecer isenções de quaisquer disposições das normas;
- (c) conter disposições eventuais e complementares que o Secretário de Estado julgar apropriadas.

(4) Nos casos em que o Secretário de Estado se propuser a estabelecer normas de segurança, ele deverá, antes de estabelecê-las, consultar as organizações que julgar representativas dos interesses consideravelmente afetados por tais normas, bem como outras pessoas que considerar apropriadas e, no caso de proposta de normas relativas a bens adequados para uso no local de trabalho, ele deverá consultar a Comissão de Saúde e Segurança.

2. — (1) Quando as normas de segurança proibirem uma pessoa de fornecer, ou oferecer, ou concordar em fornecer bens, ou de expor ou possuir bens para fornecimento, tal pessoa será, de acordo com as seguintes disposições desta seção, considerada culpada de delito se infringir a proibição.

(2) Quando as normas de segurança exigirem que a pessoa que produz ou processa bens na condução de seus negócios:

- (a) realize um determinado teste ou utilize um determinado procedimento com relação à fabricação ou ao processamento de tais bens, com o objetivo de assegurar que os mesmos satisfaçam outros requisitos das normas; ou
- (b) trate ou não de uma determinada maneira uma quantidade de bens da qual o todo ou parte não satisfaça o teste ou não satisfaça as normas técnicas e padrões relativos ao procedimento,

então, de acordo com as seguintes disposições desta seção, a pessoa será considerada culpada de um delito se não cumprir as exigências.

(3) Se uma pessoa infringir uma disposição das normas de segurança que proíba a apresentação, através de uma marca ou de outra forma, de informações de um determinado tipo relativas aos bens, então, de acordo com as seguintes disposições desta seção, ela será considerada culpada de um delito.

(4) A pessoa que cometer um delito de acordo com as disposições precedentes desta seção (doravante referido nesta seção como "um delito pertinente") estará sujeita, através de condenação sumária, a prisão por um período não superior a três meses e a multa não superior a mil libras.

(5) Quando o ato de uma pessoa cometer um delito pertinente for devido a ato ou omissão de outra pessoa, essa última será considerada culpada pelo delito e poderá ser acusada do mesmo e por ele condenada, seja ou não processada a primeira pessoa mencionada.

(6) Provar que o acusado tomou todas as medidas necessárias e fez tudo o que estava ao seu alcance para evitar cometer o delito será considerado uma defesa contra uma acusação de haver cometido um delito pertinente; porém, se em qualquer caso a defesa prevista por esta subseção envolver uma alegação de que o ato de cometer o delito foi devido a ato ou omissão de uma outra pessoa, ou foi baseado em informação fornecida por uma outra pessoa, a pessoa acusada não poderá, sem a permissão da corte, ter direito a essa defesa, a não ser que, dentro de um prazo de no máximo sete dias antes da audiência, a pessoa apresente ao promotor informações em sua posse naquela ocasião que identifiquem ou auxiliem a identificação da outra pessoa.

(7) As normas de segurança podem conter disposições:

- (a) que obriguem as pessoas sobre as quais for imposta uma obrigação, em virtude da seção 5 desta lei, a observarem, no cumprimento da obrigação na medida que ela se refere a uma disposição das normas de segurança, questões especificadas em instrução expedida pelo Secretário de Estado com respeito a tal disposição;
- (b) para assegurar que uma pessoa não será considerada culpada de um delito nos termos da subseção (1) desta seção, a não ser que seja provado que os bens em questão não estão de acordo com um determinado padrão ou norma técnica;
- (c) para assegurar que não será instaurado na Inglaterra ou no País de Gales um processo por um delito pertinente, exceto pelo Secretário de Estado ou pelo Diretor da Promotoria Pública, ou com o consentimento de qualquer deles;
- (d) exceto com relação à Escócia, para possibilitar a um tribunal de pequenas causas julgar uma informação no que diz respeito

a um delito pertinente, se a informação tiver sido apresentada no prazo de doze meses a contar da data em que o delito foi cometido, e, com relação à Escócia, para possibilitar que um processo sumário por um delito pertinente seja iniciado a qualquer tempo no período de doze meses a contar da data em que o delito foi cometido;

e fica aqui declarado que a subseção (3) da seção precedente aplica-se às normas de segurança estabelecidas por esta subseção.

(8) As normas de segurança não imputarão ao seu descumprimento o caráter de delito.

3. — (1) O Secretário de Estado pode:

- (a) estabelecer ordens (doravante referidas nesta lei como “ordens de proibição”) proibindo pessoas de fornecer, ou de se oferecerem para fornecer, concordarem em fornecer, exporem ou possuírem para fornecimento:
 - (i) quaisquer bens que o Secretário de Estado considerar impróprios para uso e que estejam descritos nas ordens, e
 - (ii) quaisquer bens que tenham sido desenvolvidos para serem usados como partes componentes de outros bens e que, caso sejam assim usados, façam com que os outros bens correspondam à descrição contida nas ordens de conformidade com o subparágrafo (i) acima;
- (b) expedir um aviso a qualquer pessoa (doravante referido nesta lei como “aviso de proibição”) proibindo-a, exceto com o consentimento do Secretário de Estado e de conformidade com as condições (se houver) sob as quais for dado o consentimento, de fornecer, ou oferecer-se para fornecer, concordar em fornecer, expor ou possuir para fornecer, quaisquer bens que o Secretário de Estado considerar impróprios para uso e que estejam descritos no aviso;
- (c) expedir um aviso a qualquer pessoa (doravante referido nesta lei como “aviso de advertência”) obrigando-a a publicar, na forma, nos termos e nas ocasiões especificadas no aviso e às suas próprias custas, uma advertência sobre quaisquer bens assim especificados que o Secretário de Estado considerar impróprios para uso e que a pessoa forneça ou tenha fornecido.

(2) A Parte I do Adendo 1 a esta lei terá vigência com respeito a ordens de proibição, a Parte II do mesmo terá vigência com respeito a avisos de proibição e a Parte III terá vigência com respeito a avisos de advertência; e a subseção 3 da seção 1 desta lei aplicar-se-á tanto às ordens de proibição quanto às normas de segurança.

(3) Se uma pessoa infringir uma ordem de proibição, um aviso de proibição ou um aviso de advertência, ela será considerada culpada de um delito, e estará sujeita, através de condenação sumária, a prisão por um período de até três meses e a multa de até mil libras; entretanto, provar que o acusado tomou todas as medidas necessárias e fez tudo o que estava ao seu alcance para evitar cometer o delito será considerado uma defesa contra uma acusação de ter cometido um delito nos termos desta subseção.

(4) Se em qualquer caso a defesa prevista pela subseção precedente envolver uma alegação de que o ato de cometer o delito deveu-se a ato ou omissão de outra pessoa ou baseou-se em informação fornecida por outra pessoa, a pessoa acusada não poderá, sem a permissão da corte, ter direito a fazer uso da defesa, a menos que, dentro de um período de no máximo sete dias antes da audiência, ela tenha apresentado ao promotor informação em sua posse naquela ocasião que identifique ou auxilie na identificação da outra pessoa.

(5) Quando o ato de uma pessoa cometer o delito de infringir uma ordem de proibição for devido a ato ou omissão de qualquer outra pessoa, essa última será considerada culpada pelo delito e poderá ser acusada do mesmo e por ele condenada, nos termos desta subseção, seja ou não processada a primeira pessoa mencionada.

4. — (1) Quando o Secretário de Estado considerar que, para o propósito de decidir quanto a elaborar, modificar ou revogar normas de segurança ou uma ordem de proibição, ou quanto a expedir, modificar ou revogar um aviso de proibição, ou quanto a expedir ou revogar um aviso de advertência, fazem-se necessárias informações que uma outra pessoa tem a possibilidade de fornecer, ele pode expedir um aviso exigindo que a pessoa:

- (a) forneça ao Secretário de Estado, dentro de um prazo especificado no aviso, a informação requerida;
- (b) apresente os documentos especificados no aviso em data e local assim especificados, e permita que uma pessoa designada pelo Secretário de Estado tire cópias dos documentos naquela data e local;

mas um advogado não será obrigado por tal aviso a fornecer informações contidas numa comunicação privilegiada feita por ele ou para ele na qualidade de advogado, ou a apresentar um documento contendo tal comunicação.

(2) A pessoa que:

- (a) sem motivo razoável, deixar de atender a aviso para ela expedido nos termos da subseção precedente; ou
- (b) na tentativa de fazer crer que está cumprindo uma exigência que, nos termos do parágrafo a) da subseção precedente esteja contida no aviso a ela apresentado de acordo com aquela

subseção, fornecer informação que ela saiba ser falsa a respeito de um detalhe importante, ou levemente fornecer informações que sejam falsas a respeito de um detalhe importante,

será considerada culpada de um delito e, no caso de um delito nos termos do parágrafo a) desta subseção, estará sujeita, através de condenação sumária, a uma multa de até mil libras e, no caso de um delito nos termos do parágrafo b) desta subseção, estará sujeita, através de condenação por júri, a uma multa e, através de condenação sumária, a multa em valor não superior ao máximo estabelecido em lei.

(3) Nenhuma informação obtida em virtude desta seção será divulgada exceto:

- (a) para fins de algum processo criminal ou alguma investigação com vistas a tal processo;
- (b) para fins de facilitar o desempenho pelo Diretor-Geral de Ética Comercial de suas funções nos termos da Parte III da Lei de Ética Comercial de 1973 ou para fins de qualquer processo nos termos da citada Parte III;
- (c) para fins de capacitar o Secretário de Estado a decidir quanto a elaborar, modificar ou revogar normas de segurança ou uma ordem de proibição, ou quanto a expedir, modificar ou revogar um aviso de proibição ou quanto a expedir ou revogar um aviso de advertência;
- (d) para fins de capacitar o Secretário de Estado ou um Departamento da Irlanda do Norte a cumprir uma obrigação comunitária; ou
- (e) em um aviso de proibição, aviso de advertência ou advertência publicada conforme exigido por um aviso de advertência, ou em uma advertência sobre bens que seja publicada pelo Secretário de Estado;

mas a proibição de divulgação imposta por esta subseção não se aplica a informação tornada pública.

(4) A pessoa que divulga informações em violação da subseção precedente será considerada culpada de delito e estará sujeita, através de condenação por júri, a prisão por um período de até dois anos e a multa e, através de condenação sumária, a multa em valor não superior ao máximo estabelecido em lei.

5. — (1) De acordo com a seguinte subseção, é dever de cada autoridade de pesos e medidas aplicar, dentro da área de sua jurisdição, as disposições das normas de segurança e a seção 2 desta lei, bem como as disposições das ordens de proibição e dos avisos de proibição, e ainda as subseções (3) e (5) da seção 3 desta lei, na medida que essas subseções digam respeito a tais ordens e avisos.

(2) Através de normas o Secretário de Estado poderá transferir, no todo ou em parte, para outra pessoa que tenha concordado com tal transferência, uma incumbência imposta pela subseção precedente a uma autoridade de pesos e medidas; e as normas poderão, sem prejuízo da generalidade das disposições precedentes desta subseção:

- (a) estabelecer disposições diferentes para diferentes circunstâncias; e
- (b) conter as disposições eventuais e suplementares (inclusive disposição que permita ao Secretário de Estado custear despesas de pessoa a quem as normas tenham imposto uma incumbência) que o Secretário de Estado considerar apropriadas.

(3) As disposições do Adendo 2 a esta lei terão efeito para o propósito de facilitar:

- (a) a aplicação por parte do Secretário de Estado, das disposições mencionadas na subseção (1) desta seção; e
- (b) o cumprimento de uma incumbência imposta a uma pessoa em razão desta seção;

mas nada nas disposições precedentes desta subseção prejudica qualquer competência que possa ser exercida pelo Secretário de Estado além do constante nesta subseção.

(4) Se o Secretário de Estado ordenar a uma pessoa a quem tenha sido imposta uma incumbência, em virtude da subseção (1) ou (2) desta seção, que apresente um relatório ao Secretário de Estado, na forma e contendo as informações especificadas na ordem, a respeito do desempenho de suas funções de acordo com esta lei, ou, enquanto estiver em vigor a Lei de Proteção ao Consumidor de 1961, de acordo com a mesma e com a presente lei, competirá a essa pessoa obedecer à ordem.

(5) Nada nas disposições precedentes desta seção ou nas normas estabelecidas em virtude da subseção (2) desta seção autoriza uma autoridade de pesos e medidas ou uma pessoa especificada nas normas a instaurar na Escócia um processo por delito.

6. — (1) Qualquer obrigação imposta a uma pessoa através de normas de segurança, ou de uma ordem de proibição ou de um aviso de proibição constitui-se em dever seu perante qualquer outra pessoa que possa ser afetada por omissão no cumprimento da obrigação, e o descumprimento de tal dever é acionável (sujeito às defesas previstas em lei e outros instrumentos aplicáveis às ações de descumprimento de dever estabelecido em lei).

(2) Um acordo será nulo quando, independentemente desta subseção, tiver o efeito de excluir ou restringir uma obrigação mencionada na subseção precedente ou responsabilidade por descumprimento de tal obrigação.

(3) As referências, constantes das disposições anteriores desta seção, a uma obrigação imposta por normas de segurança não incluem aquela obrigação à qual as normas de segurança afirmam que tais disposições não se aplicam.

(4) A infração de qualquer disposição das normas de segurança, de uma ordem de proibição ou de um aviso de proibição, bem como o ato de cometer um delito nos termos da seção 2 e 3 desta lei, não afetarão a validade de qualquer contrato ou direitos decorrentes de qualquer contrato, salvo quando de outra forma disposto no contrato.

7. — (1) O Secretário de Estado pode estabelecer normas com respeito à maneira de fornecer informações de acordo com o Adendo 1 ou Adendo 2 a esta lei.

(2) Qualquer documento exigido ou autorizado em virtude desta lei para ser entregue a uma pessoa pode ser entregue:

- (a) *diretamente à pessoa ou deixando-se em seu endereço apropriado ou enviando-se pelo correio para aquele endereço; ou*
- (b) *se for uma pessoa jurídica, entregando-se ao secretário-geral da mesma, de acordo com o parágrafo anterior; ou*
- (c) *se for uma sociedade comercial de pessoas, sem personalidade jurídica, entregando-se, da forma já mencionada, a um sócio ou a uma pessoa encarregada do controle ou gerência da sociedade.*

(3) *Para o propósito da subseção anterior e da seção 26 da Lei de Interpretação de 1889 (que se refere à entrega de documentos pelo correio), em sua aplicação à subseção anterior, o endereço apropriado de qualquer pessoa a quem um documento deva ser entregue em virtude desta lei será seu último endereço conhecido, exceto:*

- (a) *no caso de entrega a uma pessoa jurídica ou a seu secretário-geral, o endereço será aquele do escritório principal ou registrado da pessoa jurídica;*
- (b) *no caso de entrega a uma sociedade comercial de pessoas, sem personalidade jurídica, ou a um sócio ou a pessoa no controle ou na gerência da sociedade, o endereço será aquele do escritório principal da sociedade;*

e, para os propósitos desta subseção, o escritório principal de uma companhia registrada fora do Reino Unido ou de uma sociedade comercial de pessoas, sem personalidade jurídica, que conduza negócios fora do Reino Unido, será considerado como o escritório principal dentro do Reino Unido.

(4) Quando for provado que um delito cometido por uma pessoa jurídica, nos termos de qualquer das disposições desta lei, foi cometido com o consentimento ou conivência de um diretor, gerente, secretário ou outro funcionário similar da pessoa jurídica, ou qualquer pessoa querendo

fazer crer estar agindo nessa qualidade, ou quando o delito for atribuível a qualquer negligência por parte de qualquer das pessoas supracitadas, a pessoa, bem como a pessoa jurídica, será culpada de tal delito e estará sujeita a ser processada e punida como tal.

(5) Quando as atividades de uma pessoa jurídica forem administradas por seus membros, a subseção anterior se aplicará no tocante às ações e omissões de um membro, no que se refere às suas funções administrativas, como se ele fosse um dos diretores da pessoa jurídica.

(6) Qualquer competência para estabelecer uma ordem ou normas, que seja conferida por esta lei ao Secretário de Estado, será passível de exercício por meio de instrumento legal, e qualquer instrumento legal estabelecido em virtude desta subseção, salvo um instrumento que contenha normas de segurança ou que contenha apenas uma ordem estabelecida em virtude da seção 12(2) desta lei, estará sujeito a anulação de acordo com resolução de qualquer das Casas do Parlamento.

(7) Não serão estabelecidas quaisquer normas de segurança sem que um projeto de normas tenha sido previamente apresentado e aprovado por resolução de cada Casa do Parlamento.

(8) Na subseção (4) da seção 2 da Lei de Descrições Comerciais de 1968 (que estabelece que uma descrição ou marca aplicada a bens, de acordo com dispositivo legal mencionado naquela subseção, será considerada como não sendo uma descrição comercial), após o parágrafo (f), serão inseridas as palavras "(g) a Lei de Segurança do Consumidor de 1978", e na subseção (5)(a) daquela seção (que estabelece que quando, nos termos de certas leis, inclusive a Lei de Produtos Alimentícios e Fármacos de 1958 [Irlanda do Norte], a aplicação de uma descrição a bens for proibida salvo em certos casos, a descrição será considerada como não sendo uma descrição comercial quando aplicada naqueles casos), após o número "1958", serão inseridas as palavras "ou a Lei de Segurança do Consumidor de 1978".

8. — (1) Serão pagos com recursos providos pelo Parlamento:

- (a) quaisquer despesas incorridas por Ministro da Coroa ou departamento governamental em consequência das disposições desta lei; e
- (b) qualquer aumento, atribuível a esta Lei, das somas pagáveis a partir dos recursos providos nos termos de qualquer outro dispositivo legal;

e quaisquer somas recebidas por um Ministro da Coroa ou um departamento governamental em virtude desta lei serão pagas ao Fundo Consolidado.

(2) Será dever do Secretário de Estado submeter periodicamente a cada Casa do Parlamento, e em qualquer caso pelo menos uma vez a cada cinco anos, um relatório sobre o exercício das funções especificadas nesta lei e, enquanto estiver em vigor a Lei de Proteção ao Consumidor de 1961, das funções especificadas nessa última, desempenhadas pelo Secretário de

Estado e pelas pessoas a quem houverem sido impostos deveres em virtude da seção 5 desta lei.

9. — (1) Nos termos da seguinte subseção, para os fins desta lei, uma pessoa fornece bens apenas se, ao conduzir um negócio (quer seja ou não uma empresa que tenha como objeto negociar com os bens em questão) e seja como titular ou agente:

- (a) ela vende (quando não nos termos de um acordo de arrendamento mercantil), aluga ou empresta os bens a outra pessoa;
- (b) ela faz um acordo de arrendamento mercantil, ou um contrato de mão-de-obra e de materiais, para fornecer os bens a outra pessoa;
- (c) ela troca os bens por qualquer tipo de remuneração que não dinheiro (podendo consistir em vale-mercadoria); ou
- (d) ela dá os bens a outra pessoa seja como prêmio ou de outra forma;

e “fornecer” e expressões correlatas serão interpretadas nesses termos.

(2) Nesta lei qualquer referência a fornecimento não inclui fornecimento a uma pessoa com quem os bens em questão foram segurados contra danos e, salvo no que diz respeito a aviso de advertência, não inclui fornecimento que seja acessório ao arrendamento ou venda de terreno e, exceto no que diz respeito a aviso de proibição, não inclui:

- (a) fornecimento a pessoa que conduz um negócio de compra de bens como aqueles em questão e de conserto ou recondicionamento dos mesmos; e
- (b) fornecimento através da venda de artigos como sucata (ou seja, pelo valor dos materiais incluídos nos artigos e não dos próprios artigos);

e se a pessoa fornece bens alugando-os ou emprestando-os, então, para os fins desta lei, ela não os fornece apenas em razão de algo feito de acordo com os acertos do aluguel ou empréstimo.

(3) Quando uma pessoa fornece bens a outra nos termos de um acordo de arrendamento mercantil, acordo de venda condicional ou acordo de venda a crédito ou nos termos de um acordo para o aluguel de bens (que não um acordo de arrendamento mercantil) e a primeira pessoa mencionada:

- (a) conduz a atividade de financiar o provimento de bens para terceiros através de tais acordos; e
- (b) no curso daquela atividade adquiriu direitos sobre os bens fornecidos à outra pessoa, como uma maneira de financiar o provimento das mesmas àquela pessoa por uma terceira pessoa;

a terceira pessoa e não a primeira pessoa mencionada será considerada, para os propósitos desta lei, como estando fornecendo os bens para a outra pessoa.

(4) Nesta lei:

“acordo de venda condicional”, “acordo de venda a crédito” e “acordo de arrendamento mercantil” têm os significados a eles conferidos pela seção 189 (1) da Lei de Crédito ao Consumidor de 1974, e, para os fins desta lei, “bens”, nas definições daquelas expressões, terá o mesmo significado que nesta lei;

“infração” inclui a omissão no cumprimento, e as expressões correlatas serão interpretadas nessa conformidade;

“bens” incluem substâncias quer naturais quer manufaturadas, e quer incorporadas quer misturadas a outros bens; e

(a) em relação a um aviso de advertência, incluem coisas contidas em uma terra, que por efeito de lei tornaram-se terra por estarem ali contidas; mas

(b) não incluem produtos alimentícios conforme definidos na seção 135 (1) da Lei de Produtos Alimentícios e Fármacos de 1955, rações e fertilizantes conforme definidos na seção 66 (1) da Lei da Agricultura de 1970, produtos medicinais nos termos do significado da Lei de Medicamentos de 1968 com relação aos quais esteja em vigor uma licença de produto dentro do significado dessa lei (exceto produtos cosméticos e de toalete conforme definidos pelas normas elaboradas pelo Secretário de Estado) e drogas controladas nos limites do significado da Lei do Mal Uso de Drogas de 1971, salvo as drogas que são excluídas da seção 4 (1) (b) dessa lei (que torna ilícito fornecer uma droga controlada) pelas normas da seção 7 (1) (a) dessa lei;

“aviso” significa aviso por escrito;

“lesões pessoais” inclui doença e qualquer outro dano à condição física ou mental de uma pessoa;

“ordem de proibição”, “aviso de proibição” e “aviso de advertência” têm os significados a eles conferidos pela seção 3 (1) desta lei;

“informação tornada pública”, no que se refere a divulgação, significa informação que, antes da ocorrência da divulgação, foi publicada em processo mencionado no parágrafo (a) ou (b) ou em uma advertência mencionada no parágrafo (e) da seção 4 (3) desta lei;

“próprio para uso” significa de uma tal qualidade que previna ou reduza satisfatoriamente qualquer risco de morte e

qualquer risco de lesões pessoais provocados pelos bens em questão ou pelas circunstâncias em que os bens sejam usados ou mantidos, e para os fins da seção 1 desta lei o Secretário de Estado terá o direito de considerar que bens contendo substâncias radioativas apresentam ou não segurança, com base na radiação emitida pelos bens e por outras fontes, e nas conseqüências da radiação para os usuários dos bens e para outras pessoas;

“normas de segurança” têm o significado a elas conferidos pela seção 1 (1) desta lei; e

“O máximo estabelecido em lei” significa a soma determinada nos termos da seção 28 da Lei do Direito Penal de 1977 no que se refere à Inglaterra e País de Gales, e da seção 289B da Lei de Processo Penal de 1975 (Escócia) no que se refere à Escócia (que é de 1000 libras ou outra soma determinada através de ordem, visando levar em consideração as mudanças no valor do dinheiro);

e as referências nesta Lei ao Secretário de Estado incluem qualquer outro Ministro da Coroa responsável por um departamento governamental.

10. — (1) As leis e o instrumento legal mencionados nas primeira e segunda colunas do Adendo 3 a esta lei ficam por meio desta revogados até o limite especificado na terceira coluna desse Adendo.

(2) Se uma minuta das normas nos termos da seção 1 da Lei de Proteção ao Consumidor de 1961 for aprovada por resolução de cada Casa do Parlamento, um instrumento legal contendo as normas não estará sujeito a anulação de acordo com a subseção (6) daquela seção.

(3) Na seção 3 (2) da referida lei de 1961 (de acordo com a qual uma pessoa que vende ou tem certos negócios com bens que não obedecem às exigências das normas daquela lei está sujeito a multa de no máximo 100 libras, ou, no caso de segunda ou subsequente condenação, sujeito a multa de no máximo 250 libras e prisão por até 3 meses) as palavras desde “cem libras” até “duzentas e cinquenta libras” serão substituídas pelas palavras “mil libras”, e no parágrafo 5.º do Adendo àquela lei (de acordo com o qual uma pessoa que obstrui outra pessoa no exercício dos poderes de inspeção conferidos a esta outra pessoa pelo parágrafo 1.º do referido Adendo está sujeita a multa de no máximo 20 libras) as palavras “vinte libras” serão substituídas pelas palavras “duzentas libras”.

(4) A seção 5 (1) desta lei aplicar-se-á ao disposto nas seções 2 e 3 (2), (2A) e (3) da referida lei de 1961, da mesma forma como se aplica às disposições das normas de segurança.

(5) As subseções de (2) a (4) desta seção deixarão de ter efeito quando entrar em vigor a revogação da referida lei de 1961 através desta lei.

(6) A subseção (4) da seção 1 desta lei não se aplicará à proposta para a elaboração de normas de segurança se o Secretário de Estado estiver convicto que as normas propostas:

- (a) dirão respeito apenas a bens com relação aos quais as normas sob a seção 1 da referida lei de 1961 estabelecerem exigências como as mencionadas na seção 1 (1) da referida lei; e
- (b) imporão, com respeito aos bens, exigências bastante similares;

e será dever do Secretário de Estado incluir, em qualquer conjunto de normas de segurança, com respeito às quais a referida subseção (4) não se aplica em virtude desta subseção, uma declaração de que ele está convicto como acima descrito.

11. Esta lei terá efeito, em sua aplicação na Irlanda do Norte, com as seguintes modificações, a saber:

- (a) as normas de segurança poderão revogar normas em vigor sob a Lei de Proteção ao Consumidor (Irlanda do Norte) de 1965;
- (b) na seção 1 (4), serão omitidas as palavras após “e no caso”;
- (c) no parágrafo (c) da subseção (7) da seção 2, as palavras “Inglaterra ou País de Gales” serão substituídas por “Irlanda do Norte” e no fim daquele parágrafo serão inserida as palavras “para a Irlanda do Norte”;
- (d) no parágrafo (d) da referida subseção (7), as palavras “informação” e “apresentada” serão substituídas pelas palavras “queixa” e “feita”, respectivamente;
- (e) na seção 5, as referências à autoridade de pesos e medidas serão substituídas por referências a um conselho distrital;
- (f) a seção 8(1) será omitida;
- (g) na seção 9(4)
 - (i) na definição de “bens”, a referência à seção 135(1) da Lei de Produtos Alimentícios e Fármacos de 1955 será substituída pela referência à seção 70(1) da Lei de Produtos Alimentícios e Fármacos (Irlanda do Norte) de 1958, e
 - (ii) na definição do “máximo estabelecido em lei”, a referência à Inglaterra e País de Gales será substituída pela referência à Irlanda do Norte,

e para os propósitos da definição de “máximo estabelecido em lei”, conforme emendado, as disposições da Lei do Direi-

to Penal de 1977 relativas à soma mencionada naquela definição estender-se-ão à Irlanda do Norte;

- (h) na seção 10(3) a (6) as referências à Lei de Proteção ao Consumidor de 1961 serão substituídas por referências à Lei de Proteção ao Consumidor (Irlanda do Norte) de 1965 e na seção 10(4) a palavra "(2A)" será omitida.

12. — (1) Esta lei poderá ser citada como a Lei de Proteção ao Consumidor de 1978.

(2) Esta lei entrará em vigor no dia determinado pelo Secretário de Estado através de ordem; e uma ordem nos termos desta subseção poderá determinar dias diferentes para disposições diferentes desta lei, ou para fins diferentes das mesmas disposições e poderá conter disposições transitórias a critério do Secretário de Estado.

ADENDOS

ADENDO 1

Ordens de Proibição, Avisos de Proibição e Avisos de Advertência

PARTE I

Ordens de Proibição

1. Se o Secretário de Estado tencionar fazer uma ordem de proibição (doravante, nesta parte deste Adendo, denominado como "uma ordem"), então, de acordo com o parágrafo 5.º deste Adendo, é seu dever, antes de expedir a ordem:

- (a) divulgar, da forma que julgar conveniente, e pelo menos 28 dias antes de expedir a ordem, um aviso, informando
- (i) que ele tenciona expedir a ordem e, da forma que julgar conveniente, o efeito proposto da ordem, e
 - (ii) que qualquer pessoa pode fazer representações por escrito ao Secretário de Estado sobre a ordem proposta até uma data especificada no aviso, (que deve ser após o término do período de 28 dias que se inicia na data da primeira publicação do aviso); e
- (b) apreciar quaisquer tais representações feitas dentro daquele período.

2. O efeito de uma ordem não pode ser mais restritivo, mas pode ser menos restritivo que seu efeito proposto conforme publicado no aviso acima.

3. Sem prejuízo do direito de expedir nova ordem e de acordo com o parágrafo seguinte, uma ordem deixará de ter efeito no término de um período especificado na ordem, que não poderá exceder a doze meses, iniciando-se na data em que a ordem entrar em vigor.

4. Uma ordem poderá revogar ordem anterior ou poderá modificá-la de outra forma que não a sua manutenção em vigor após o término dos doze meses a contar da data de entrada em vigor da ordem anterior.

5. Os parágrafos 1 e 2 deste Adendo não se aplicarão à ordem que contenha declarações de que na opinião do Secretário de Estado os riscos associados com os bens relacionados com a ordem são tais que a ordem deve ser expedida imediatamente.

PARTE II

Avisos de Proibição Preliminar

6. Nesta parte do Adendo
- “aviso” significa um aviso de proibição;
 - “notificação” significa uma notificação por escrito; e
 - “negociante”, em relação a um aviso proposto ou um aviso efetivo, significa a pessoa para a qual o aviso proposto se destina ou aquela para a qual o aviso efetivo foi entregue.
7. Um aviso deve especificar a data de sua entrada em vigor.

Procedimento Geral

8. Se o Secretário de Estado tencionar expedir aviso com respeito a quaisquer bens, então, de acordo com o parágrafo 14 deste Adendo, deverá, antes de expedi-lo, notificar o negociante:

- (a) declarando que o Secretário de Estado tenciona expedir-lhe um aviso em relação aos bens; e
- (b) especificando os bens de forma suficiente para identificá-los, declarando que, pelas razões descritas na notificação, o Secretário de Estado considera que os bens não são próprios para uso; e
- (c) declarando que o negociante pode representar, por escrito, ou por escrito e oralmente, objetivando convencer o Secretário de Estado que os bens são próprios para uso, mas se o negociante tencionar fazer tal representação ele deve, antes do término do prazo de 14 dias contados a partir do dia em que receber a notificação, informar o Secretário de Estado de sua intenção, indicando se suas representações serão por escrito ou por escrito e orais.

9. De acordo com o parágrafo 14 deste Adendo, o Secretário de Estado não expedirá aviso ao negociante com respeito a quaisquer bens antes do término do período de 14 dias com início no dia em que o Secretário de Estado o notificou com relação aos bens, de acordo com o

parágrafo precedente; e se dentro deste período o negociante informar ao Secretário de Estado conforme mencionado no subparágrafo (c) do parágrafo precedente, então:

- (a) o Secretário de Estado não expedirá aviso ao negociante em consequência da notificação antes de expirar o período de 28 dias, começando com o dia acima mencionado; e
- (b) se durante aquele período o negociante fizer ao Secretário de Estado representações escritas, tais como as que são mencionadas no dito subparágrafo (c), o Secretário de Estado não expedirá aviso ao negociante em consequência da notificação, antes de ter o Secretário de Estado examinado o relatório de pessoa indicada de acordo com o parágrafo subsequente em consequência das representações.

10. Será dever do Secretário de Estado, quando, em consequência de notificação expedida e entregue a negociante, de acordo com o parágrafo 8 deste Adendo, o negociante informar ao Secretário de Estado, como mencionado no subparágrafo (c) daquele parágrafo, dentro do período assim mencionado, e encaminhar representações como mencionadas, por escrito, ao Secretário de Estado dentro daquele período ou dentro dos 14 dias que iniciam com o fim daquele período:

- (a) indicar pessoa para examinar as representações por escrito; e
- (b) se o negociante informou ao Secretário de Estado de acordo com o subparágrafo (c) mencionado que as representações seriam orais e por escrito, informar ao negociante o local, data e hora (que não deverá ser antes do término dos 14 dias acima mencionados e dos 7 dias que iniciam com o dia em que a informação é dada ao negociante) em que as representações orais podem ser feitas à pessoa indicada;

e, naquele local e data, o negociante ou seu representante poderão fazer representações orais à pessoa indicada, com o objetivo de satisfazer o Secretário de Estado que os bens em questão são próprios para uso e poderão chamar e ouvir testemunhas em relação com as representações.

11. A pessoa indicada de acordo com o parágrafo precedente para apreciar representações por escrito com respeito a quaisquer bens, deverá, após apreciar as representações, quaisquer representações orais feitas de acordo com aquele parágrafo com respeito aos bens e quaisquer declarações feitas por testemunhas com respeito às representações orais, redigir um relatório (incluindo recomendações) ao Secretário de Estado, com respeito às representações e ao aviso proposto.

12. Se a qualquer tempo após o Secretário de Estado ter notificado o negociante, de acordo com o parágrafo 8.º deste Adendo, o Secretário de Estado decidir não emitir ao mesmo um aviso em consequência da

notificação, será seu dever informá-lo da decisão; e após o Secretário de Estado tê-lo informado da decisão, a notificação e qualquer coisa feita em consequência da mesma, de acordo com os parágrafos precedentes deste Adendo, serão desconsideradas para os propósitos daqueles parágrafos.

13. Quando uma notificação relativa a qualquer bem for entregue ao negociante, de acordo com o parágrafo 8.º deste Adendo, um aviso que lhe for entregue em consequência da notificação poderá referir-se a parte apenas daqueles bens.

Procedimento Especial

14. Os parágrafos 8.º a 13 deste Adendo não se aplicarão a avisos que contenham uma declaração do Secretário de Estado que considere que o risco de perigo associado aos bens aos quais o aviso se refere é tal que o aviso deve entrar em vigor imediatamente; e as referências a um aviso nos parágrafos 15 a 18 deste Adendo são para um aviso contendo tal declaração.

15. Um aviso com respeito a qualquer bem deve:

- (a) declarar que, pelos motivos descritos no aviso, o Secretário de Estado considera que os bens não são próprios para uso; e
- (b) declarar que o negociante pode, a qualquer tempo de sua conveniência, fazer representações por escrito ao Secretário de Estado com o propósito de satisfazê-lo de que os bens são próprios para uso.

16. Se forem feitas ao Secretário de Estado representações por escrito pelo negociante a respeito de um aviso, será dever do Secretário de Estado apreciar as mesmas e, ou revogar o aviso e informar o negociante da revogação efetuada, ou

- (a) indicar uma pessoa para apreciar as representações; e
- (b) notificar o negociante, declarando que o mesmo poderá, para o fim mencionado no parágrafo precedente, efetuar representações orais à pessoa indicada, e especificar o local, data e hora (que, exceto quando contar com a concordância do negociante, não deverá ser antes de passados 21 dias a contar da data da entrega da notificação) em que as representações orais poderão ser feitas;

e o negociante ou seu representante poderão, no local, data e hora estipulados, efetuar, para o fim acima citado, representações orais à pessoa indicada, e poderão chamar e ouvir testemunhas com respeito às representações.

17. A pessoa indicada de acordo com o parágrafo precedente para apreciar as representações por escrito com respeito a quaisquer bens, deverá, após apreciar as representações, quaisquer representações orais com respeito aos bens feitos de acordo com aquele parágrafo, e quaisquer declarações feitas por testemunhas em relação às representações orais, redigir um relatório (incluindo recomendações) ao Secretário de Estado com respeito às representações e ao aviso em questão.

18. Quando o Secretário de Estado tiver indicado a pessoa, de acordo com o parágrafo 16 deste Adendo, para apreciar quaisquer representações referentes a um aviso, então, sem prejuízo do efeito dos parágrafos 19 e 20 deste Adendo, não se aplicarão os parágrafos 16 e 17 do mesmo a quaisquer representações subseqüentes por escrito com respeito ao aviso.

Outras Representações

19. Se a qualquer tempo o negociante que recebeu aviso fizer representação por escrito ao Secretário de Estado com o propósito de satisfazê-lo de que os bens aos quais o aviso se refere são próprios para uso e, em virtude do parágrafo precedente, o parágrafo 16 deste Adendo não se aplicar às representações, o Secretário de Estado deverá apreciar as representações e entregar ao negociante, antes do término do período de um mês a contar do dia do recebimento das representações pelo Secretário de Estado, uma notificação, declarando:

- (a) que o Secretário de Estado revogará, ou modificará ou manterá o aviso; ou
- (b) que o Secretário de Estado indicou uma pessoa para apreciar as representações e que o negociante poderá fazer, à pessoa indicada, em local, hora e data especificados na notificação (que, exceto mediante concordância do negociante, não poderá ser antes do término do prazo de 21 dias contados a partir da data de entrega da notificação) representações orais com o fim acima citado;

e o negociante ou seu representante poderão, no local, data e hora estabelecidos, efetuar representações orais à pessoa indicada, com o fim acima citado, e poderão chamar e ouvir testemunhas com respeito às representações.

20. A pessoa indicada, de acordo com o parágrafo precedente, para apreciar as representações por escrito com respeito a quaisquer bens, deverá, após apreciar as representações, quaisquer representações orais feitas de acordo com aquele parágrafo com respeito aos bens e quaisquer depoimentos feitos por testemunhas com respeito às representações orais, redigir relatório (incluindo recomendações) ao Secretário de Estado, referente às representações e ao aviso em questão.

Miscelânea

21. O Secretário de Estado poderá revogar ou modificar o aviso através de notificação entregue ao negociante, declarando que o aviso está revogado ou, se for o caso, está modificado, conforme especificado na notificação; porém o Secretário de Estado não terá poder para modificar um aviso de modo a tornar seu efeito mais restritivo ao negociante.

22. É dever do Secretário de Estado apreciar qualquer relatório que lhe for dirigido de acordo com o parágrafo 17 ou 20 deste Adendo e, após apreciá-lo, informar o negociante da sua decisão com respeito ao aviso em questão.

23. Quando o Secretário de Estado tiver estabelecido uma data e hora, de acordo com esta Parte deste Adendo, para representações orais, poderá estabelecer data e hora posterior ou datas e horas posteriores para as representações; e quando assim proceder, as referências feitas nesta Parte deste Adendo à data e hora estabelecidas serão entendidas como referentes à data e hora posterior, ou, se for o caso, incluir datas e horas posteriores.

24. Se uma pessoa revelar um segredo de processo de fabricação ou segredo técnico contido em informação obtida por esta pessoa em consequência da inclusão da informação em representações escritas ou orais feitas de acordo com esta Parte deste Adendo ou em uma declaração feita por testemunha em relação a tais representações orais, então, e sujeito ao parágrafo seguinte, ela será culpada de delito e sujeita, quando condenada por júri, à multa e a prisão por período não superior a dois anos, e, no caso de condenação sumária, a multa não superior ao máximo estabelecido em lei; declara-se através desta que a referência acima a representações por escrito inclui representações como as mencionadas no parágrafo 19 deste Adendo.

25. Não será considerada culpada de delito, de acordo com o parágrafo precedente, a pessoa que revelar segredo de fabricação ou técnico contido em informação, se:

- (a) a informação foi por ela obtida como pessoa designada pelo Secretário de Estado, de acordo com esta Parte deste Adendo, para apreciar as representações em questão, e a revelação foi feita em seu relatório ao Secretário de Estado sobre as representações, ou foi feita como subsídio a ação criminal, ou dentro de investigação visando tal ação;
- (b) a informação foi por ela obtida de outra forma que não a de pessoa assim designada e foi revelada conforme mencionado nos parágrafos (a) a (e) da seção 4 (3) desta lei; ou
- (c) a informação revelada era de domínio público.

PARTE III

Avisos de Advertência

26. Se o Secretário de Estado propõe encaminhar a uma pessoa aviso de advertência com respeito a quaisquer bens, será seu dever, antes de enviar o aviso, enviar à pessoa notificação por escrito:

- (a) contendo um esboço do aviso e declarando que o Secretário de Estado tenciona encaminhar à pessoa aviso na forma do esboço;
- (b) declarando que, pelas razões expostas na notificação, o Secretário de Estado considera que os bens especificados no esboço não são próprios para uso; e
- (c) *declarando que a pessoa poderá efetuar representações, por escrito ou por escrito e oralmente, com o propósito de convencer o Secretário de Estado que os bens são próprios para uso, mas que se a pessoa tencionar efetuar tais representações, deverá, antes de esgotar-se o período de 14 dias contados a partir do recebimento da notificação, informar o Secretário de Estado de sua intenção, indicando se as representações serão apenas por escrito ou por escrito e orais.*

27. Os §§ 9.º a 13, 21 e 23 a 25 deste Adendo terão, com as modificações necessárias, efeito em relação a aviso de advertência da mesma forma em que têm efeito em relação a aviso de proibição, mas como se:

- (a) a referência ao § 14 deste Adendo no dito § 9.º fosse omitida;
- (b) as referências ao § 8.º deste Adendo nos §§ 9.º, 10, 12 e 13 deste Adendo fossem substituídas por referências ao parágrafo precedente;
- (c) no referido § 13 as palavras “referir-se” e posteriores fossem substituídas pelas palavras “ser menos dispendioso que o esboço do aviso contido na notificação”;
- (d) no § 21 referido fossem omitidas as palavras “ou modificar” e as palavras “ou, se” e subseqüentes; e
- (e) no § 24 deste Adendo, as palavras “declara-se através desta” e subseqüentes fossem omitidas e neste parágrafo, bem como no § 25 deste Adendo, as referências à Parte II deste Adendo fossem substituídas por referências às disposições daquela Parte como aplicadas por este parágrafo.

ADENDO 2

Aplicação da lei Preliminar

1. Neste Adendo:

“autoridade competente” significa o Secretário de Estado, qualquer pessoa a quem seja imposto um dever pela seção 5 desta lei ou em virtude de seus termos, e qualquer outra pessoa que possa cumprir esse dever, em consonância com medidas tomadas em virtude de qualquer dispositivo legal;

“funcionário”, em relação a uma autoridade competente, significa uma pessoa autorizada por escrito pela autoridade para auxiliá-la no cumprimento de tal dever como já mencionado, ou, quando a autoridade for o Secretário de Estado, para auxiliá-lo na execução de disposições pertinentes;

“local” inclui qualquer lugar, qualquer estande, e qualquer navio, aeronave e outro veículo de qualquer tipo; e

“disposições pertinentes” significa disposições de normas de segurança ou ordem de proibição ou aviso de proibição.

Aquisições

2. Uma autoridade competente terá o poder de adquirir bens e de autorizar qualquer de seus funcionários a adquirir bens em seu nome, com o objetivo de verificar se quaisquer disposições pertinentes estão sendo respeitadas.

Poder de Entrar em Locais e de Inspeccionar e Apreender Bens

3. Um funcionário de autoridade competente poderá, em qualquer horário razoável, e, se necessário, mediante apresentação de suas credenciais, exercer os seguintes poderes, quais sejam:

- (a) ele poderá, com o objetivo de verificar se quaisquer disposições pertinentes foram infringidas, inspeccionar quaisquer bens e entrar em qualquer local que não seja usado exclusivamente como residência;
- (b) ele poderá, com o objetivo de verificar se foi cometido delito de acordo com a seção 2 (2) desta lei, examinar qualquer procedimento (inclusive quaisquer providências para a realização de testes) relacionado com a produção de bens;
- (c) se ele tiver razão suficiente para suspeitar que tenham sido infringidas disposições pertinentes, ele poderá, para verificar

se as disposições foram infringidas, exigir que qualquer titular de um negócio ou pessoa ali empregada, apresente quaisquer livros ou documentos relacionados com o negócio e poderá copiá-los no todo ou em parte;

- (d) se ele tiver razão suficiente para crer que tenham sido infringidas disposições pertinentes, ele poderá apreender e reter quaisquer bens para verificar, através de testes ou por outros meios, se as disposições foram infringidas;
- (e) ele poderá apreender e reter quaisquer bens (inclusive documentos) que julgar possam servir de prova em processo por delito cometido sob a seção 2 desta lei ou sob a seção 3 desta lei, desde que seja relativo a ordens ou avisos de proibição;
- (f) ele poderá, com o objetivo de exercer seu poder de apreender bens, nos termos do subparágrafo (d) ou (e) acima, mas apenas se e até o ponto em que tal for necessário para garantir que disposições pertinentes sejam respeitadas, exigir que qualquer embalagem seja aberta por qualquer pessoa autorizada a fazê-lo, e se essa pessoa não aceder, poderá fazê-lo ele mesmo.

4. Um funcionário que apreender quaisquer bens ou documentos no exercício de seu poder nos termos do parágrafo anterior, deverá informar deste fato a pessoa da qual estejam sendo apreendidos.

5. Se um juiz de paz, com base em informação juramentada por escrito:

- (a) estiver convencido de que há motivo suficiente para crer —
 - (i) que quaisquer bens (inclusive livros e documentos) que um funcionário de autoridade competente tiver poder, nos termos do § 3 deste Adendo, de inspecionar, estejam em algum local e que sua inspeção poderá vir a fornecer provas de que disposições pertinentes tenham sido infringidas, ou
 - (ii) que disposições pertinentes tenham sido ou estejam sendo ou estejam para ser infringidas em qualquer local; e
- (b) também estiver convencido de que:
 - (i) a admissão ao local tenha sido ou provavelmente virá ser recusada, e que o aviso da intenção de se solicitar mandado nos termos deste parágrafo tenha sido entregue ao ocupante, ou

- (ii) uma solicitação para permissão de entrada, ou a entrega de tal aviso, tornaria sem sentido a entrada, ou que o local está desocupado, ou que o ocupante está temporariamente ausente e que esperar por seu retorno poderia tornar sem sentido a entrada;

o juiz poderá, através de mandado por ele expedido, que terá validade de um mês, autorizar um funcionário da autoridade competente a entrar no local, se necessário com o uso de força.

Na aplicação deste parágrafo à Escócia, "juiz de paz" será entendido como incluindo um "sheriff".

6. Um funcionário que entrar em um local por força deste Adendo poderá se fazer acompanhar por pessoas e equipamentos que julgar necessário; e ao deixar qualquer local onde tenha entrado em virtude de mandado nos termos do parágrafo precedente, se o local estiver desocupado ou o ocupante estiver temporariamente ausente, deixá-lo-á tão seguro contra a ação de transgressores como o encontrou.

7. A pessoa que revelar a qualquer pessoa:

- (a) qualquer informação por ela obtida em local no qual entrou em virtude deste Adendo; ou
- (b) qualquer informação por ela obtida no cumprimento do disposto neste Adendo;

exceto se a informação tiver sido revelada objetivando processo por falta ao dever como mencionado na seção 6 (1) desta lei e não revelar processo de fabricação secreto ou segredo técnico, ou se a informação tiver sido revelada como mencionado nos parágrafos (a) a (e) da seção 4 (3) desta lei, ou em cumprimento a orientação sob a seção 5 (4) desta lei, ou quando se tratar de informação de domínio público, será culpada de delito, sujeita, mediante condenação por júri, a prisão por no máximo 2 anos e a multa e, no caso de condenação sumária, a multa não superior ao máximo estabelecido em lei.

8. Qualquer pessoa que não sendo funcionário de autoridade competente, se fizer passar por tal no que respeita este Adendo, será culpada de delito e sujeita, após condenação sumária, a multa não superior a 1.000 libras.

9. Nada neste Adendo será usado para compelir advogado a apresentar documento contendo sigilo profissional por ele transmitido ou recebido no exercício de sua profissão, ou para autorizar a apreensão de tal documento que estiver em sua posse.

Obstrução

10. Qualquer pessoa que:

- (a) intencionalmente obstruir a ação de funcionário de autoridade competente no cumprimento deste Adendo;

- (b) deixar de cumprir intencionalmente qualquer exigência que for feita de forma apropriada por funcionário no cumprimento deste Adendo; ou
- (c) deixar, sem motivo aparente, de fornecer a funcionário agindo no cumprimento deste Adendo, auxílio ou informação que seja razoável supor que necessite

será culpada de delito e sujeita, mediante condenação sumária, a multa não superior a 200 libras.

11. Qualquer pessoa que, no fornecimento de informação conforme mencionado no parágrafo precedente, fizer declaração que souber ser falsa com respeito a um detalhe importante, ou levemente fizer declaração falsa com respeito a um detalhe importante, será culpada de delito e sujeita, mediante condenação por júri, a multa, e, por condenação sumária, a multa não superior ao máximo estabelecido em lei.

12. Nada neste Adendo será interpretado como exigindo que uma pessoa responda a perguntas ou forneça informação que possa incriminá-la ou a seu cônjuge.

Testes

13. Quando os bens apreendidos ou comprados por um funcionário no cumprimento deste Adendo forem submetidos a teste, então:

- (a) se os bens forem apreendidos, o funcionário informará à pessoa mencionada no parágrafo 4.º deste Adendo o resultado do teste;
- (b) se os bens foram comprados e se o teste levar à instauração de processo por delito sob a seção 2 desta lei ou sob a seção 3 desta lei, no que diz respeito às ordens de proibição e aos avisos de proibição, o funcionário informará à pessoa de quem os bens foram comprados o resultado do teste;

e, quando tal processo for instaurado contra qualquer pessoa como consequência do teste, o funcionário permitirá à mesma que faça com que sejam testados os bens, desde que isto seja praticável.

14. O Secretário de Estado poderá estipular mediante normas que qualquer teste de bens apreendidos ou comprados por ou em nome de autoridade competente no cumprimento deste Adendo, será, nos casos especificados nas normas:

- (a) efetuado às custas desta autoridade, na forma especificada e por pessoa especificada ou determinada pelas normas; ou
- (b) efetuado como mencionado no subparágrafo (a) acima ou pela autoridade, na forma especificada nas normas.

Indenização

15. Quando, no exercício de seu poder sob este Adendo, um funcionário de autoridade competente apreender e reter bens, e se o proprietário destes bens sofrer prejuízo como resultado disso ou por perda, dano ou deterioração dos bens durante a retenção, a autoridade estará sujeita a indenizá-lo por tais prejuízos, exceto se o proprietário for condenado por delito sob a seção 2 desta lei ou sob a seção 3 da mesma no que respeita a ordens de proibição e a avisos de proibição em relação aos bens.

16. Qualquer litígio com relação ao direito à indenização ou ao seu valor, nos termos do parágrafo precedente, será determinado por arbitramento, e na Escócia, por um único juiz indicado, e, se não houver acordo entre as partes, pelo "sheriff".

ADENDO 3

Revogações

<i>Capítulo ou n.º</i>	<i>Título abreviado</i>	<i>Alcance da Revogação</i>
1961 c. 40	Lei de Proteção do Consumidor de 1961	Toda lei.
1965 c. 40 (N.I.)	Lei de Proteção ao Consumidor (Irlanda do Norte) de 1965	Toda lei.
1971 c. 15	Lei de Proteção ao Consumidor de 1971	Toda lei.
1972 c. 70	Lei do Governo Local de 1972	No Adendo 29, o parágrafo 18 (2).
1973 c. 65	Lei do Governo Local (Escócia) de 1973	No Adendo 27 os parágrafos 149 e 150.
1974 c. 39	Lei do Crédito ao Consumidor de 1974	No Adendo 4, os parágrafos 20, 21, 46 e 47
1977 c. 50	Lei das Cláusulas Contratuais Anti-éticas de 1977	A seção 30
S.I. 1977 N.º 595 (N.I. 6)	Lei de Proteção e Informação ao Consumidor (Irlanda do Norte) de 1977	Artigo 3.º

Lei de Segurança do Consumidor (Emenda) de 1986

CAPÍTULO 29

Organização das Seções

1. *Poder dos Agentes para divulgar informações.*
2. *Poder dos Agentes para reter bens.*
3. *Avisos de suspensão.*
4. *Recursos contra avisos de suspensão e apreensões.*
5. *Revogação de avisos de suspensão etc. na Escócia.*
6. *Confisco: Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte.*
7. *Confisco: Escócia.*
8. *Entrada em vigor de uma Ordem nos termos da seção 7.*
9. *Recursos ao Tribunal da Coroa ou a tribunais de condado.*
10. *Recursos relativos à seção 7.*
11. *Limites à divulgação de informações.*
12. *Defesa baseada nos esforços envidados pelo réu para evitar cometer o delito.*
13. *Ressarcimento dos custos da aplicação da lei.*
14. *Aplicação da Lei de 1978.*
15. *Interpretação.*
16. *Emendas e revogações posteriores.*
17. *Titulo abreviado, início de vigência e alcance.*

ADENDOS

Adendo 1 — Adendo para substituir o Adendo 2 à Lei de 1978.

Adendo 2 — Revogações.

CAPÍTULO 29

Uma lei para estabelecer as disposições suplementares relativas à segurança do consumidor e outras pessoas afetadas.

(8 de julho de 1986)

Seja decretado por Sua mui Excelente Majestade, por e com o consentimento dos Lordes Espirituais e Temporais e Comuns, neste presente Parlamento reunidos e pela autoridade do mesmo, como se segue:

1. — (1) Os Agentes do Departamento de Alfândega e Tributação de Consumo poderão, se assim julgarem necessário, com a finalidade de facilitar a qualquer pessoa a quem a subseção (2) abaixo se aplique, o exercício de quaisquer funções a ela conferidas nos termos da legislação de segurança, autorizar, para aquela pessoa, de tal maneira e através de tais pessoas agindo em nome daquela pessoa, conforme eles determinarem, a liberação de qualquer informação obtida visando o exercício, pelos Agentes, de suas funções relativas a bens importados.

(2) Esta subseção se aplica à autoridade competente e a qualquer funcionário daquela autoridade.

(3) Informação poderá ser liberada a uma pessoa, nos termos da subseção (1) acima, quer a liberação tenha ou não sido solicitada pela pessoa ou em seu nome.

2. — (1) Com a finalidade de facilitar a qualquer autoridade competente ou a funcionário de tal autoridade o exercício de quaisquer funções conferidas à autoridade ou funcionário, nos termos da legislação de segurança, um funcionário da Alfândega poderá apreender quaisquer bens importados e retê-los por no máximo quarenta e oito horas.

(2) Quaisquer bens apreendidos e retidos, nos termos desta seção, serão tratados, durante o período de sua retenção, da maneira como os Agentes do Departamento de Alfândega e Tributação de Consumo determinarem.

(3) Nesta seção, "funcionário da Alfândega" significa qualquer funcionário nos termos da Lei da Administração da Alfândega e Tributação de Consumo de 1979.

3. — (1) Quando a autoridade competente tiver razão suficiente para suspeitar que qualquer disposição pertinente tenha sido descumprida em relação a quaisquer bens, a autoridade poderá expedir um aviso ("um aviso de suspensão") proibindo a pessoa objeto do aviso, por um período não superior a seis meses contados a partir da data de emissão do aviso, nele especificado, a fazer qualquer das seguintes coisas sem o consentimento da autoridade, quer dizer, fornecer os bens, oferecer-se a fornecê-los, concordar em fornecê-los ou expô-los para fornecimento.

(2) Um aviso de suspensão expedido pela autoridade competente relativo a quaisquer bens deverá:

- (a) descrever os bens de maneira suficiente a permitir sua identificação;
- (b) indicar os motivos pelos quais a autoridade suspeita que disposições pertinentes tenham sido descumpridas em relação aos bens; e
- (c) declarar que a pessoa objeto do aviso poderá, nos termos das seções 4 e 5 abaixo, recorrer contra o mesmo e a maneira pela qual ela poderá fazê-lo.

(3) Quando uma pessoa tiver recebido um aviso de suspensão relativo a quaisquer bens, não lhe será expedido novo aviso em relação aos mesmos bens, a não ser que:

- (a) um processo contra aquela pessoa por delito com respeito à infração de qualquer disposição pertinente relativa àqueles bens (não se tratando de delito abrangido por esta seção); ou
- (b) um processo para apreensão dos bens, nos termos das seções 6 ou 7 abaixo,

estejam pendentes ao término do período especificado no primeiro aviso.

(4) Uma autorização expedida pela autoridade competente, para os fins da subseção (1) acima, poderá impor a qualquer atividade para a qual a autorização é necessária as condições que a autoridade julgar convenientes.

(5) Qualquer pessoa que descumpra um aviso de suspensão será culpada de delito e sujeita através de condenação sumária a prisão por um período não superior a três meses ou a multa não superior ao nível 5 na escala padrão ou a ambas.

(6) Os parágrafos 14 (2) e 15 do Adendo 2 à lei de 1978 (responsabilidade da autoridade competente quanto ao pagamento de indenizações) aplicar-se-ão sempre que a autoridade competente exerça seu poder de expedir avisos de suspensão relativos a quaisquer bens, da mesma forma como se aplicam sempre que um funcionário de tal autoridade exerça seu poder de apreender e reter quaisquer bens.

(7) Nesta seção, referências a fornecimento, relativas a quaisquer bens, incluem referências ao fornecimento de bens:

- (a) a uma pessoa que tenha um negócio de comprar bens tais como aqueles em questão, para consertá-los ou recondiçaná-los; ou
- (b) pela venda de artigos como sucata (quer dizer, pelo valor do material do qual são feitos e não pelos artigos em si mesmos).

4. — (1) Qualquer pessoa interessada em quaisquer bens:

- (a) com respeito aos quais um aviso de suspensão, nos termos da seção 3 acima, esteja em vigor; ou
- (b) que estejam temporariamente retidos nos termos de qualquer disposição do Adendo 2 da Lei de 1978,

poderá, nos termos desta seção, solicitar uma ordem revogando o aviso ou, conforme for, exigindo a entrega dos bens a ela ou a qualquer outra pessoa.

(2) Um requerimento, nos termos desta seção, pode ser apresentado:

- (a) a qualquer tribunal onde tenha sido instaurado um processo:
 - (i) por delito relativo à infração, no que diz respeito aos bens, de quaisquer disposições pertinentes; ou
 - (ii) de confisco dos bens abrangidos pela seção 6 abaixo;
- (b) quando não houver processo instaurado:
 - (i) na Inglaterra e no País de Gales, através de queixa apresentada a um tribunal de pequenas causas;
 - (ii) na Irlanda do Norte, através de queixa apresentada a um tribunal de jurisdição sumária.

(3) Mediante um requerimento, nos termos desta seção, o tribunal expedirá ordem revogando um aviso de suspensão relativo a quaisquer bens ou exigindo a liberação de quaisquer bens ao requerente ou a qualquer outra pessoa somente se o tribunal considerar satisfeitas as seguintes condições:

- (a) que não tenha sido infringida, no que diz respeito aos bens, qualquer disposição pertinente; ou
- (b) no caso de bens que tenham sido apreendidos e retidos, que mais de seis meses tenham decorrido a partir da apreensão sem que um processo tenha sido instaurado:
 - (i) por delito relativo à infração de qualquer disposição pertinente, com respeito aos bens; ou
 - (ii) pelo confisco dos bens, nos termos da seção 6 abaixo.

5. — (1) Qualquer pessoa interessada em quaisquer bens:

- (a) com respeito aos quais esteja temporariamente em vigor, nos termos da seção 3 acima, um aviso de suspensão; ou
- (b) que estejam temporariamente retidos, nos termos de qualquer disposição do Adendo 2 à lei de 1978.

poderá solicitar ao "sheriff", nos termos desta seção, uma ordem revogando o aviso de suspensão ou, conforme for o caso, exigindo que os bens sejam liberados a ele ou a qualquer outra pessoa.

(2) O "sheriff" poderá expedir uma ordem, nos termos desta seção, somente se ele considerar satisfeitas as seguintes condições:

- (a) em qualquer caso, que até a data da expedição da ordem nenhum processo tenha sido instaurado:
 - (i) por delito de infração de disposição pertinente relativa aos bens; ou
 - (ii) nos termos da seção 7 (1) (a) abaixo, ou, se caso instaurado, o processo tenha sido concluído; e
- (b) quando a subseção (1) (b) acima se aplicar, que mais de seis meses tenham decorrido desde a apreensão dos bens, sem que nenhum tal processo tenha sido instaurado.

6. — (1) A autoridade competente poderá requerer, nos termos desta seção, que seja expedida uma ordem de confisco de quaisquer bens com base no fato de ter havido, em relação aos bens, infração de quaisquer disposições pertinentes.

(2) Um requerimento, nos termos desta seção, poderá ser apresentado:

- (a) a um tribunal, quando um processo tiver sido instaurado naquele tribunal por delito relativo à infração de qualquer disposição pertinente com respeito a parte ou ao total dos bens; e
- (b) a um tribunal, quando um requerimento relativo a parte ou total dos bens tiver sido apresentado àquele tribunal, nos termos da seção 4 acima; e
- (c) quando nenhum requerimento de confisco dos bens tiver sido apresentado a um tribunal, nos termos dos parágrafos (a) e (b) acima:
 - (i) na Inglaterra e no País de Gales, através de queixa apresentada a um juizado de pequenas causas;
 - (ii) na Irlanda do Norte, através de queixa apresentada a um Tribunal de Jurisdição Sumária.

(3) Mediante requerimento, nos termos desta seção, o tribunal expedirá uma ordem para o confisco de quaisquer bens, apenas no caso de ficar provado ter havido contravenção de qualquer disposição pertinente, no que diz respeito aos bens.

(4) Para evitar dúvidas, fica aqui declarado que um tribunal poderá inferir, para os fins desta seção, que houve infração de qualquer disposição pertinente com respeito a quaisquer bens, se o mesmo estiver convicto que tais disposições foram descumpridas com respeito a quaisquer bens que forem representativos de tais bens (quer por terem o mesmo desenho ou por serem da mesma partida ou do mesmo lote, quer por outros motivos).

(5) Sujeito à subseção (6) e à seção 9 (3) abaixo, quando um tribunal expedir uma ordem, nos termos desta seção, os bens aos quais tal ordem diz respeito, serão destruídos de acordo com as instruções que o tribunal vier a dar.

(6) Na expedição de uma ordem, nos termos desta seção, um tribunal poderá, se assim julgar apropriado, determinar que os bens aos quais a ordem se refere sejam (em vez de destruídos) liberados à pessoa que o tribunal especificar, na condição de que essa pessoa:

- (a) não forneça esses bens a não ser às pessoas mencionadas na seção 3 (7) (a) ou (b) acima; e
- (b) obedeça a qualquer ordem de pagar custas e despesas (inclusive qualquer ordem nos termos da seção 13 abaixo) que tenha sido expedida contra essa pessoa nos trâmites da ordem.

7. — (1) Um "sheriff" poderá emitir uma ordem para o confisco de quaisquer bens a respeito dos quais tenha havido infração de qualquer disposição pertinente:

- (a) mediante requerimento do promotor público apresentado da maneira especificada na seção 310 da Lei do Processo Penal de 1975 (Escócia); ou
- (b) quando uma pessoa for condenada por qualquer delito de infração de qualquer disposição pertinente, sem prejuízo de qualquer outra sanção que o "sheriff" venha a impor.

(2) O promotor público, na apresentação de um requerimento nos termos da subseção (1) (a) acima, entregará a qualquer pessoa que lhe pareça ser o proprietário dos bens aos quais o requerimento se aplica ou ter outro tipo de interesse nesses bens, uma cópia do requerimento, juntamente com um aviso dando-lhe a oportunidade de comparecer à audiência respectiva, para argumentar contra o confisco dos bens.

(3) A entrega dos documentos mencionados na subseção (2) acima será efetuada, e tal entrega poderá ser comprovada na forma estabelecida para a citação de acusados em processo sumário nos termos da Lei do Processo Penal (Escócia) de 1975.

(4) Qualquer pessoa que tenha recebido um aviso nos termos da subseção (2) acima e qualquer outra pessoa se dizendo proprietária ou de qualquer outro modo interessada nos bens a que se refere o requerimento mencionado nesta seção, terá o direito de comparecer à audiência respectiva, para argumentar contra o confisco dos bens.

(5) O "sheriff" não emitirá uma ordem seguindo-se a um requerimento nos termos da subseção (1) (a) acima:

- (a) se qualquer pessoa que tiver recebido o aviso nos termos da subseção (2) acima não comparecer, a não ser que a entrega do aviso fique provada; ou
- (b) se nenhum aviso nos termos da subseção (2) acima tiver sido entregue, a não ser que o tribunal entender que, nas circunstâncias, foi conveniente não expedir aviso a pessoa alguma.

(6) O "sheriff" expedirá uma ordem, nos termos desta seção, apenas se ele estiver convencido de que houve infração de qualquer disposição pertinente, relativa a bens.

(7) Para evitar dúvidas, fica aqui declarado que o "sheriff" poderá inferir, para os fins desta seção, que houve infração de qualquer disposição pertinente, relativa aos bens, se ele estiver convencido que tais disposições foram infringidas em relação a quaisquer bens que sejam representativos daqueles bens (quer por terem o mesmo desenho ou serem da mesma partida ou do mesmo lote, quer por outras razões).

8. — (1) Uma ordem seguindo-se a um requerimento nos termos da seção 7 (1) (a) acima não entrará em vigor:

- (a) até o término do período de vinte e um dias a começar do dia seguinte ao dia em que a ordem foi expedida; ou
- (b) se um recurso for impetrado, nos termos da seção 10 abaixo dentro daquele prazo, até que o mesmo seja objeto de julgamento ou desistência.

(2) Uma ordem, nos termos da seção 7 (1) (b) acima não entrará em vigor:

- (a) até que expire o prazo no qual um recurso contra a ordem possa ser impetrado, nos termos da Lei do Processo Penal (Escócia) de 1975; ou
- (b) se um recurso for impetrado dentro daquele prazo, até que o mesmo seja objeto de julgamento ou desistência.

(3) Sujeitos à subseção (4) abaixo, bens confiscados, nos termos da seção 7 acima, serão destruídos de acordo com as instruções que o "sheriff" vier a dar.

(4) O "sheriff" poderá, se julgar conveniente, determinar que os bens sejam liberados à pessoa que ele especificar, na condição de que aquela pessoa não forneça aqueles bens para nenhuma outra pessoa a não ser conforme mencionado na seção 3 (7) (a) ou (b) acima.

9. — (1) Na Inglaterra e no País de Gales, qualquer pessoa prejudicada por uma ordem expedida por um tribunal de pequenas causas, nos termos da seção 4 ou 6 acima, ou por uma decisão de um tribunal de pequenas causas no sentido de não ser expedida tal ordem, poderá recorrer contra essa ordem ou decisão junto ao Tribunal da Coroa.

(2) Na Irlanda do Norte, a qualquer pessoa prejudicada por uma ordem emitida por um tribunal de jurisdição sumária, nos termos da seção 4 ou 6 acima, ou por uma decisão partindo de um tribunal de jurisdição sumária no sentido de não expedir uma tal ordem, poderá recorrer contra aquela ordem ou decisão ao tribunal do condado.

(3) *Uma ordem expedida por um tribunal, nos termos da seção 4 ou 6 acima, poderá conter disposições que pareçam a esse tribunal ser apropriadas para adiar a entrada em vigor da ordem, na dependência da apresentação e julgamento de qualquer recurso.*

(4) Na subseção 3 acima, "recurso" inclui qualquer processo tratando de ou em consequência de:

- (a) um requerimento, nos termos da seção 111 da Lei dos Tribunais de Pequenas Causas de 1980 (fundamentação do processo no Tribunal de Pequenas Causas); ou
- (b) um requerimento, nos termos do art. 146 da Ordem do Tribunal de Pequenas Causas (Irlanda do Norte) de 1981 (fundamentação do processo do Tribunal de Pequenas Causas).

10. Quando uma ordem for emitida seguindo-se a um requerimento nos termos da seção 7 (1) (a) acima, qualquer pessoa que comparecer ou que tenha direito de comparecer para apresentar suas razões contra o confisco dos bens poderá, no prazo de vinte e um dias a contar da expedição da ordem, recorrer ao Supremo Tribunal através de recurso suspensivo com base na alegação de decisão injusta; e a seção 452 (a) a (e) da Lei do Processo Penal de 1975 (Escócia) aplicar-se-á a um recurso, nos termos desta subseção, como ela se aplica a um processo fundamentado nos termos da Parte II daquela lei.

11. — (1) Sujeita às seguintes disposições desta seção, uma pessoa será culpada de delito se ela divulgar qualquer informação:

- (a) que tenha sido revelada a ela ou através dela nos termos da seção 1 acima;
- (b) que tenha sido obtida no exercício do poder conferido pela seção 4 da Lei de 1978; ou

- (c) que consista em um processo de fabricação secreto ou em um segredo técnico e que tenha sido obtida em consequência da inclusão desta informação:
 - (i) em representações por escrito ou orais feitas de acordo com a Parte II ou a Parte III do Adendo 1 àquela lei (ordens de proibições etc.);
 - (ii) no depoimento de uma testemunha, com relação a tais representações orais; ou
- (d) que tenha sido obtida por qualquer pessoa no exercício ou com relação ao exercício de qualquer dos poderes conferidos pelo Adendo 2 àquela lei.

(2) A subseção (1) acima não se aplicará a qualquer divulgação de informação se ela for de domínio público ou se a divulgação for feita:

- (a) com o propósito de facilitar o desempenho por parte da autoridade competente de qualquer das funções dessa autoridade, nos termos da legislação de segurança (incluindo as funções do Secretário de Estado relativas à elaboração, revisão e revogação de normas e suas funções nos termos da seção 3 e da Parte II do Adendo 1 à Lei de 1978);
- (b) com o propósito de facilitar o desempenho por parte do Diretor Geral de Ética Comercial de suas funções nos termos da Parte III da Lei de Ética Comercial de 1973 ou para os fins de processos nos termos daquela Parte;
- (c) com o propósito de cumprir serviço comunitário;
- (d) relacionada à investigação de um crime ou para fins de qualquer processo penal;
- (e) para fins de qualquer processo civil relativo à infração de qualquer disposição constante da legislação de segurança, ou formulada em seus termos, ou relativa à violação de marca comercial ou de marca comercial certificada.

(3) A subseção (2) (e) acima não autorizará a divulgação de qualquer processo secreto de fabricação ou segredo técnico.

(4) Qualquer pessoa culpada de um delito nos termos desta seção estará sujeita:

- (a) por condenação sumária, a uma multa não superior ao máximo estabelecido em lei;
- (b) por condenação por júri, a detenção por um período não superior a dois anos, ou a multa, ou a ambas.

(5) Nesta seção:

“informação de domínio público” significa qualquer informação que tenha sido tornada pública em qualquer dos processos mencionados na subseção (2) acima ou que seja ou tenha sido de inclusão obrigatória em advertência publicada de acordo com o aviso de advertência expedido nos termos da seção 3 (1) (c) da Lei de 1978; e

“marca comercial” e “marca comercial certificada” têm o mesmo sentido que na Lei das Marcas Comerciais de 1938.

12. — (1) Esta seção se aplica:

- (a) um delito nos termos da seção 3 acima;
- (b) um delito de acordo com as subseções de (1) a (3) da seção 2 da Lei de 1978 (infração de normas de segurança);
- (c) um delito nos termos da subseção (3) da seção 3 daquela lei (infração de ordem de proibição, aviso de proibição ou aviso de advertência); e
- (d) um delito nos termos da seção 3 da Lei de Proteção ao Consumidor de 1961 ou da seção 3 da Lei de Proteção ao Consumidor (Irlanda do Norte) de 1965 (infração de exigências de segurança).

(2) Sujeito às seguintes disposições desta seção, num processo contra uma pessoa por delito ao qual esta seção se aplique, será aceito como defesa para aquela pessoa mostrar que tomou todas as medidas razoáveis e esforçou-se para evitar o cometimento do delito.

(3) Quando em qualquer processo contra qualquer pessoa por um tal delito a defesa de que trata a subseção 2 acima envolva a alegação de que o cometimento do delito foi devido a:

- (a) ato ou omissão de terceiros; ou
- (b) crédito a informações fornecidas por terceiros,

aquela pessoa não terá, sem a permissão do tribunal, o direito de usar tal defesa a não ser que ela tenha, até sete dias antes da audiência do processo, notificado a pessoa que moveu o processo.

(4) A notificação mencionada na subseção (3) acima conterà as informações que, no momento dessa expedição, estejam em posse da pessoa a expedir a notificação, de modo a permitir ou facilitar a identificação da pessoa que cometeu o ato ou a omissão ou que forneceu a informação.

(5) Para que não reste dúvida, fica aqui declarado que uma pessoa não terá direito de basear a defesa mencionada na subseção (2) acima no fato de ter confiado em informação fornecida por terceiro, a não

ser que ela prove ter sido razoável, em quaisquer circunstâncias, ter confiado na informação, especialmente no que diz respeito:

- (a) às medidas tomadas por ela, ou àquelas que ela poderia ter tomado no sentido de verificar a informação; e
- (b) a ela ter ou não motivo para duvidar da informação.

(6) Quando um delito ao qual esta seção se aplica, cometido por uma pessoa, deve-se a ato ou omissão de outra pessoa, essa última pessoa será culpada pelo delito e poderá, nos termos desta subseção, ser processada e condenada pelo mesmo, independentemente de processo ser ou não instaurado contra a pessoa mencionada em primeiro lugar.

13. — (1) Esta seção aplicar-se-á nos casos em que um tribunal na Inglaterra e no País de Gales ou Irlanda do Norte:

- (a) condenar uma pessoa por delito relativo à infração de qualquer disposição pertinente com respeito a quaisquer bens; ou
- (b) emitir ordem, nos termos da seção 6 acima, para confisco de quaisquer bens.

(2) O tribunal poderá (além de qualquer outra ordem que poderá ser expedida a respeito das custas) ordenar que a pessoa condenada, ou, conforme o caso, qualquer pessoa tendo interesse nos bens, reembolse a autoridade competente por quaisquer despesas que tenham sido ou possam vir a ser feitas por aquela autoridade:

- (a) relativas à apreensão ou retenção dos bens por aquela autoridade ou em seu nome; ou
- (b) relativas ao cumprimento, por parte daquela autoridade, de instruções dadas pelo tribunal para fins de qualquer ordem de confisco dos bens.

14. O Adendo 2 à Lei de 1978 (aplicação da lei) será substituído pelo Adendo estabelecido no Adendo 1 a esta lei.

15. — (1) Nesta lei:

“a Lei de 1978” significa a Lei de Segurança do Consumidor de 1978;

“legislação de segurança” significa a Lei de Proteção ao Consumidor de 1961, a Lei de Proteção ao Consumidor de 1965 (Irlanda do Norte), a Lei de Segurança ao Consumidor de 1978 e esta lei.

(2) As seções 7 de (1) a (5) e 9 da lei de 1978 (disposições complementares quanto a avisos e delitos e interpretações) terão efeito em relação a esta lei do mesmo modo que elas têm efeito em relação àquela

lei e os termos definidos no parágrafo 1 do Adendo 2 àquela lei (aplicação da lei) terão, nesta lei, o mesmo significado que naquele Adendo.

16. — (1) Na seção 5 (1) da lei de 1978 (dever de aplicar a lei) as palavras a partir de “as disposições das normas de segurança” serão substituídas pelas palavras “as disposições pertinentes, nos termos do Adendo 2 a esta lei”.

(2) Qualquer referência à lei de 1978 em qualquer disposição da Lei do Gás de 1986 relativa à liberação de informação deverá incluir uma referência a esta lei.

(3) As determinações mencionadas no Adendo 2 a esta lei ficam aqui revogadas até o ponto especificado na terceira coluna daquele Adendo.

17. — (1) Esta lei poderá ser citada como a Lei de Segurança do Consumidor de 1986 (emenda).

(2) Esta lei entrará em vigor ao fim do período de um mês a contar do dia de sua aprovação.

(3) As seções 4, 6, 9 e 13 acima não se aplicarão (Escócia) e as seções 5, 7, 8 e 10 acima aplicar-se-ão apenas à Escócia.

(4) Sujeita à subseção (3) acima, esta lei aplicar-se-á à Irlanda do Norte.

ADENDOS

ADENDO 1

Adendo que Substitui o Adendo 2 à Lei de 1978

ADENDO 2

Aplicação da Lei

Preliminares

1. — (1) Neste Adendo:

“autoridade competente” significa o Secretário de Estado, qualquer pessoa sobre quem seja imposto um dever pela seção 5 desta lei ou em virtude de seus termos e qualquer outra pessoa que possa cumprir esse dever em consonância com medidas tomadas em virtude de qualquer dispositivo legal;

“funcionário”, em relação à autoridade competente, significa uma pessoa autorizada por escrito pela autoridade para auxiliá-la no cumprimento do dever já mencionado ou, quando a autoridade for o Secretário de Estado, a auxiliá-lo na execução das disposições pertinentes;

“local” inclui qualquer lugar, qualquer estande e qualquer navio, aeronave ou outro veículo de qualquer tipo;

“disposições pertinentes” significa disposições quanto a:

- (a) normas baseadas na Lei de Proteção ao Consumidor de 1961 ou na Lei de Proteção ao Consumidor (Irlanda do Norte) de 1965;
- (b) normas de segurança;
- (c) uma ordem de proibição;
- (d) um aviso de proibição; ou
- (e) um aviso de suspensão nos termos da seção 3 da Lei de Segurança do Consumidor (emenda) de 1986.

(2) Exceto nos casos em que o contexto exija tratamento diferente, referências neste Adendo, em relação a quaisquer bens, a infração de qualquer disposição pertinente incluirão referências a qualquer coisa que, se os bens fossem fornecidos a qualquer pessoa:

- (a) constituir-se-ia em tal infração; ou
- (b) em virtude de uma tal disposição, constituir-se-ia em delito, nos termos da seção 3 da Lei de Proteção ao Consumidor de 1961 ou da seção 3 da Lei de Proteção ao Consumidor (Irlanda do Norte) de 1965.

(3) Neste Adendo, referências a quaisquer bens em relação aos quais quaisquer disposições pertinentes tenham sido ou possam ter sido infringidas incluirão referências a quaisquer bens que não possam ser, com razoável praticabilidade, separados daqueles bens.

Aquisições

2. A autoridade competente terá o poder de adquirir bens e de autorizar qualquer de seus funcionários a adquirir bens em seu nome, com o objetivo de verificar se quaisquer disposições pertinentes foram infringidas em relação a quaisquer bens.

Poder de Entrar em Locais e de Inspeccionar e Apreender Bens

3. Um funcionário de uma autoridade competente poderá, em qualquer horário razoável e, se necessário, mediante apresentação de suas credenciais, exercer os seguintes poderes, quais sejam:

- (a) ele poderá, com o objetivo de verificar se quaisquer disposições pertinentes foram infringidas em relação a quaisquer

bens, inspecionar quaisquer daqueles bens e entrar em qualquer local que não seja usado exclusivamente como residência;

- (b) ele poderá, com o objetivo de verificar se quaisquer disposições pertinentes foram infringidas em relação a quaisquer bens, examinar qualquer procedimento (inclusive quaisquer providências para a realização de testes) relacionado com a produção dos bens;
- (c) se ele tiver razão suficiente para suspeitar que quaisquer disposições pertinentes tenham sido infringidas em relação a quaisquer bens ou que quaisquer bens sejam bens que não tenham sido fornecidos no Reino Unido desde sua fabricação ou importação, ele poderá, como o fim de verificar se quaisquer de tais disposições foram infringidas em relação aos bens, exigir que qualquer titular de um negócio ou pessoa ali empregada apresente quaisquer livros ou documentos relacionados ao negócio e poderá copiá-los no todo ou em parte;
- (d) se ele tiver razão suficiente para crer que quaisquer disposições pertinentes tenham sido infringidas em relação a quaisquer bens ou que quaisquer bens sejam bens que não tenham sido fornecidos no Reino Unido desde sua fabricação ou importação, ele poderá apreender e reter os bens com o objetivo de verificar, através de testes ou por outros meios, se quaisquer disposições pertinentes foram infringidas em relação a esses bens;
- (e) ele poderá apreender e reter quaisquer bens (inclusive documentos) que julgar possam servir de prova em processo por delito relativo à infração de quaisquer disposições pertinentes ou que sejam passíveis de confisco, nos termos das seções 6 e 7 da Lei de Segurança do Consumidor (Emenda) de 1986;
- (f) ele poderá, com o objetivo de exercer seus poderes de apreender bens, nos termos dos subparágrafos (d) ou (e) acima, mas apenas se, e até o ponto em que tal for necessário para garantir que disposições pertinentes sejam respeitadas, exigir que qualquer embalagem seja aberta por qualquer pessoa autorizada a fazê-lo e, se essa pessoa não aceder, poderá fazê-lo ele mesmo.

4. — (1) Um funcionário que apreender quaisquer bens ou documentos no exercício de seu poder nos termos do parágrafo anterior, deverá informar deste fato a pessoa da qual estejam sendo apreendidos.

(2) No subparágrafo (1) acima, a referência à pessoa de quem os bens foram apreendidos inclui, no caso de bens importados apreendidos em quaisquer locais controlados pelos Agentes do Departamento de Alfândega e Tributação de Consumo, o importador de tais bens (entendido nos termos da Lei de Administração da Alfândega e Tributação de Consumo de 1979).

5. — Se um juiz de paz, com base em informação juramentada por escrito ou, na Escócia, em depoimento sob juramento:

(a) estiver convencido de que há motivo suficiente para crer:

- (i) que quaisquer bens (inclusive livros e documentos) que um funcionário de autoridade competente tiver poder, nos termos do parágrafo 3 deste Adendo, de inspecionar, esteja em qualquer local e que sua inspeção poderá vir a fornecer provas de que disposições pertinentes tenham sido infringidas em relação a quaisquer bens, ou
- (ii) que disposições pertinentes tenham sido, ou estejam sendo, ou estejam para ser infringidas em qualquer local em relação a quaisquer bens; e

(b) também estiver convencido de que:

- (i) a admissão ao local tenha sido ou provavelmente virá a ser recusada e que o aviso da intenção de se solicitar um mandado nos termos deste parágrafo tenha sido entregue ao ocupante, ou
- (ii) uma solicitação de permissão de entrada, ou a entrega de tal aviso tornaria sem sentido a entrada; ou que o local está desocupado ou que o ocupante está temporariamente ausente e que esperar pelo seu retorno poderia tornar sem sentido a entrada,

o juiz poderá, através de mandado por ele expedido, que terá validade de um mês, autorizar um funcionário da autoridade competente a entrar no local, se necessário com o uso de força.

Na aplicação deste parágrafo à Escócia, “juiz de paz” será entendido como incluindo um “sheriff”.

6. Um funcionário que entrar em local por força deste Adendo poderá se fazer acompanhar por pessoas e equipamentos que julgar necessário; e ao deixar qualquer local onde tenha entrado em virtude de mandado sob o parágrafo precedente, se o local estiver desocupado ou o ocupante estiver temporariamente ausente, deixará o prédio tão seguro contra a ação de transgressores como o encontrou.

7. Qualquer pessoa que, não sendo funcionário de autoridade competente, se fizer passar por tal no que respeita este Adendo, será culpado de delito e sujeito, após condenação sumária, a multa não superior ao nível 5 na escala padrão.

8. Nada neste Adendo será usado para compelir advogado a apresentar documento contendo sigilo profissional, ou, na Escócia, um segredo profissional, por ele transmitido ou recebido no exercício de sua profissão, ou para autorizar a apreensão de tal documento que estiver em sua posse.

Obstrução

9. Qualquer pessoa que:

- (a) intencionalmente obstruir a ação de funcionário de autoridade competente no cumprimento deste Adendo;
- (b) deixar de cumprir intencionalmente qualquer exigência que lhe for feita por funcionário no cumprimento deste Adendo; ou
- (c) deixar, sem motivo aparente, de fornecer a funcionário agindo no cumprimento deste Adendo, auxílio ou informação que seja razoável supor que necessite,

será culpada de delito e sujeita, mediante condenação sumária, a multa não superior ao nível 3 na escala padrão.

10. Qualquer pessoa que, no fornecimento de informação conforme mencionado no parágrafo precedente, fizer declaração que souber ser falsa com respeito a um detalhe importante, ou levemente fizer declaração falsa com respeito a um detalhe importante, será culpada de delito e sujeita, mediante condenação por júri, a multa, e, por condenação sumária, a multa não superior ao nível 5 na escala padrão.

11. Nada neste Adendo será interpretado como exigindo que uma pessoa responda a perguntas ou forneça informação que possa incriminá-la ou a seu cônjuge.

Testes

12. Quando os bens apreendidos ou comprados por um funcionário no cumprimento deste Adendo forem submetidos a teste, então:

- (a) se os bens foram apreendidos, o funcionário informará à pessoa mencionada no parágrafo 4.º deste Adendo o resultado do teste;
- (b) se os bens foram comprados e se o teste levar à

- (i) instauração de processo por delito relativo à infração de qualquer disposição pertinente;
- (ii) expedição, com relação a quaisquer bens, de um aviso de suspensão, nos termos da seção 3 da Lei de Segurança do Consumidor (Emenda) de 1986; ou
- (iii) entrada de requerimento de confisco de tais bens nos termos das seções 6 ou 7 daquela lei,

o funcionário deverá informar a pessoa de quem os bens foram comprados no resultado do teste;

e o funcionário deverá, no caso em que, como resultado do teste, tal processo tenha sido instaurado, tal aviso sido expedido ou a tal requerimento tenha sido dado entrada, permitir que a pessoa contra a qual o processo foi instaurado ou qualquer pessoa tendo interesse nos bens faça com que sejam testados, desde que isso seja praticável.

13. O Secretário de Estado poderá estipular mediante normas que qualquer teste de bens apreendidos ou comprados por ou em nome de autoridade competente no cumprimento deste Adendo, será, nos casos especificados nas normas:

- (a) efetuado às custas dessa autoridade, na forma especificada e por pessoa especificada ou determinada pelas normas; ou
- (b) ser efetuado como mencionado no subparágrafo (a) acima ou pela autoridade, na forma especificada nas normas.

Indenização

14. — (1) Este parágrafo aplicar-se-á quando um funcionário da autoridade competente exercer qualquer poder conferido por este Adendo de apreender e reter bens.

(2) A autoridade competente estará sujeita a pagar indenização a qualquer pessoa que tenha interesse nos bens a respeito de qualquer perda ou dano causado pelo exercício do poder se:

- (a) não tiver havido infração de qualquer disposição pertinente, em relação aos bens ou;
- (b) o exercício do poder não puder ser atribuído a qualquer negligência ou omissão por parte daquela pessoa.

15. Qualquer litígio com relação ao direito à indenização ou ao seu valor, sob o parágrafo precedente, será determinado por arbitragem, e na Escócia, por um único juiz indicado e, se não houver acordo entre as partes, pelo "sheriff".

ADENDO 2

Revogações

<i>Capítulo</i>	<i>Título Abreviado</i>	<i>Alcance da revogação</i>
1978 c. 38.	Lei de Segurança do Consumidor de 1978	Na seção 2, subseções (5) e (6). Na seção 3, na subseção (3), as palavras de “mas” em diante e subseções (4) e (5). Na seção 4, subseções (3) e (4). Na seção 5, na subseção (3), as palavras de “com o fim de” até o fim do parágrafo (b) e, na subseção (4), as palavras de “ou, enquanto” até “aquela Lei”. Na seção 9, na subseção (4), a definição de “informação de domínio público”. Na seção 10, subseções (4) e (5). Na seção 11, no parágrafo (h), as palavras “(3) a” e as palavras de “e na seção 10 (4)” em diante. No Adendo 1, parágrafos 24 e 25 e no parágrafo 27 as palavras “a 25”, subparágrafo (e) e a palavra e “e” imediatamente precedente.

Obras Publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

Os pedidos a serem atendidos através da ECT deverão ser acrescidos de 50% (cinquenta por cento) de seu valor, para a cobertura das respectivas despesas postais, acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal ou de vale postal remetido à agência APT Senado.

Deixamos de atender pedidos por reembolso postal em virtude de o preço de várias publicações desta Subsecretaria estar abaixo do mínimo exigido pela ECT para remessa através do referido sistema.

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

Posto de Venda no Senado Federal: Via nº 2 — Unidade de Apolo I (fundos do CEGRAF, pelo estacionamento à direita deste) — Praça dos Três Poderes — CEP 70165 — Brasília, DF — Telefones: (061) 311-3578 e 311-3579.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. N.ºs 10, 12, 13/14, 17, 18, 46, 62, 79 a 85, 87 a 109.

Cr\$ 1.000,00

— Periódico trimestral de pesquisa jurídica. Lançamento: jan./mar. 1964, com circulação ininterrupta.

ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. N.ºs 1 a 100.

Distribuição gratuita aos assinantes da Revista

- Conteúdo: índice temático dos artigos publicados; índice onomástico dos autores (colaboradores); sumários.
- Editado de 10 em 10 números. Índices já publicados: 1 a 10; 1 a 20; 1 a 30; 1 a 40; 1 a 50; 1 a 60; 1 a 70; 1 a 80; 1 a 90; 1 a 100.

CONSTITUIÇÕES DO BRASIL. 2 volumes; edição de 1986.

Cr\$ 1.000,00

- *Volume 1*: Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946 e 1967 e suas alterações; Texto da Emenda n.º 1/69 consolidado.
- *Volume 2*: Índice temático comparativo de todas as Constituições.

CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. Série, com 6 volumes publicados; edição de 1987.

Cr\$ 500,00 cada volume

- *Volume 1*: Alemanha (República Democrática); Bulgária; Hungria; Polônia; Romênia; Tchecoslováquia.
- *Volume 2*: Costa Rica; Nicarágua.
- *Volume 3*: Angola; Cabo Verde; Moçambique; São Tomé e Príncipe.
- *Volume 4*: Dinamarca; Finlândia; Noruega; Suécia.
- *Volume 5*: Áustria; Iugoslávia.
- *Volume 6*: Coréia; Filipinas; Suriname.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS. 4 volumes; edição de 1984, com suplemento de 1986.

Cr\$ 1.500,00

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N.º 11, DE 1984.

Cr\$ 500,00

- Emendas oferecidas e propostas anexadas; texto constitucional vigente.

REGIMENTOS DAS ASSEMBLÉIAS CONSTITUINTES DO BRASIL.
Edição de 1986.

Cr\$ 500,00

- *Obra de autoria da Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal.*
- *Antecedentes históricos; Regimentos das Assembléias Constituintes de 1823, 1890/91, 1933/34 e 1946; textos comentados pelos Constituintes. Normas regimentais disciplinadoras do projeto que deu origem à Constituição de 1967.*
- *Índices temáticos dos Regimentos e dos pronunciamentos. Índices onomásticos.*

LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA. 7.^a edição.

Cr\$ 2.000,00

- *Código Eleitoral; Lei de Inelegibilidade; Lei Orgânica dos Partidos Políticos; legislação correlata. Índices.*

LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA. Suplemento à 7.^a edição — 1990.

Cr\$ 500,00

- *Eleições de 1990: instruções do TSE.*

SISTEMAS ELEITORAIS DO BRASIL (1821-1988). Edição de 1990.

Cr\$ 500,00

CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

Cr\$ 800,00

- *Lei n.º 6.029/90; legislação correlata. Índice temático.*

CÓDIGO CIVIL — ANTEPROJETOS. 6 volumes; edição de 1989.

Cr\$ 2.000,00

- *Volume 1: Anteprojeto de Código de Obrigações — Parte Geral (1941); Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (1964).*
- *Volume 2: Anteprojeto de Código Civil (1963); Anteprojeto de Código Civil — revisto (1964).*
- *Volume 3: Anteprojetos de Código de Obrigações: Negócio Jurídico, Obrigações em geral, Contratos e outros títulos de ordem geral (1963); Sociedades e exercício da atividade mercantil (1964); Títulos de Créditos (1964).*
- *Volume 4: Projetos do Governo Castello Branco: Projeto de Código Civil (1965); Projeto de Código de Obrigações (1965).*
- *Volume 5: — Tomo 1: Anteprojeto de Código Civil (1972). Tomo 2: Anteprojeto de Código Civil — revisto (1973); índice temático comparativo (volumes 1 a 5).*

DIREITOS HUMANOS. Edição de 1990.

Cr\$ 1.000,00

- Declaração de direitos e garantias.

LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS. 3 volumes; 2.^a edição — 1987.

Cr\$ 1.500,00

- Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados.
- Índice temático comparativo.

MEIO AMBIENTE — LEGISLAÇÃO

Cr\$ 7.000,00

- Atos internacionais; Código Florestal; Código de Mineração; legislação federal.

ESTATUTO DO MENOR E DO ADOLESCENTE

Cr\$ 1.000,00

- Lei n.º 6.029/90; legislação correlata. Índice temático.

PROCESSO LEGISLATIVO. 4.^a edição — 1985.

Cr\$ 500,00

- 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.
- Comissões parlamentares de inquérito; impedimento de parlamentar; votação de matéria no Congresso Nacional reunido; competência privativa do Senado Federal; requerimentos que podem ser apresentados no Senado Federal.

JK — O ESTADISTA DO DESENVOLVIMENTO

Cr\$ 2.000,00

OBRAS NO PRELO

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL —
QUADRO COMPARATIVO

- Texto de 1988 comparado às Constituições de 1946 e 1967 e à Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. Índice temático e tabelas.

CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS DO BRASIL

— Textos de 24 Estados, promulgados em 1989. Índice temático comparativo.

REGIMENTO INTERNO DO SENADO FEDERAL

TEXTOS POLÍTICOS DA HISTÓRIA DO BRASIL

PROCESSO LEGISLATIVO

DADOS BIOGRÁFICOS DOS PRESIDENTES DO SENADO FEDERAL

— 1826 A 1993

ANAIS DO SENADO FEDERAL

ANAIS DO CONGRESSO

DECRETOS-LEGISLATIVOS

RESOLUÇÕES DO SENADO FEDERAL

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

(Números 109 a 112 — jan./mar. a out./dez. 1991)

Cr\$ 4.500,00

O preço está acrescido de 50% de seu valor para a cobertura das despesas postais.

Os pedidos deverão ser acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal ou de vale postal remetido à agência APT Senado.

Autorizo a remessa dos números 109 a 112 da Revista de Informação Legislativa para o endereço abaixo discriminado:

Nome:

Endereço:

CEP: Cidade UF:

Data: / / Assinatura:

Obs.: O índice da Revista de Informação Legislativa (nºs 1 a 100) é de distribuição gratuita aos assinantes.

REDE DE BIBLIOTECAS DEPOSITÁRIAS DAS PUBLICAÇÕES DA SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Ministérios
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Superior Tribunal de Justiça
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Federais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdades de Direito

Estas Bibliotecas recebem, regular e gratuitamente, todas as obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

28 COMO GRÁFICO
MOSNAO FEDERAL
a n o s

O.S. 2044/91